

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 II

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 II

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 info@editorialescientifica.com

ISBN 979-12-235-0691-2

INDICE

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

Juan Francisco Sánchez Barrilao , La protección de los derechos en un mundo que cambia	1267
Diego Fernandes Guimarães , Las características del diálogo judicial en el sistema interamericano de derechos humanos	1281
Sara Orabona , Rapporti tra Corte Costituzionale e legislatore: dialogo istituzionale o conflitto di attribuzioni?	1301
Elena Riviaccio , Tutela dei diritti fondamentali e concorso dei rimedi giurisdizionali. Osservazioni a partire dalla sentenza n. 15 del 2024 della Corte costituzionale	1317

Massimiliano Baroni , Oltre l'eguaglianza di opportunità per l'inveramento del disegno costituzionale di autorealizzazione individuale	1337
Marco Camilleri , Giusta imposizione tra principi di solidarietà, uguaglianza e vulnerabilità	1359
Andrea Napolitano , La trasformazione della Costituzione economica nel costituzionalismo multilivello. Intervento pubblico, solidarietà e governo dell'economia nel quadro del Next Generation EU	1371
Alejandro Villaluenga Garrido , Estado social, pueblo y pertenencia en el ámbito de la Unión Europea	1397
Luis Fernando Martínez Quevedo , El libre desarrollo de la personalidad de los menores en la sociedad digital	1411
Marianna Cuomo , Il diritto alla salute nel quadro della trasformazione digitale	1437
Leandra Abbruzzo , Il ruolo dei caregiver nell'assistenza sanitaria agli anziani	1459
Marta Barranco Dos Santos , Breve aproximación a la evolución jurídica de la eutanasia en España: de la penalización a la regulación normativa	1487
Stella Nacca , Il filo sottile tra dignità e sostegno vitale: il suicidio assistito nel prisma costituzionale alla luce della sent. n. 135/2024	1509
Rafael Deyongh Cedeño , El derecho a la muerte médicamente asistida: un análisis comparado sobre sus fundamentos constitucionales en los ordenamientos jurídicos colombiano y español	1543
Chiara Sagone , La tutela delle persone con disabilità: Italia e Spagna a confronto	1571
Gemma Alberico , Il diritto alla genitorialità e la procreazione medicalmente assistita alla luce della giurisprudenza costituzionale	1595
Aurora Maggi , La transizione del principio di dignità: uno sguardo ai mutamenti nella garanzia dei diritti riproduttivi	1619
Valentina Capuozzo , Libertà di espressione online: note sul quadro giuridico spagnolo nella cornice della disciplina europea	1635
Francisco Ortega Candela , ¿Ampara la libertad de expresión la generación de pornografía infantil con herramientas de inteligencia artificial?	1651
Emilio Ferrero García , 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
Francesca Alicino , Il contratto collettivo nazionale di lavoro: un progetto di tutela economica e sociale nell'era dell'industria 4.0	1689

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

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**

SOMMARIO: 1. Le “modifiche tacite” della Costituzione e l’attenzione ad esse usualmente prestata con riguardo agli enunciati di organizzazione (e, specificamente, a quelli che connotano la forma di governo), non pure – stranamente – agli enunciati aventi natura sostantiva e, più ancora, a quelli espressivi dei principi fondamentali dai quali nel modo più diretto e immediato risultano i tratti qualificanti la forma di Stato. – 2. Il trend viepiù vistoso all’accentramento del potere in capo al Presidente del Consiglio accompagnato dalla sostanziale deresponsabilizzazione per il suo esercizio, connotandosi pertanto come a-democratico l’ordinamento in alcune delle sue più salienti espressioni. – 3. Le insanabili contraddizioni esibite dalla riforma Meloni volta ad introdurre il premierato elettivo, la sostanziale emarginazione che è da attendersi del Parlamento in seno al circuito politico-decisionale, con immediati, negativi riflessi per ciò che concerne la formazione degli organi di garanzia cui il Parlamento stesso concorre. – 4. I riflessi del premierato elettivo sul versante giudiziario: in specie la questione se seguirà ad aversi riscontro dell’annosa “supplenza” dei giudici nei riguardi dei decisori politici, in un contesto nondimeno segnato da una crisi lacerante del principio della separazione dei poteri e, per ciò stesso, della Costituzione che in quest’ultimo ha uno dei suoi tratti maggiormente qualificanti ed espressivi. – 5. Cenni a tre questioni di cruciale rilievo: a) se la nostra sia davvero una forma di governo parlamentare; b) se la Repubblica sia a tutt’oggi democratica; c) se si possa, seppur in parte, porre rimedio ai guasti del presente e quale sia la via diretta conducente allo scopo.

* Università di Messina.

** Lo scritto è aggiornato al 4 ottobre 2024.

1. Le “*modifiche tacite*” della Costituzione e l’attenzione ad esse usualmente prestata con riguardo agli enunciati di organizzazione (e, specificamente, a quelli che connotano la forma di governo), non pure – stranamente – agli enunciati aventi natura sostantiva e, più ancora, a quelli espressivi dei principi fondamentali dai quali nel modo più diretto e immediato risultano i tratti qualificanti la forma di Stato

Delle torsioni della forma di governo si discute – come si sa – *ab antiquo*: ne rende eloquente testimonianza l’attenzione da sempre prestata alle c.d. “modifiche tacite” della Carta costituzionale che, in buona sostanza, fanno a quelle specifico riferimento¹. La qual cosa, faccio notare di passaggio, si giustifica per vero solo in parte, sol che si convenga a riguardo del fatto che non minori, per quantità e qualità, sono le modifiche in parola riguardanti la parte sostantiva e, prima ancora, i principi fondamentali dell’ordinamento², dal cui modo effettivo di tradursi nell’esperienza discende, poi, quello delle disposizioni di entrambe le parti in cui si articola il dettato costituzionale. Vale, tuttavia, anche l’inverso, il modo con cui si affermano le regole, sostantive e di organizzazione, riflettendosi variamente sui principi. Il flusso di suggestioni è, d’altronde, a doppio verso di marcia e, a conti fatti, esibisce carattere circolare, i materiali normativi e fattuali di cui si compone l’esperienza giuridica condizionandosi in rilevante misura a vicenda, al punto di rendersi poi assai arduo stabilire chi più dà ovvero maggiormente riceve in seno a relazioni internamente assai composite.

Sta di fatto che l’attenzione degli studiosi si appunta con particolare insistenza specificamente sulle dinamiche di apparato, restando quindi sullo sfondo i riflessi che possono aversene (ed effettivamente si hanno) al piano dei rapporti tra l’apparato stesso e la comunità governata, ovverosia – come suol dirsi – della forma di Stato. Non a caso, d’altronde, ancora di recente l’associazione dei costituzionalisti ha de-

¹ *Ex plurimis*, v. AA.VV. (2020); CALAMO SPECCHIA, (2020, 266 ss.); CITINO, (2021) e ID. (2021, 40 ss.); MANGIA, (2022, 61 ss.); BALDINI, (2023 e 2024, 66 ss.), OLIVITO, (2023, 26 ss. e 2024); IADICICCO, (2023); MORELLI, RUGGERI, (2024). Infine, se si vuole, anche il mio Editoriale dal titolo *Fino a che punto possono tenersi distinte le vicende della forma di governo da quelle della forma di Stato?*, (2024, IV ss.)

² ... anche a motivo della maggiore duttilità strutturale in generale esibita dagli enunciati aventi carattere sostantivo e più ancora appunto di quelli espressivi dei principi rispetto agli enunciati di organizzazione.

dicato proprio allo studio delle dinamiche della forma di governo uno dei suoi convegni annuali, tenutosi a Brescia nell'ottobre del 2023³. Eppure, come anche in quella occasione non si è mancato di far notare, la radice da cui le dinamiche stesse traggono alimento ed orientamento, nel loro non di rado tortuoso ed affannoso cammino, si situa nel corpo sociale, nella struttura ed in certe relazioni che in seno a quest'ultimo prendono forma. Ed è per ciò che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – proprio qui è il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa. Lo è per una duplice ragione: vuoi per il fatto che le vicende della forma in parola sono quelle che maggiormente e più direttamente coinvolgono i valori fondanti dell'ordinamento, a partire – come si vedrà – da quello democratico, e vuoi ancora perché – come pure si preciserà a momenti – i nodi che avvolgono i rapporti di vertice, distogliendoli in significativa misura dal solco tracciato nella Carta, affondano in realtà nella struttura del corpo sociale, nella quale è dunque la causa prima e più rilevante degli scostamenti dell'esperienza dal disegno costituzionale.

Per dare un minimo di concretezza al discorso che si va ora facendo e con riserva di approfondimenti a breve, basti solo tenere a mente l'incidenza che la crisi dei partiti ha nei riguardi delle più salienti espressioni della forma di governo⁴ per avere conferma di quanto persino talune esperienze maturate in sedi extraistituzionali sul complessivo andamento di quelle che si radicano in ambiti istituzionali, laddove appunto si hanno le più rilevanti espressioni della forma di governo.

Sta di fatto che le torsioni di entrambe le forme in parola si sono col tempo fatte viepiù diffuse e vistose, al punto di rendersi pressoché irriconoscibile la loro genuina connotazione quale traspare dall'immagine che ce ne dà la Carta; la qual cosa, a tacer d'altro, obbliga ad una disincantata riflessione a riguardo della effettiva forza normativa di cui la Costituzione dispone (e, ulteriormente approfondendo, in seno a questa, hanno i principi fondamentali, dal momento che – come

³ Il convegno ha per titolo – com'è noto – *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*; alcuni dei contributi allo stesso sono, peraltro, già apparsi nella *Riv. AIC*.

⁴ Su partiti e forma di governo, per tutti, v. i contributi al convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Napoli il 14 e 15 giugno 2019 su *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, a cura di STAIANO, FERRAIUOLO, VUOLO, (2020); v., inoltre, STAIANO, (2023, 292 ss.); utili indicazioni anche dal convegno di Brescia sopra cit.

si diceva – proprio gli enunciati che li esprimono appaiono essere i più esposti a frequenti e corpose manipolazioni nell’esperienza).

2. Il trend viepiù vistoso all’accentramento del potere in capo al Presidente del Consiglio accompagnato dalla sostanziale deresponsabilizzazione per il suo esercizio, connotandosi pertanto come a-democratico l’ordinamento in alcune delle sue più salienti espressioni

Non farò ora l’ennesimo racconto delle torsioni di cui qui si discorre, dal momento che le stesse sono state fatte oggetto di analisi approfondite di vario segno ed orientamento. Mi limito solo a fermare rapidamente l’attenzione su un punto che considero di cruciale rilievo per la questione qui specificamente trattata, in relazione cioè alle ricadute che le vicende caratterizzanti la forma di governo hanno nei riguardi di quelle che, nel modo più diretto ed immediato, qualificano la forma di Stato e ne segnano i complessivi sviluppi.

Mi riferisco all’accentramento, col tempo fattosi viepiù vistoso, di potere presso sedi istituzionali ristrette e, segnatamente, in capo al Governo. Nel tempo a noi più vicino, però, si è registrata una significativa novità, costituita dall’ulteriore, marcata concentrazione di potere a beneficio del Presidente del Consiglio ed a discapito dello stesso Governo quale organo usualmente visto come “complesso”, in seno al quale centralità di ruolo è riconosciuta al Consiglio dei ministri inteso quale “collegio”: qualifica, quest’ultima, che, per ragioni altrove espresse⁵, non appare ai miei occhi corretta e che, tuttavia, qui non ridiscuterò, muovendo dall’assunto che gode dei maggiori consensi tra gli studiosi. Avverto solo che, anche a non ritenere il Consiglio dei ministri un collegio (nella sua ristretta e propria accezione), ugualmente non può negarsene la centralità di ruolo, avvalorata dalle più accreditate letture prospettate dell’art. 95 della Carta, specificamente laddove si rileva, con dovizia di argomenti, come la definizione della “politica generale del Governo” – quale che sia il significato di questa formula ad oggi, per molti versi, misteriosa – non competa di certo al Presiden-

⁵ ... nel mio *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano 1981, dal quale possono, volendo, aversi gli opportuni ragguagli.

te del Consiglio, abilitato unicamente a *dirigerla*, non pure a *determinarla*, senza perciò commutarsi in un “Primo Ministro”⁶.

Oggi, però, si assiste ad un marcato spostamento del baricentro del corpo governativo, con riflessi che si dispiegano a raggiera per l'intera trama istituzionale e, quindi, ricadono sul versante dei rapporti tra apparato governante e comunità governata. Ed è appena il caso qui di evidenziare ciò che già è stato messo in chiaro da una nutrita schiera di studiosi, vale a dire che una spinta vigorosa a questo *trend* può venire dalla riforma Meloni relativa al c.d. premierato elettivo su cui tornerò a breve⁷.

Si è avuto un concorso di cause, pure eterogenee e reciprocamente differenziate, che tuttavia hanno finito con il ricaricarsi perversamente a vicenda determinando quindi tutte assieme l'esito di cui ora si discorre.

Si pensi solo al ruolo al riguardo giocato dalla pandemia da covid-19, in occasione della cui virulenta manifestazione si è assistito ad una sovraesposizione della figura del Presidente del Consiglio scandita dalla produzione a getto continuo di atti suoi propri – i discussi (e discutibili) D.P.C.M.⁸ – che, al di là della natura posseduta, hanno di fatto

⁶ Tale, invece, avrebbe dovuto essere, secondo una proposta caldeggiata in sede di lavori preparatori della Carta da autorevoli esponenti democristiani, con in testa C. Mortati ed E. Tosato, che, però, allo scontro con le sinistre, non riuscì ad affermarsi (riferimenti alla vicenda costituente, nuovamente, nel mio scritto per ultimo cit., spec. 53 ss., 90 ss. e 116 ss., nonché, più di recente, in DELL'ATTI, 2022, 7 ss.).

⁷ Ormai incontenibile la mole di commenti di vario segno al disegno in parola: indicazioni possono aversi da MORELLI, RUGGERI, (2024, 161 ss., in nt. 160, op. cit.); adde: i contributi a *Un decalogo di temi e quesiti sul progetto governativo di riforma costituzionale* (2024, 539 ss.) e, pure *ivi*, MORRONE, (2024, 695 ss.), e BALBONI, (2024, 701 ss.), nonché MASTROPAOLO, REVELLI, (2024, 71 ss.), e, nella stessa *Rivista*, L. MARIANTONI (2024, 14 ss.); DELLEDONNE, (2024); CASANOVA, (2024); AA.VV., (2024); MAGARÒ, (2024, 1267 ss.). Infine, se si vuole, anche il mio *Il premierato elettivo e la decostituzionalizzazione della Costituzione (note minime su una spinosa questione)*, (2024, 1157 ss.).

⁸ Non è, dunque, per mero accidente che i decreti in parola abbiano costituito oggetto di una nutrita schiera di contributi scientifici anche di respiro monografico [*ex plurimis*, v. CASTELLI, (2021 e 2022, 37 ss.), e RUBECHI, (2022)]. Altre indicazioni in GLIATTA, (2021, 1191 ss.); CIARALLI, (2022, 52 ss.), e CARDONE, (2023, 193 ss.). Cfr., infine, SALERNO, (2024, 161).

espresso una formidabile forza normativa non soltanto di rango legislativo ma, addirittura, a conti fatti, “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*, sol che si pensi alla sospensione da essi determinata di diritti fondamentali della persona. Né in avverso giova addurre l’argomento per cui gli atti in parola poggiavano pur sempre su una base apprestata da fonti di primo grado, vuoi per la sostanziale inconsistenza concettuale e positiva della base stessa e vuoi perché, ad ogni buon conto, il *vulnus* da essi recato ai principi fondamentali dell’ordinamento si rendeva pur sempre manifesto in tutta la sua portata.

Al di là, poi, della giustificazione addotta, con riguardo allo stato di necessità al tempo determinatosi, ciò che qui maggiormente importa mettere in chiaro è che alcuni effetti prodotti da atti venuti alla luce per far fronte all’emergenza hanno dato prova di sapersi trasmettere pur dopo il venir meno di quest’ultima. Si è, insomma, assistito (e si assiste) ad una sorta di effetto di trascinamento esibita da talune pratiche, giuridiche e sociali, idonee a riprodursi anche in un contesto ormai significativamente mutato; e ciò vale sia per esperienze che, per taluni aspetti, si presentano positive che per altre (e sono quelle qui di specifico rilievo) invece di segno opposto. Quanto alle prime, si pensi ad es. alle attività sociali svolte a distanza, avvalendosi delle risorse al riguardo apprestate dalla tecnologia⁹. Delle seconde rileva appunto il ruolo viepiù marcato giocato dal Presidente del Consiglio in seno al Governo, in primo luogo, e, quindi, nei rapporti esterni a quest’ultimo, segnatamente sul versante su cui vengono ad emersione ed hanno svolgimento quelli con il Parlamento¹⁰.

Accenno qui di passaggio al fatto che dei decreti in parola si prefigurava un largo utilizzo da parte della legge n. 86 del 2024, in materia di regionalismo differenziato; sennonché da un comunicato stampa della Corte costituzionale del 14 novembre 2024 risulta che è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la previsione della legge suddetta secondo cui l’aggiornamento della disciplina dei livelli essenziali delle prestazioni avrebbe potuto aversi a mezzo dei decreti in parola. Ne sapremo di più dopo la pubblicazione della decisione della Consulta.

⁹ Le attività a distanza – come si sa – non presentano solo risvolti positivi; di tutto ciò, ad ogni buon conto, non giova ora dire.

¹⁰ La figura e il ruolo del Presidente del Consiglio hanno costituito da tempo oggetto di attenzione da parte della dottrina; ai fini qui interessanti, tuttavia, rilevano soprattutto le ricostruzioni messe a punto dalla più recente dottrina: tra gli altri, v., part., i contributi di CIOLLI, (2018), e DELL’ATTI, (2022).

Si dirà che quest'esito in larga misura si deve a mutati rapporti tra le forze politiche anche rispetto ad un recente passato. Fuor di dubbio che alle regolarità della politica debba riconoscersi un posto di rilievo per ciò che attiene alle dinamiche di cui si fa qui parola. I rapporti suddetti, nondimeno, risentono, per loro indeclinabile vocazione, dei connotati strutturali delle coalizioni di governo, vale a dire, in buona sostanza, del peso specifico di cui ciascuna forza dispone e che può far valere nel corso delle esperienze di governo: esperienze, dunque, varie, specie in occasione di cambi di maggioranza. Eppure, malgrado la diversità dei contesti, il ruolo del Presidente del Consiglio è sempre risultato di primo piano: certo, ora più ed ora meno marcato, anche in ragione degli *accidents of personality* che pure sono – come si sa – non privi di significato, e tuttavia appunto pur sempre particolarmente rilevante, specie a fronte di quello giocato dal Consiglio dei ministri, viepiù stancamente relegato ai margini del circuito politico-decisionale, obbligato dunque a ratificare decisioni altrove prese con l'apporto di centrale rilievo del Presidente.

Vi è, però, di più; ed al *trend* volto ad appuntare quote viepiù consistenti di potere in capo al Presidente si accompagna l'altro alla deresponsabilizzazione per l'esercizio del potere stesso. Un fenomeno, questo, di cui si ha riscontra tanto lungo il versante istituzionale, non riuscendo il Parlamento per ragioni varie, peraltro a tutti note, a far valere davanti a sé la responsabilità del Governo (e, per esso, specificamente del Presidente del Consiglio), quanto al piano dei rapporti con la comunità governata, non avendosi parimenti riscontro di manifestazioni tangibili di responsabilità diffusa (e qui – come si vede – torna in primo piano la forma di Stato, in una delle sue più qualificanti espressioni).

Ancora una volta, si è in presenza di "fatti" dalle origini risalenti che però – qui è il punto – vengono ora a manifestarsi in forme particolarmente accentuate, vistose, allarmanti. La dissociazione tra potere e responsabilità mette, infatti, in crisi uno dei pilastri portanti del costituzionalismo; ed è chiaro che, nel momento in cui la responsabilità non segue più il potere, la via è spianata per una involuzione autoritaria delle dinamiche istituzionali ed ordinamentali.

Mi sono, non molto tempo addietro, dichiarato dell'idea che, alla luce di alcune tra le sue più salienti espressioni, il nostro appaia essere

un ordinamento *a-democratico*¹¹: per fortuna, ancora oggi non *antidemocratico* e, però, ahimè, neppure *democratico*. Della qual cosa, peraltro, si ha sicura riprova dall'assenteismo crescente alle elezioni: testimonianza inequivoca di una disaffezione diffusa in seno al corpo elettorale nei riguardi degli esponenti dei partiti di qualsivoglia colore.

Prescindendo ora dalla contingenza politica, a riguardo della quale in questa sede nulla mi è consentito di dire, e mantenendo lo studio entro l'ambito istituzionale, al quale soltanto è qui consentito di svolgerlo, molti segni fanno intendere che, seguitando ad affermarsi la tendenza di cui qui si discorre, il rischio della involuzione ordinamentale sia da prendere in seria considerazione.

3. Le insanabili contraddizioni esibite dalla riforma Meloni volta ad introdurre il premierato elettivo, la sostanziale emarginazione che è da attendersi del Parlamento in seno al circuito politico-decisionale, con immediati, negativi riflessi per ciò che concerne la formazione degli organi di garanzia cui il Parlamento stesso concorre.

La riforma Meloni – come si faceva poc'anzi notare – alimenta questo timore. Pone, infatti, le basi per una razionalizzazione di quella “*presidenzializzazione di fatto*” della forma di governo – come la si è altrove chiamata – che appare essere una delle cifre maggiormente espressive del tempo presente.

Onestà d'intelletto obbliga, tuttavia, a dire chiaro e tondo che nessuna prova certa si ha dall'articolato di riforma a riguardo del mutamento di forma di governo nel senso appena precisato. E ciò, per la elementare ragione che lo stesso è gravato da alcune contraddizioni insanabili, tanto per ciò che in esso si dice quanto per ciò che non si dice, con la conseguenza che, a motivo di siffatto scollamento interno, non è dato al momento di poter stabilire quale possa essere il verso in futuro intrapreso dalle più marcate regolarità della politica (sempre che – beninteso – esse pure non si presentino oltre misura oscillanti e, di contro, risultino sufficientemente radicate assumendo dunque una forma nitidamente visibile).

¹¹ V., dunque, volendo, il mio *L'assenteismo elettorale e la forma a-democratica di Stato (nota minima su una spinosa ed irrisolta questione)*, (2021).

Due – come si è fatto altrove notare¹² – appaiono essere le maggiori e più vistose contraddizioni: *a*) la previsione, suscettibile di dar vita a non poca confusione, della doppia fiducia di cui viene a godere il Presidente del Consiglio¹³, presentandosi quella parlamentare inutilmente ridondante o, diciamo pure, rafforzativa dell'altra insita nella elezione popolare (quasi che i rappresentanti siano chiamati a sindacare l'operato dei rappresentati...) e *b*) il mancato adeguamento alla elezione diretta delle disposizioni di cui all'art. 95, in ordine ai poteri riconosciuti in capo al Presidente del Consiglio, rimasti dunque tali e quali erano (*rectius*, sono) in forza del dettato costituzionale vigente, fatta eccezione della previsione, ora espressamente posta in coda all'art. 92, nella versione licenziata dal Senato¹⁴, che dà modo al Presidente del Consiglio di proporre al Capo dello Stato la revoca dei Ministri¹⁵.

Qui è il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa. Delle due, infatti, l'una: o i poteri sono destinati a restare inalterati, così come parrebbe a stare alla lettera dell'art. 95, ed allora non si capisce a cosa serva la riforma volta ad introdurre il meccanismo della elezione diretta, dallo stesso Presidente del Consiglio in carica sovente definita la “madre di tutte le riforme”. Oppure, in lineare svolgimento di quest'ultima, i poteri sono da considerare (*rectius*, *devono* essere considerati) profondamente cambiati, ed allora non si capisce perché mai il dettato costituzionale non sia stato sul punto innovato di una virgola, con la pur rilevante eccezione riguardante però non già il versante endogovernativo ma quello dei rapporti con il Presidente della Repubblica, obbligato – secondo la più accreditata opinione – a patire

¹² V., di recente, il mio *Il premierato elettivo e la decostituzionalizzazione della Costituzione (note minime su una spinosa questione)*, cit., e riferimenti di lett. *ivi*.

¹³ Notazioni fortemente critiche sul punto, tra gli altri, in MORRONE, (2024, 699, op. cit.) e, ora, MAGARÒ, (2024, 1279 ss., op. cit.).

¹⁴ ... sulla quale invita ora opportunamente a fermare l'attenzione anche MAGARÒ, op. et loc. cit.

¹⁵ Un potere, questo, la cui esistenza è stata – come si sa – *ab antiquo* discussa, che nondimeno in larga misura dipende, più che da regole che esplicitamente lo stabiliscano, da condizioni del quadro politico, da regolarità della politica insomma. Di certo, domani la elezione diretta potrà costituire una base solida per il suo esercizio, fermo nondimeno restando il rischio che lo stesso porti diritto all'apertura di una crisi di governo per effetto della “copertura” offerta dal partito di appartenenza al Ministro che il Premier vorrebbe espellere dalla compagine di governo.

una vistosa *deminutio capitis* in ordine all'esercizio dei suoi due poteri maggiori, la nomina del Presidente del Consiglio e lo scioglimento anticipato delle Camere¹⁶.

Il vero è che l'elezione diretta mira a produrre un effetto di trascinamento idoneo ad aprirsi a raggiera per l'intero campo istituzionale, a partire, ovviamente, dal versante lungo il quale si svolgono i rapporti tra il Presidente del Consiglio e i Ministri (e, di riflesso, tra i *partners* della coalizione di governo). Si fa la riforma perché si vogliono cambiare i poteri e, con essi, la forma di governo. Solo che, perché ciò si abbia, il Presidente del Consiglio si troverà costretto ad uscire allo scoperto, a tracimare dall'alveo tracciato nella Carta o, diciamo pure, a contrapporsi a quest'ultima frontalmente. Il che, poi, la dice lunga su quale sia la considerazione che si ha della lettera della Carta stessa e della sua forza, secondo quanto si faceva per altro verso poc'anzi notare.

La reticenza, per studiata cautela, serbata dall'autore del testo di riforma sul versante dei poteri lascia, dunque, il beneficio del dubbio circa il verso lungo il quale potranno avviarsi le nuove regolarità della politica. D'altro canto, la irragionevolezza di dettato in cui la Carta, senza sua colpa, verrà a trovarsi dà credito all'ipotesi che, specie in situazioni politiche confuse, potrebbe assistersi ad oscillazioni non da poco nell'esercizio dei poteri presidenziali, risultando pertanto la loro consistenza varia a seconda dei contesti (e, perciò, in buona sostanza, dei rapporti tra i *partners* di governo). Se ne ha che è da mettere in conto la eventualità che abbiano ad impiantarsi regolarità allineate alle indicazioni venute dall'art. 95 e, perciò, ad effetto – come dire? – frenante o di contrappeso nei riguardi della regola della elezione diretta.

Se le cose stanno così come sono qui viste, nulla può escludere che, malgrado il meccanismo della elezione diretta, si affermino talune regolarità che non agevolino il raggiungimento dell'obiettivo della stabi-

¹⁶ In tema, di recente e per tutti, PUPO, (2024, 63 ss.), e FRICANO, (2024, 156 ss.). Si è, poi, fatto di recente notare [SEVERA, (2024)] che il Capo dello Stato potrebbe, dal suo canto, esercitare un sindacato sulla scelta dei Ministri, opponendosi alla nomina di persone non ritenute adeguate rispetto al ruolo, come peraltro, ancora non molto tempo addietro, si è avuto con il caso Savona. Nessuna garanzia, tuttavia, si ha che ciò potrà seguitare ad aversi anche in un contesto connotato da un ruolo particolarmente forte del Presidente del Consiglio siccome poggiante sul solido fondamento della elezione diretta.

lità politica: l'autentico *leit motiv*, viepiù stancamente ripetuto (a mo' di *slogan*, appunto), dall'autore della riforma e dai suoi benevoli *laudatores* che appunto lo hanno presentato quale un obiettivo di sicuro centrato grazie alla novità della elezione diretta.

Due sole notazioni al riguardo mi sta qui pure particolarmente a cuore di rappresentare.

La prima è che la stabilità politica non per ciò è garanzia certa di buon governo, vale a dire della maggiore rappresentatività possibile dei rappresentanti, quale attitudine di questi a farsi carico dei più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale. Buone regole, costituzionali ed istituzionali in genere, possono agevolare il conseguimento di quest'esito; la maggior parte, però, l'hanno da fare al riguardo le regolarità della politica e – ciò che più importa – la qualità del personale chiamato a responsabilità di governo (e – tengo a precisare – anche delle forze politiche di opposizione, esse pure chiamate a responsabilità politica diffusa per il loro operato). Nessuna riforma è in grado, per un suo limite strutturale, di dare garanzie per ciò che attiene alle qualità di cui gli operatori politici devono dare prova di essere dotati. E non è inopportuno qui accennare, sia pure solo di passaggio, che da tempo è ormai dato assistere ad un diffuso e viepiù accentuato *degrado culturale* – come mi è parso giusto di qualificarlo in altri luoghi – del ceto politico, di cui si hanno plurime, convergenti ed inequivocche testimonianze.

La seconda è che, ancora una volta, nessuna garanzia sicura viene offerta dalla riforma in ordine al raggiungimento dell'obiettivo della stabilità, in un contesto quale il nostro segnato da governi di coalizione, dal momento che in ogni tempo può darsi il caso che l'alleanza si sfaldi per iniziativa di uno dei partiti di maggioranza.

Per altro verso, pressoché certi sono alcuni guasti che saranno causati dalla riforma stessa, in primo luogo sul versante su cui vengono a svolgersi le dinamiche che connotano la forma di governo e, quindi, su quello delle dinamiche caratterizzanti la forma di Stato.

Il punto di incrocio tra le dinamiche in parola è dato dal Parlamento che – come si è fatto in più luoghi notare – versa da tempo in uno stato comatoso e che dalla riforma potrebbe avere il classico colpo di

grazia¹⁷. D'altronde, come si diceva, la causa prima e più rilevante di siffatta condizione si rinviene nella crisi in cui versano i partiti che sembrano aver ormai smarrito la propria identità, la funzione cioè che ne dà e qualifica l'essenza, quella di far luogo alla formazione di un ceto politico in grado di far fronte alla mole imponente di problemi gravanti sulla società e, a un tempo, di elaborare progetti idonei a darne, seppur in parte, la soluzione.

Pochi dubbi possono, dunque, residuare a riguardo del fatto che l'organo immediatamente rappresentativo della volontà popolare resterà viepiù confinato ai margini del circuito politico-decisionale, incapace di concorrere fattivamente e in non secondaria misura alla definizione della direzione politica dello Stato¹⁸.

Il ruolo meramente ancillare delle Camere, al raffronto con quello di primo piano del Presidente del Consiglio, è da temere che possa quindi avere la sua naturale proiezione in sede di formazione degli or-

¹⁷ Ha, di recente, fatto il punto sullo stato di salute dell'istituto parlamentare FABRIZZI, (2024). Per le ragioni qui pure sinteticamente rappresentate e già altrove espresse (in *Fino a che punto possono tenersi distinte le vicende della forma di governo da quelle della forma di Stato?*, cit., VII, in nt. 7), non sarei tuttavia particolarmente fiducioso circa le concrete possibilità di un pronto ristabilimento dell'organo nel quale più che in ogni altro s'incarna la volontà popolare. Non può, tuttavia, farsi passare qui sotto silenzio lo sforzo encomiabile prodotto dalla Consulta con la decisione sulla legge n. 86 del 2024, in tema di regionalismo differenziato, che per vero, al momento in cui si licenzia per la stampa questo scritto, non si conosce ancora ma della quale si ha un resoconto dettagliato in un comunicato stampa della Consulta del 14 novembre scorso, sforzo proteso a ritagliare a beneficio delle assemblee elettive un ruolo non meramente coreografico o simbolico bensì di sostanziale compartecipazione alla messa a punto delle intese (e, quindi, della legge adottata per darvi seguito), del quale nondimeno si attendono ora le conferme dall'esperienza. Restano, ad ogni buon conto, non rimossi gli ostacoli di ordine politico-culturale, cui si accenna nel testo, che segnano profondamente e negativamente la qualità delle attività esercitate dalle assemblee stesse.

¹⁸ È, dunque, nella crisi ormai endemica della rappresentanza la causa e l'effetto, allo stesso tempo, con un moto circolare che da se medesimo si ricarica senza sosta, del viepiù vistoso smarrimento della tipizzazione dei ruoli istituzionali o – come pure si preferisce ora dire da una sensibile dottrina [STAIANO, (2024)] – del caos ormai diffusamente imperante in seno alla trama istituzionale, con effetti immediati, peraltro, come qui pure si tenta di mostrare, a carico della forma di Stato, obbligata ad andare soggetta a vistose torsioni rispetto al modello per essa delineato nella Carta. In tema, v., ora, le precisazioni svolte da RAUTI, (2024, 95 ss.).

gani di garanzia cui le Camere stesse – come si sa – concorrono, in primo luogo per ciò che attiene alla elezione del Presidente della Repubblica e di alcuni membri della Corte costituzionale e del Consiglio Superiore della Magistratura.

Il cerchio così si chiude in modo soffocante sulle principali istituzioni della Repubblica, con effetti quindi di tutta evidenza a carico della comunità governata.

4. I riflessi del premierato elettivo sul versante giudiziario: in specie la questione se seguirà ad aversi riscontro dell'annosa "supplenza" dei giudici nei riguardi dei decisori politici, in un contesto nondimeno segnato da una crisi lacerante del principio della separazione dei poteri e, per ciò stesso, della Costituzione che in quest'ultimo ha uno dei suoi tratti maggiormente qualificanti ed espressivi.

La concentrazione del potere in capo al *Premier* (ché tale, come si è venuti dicendo, aspira ad essere secondo il disegno Meloni¹⁹) non per ciò – come si è veduto – è garanzia di un buon esercizio del potere stesso. Nulla, infatti, esclude che abbiano ugualmente a rendersi palesi talune annose e vistose carenze in ordine allo svolgimento dell'attività di direzione politica che hanno fin qui determinato un grave scollamento tra l'azione dei decisori politici e le aspettative maggiormente diffuse ed avvertite in seno alla comunità governata.

È, dunque, da mettere in conto che, pur dopo la riforma (sempre che risulti confermata dal voto referendario che di sicuro seguirà alla sua approvazione), abbia ad affermarsi e, anzi, a crescere ulteriormente la "supplenza" dei giudici, com'è usualmente chiamata, volta a porre un qualche rimedio alle complessive mancanze dei decisori politici, specie laddove – nel *facere* come nel *non facere* – dovessero mostrarsi maggiormente incompatibili con le indicazioni risultanti dalla Carta costituzionale, a partire da quelle dotate di maggiore carica assiologico-normativa.

¹⁹ Anche MAGARÒ, (2024, 1279, op. cit.) si sofferma ora giustamente sul carattere improprio del vecchio nome mantenuto dall'organo, con ogni probabilità dovuto – come si è altrove osservato – al bisogno di non connotare come eccessivamente dipendente la riforma rispetto al dettato originario.

I giudici, nondimeno, vanno incontro a limiti strutturali invalicabili. La stessa Corte costituzionale che, più di ogni altro, somiglia ad un legislatore, non soltanto – com’era qualificato da un’accreditata dottrina – “negativo” ma anche, alla bisogna, “positivo”, non può spingersi oltre una certa soglia nella sua opera di sostanziale rifacimento dei testi, per quanto per vero di recente abbia dato mostra di spostarla sensibilmente in avanti, commutando – a mia opinione, inopinatamente – le c.d. “rime obbligate” di crisafulliana memoria in “rime possibili”²⁰. Ogni giudice, ad ogni buon conto, agisce su domanda di altri operatori (sovente di altri giudici) e, pur non trattenendosi a volte dal riformulare secondo occasionali convenienze la domanda stessa, vede pur sempre da quest’ultima tracciato il confine entro il quale può svolgere il *munus* assegnatogli. Ciò che, infatti, fa comunque per sistema difetto agli operatori di giustizia, anche a quei peculiari operatori che sono i tribunali costituzionali o altri ad essi per certi versi assimilabili (quali le Corti europee), è la capacità di darsi un previo programma d’azione e di poterlo quindi, seppur in parte, realizzare a mezzo di atti strutturalmente e funzionalmente connessi e, appunto, conducenti agli obiettivi dapprima definiti.

Ora, nessuno è in grado di poter dire quali riflessi l’avvento del c.d. premierato elettivo potrà avere sul versante degli operatori di giustizia, pur dovendosi mettere in conto – come si diceva – che abbia ulteriormente a crescere il tasso di “politicizzazione” dell’attività della Corte delle leggi, specie laddove la mano del *Premier* dovesse lasciare un segno marcato sulla composizione dell’organo.

Anche, però, sul versante della giurisdizione comune potrebbe aversi riscontro di un sensibile innalzamento del tasso suddetto, pur se dovuto – si faccia caso – ad una giusta causa, vale a dire all’obiettivo di porre un qualche argine ad iniziative del *Premier* debordanti dal solco costituzionale.

D’altro canto, non di rado è dato assistere ad usi abnormi degli strumenti processuali, a partire da alcune tecniche decisorie, quale

²⁰ Riferimenti, nella ormai nutrita lett., in LEONE, (2019, 183 ss.); MORRONE, (2019, 264 ss. e 2021, 197 ss.); TEGA, (2020, spec. 101 ss. e 2021, 5 ss.); ABRUSCIA (2020, 282 ss., spec. 293); GOIA, (2021, 1001 ss.); SPADARO, (2023, 103 ss.); PINARDI, (2023, 1 ss.). In tema, v., inoltre, AA.VV., (2023); ROMBOLI, (2023, 815 ss.); MASSA, (2023); SILVESTRI, (2024); RAUTI, (2024, 135 ss., op. cit.).

quella dell'interpretazione conforme, per effetto del cui utilizzo si è avuta (e si ha) talvolta la sostanziale riscrittura dei testi di legge²¹. L'aggiustamento di questi ultimi, infatti, va fatto nelle sedi e con i modi giusti, senza battere improprie scorciatoie lungo le quali gli operatori di giustizia si troverebbero obbligati a mutare casacca ed a rivestirsi perciò di quella spettante ai decisori politici.

Il vero è che a trovarsi sotto *stress* è, ormai da tempo, il principio della separazione dei poteri²²; e, se lo è quest'ultimo, lo è anche, per logica conseguenza, la Costituzione che ha nel principio in parola uno dei connotati che ne qualificano l'essenza. Ebbene, come si è venuti dicendo, tutto fa pensare che, specie a motivo della concentrazione del potere in capo al *Premier*, questo *trend* possa crescere in modo esponenziale ed incontrollabile, al punto da mettere in forse la continuità

²¹ Ed è anche a motivo della consapevolezza della varietà degli esiti raggiungibili per effetto della messa in atto della tecnica in parola che la stessa è stata (ed è) ampiamente studiata [di recente, tra gli altri, v. MODUGNO, (2014 e 2015, 461 ss.); GLIATTA, (2014); AA.VV., (2017); PARODI, (2019, 555 ss.), e, più di recente, RUOTOLO, (2014; 2018; 2019; 37 e ss.; 2024, 331 ss.); SORRENTI, (2016, 293 ss.); LUCIANI, (2016, 391 ss.), ID. (2023, 154 ss.); AA.VV., (2017, spec. i contributi di cui alla parte II); REPETTO, (2017, 99 ss.); D'AMICO, (2017, 49 ss., spec. 66 ss.); BASILE, (2017, 37 ss.); MARCENÒ, (2018, 633 ss.); BALDINI, (2020, spec. 292 ss.); POLITI, (2019, 155 ss.); PARODI, (2019, 555 ss.); ARENA, (2019, 163 ss.); PERLINGIERI, (2020, spec. 266 ss.); R. ROMBOLI, (2020, 4 ss.), I.D. (2020, 72 ss.); PITRUZZELLA, (2021, 161 ss.); DE VERGOTTINI, (2021) e STAIANO (2021, 102 ss.); MODUGNO, (2022, 1118 ss.); BARBARESCHI, (2022, 171 ss.). Altri riferimenti in MODUGNO, GUARNIER, (2024). Per i più salienti sviluppi della giurisprudenza, v., poi, RUGGERI, SPADARO, (2022, 247 ss.); PICCIONE, (2024, 455 ss.); PARODI, (2023, 2883 ss.), e, ID., (2024, 63 ss.)].

²² Non a caso esso pure è stato, ancora di recente, fatto oggetto di studi di vario segno [tra gli altri, v. i contributi all'incontro di studi di Siena del 14 marzo 2024 su *La separazione dei poteri nello stato contemporaneo. In ricordo di Giovanni Grotanelli de' Santi*, e di quello di Messina del 27-28 giugno 2024 su *Separazione dei poteri, indirizzo politico e garanzie costituzionali*; ha reso pubblico anticipatamente il suo contributo a quest'ultimo RUOTOLO, (2024, 168 ss.); è parimenti già venuto alla luce il mio *Il mix di normazione e controllo presente in alcune pratiche istituzionali: dal modello alle torsioni dell'esperienza*, 2/2024, 822 ss. V., inoltre, utilmente, SILVESTRI, che è di recente tornato a trattare del tema dopo i suoi approfonditi studi monografici del 1979 e del 1984: v., dunque, la voce *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir., I tematici*, V (2023); e, ancora, SCACCIA, (2023, 459 ss.); BARBERIS, (2023); ROMBOLI, (2023, 815 ss., op. cit.); LUCIANI, (2023, op. cit.); PINELLI, (2024, 126 ss.); MERUSI, (2024, 37 ss.); DE GREGORIO, (2024)].

di un'esperienza ordinamentale risalente – come si sa – alla sofferta ma esaltante stagione risorgimentale.

La crisi dei partiti, cui si è già fatto cenno, unitamente alla personalizzazione della lotta politica da noi come altrove viepiù diffusa²³, può poi in rilevante misura concorrere all'esito qui paventato dell'impovertimento e dello stesso smarrimento del patrimonio dei valori che sono stati a base della nascita della Repubblica e che *dovrebbero* (condizionale non casuale) accompagnarne costantemente le più salienti movenze, a livello di apparato così come di comunità governata. Non basta – com'è chiaro – che vi sia una pluralità di partiti spontaneamente formati in seno al corpo sociale perché si abbia la democrazia, tanto più poi laddove dovesse aversi riscontro del fatto che i partiti stessi si sono profondamente trasformati al loro interno e che sembrano aver perduto la bussola che ne può orientare il cammino verso la meta, in conformità con la più genuina vocazione degli stessi quali laboratori nei quali far luogo alla progettazione del complessivo sviluppo della società.

5. Cenni a tre questioni di cruciale rilievo: a) se la nostra sia davvero una forma di governo parlamentare; b) se la Repubblica sia a tutt'oggi democratica; c) se si possa, seppur in parte, porre rimedio ai guasti del presente e quale sia la via diritta conducente allo scopo

Le diffuse e gravi torsioni della forma di governo di cui si è qui succintamente discusso, oltre a riproporre la cruciale questione relativa alla forza normativa di cui risulta effettivamente dotata la Costituzione, obbligano a tornare a riflettere su tre parimenti cruciali questioni coinvolgenti il modo di essere complessivo dell'ordinamento: *a)* se la nostra seguiti ad essere una forma di governo parlamentare; *b)* se la Repubblica sia a tutt'oggi davvero “democratica”, così come la qualifica nel suo *incipit* il libro costituzionale; *c)* se, infine, per ciò che qui maggiormente importa, ai guasti del presente possa porsi almeno in parte rimedio.

Non darei per scontata la risposta affermativa, che pure col cuore sarei tentato senza esitazione alcuna di dare ai quesiti in parola, in

²³ Incisivi rilievi critici sul punto possono, di recente, vedersi in LUCIANI, (2024).

ispecie all'ultimo che appare essere di non poco impegno in sede di progettazione teorica.

Per l'un verso, non basta – a me pare – la perdurante esistenza del rito della fiducia concessa dalle Camere al Governo a giustificare l'etichetta di “parlamentare” apposta al contenitore della forma di governo. Un'etichetta che dice il vero alla sola condizione che l'organo che dà il proprio nome al modo di essere dei rapporti tra gli organi di vertice dello Stato sia messo in grado di svolgere un ruolo di sostanziale rilievo in ordine alla determinazione della direzione politica, non già laddove dovesse trovarsi svilito nella sua funzione di primario artefice della direzione stessa e regolatore delle dinamiche sociali.

Per l'altro verso, dal momento che – come suol dirsi – tutto si tiene, il declassamento di ruolo del Parlamento proietta la propria immagine negativa a tutto campo, concorrendo in rilevante misura alla generale deriva istituzionale ed ordinamentale. È stato detto da un'accreditata dottrina che la crisi non è tanto dei rappresentanti quanto dei rappresentati²⁴. Questa è, però, solo una delle due facce della luna; e il vero è che tra rappresentanti e rappresentati si dà un rapporto di mutuo condizionamento, gli uni riflettendo pregi e difetti degli altri, e viceversa.

Vi è, però, un punto che è sovente trascurato anche negli studi maggiormente accurati ed approfonditi; ed è che “democratico” non può dirsi un ordinamento sol perché si hanno elezioni periodiche, pluralità dei partiti e quant'altro insomma concorre a fare ed incessantemente rinnovare i riti del potere in un ordinamento di tradizioni liberali. “Democrazia”, nell'accezione familiare alle tradizioni in parola, cui – come si sa – si rifà anche la nostra storia, si ha laddove i valori fondanti l'ordinamento risultino vivi, effettivamente sentiti e praticati: da chi detiene il potere così come dall'intera comunità. Non basta, insomma, che sia assicurata la partecipazione di quest'ultima alle dinamiche di apparato, “nelle forme e nei limiti della Costituzione”, com'è scritto nella Carta a riguardo dell'esercizio della sovranità. Occorre che si abbia riscontro dell'inveramento nell'esperienza, in una misura complessivamente apprezzabile, dei valori nel loro fare “sistema” per-

²⁴ Il riferimento – com'è chiaro – è ad una nota riflessione teorica di LUCIANI, (2001, 109 ss.); dello stesso, ora, v. lo scritto cit. in nt. prec.

ché la democrazia abbia un senso reale e non suoni piuttosto quale una vera e propria beffa cocente per i componenti la comunità.

Se le cose stanno così come sono qui viste, le questioni fatte ora oggetto di un rapido ed approssimativo esame si riducono ad una sola: di quanta "democrazia" possiamo dire di godere ancora al presente e di quanta potremmo averne laddove dovessero andare in porto talune riforme, a partire da quella del premierato elettivo e di altre ancora concernenti il mondo della giustizia?

Confesso di aver paura a dare a me stesso la risposta ad un sì impegnativo ed inquietante quesito, tanto più laddove il tema delle riforme seguiti ad essere impostato su basi teorico-ricostruttive assai gracili, per non dire inconsistenti, così com'è stato sin qui.

Ferma, dunque, l'avvertenza che le novità concernenti le regole costituzionali ed istituzionali in genere, pur laddove riscritte nel migliore dei modi, vanno incontro a limiti di rendimento loro propri se non accompagnate e sorrette da ulteriori ed incisive novità riguardanti le regolarità della politica, il vero è che è sbagliato il verso stesso delle riforme in cantiere che non soltanto non risultano idonee a portare buoni frutti ma, all'inverso, come si è tentato per taluni aspetti di mostrare, possono rivelarsi foriere di ulteriori ed ancora più gravi guasti di quelli in atto presenti.

Sul versante istituzionale, la ricetta giusta, infatti, non è quella dell'iperaccentramento del potere in capo al *Premier* ma l'altra volta a ridare nuova linfa vitale al Parlamento, il grande malato del sistema, allo stesso tempo rafforzando ulteriormente il ruolo degli organi di garanzia. A poco (o, forse, a nulla), nondimeno, giova rendere ancora più salda ed incisiva l'azione delle Camere se il ceto politico che vi dà corpo resta afflitto da strutturali carenze per ciò che attiene alla capacità di elaborazione di progetti adeguati ai più diffusi e pressanti bisogni.

Ancora una volta, come si vede, le radici dei guasti di cui si ha riscontro in seno all'apparato si rinvergono negli strati più profondi del corpo sociale: è da questi, dunque, che ha da prendere il via la complessiva opera riformatrice che, quindi, con moto ascendente deve portarsi in alto volgendosi al sostanziale rifacimento, in struttura e funzioni, delle istituzioni governanti, a partire appunto da quello che è (e resta) il cuore pulsante sia della forma di governo che della forma di Stato, il Parlamento.

Abbiamo assistito – secondo una diffusa ed accreditata opinione – ad un progressivo, crescente scadimento della qualità del personale politico. Non desidero qui *pietatis causa* far alcun nome in relazione al presente; quel che è certo che non ci sono più, purtroppo, personaggi della statura di De Gasperi, Moro, Togliatti, Berlinguer, Nenni, La Malfa, Malagodi, Almirante, e via scorrendo: personaggi tutti che, al di là delle divisioni politiche che ne caratterizzavano il pensiero e l'azione, risultavano – quale più quale meno – provvisti di un patrimonio di cultura politica di ragguardevole spessore.

Non mi stancherò di ripetere che il recupero della qualità, per l'aspetto ora considerato, del personale politico debba, dunque, essere ricercato in seno al corpo sociale (e, specificamente, nei partiti, bisognosi di essere rigenerati *ab ovo*, ma non – come si viene dicendo – in essi soltanto); e, poiché il *Begriffskern* della questione è di ordine culturale, è proprio nelle sedi in cui si fa e trasmette cultura che deve in primo luogo saldamente radicarsi l'opera riformatrice in parola, per quindi diffondersi per l'intero tessuto sociale.

Ora, non è certo di qui rilevare le gravi carenze e responsabilità di cui si ha vistoso riscontro nel mondo della scuola e della cultura in genere. Eppure, da qualche parte il processo di rigenerazione deve avviarsi; ed a me pare che quello appena indicato sia il luogo giusto dal quale prendere le mosse. Che, poi, occorran tempi lunghi, molto lunghi, prima di vedere tangibili ed apprezzabili risultati è per vero da mettere in conto. La società e l'ordinamento non sono, però, fatti solo per la generazione presente ma anche (e soprattutto) per quelle a venire, avendo entrambi nel loro DNA la vocazione indisponibile alla integra trasmissione nel tempo, attingendo ad un patrimonio di valori fondamentali creato e custodito da una schiera di persone che man mano si sono date (e devono seguitare a darsi) il testimone, in spirito di autentica, costruttiva solidarietà ed intima adesione a quella fedeltà della Repubblica che è la colla resistente, idonea ad assicurare l'incessante, mutua integrazione degli elementi costitutivi sia della società che dell'ordinamento stessi²⁵.

²⁵ Sul dovere in parola, dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, v., part., quelli di MORELLI, (2013). Quanto, poi, al dovere di solidarietà, numerosi scritti si rinvencono ora nel volume dal titolo *In dialogo con Serio Galeotti a cento anni dalla nascita: dei grandi temi del diritto costituzionale*, a cura di B. PEZZINI, Giappichelli,

I signori feudali di un tempo sapevano bene, quando avviavano la costruzione dei loro castelli, che quasi certamente non avrebbero visto l'opera finita ma vi ponevano ugualmente mano a beneficio di coloro che sarebbero venuti dopo di loro. A questo spirito anche noi dobbiamo ispirarci, se abbiamo a cuore di preservare l'essenza della Costituzione e darle modo di seguitare a farsi valere, ponendo mano ad un'opera approfondita e di sicuro faticosa di scavo nel terreno sociale per rivoltarlo e riseminarlo, confidando quindi in un buon raccolto.

Riferimenti bibliografici

- Abruscia F. (2020). *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Riv. AIC*.
- Arena A.I. (2019). *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3.
- AA.VV. (2017). *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Milano, Giuffrè.
- AA.VV. (2020). *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia e R. Bin, in *Dir. cost.*, 1.
- AA.VV. (2023). *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova "stagione" nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, a cura di E. Malfatti, V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi e A. Sperti, Pisa, Pisa University Press.
- AA.VV. (2024). *Il dibattito costituzionale: le audizioni sul premierato*, a cura di G. De Minico e A. Zei, in *Italian Papers on Federalism*, 3.
- AA.VV. (2024). *I percorsi della solidarietà nello stato costituzionale: nuovi attori e problemi, tra Costituzione e politiche europee*, Special issue V/2024, in *Dir. comp.*, a cura di A. Buratti.
- Balboni E. (2024). *Rifrazioni pre-moderne sull'investitura demo-popolare*, 701 ss.
- Baldini V. (2020). *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in "moto perpetuo"*, in *Dir. fond.*, 1.

Torino 2024; v., inoltre, i contributi che sono nel numero *Special issue V 2024* di *Dir. comp.* su *I percorsi della solidarietà nello stato costituzionale: nuovi attori e problemi, tra Costituzione e politiche europee*, a cura di A. BURATTI. Le mutue implicazioni che tra i doveri in parola si danno, ciascuno di essi per taluni versi risolvendosi nell'altro, attendono nondimeno, a mia opinione, ancora oggi i necessari approfondimenti.

- Baldini V. (2023). *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Bari, Cacucci.
- Baldini V. (2024). *La democrazia pluralista nei mutamenti dell'esperienza contemporanea*, in *Dir. fond.*, 2.
- Barberis M. (2023), *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Milano, Mimesis.
- Barbareschi S. (2022). *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Basile R. (2017). *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre.
- Calamo Specchia M. (2020). *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *Riv. AIC*, 1.
- Cardone A. (2023). *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Bologna, Il Mulino.
- Casanova D. (2024). *La proposta di riforma costituzionale del Governo Meloni e la composizione del Parlamento*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2.
- Castelli L. (2021). *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Castelli L. (2022). *Tra «disporre» e «provvedere». I DPCM pandemici al test di normatività*, in *Oss. fonti*, 2.
- Ciaralli C.A. (2022). *Protagonismo governativo ed alterazione del sistema delle fonti del diritto: nuovi equilibri in tempo d'emergenza?*, in *Costituzionalismo*, 1.
- Ciolfi I. (2018). *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, Jovene.
- Citino Y.M. (2021). *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Citino Y.M. (2021). *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2.
- D'Amico G. (2017). *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *AA.VV., Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di Giov. D'Amico, Milano, Giuffrè.

- Dell'Atti L. (2022). *La premiership come mito. Suggestioni sulle evoluzioni della forma di governo italiana lungo i tentativi di un suo rafforzamento monocratico*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1.
- Dell'Atti L. (2022). *Genesis, evoluzioni ed equivoci dell'organo Presidente del Consiglio dei Ministri*, Napoli, ESI.
- Delledonne G. (2024). *A modification or an upheaval of the parliamentary form of government? An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*, in *Riv. dir. comp.*, 2.
- De Gregorio E. (2024). *I nuovi orizzonti dei rapporti fra Corte Costituzionale e Parlamento*, in *Giustizia insieme*, 15 ottobre 2024.
- De Vergottini G. (2021). *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, in *Federalismi*, 3, spec. §2.
- Fabrizzi F. (2024). *Il Parlamento nella «democrazia decidente». Il ruolo delle Camere oggi*, Bologna, Il Mulino.
- Fricano A. (2024). *Il premierato claudicante: aspirazioni e incongruenze della riforma Meloni-Casellati*, in *Italian Papers on Federalism*, 3.
- Gliatta M.A. (2014). *L'interpretazione conforme a Costituzione. Per una teoria garantista della funzione giurisdizionale*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Gliatta M.A. (2021). *L'uso dei dPCM nella più recente prassi dei governi di coalizione*, in *Oss. fonti*, 3.
- Goia I. (2021). *Una giustificabile "invasione" di campo*, in *Consulta OnLine*, 1001 ss.
- Iadicicco M.P. (2023). *Modifiche tacite della Costituzione e rigidità costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Leone S. (2019). *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1.
- Luciani M. (2001). *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 109 ss.
- Luciani M. (2016). *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX.
- Luciani M. (2023). *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre.
- Luciani M. (2024). *Questioni generali della forma di governo italiana*, in *Riv. AIC*, 1.

- Magarò P. (2024). *Suggerimenti comparate (e anomalie) nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Consulta OnLine*, 3.
- Mangia A. (2022). *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, 19.
- Marcenò V. (2018). *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. soc.*, 4.
- Mariantoni L. (a cura di) (2024). *I rischi della riforma costituzionale per il c.d. premierato nelle parole (del 1996) di Giuseppe Guarino*, in *Costituzionalismo*, 2.
- Massa M. (2023). *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, FrancoAngeli.
- Mastropaolo A., Revelli L. (2024). *Le parole sono importanti: osservazioni sul testo della proposta di riforma costituzionale per l'introduzione del premierato in Italia*, in *Costituzionalismo*, 2.
- Merusi F. (2024). *Separazione dei poteri e organizzazione amministrativa. Mutazioni nell'ordinamento italiano*, in *Lo Stato*, 22.
- Modugno F. (2014). *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Riv. AIC*, 2.
- Modugno F. (2015). *Al fondo della teoria dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Dir. soc.*
- Modugno F. (2022). *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost.*, 2.
- Modugno F., Guarnier T. (2024). *Interpretazione giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Morelli A. (2013). *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, Giuffrè.
- Morelli A. (2024). *In dialogo con Serio Galeotti a cento anni dalla nascita: dei grandi temi del diritto costituzionale*, a cura di B. Pezzini, Torino, Giappichelli.
- Morelli A., Ruggeri A. (2024). *La Costituzione, le sue trasformazioni, la sua scienza: profili metodico-teorici*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Morrone A. (2019). *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2.
- Morrone A. (2021). *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, 12.
- Morrone A. (2024). *Oltre il parlamentarismo. Un premierato conflittuale*.

- Olivito E. (2023). *La retorica delle modifiche tacite e il diritto costituzionale esistenziale. Un'ipotesi di studio preliminare*, in *Costituzionalismo*, 2.
- Olivito E. (2024). *L'incudine e il martello. Itinerari del pensiero su permanenza e mutamento in un ordine costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Parodi G. (2019). *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, fasc. spec.
- Parodi G. (2019). *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. Spec.
- Parodi G. (2023). *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 6.
- Parodi G. (2024). *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice costituzionale*, in *Lo Stato*, 22.
- Perlingieri P. (2020). *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- Piccione D. (2024). *Diritto vivente e interpretazione conforme quali fondamenti argomentativi degli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1.
- Pinelli C. (2024). *L'influenza del principio di separazione dei poteri nelle democrazie contemporanee*, in *Riv. AIC*, 2/2024.
- Pitruzzella G. (2021). *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in *Federalismi*, 3.
- Politi F. (2019). *L'interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 13.
- Rauti S. (2024). *La (sostenibile?) leggerezza dell'essere. Dialogo con il legislatore e "debolezza" nel giudizio di costituzionalità*, in *Riv. Gruppo di Pisa*.
- Repetto G. (2017). *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Romboli R. (2020). *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *AA.VV., Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli.
- Romboli R. (2020). *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2.

- Ruggeri A. (1981). *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè.
- Ruggeri A. (2021). *L'assenteismo elettorale e la forma a-democratica di Stato (nota minima su una spinosa ed irrisolta questione)*, Editoriale, in *Consulta OnLine*.
- Ruggeri A., Spadaro A. (2022). *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VII ed., Torino, Giappichelli.
- Ruggeri A. (2024). *Il mix di normazione e controllo presente in alcune pratiche istituzionali: dal modello alle torsioni dell'esperienza*, in *Consulta OnLine*, 2.
- Ruggeri A. (2024). *Fino a che punto possono tenersi distinte le vicende della forma di governo da quelle della forma di Stato?*, *Federalismi*, 24.
- Ruggeri A. (2024). *Il premierato elettivo e la decostituzionalizzazione della Costituzione (note minime su una spinosa questione)*, in *Consulta OnLine*, 3.
- Ruotolo M. (2014). *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Ruotolo M. (2018). *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Questione giustizia*.
- Ruotolo M. (2019). *L'interpretazione conforme torna a casa?*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3.
- Ruotolo M. (2024). *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, in AA.VV., *I 70 anni della legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale*, a cura di G. Grasso e A. Stevanato, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Ruotolo M. (2024). *La verticalizzazione del potere. La separazione dei poteri alla prova dell'integrazione europea e di una recente proposta di riforma costituzionale*, in *Costituzionalismo*, 1.
- Scaccia G. (2023). *L'etica della funzione giudiziaria. Fra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 2.
- Silvestri G. (2023). *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in M. Cartabia & M. Ruotolo (a cura di), *Enc. dir., I tematici*, V, *Potere e Costituzione*.
- Sorrenti G. (2016). *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 2, 29.
- Staiano S., Ferraiuolo G., Vuolo A. (2020). *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Staiano S. (2021). *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *Federalismi*.
- Staiano S. (2023). *Democrazia dei partiti e forma di governo*, in *Quad. cost.*, 2, .

Staiano S. (2024). *Nel margine del caos. Trasformazione e conservazione dell'ordinamento costituzionale*, in AIC, *La lettera, Ordinamento costituzionale e dinamiche della complessità*, 11.

Daniele Porena*

LO STATO DELLE TRANSIZIONI E LO STATO NELLE TRANSIZIONI

Nel suo celebre saggio Eric Hobsbawm ha descritto il XX come il “Secolo breve” (HOBSBAWM, 1997).

Si è trattato, in effetti, di un’epoca nella quale eventi sociali, economici, politici, bellici e tecnologici si sono succeduti a un ritmo incalzante e fortemente accelerato.

Probabilmente, le spinte impresse ai mutamenti culturali, sociali ed economici dalle più recenti innovazioni tecnologiche e informatiche condurranno invece a descrivere il XXI non semplicemente come un secolo “breve” ma come un secolo persino “istantaneo”.

Rapidissimo, cioè, al punto da far sorgere il dubbio che ogni analisi, ogni studio o libro sui correnti processi di transizione rischi di rivelarsi superato e obsoleto prima ancora che si sia asciugato l’inchiostro con cui è stato scritto.

Ci aiuta forse il fatto che di transizione o, più spesso, di crisi degli Stati si parla ormai da molto tempo.

Era ad esempio il 1909 quando Santi Romano pronunciava la sua prolusione pisana sullo *Stato moderno e la sua crisi* (ROMANO, 1969).

Anche allora la crisi era dettata da una fase di spinte e accelerazioni: per lo più caratterizzate, all’epoca, dal progressivo cedimento dello Stato monoclasse e censitario, dalla insufficienza dei meccanismi ottocenteschi della rappresentanza politica e dalla proliferazione e dall’irrompere di gruppi e interessi corporativi ancora estranei ai meccanismi della rappresentanza istituzionale¹.

* Università degli Studi di Perugia.

¹ «La prolusione romaniana fu il primo segnale della prima crisi dello Stato, quella derivante dalla presenza di forze disgregatrici interne. Crisi – si potrebbe dire – non dello Stato, ma di “quello Stato”, quale si presentava agli albori del ventesimo secolo», così CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato e il suo tempo*, reperibile in www.irpa.eu. Cfr. MORRONE, (2012, 369), secondo il quale «la crisi è, innanzitutto,

Eppure, per Santi Romano, lo Stato continuava a rappresentare l'unico argine contro fenomeni di feudalizzazione della società.

Oggi, a distanza di ben oltre cento anni dalla prolusione romania, si continua a parlare di transizioni e di crisi dello Stato.

Altri sono i fattori di transizione, altre le ragioni di crisi ma, verrebbe da dire, gli Stati continuano ad essere lì.

Non come prima, di certo significativamente mutati nelle forme e nel loro peso – oggetto entrambi, appunto, di incessanti dinamiche di transizione – ma, pur sempre lì a definire i confini che ancora regolano la gran parte delle fenomenologie giuridiche.

Tra i più importanti elementi di transizione e mutamento mi pare vada registrata la “dispersione” della sovranità lungo un accentuato policentrismo dei luoghi decisionali.

In quest'ottica, e alle più diverse latitudini, si assiste a macro-fenomeni di erosione, sempre più pronunciata, del posizionamento statale della sovranità.

Processi di erosione verso l'alto, in Europa, si sono avuti a beneficio delle istituzioni unionali, alle quali gli Stati membri hanno come noto ceduto parte della propria sovranità.

In questo ambito sempre maggiori, in particolare, sono i condizionamenti diretti e indiretti che si producono sulla formazione delle decisioni di bilancio degli Stati membri: lungo un asse fondamentale, dunque, del rapporto tra potere e rappresentanza e tra autorità e libertà.

Verso il basso, parimenti, sembra assistersi a diffuse tendenze alla valorizzazione delle autonomie territoriali ed alla devoluzione, appunto dall'alto verso il basso, di poteri, attribuzioni, competenze, prerogative, ecc.

La tendenza cui da ultimo ho fatto cenno credo dipenda, almeno in parte, anche dal diverso grado di consapevolezza politico-culturale di cui dispongono gli individui nell'epoca corrente.

interna allo Stato, per il prorompere di forze sociali organizzate secondo interessi economici (e politici) concorrenti o antagonisti rispetto a quelli generali (Prolusione pisana). La crisi è anche esterna allo Stato: riguardando i rapporti fra gli Stati e, quindi, il diritto internazionale (Prolusione fiorentina). “Quella che è stata detta la crisi dello Stato odierno – dice il Nostro – potrebbe essere non soltanto quel fenomeno, che si è spesso notato nel suo interno, effetto di forze disgregatrici... ma anche un fenomeno concernente le relazioni interstatuali”».

Rispetto all'individuo "medio" di inizio secolo scorso – poco propenso alla dimensione della partecipazione politica, scarsamente scolarizzato e, sovente, addirittura analfabeta al punto da essere naturalmente più incline a delegare a poteri centrali e comunque ad altri la tutela dei propri interessi – oggi, la rivoluzione telematica e digitale hanno munito ciascuno di strumenti di rapidissimo e mediamente efficace accesso alle conoscenze.

Sin dai primi anni di vita, e per il solo fatto di vivere la quotidianità di questa nostra epoca, ciascuno accumula, anche involontariamente, nozioni e informazioni che – fino ad alcuni lustri addietro – non erano nella disponibilità immediata del grande pubblico. Da ciò, mi pare, dipenda in parte il maggior naturale desiderio di partecipazione alle decisioni, la minore inclinazione al delegare ad altri la cura dei propri interessi e, dunque, la volontà di riappropriarsi di spazi di autonomia da parte delle collettività locali.

Pressoché ovunque, si assiste in effetti alla diffusione di forme di ricollocamento e decentralizzazione delle sedi decisionali, di regionalizzazione istituzionale o, comunque, di valorizzazione delle autonomie locali o delle esperienze federali.

Unitamente a questi itinerari di progressivo impoverimento della struttura, della "consistenza" degli Stati come centri decisionali, altro galoppante processo di transizione è quello che vede sempre più sbiadita l'immagine degli Stati quali Stati nazionali.

La plurisecolare costruzione dell'unità statale intorno all'elemento di coesione rappresentato dall'identità nazionale attraversa oggi una fase di transizione e, per così dire, di progressivo scolorimento favorito dai processi di globalizzazione², non solo economico-finanziaria, ma anche e soprattutto in senso lato culturale: la riduzione delle differenze, il rimescolamento delle identità e la diffusione sempre più pene-

² «Introdotta sia nel linguaggio comune che in quello scientifico a partire dagli anni Novanta, il termine globalizzazione viene riferito ai più diversi contesti e fenomeni. In prima approssimazione, la globalizzazione denota profondi mutamenti in scala, ampiezza e rapidità delle interrelazioni economiche, culturali e politiche», così CESA, (2004), 399. Sul concetto di globalizzazione la letteratura scientifica è ormai sterminata. Tra gli altri, si veda BAUMAN, (1998); BAUMAN, (2000); BECK, (1997); CARDINI, (2005); ELLWOOD, (2003); FERRARESE, (2000); LINDAHL, (2013); ROBERTSON, (1999); RODRIK, (2011); SASSEN, (1997); STIGLITZ, (2002); STIGLITZ, (2006); ZOLO, (2004).

trante di ibridismi e meticcianti culturali sembrano annunciare un ulteriore processo di erosione degli Stati.

Quelli che un tempo rappresentavano per lo Stato solidi fattori di coesione nazionale tendono dunque a disperdersi: sempre più stretti, da un lato, dall'ambito dei sistemi comunicativi globali che generano reti capaci di fornire nuovi elementi di identificazione (da cui prendono forma movimenti e gruppi sociali propriamente transnazionali) e, dall'altro, dall'andamento di *trends* demografico-migratori che, nell'epoca corrente, hanno assunto grandezze e velocità sconosciute all'intera plurimillennaria esperienza dell'*homo sapiens* e contro i quali poco o nulla sembrano poter opporre le vecchie e ormai un po' logore identità nazionali.

Un processo di erosione, questo, che tocca la sostanza identitaria dello Stato-comunità.

L'impovertimento dello Stato, nei correnti processi di transizione, sembra dunque riguardare sia la dimensione dello Stato-apparato sia quella dello Stato-comunità.

In generale occorre poi sottolineare come, nel teatro rappresentato dal mercato globale, gli Stati nazionali occupino ormai una posizione non più esclusiva tra le principali economie mondiali. Esistono infatti, ormai da tempo, imprese multinazionali, *corporations*, *big tech*, giganti commerciali, ecc. capaci di sviluppare fatturati annui mediamente superiori al prodotto interno lordo della gran parte degli Stati nazionali³.

Si tratta, in molti casi, di centri di potere economico capaci di influire sull'andamento delle principali grandezze economiche e finanziarie degli Stati e, in ultima analisi, in grado di rapportarsi e di "trattare", con gli Stati, su un piede di parità. Anzi, talvolta – specie in pre-

³ Peraltro, osserva FERRAJOLI, (2017, 45), «nell'età della globalizzazione il futuro di ciascun Paese, soprattutto dei Paesi poveri, dipende sempre meno dalle politiche interne e sempre più da decisioni esterne, assunte in sedi politiche extra-statali o da poteri economici globali: precisamente dalle politiche decise dalle maggiori potenze e dalle istituzioni internazionali da esse controllate – la Banca Mondiale, il Fondo Monetario, l'Organizzazione mondiale del commercio, lo stesso Consiglio di sicurezza dell'Onu, i vari G8, G20 o G4 – nonché dalle grandi imprese multinazionali. È perciò saltato o si è quanto meno indebolito, ed è destinato a divenire sempre più debole, il nesso democrazia/popolo e poteri decisionali/stato di diritto, tradizionalmente mediato dalla rappresentanza politica e dal primato della legge votata da istituzioni rappresentative».

senza di esposizioni importanti sul piano dell'indebitamento sovrano – non sempre gli Stati negoziano su un piede di parità. Ad esempio, l'improvvisa e rapida cessione, da parte di un colosso bancario, dei titoli del debito pubblico di uno Stato può determinare severe criticità per quest'ultimo sul piano della stabilità e della credibilità finanziaria e, persino, sul piano del rifinanziamento del debito sovrano. Il che, in uno con la rinuncia al batter moneta, segna il tramonto del dogma secondo cui gli Stati non possono fallire.

Oggi, invece, gli Stati possono fallire eccome. Esattamente come comuni imprese commerciali, gli Stati – sempre preoccupati dell'andamento dei rispettivi *spread* e *rating* economici – sono in buona parte impegnati in sofisticate quanto delicate operazioni finanziarie volte a conciliare stabilità finanziaria, equilibrio di bilancio, sostenibilità del debito pubblico.

Una bella differenza, indubbiamente, con gli Stati con i quali si aveva a che fare anche solo fino a qualche decennio addietro: protagonisti dei principali processi finanziari e padroni delle rispettive leve economiche.

Nel contesto “sovrappopolato” del mercato globale, si assiste dunque ad un forte ridimensionamento, in questa fase di transizione, delle economie statuali.

In generale, all'indebolimento degli Stati – e, in particolare, all'assottigliamento delle fondamentali intelaiature (giuridiche, sociali ed economiche) che ne hanno caratterizzato la struttura nel corso di almeno cinque secoli di storia – sembra corrispondere una percezione di smarrimento nelle istituzioni politiche: sempre più vittime di una “amministrativizzazione forzata” e di forme sempre più pervasive di neutralizzazione (e deresponsabilizzazione) della politica.

All'incertezza e allo smarrimento sembra fare da contraltare la domanda sempre più pressante di una politica “forte” e “decidente”.

La semplificazione cui le correnti transizioni tendono a ricorrere per dare risposta a questa domanda è la progressiva verticalizzazione dei sistemi politico-istituzionali e l'elaborazione di meccanismi di distribuzione del potere più rozzamente maggioritari.

La tendenza che mi sembra prevalere è in altre parole non quella alla composizione politico-istituzionale delle complessità ma al tentativo di una loro rimozione.

La prevalenza degli esecutivi sui legislativi, la prevalenza dei maggioritari sui proporzionali e, ancora, quella delle istituzioni monocratiche sulle collegiali mi pare rispondano all'illusione di poter esorcizzare il temuto disordine socioculturale e di poter governare, attraverso la decisione in luogo della discussione, le complessità della nostra epoca.

C'è da chiedersi, al fondo, se lungo le traiettorie che sembrano imboccate dall'epoca corrente vi sia ancora spazio per gli Stati e, in caso affermativo, in quali contesti e quali forme.

Malgrado l'immagine consunta esibita dalle vesti statuali degli ordinamenti nazionali, la mia opinione è che l'itinerario, la transizione verso un'autentica *civitas maxima*, una vera e propria "Costituzione della Terra" (FERRAJOLI, 2022) e, ancora, verso una sostanziale riduzione degli Stati a meri distretti di amministrazione territoriale sia ben lontana e, forse, in assoluto non realistica.

Una formidabile contropinta che, in senso statale, a me pare caratterizzare anche i correnti processi di transizione è rappresentata dal pressoché insopprimibile elemento linguistico.

Se è vero, come sosteneva Wittgenstein, che i limiti del linguaggio segnano per ciascuno i limiti del proprio mondo (WITTGENSTEIN, 1961) e, ancora, se è vero che vi sia – se non proprio una precedenza della parola rispetto al pensiero – un sicuro legame tra linguaggi e astrazioni, le differenze linguistiche non sembrano poter essere derubricate a fattore meramente secondario, trascurabile o aggirabile con l'uso di un buon vocabolario traduttore.

Le differenze linguistiche tracciano confini forse più profondi di quanto si è comunemente portati a credere: segnano differenze nella percezione di idee, concetti, sentimenti, significati, differenze nel modo di considerare la realtà⁴.

⁴ «La nostra analisi della natura segue linee tracciate dalle nostre lingue madri. Le categorie e le tipologie che individuiamo nel mondo dei fenomeni non le troviamo lì come se stessero davanti agli occhi dell'osservatore; al contrario, il mondo si manifesta in un flusso caleidoscopico di impressioni che devono essere organizzate dalle nostre menti, cioè soprattutto dai sistemi linguistici nelle nostre menti. Noi tagliamo a pezzi la natura, la organizziamo in concetti, e nel farlo le attribuiamo significati, in gran parte perché siamo parti in causa in un accordo per organizzarla in questo modo; un accordo che resta in piedi all'interno della nostra comunità di linguaggio ed è codificato negli schemi della nostra lingua... tutti gli osservatori non sono guidati dalle stesse

Segnano, in altre parole, differenze talvolta anche penetranti nelle strutture mentali e rappresentano, per converso, un potentissimo fattore di riconoscimento reciproco e di coesione identitaria.

La sopravvivenza della relatività linguistica mi pare concorra a munire gli ordinamenti statuali-nazionali di un substrato sostanziale difficilmente stradicabile.

Il che sembrerebbe deporre in favore di una prognosi non infausta circa la sopravvivenza in vita degli Stati.

Certo, la conservazione di una dimensione politica in senso schmittiano ai raggruppamenti statuali, primariamente fondata sull'elemento differenziale linguistico, non equivale alla completa sterilizzazione dei processi di transizione ai quali comunemente si fa riferimento.

Se da un lato almeno ottimistica può apparire l'ipotesi di una comunità giuridica autenticamente cosmopolitica, per altro verso già si assiste al tendenziale riproporsi di una bipartizione: quella che in altre epoche distingueva *ius commune* e *iura propria*.

Lungi dal voler prefigurare una sorta di medievalizzazione dei sistemi giuridici è chiaro come quest'ultima sia più una suggestione che una descrizione (o una previsione) ma, sotto certe prospettive, non appare così distante dalle complessità che, sempre più, sembrano caratterizzare le relazioni tra comunità internazionale e ordinamenti sovranazionali da un lato e diritti statuali-nazionali dall'altro.

Riferimenti bibliografici

- Bauman, Z. (1998). *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*. Laterza. Roma-Bari.
- Bauman, Z. (2000). *La solitudine del cittadino globale*. Feltrinelli. Milano.
- Beck, U. (1997). *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*. Carocci editore. Firenze.
- Cardini, F. (2005). *La globalizzazione. Tra nuovo ordine e caos*. Il Cerchio. Rimini.
- Cassese, S. (n.d.). La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato e il suo tempo. Recuperato da <http://www.irpa.eu>

prove fisiche verso la stessa immagine dell'universo, a meno che i loro bagagli linguistici siano simili, o possano essere in qualche modo calibrati», WHORF, (1956, 212).

- Cesa, M. (2004). Globalizzazione. In N. Bobbio, N. Matteucci, & G. Pasquino (Eds.), *Il Dizionario di politica* (p. 399). Utet. Torino.
- Ellwood, W. (2003). *La globalizzazione*. Carocci editore. Urbino.
- Ferrajoli, L. (2017). *Costituzionalismo oltre lo Stato* (p. 45). Mucchi editore. Modena.
- Ferrajoli, L. (2022). *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*. Feltrinelli. Milano.
- Ferrarese, M. R. (2000). *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Il Mulino Bologna.
- Hobsbawm, E. J. (1997). *Il Secolo breve* (Ediz. italiana). Milano.
- Lindahl, H. (2013). *Fault lines of globalization: Legal order and the politics of a legality*. Oxford University Press.
- Morrone, A. (2012). Per il metodo del costituzionalista: riflettendo su «Lo Stato moderno e la sua crisi» di Santi Romano. *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2.
- Robertson, R. (1999). *Globalizzazione. Teoria sociale e cultura globale*. Asterios. Trieste.
- Rodrik, D. (2011). *La globalizzazione intelligente*. Laterza. Roma.
- Romano, S. (1969). *Lo Stato moderno e la sua crisi* (Ed.). Giuffrè. Milano.
- Sassen, S. (1997). *Città globali*. Il Mulino. Bologna.
- Stiglitz, J. E. (2002). *La globalizzazione e i suoi oppositori*. Einaudi. Torino.
- Stiglitz, J. E. (2006). *La globalizzazione che funziona* (D. Cavallini, Trad.). Einaudi. Torino.
- Whorf, B. L. (1956). *Language, thought and reality* (p. 212). Cambridge.
- Wittgenstein, L. (1961). *Tractatus logico-philosophicus*. Londra.
- Zolo, D. (2004). *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*. Laterza. Roma-Bari.

*Giuliaserena Stegher**

LA MERA FÓRMULA RITUAL DEL BICAMERALISMO ITALIANO

SUMARIO: 1. Los orígenes del bicameralismo perfectamente paritario. – 2. Del procedimiento legislativo bicameral al procedimiento legislativo unicameral. – 3. La cifras del procedimiento legislativo. – 4. Consideraciones aparentemente concluyentes.

1. Los orígenes del bicameralismo perfectamente paritario

Cuando se introduce el tema del monocameralismo/bicameralismo, la opinión ampliamente compartida por la doctrina y la manualística¹ es aquella según la cual los diversos ordenamientos han optado por un sistema bicameral, aunque asimétrico o parcialmente diferenciado, prevalentemente debido a la forma de gobierno y del tipo de Estado².

Circunscribiendo el tema a los ordenamientos democráticos del período posterior al final de la Segunda Guerra Mundial, el fundamento justificativo que ha llevado a la elección bicameral deriva(ba) de la necesidad de integrar la representación territorial o bien la sectorial. En el primer caso la segunda cámara representa a las diversas entidades territoriales, en el segundo en cambio las categorías económico-sociales.

Entre estos, el caso italiano representa una excepción porque, por razones y exigencias histórico-constitucionales, difiere de cualquier otro modelo.

Por lo que se refiere al ordenamiento italiano, se reputa necesario partir de la arquitectura constitucional, con respecto a tres artículos específicos contenidos en la Constitución. En primer lugar, el art. 55 párr. 1, Const., que sanciona claramente que “El Parlamento se com-

* Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

¹ DE VERGOTTINI (2022); RINELLA, PEGORARO (2017); FROSINI (2022).

² PALERMO, NICOLINI (2013); DORIA (2014); FRAU (2022).

pone de la Cámara de diputados y del Senado de la República”. A esto es necesario añadir ulteriores artículos que han configurado un bicameralismo igual, paritario y prácticamente indiferenciado, donde los pocos elementos de diferenciación son (se han vuelto) del todo marginales y despreciables. Aún hoy, las dos cámaras, según lo dispuesto por el dictado constitucional, están dotadas de los mismos poderes y titulares de las mismas funciones.

Como ha sido ampliamente reconstruido por la doctrina, el nacimiento del bicameralismo ha representado uno de los puntos más debatidos en la Asamblea constituyente, tanto es así que aún hoy, a distancia de casi ochenta años, las posiciones son extremadamente diversificadas y heterogéneas³.

Durante el debate surgieron tesis contrapuestas: por un lado, la elección entre un sistema bicameral o monocameral, por el otro la determinación de las funciones de la segunda cámara y su composición.

Las discusiones fueron particularmente acaloradas, tanto es así que se llegó a la conclusión de que el compromiso alcanzado sea en realidad no tanto el resultado de elecciones queridas y conscientes, cuanto más bien el fruto de recíprocas elisiones de proyectos diferentes que quedaron inevitablemente irreconciliables: una representación monocameral querida por las izquierdas, una representación basada en el

³ En Italia, la tradición bicameral se remonta a 1796, año en que se promulgó la Constitución de Bolonia. Además, el sistema bicameral se adoptó durante el período estatutario, basándose en los modelos de la Constitución francesa de 1814, la Carta de Luis Felipe de Orleans de 1830 y la Constitución belga de 1838. De hecho, el artículo 3 del Estatuto establecía que «El poder legislativo será ejercido colectivamente por el Rey y por dos Cámaras: el Senado y la Cámara de Diputados». Esta decisión se justificaba, por un lado, por la necesidad de que el Rey compartiera su autoridad y, por otro, por la necesidad de garantizar el equilibrio de poderes mediante la creación de dos Cámaras. El bicameralismo estatutario se concibió como diferenciado – en estructura y funciones –, hasta tal punto que los gobiernos recurrieron desde el principio a la Cámara para obtener apoyo político. Durante los veinte años del fascismo, el Parlamento siguió caracterizándose por su estructura bicameral, aunque el Senado pronto fue privado de su función legislativa y de todo poder de control en favor del jefe del Gobierno y de los dos órganos del Gran Consejo de la Cámara de los Fasci y de las Corporaciones. FERRARA (1984); RIVOCCHI (2006); BARBERA (2015).

neocorporativismo propuesta por los católicos y la hipótesis de una representación regional avanzada por los republicanos⁴.

La mayoría logró de todos modos imponer, gracias a la aprobación del orden del día Leone del 24 de septiembre de 1946, la plena paridad de atribuciones, logrando mediar sobre la hipótesis de instituir una segunda cámara basada en el criterio de la representación regional.

A consecuencia de una serie de vetos cruzados y al endurecimiento de algunas posiciones, en sede de Asamblea constituyente fueron re-discutidos muchos aspectos acordados en el Proyecto de Constitución.

En particular modo, fue objeto de ulterior debate precisamente la configuración del Senado: la opinión de mayoría acordó la creación de una segunda cámara – idéntica a la primera tanto por funciones, como por poderes y similar por composición – que habría tenido el cometido de desarrollar una acción “equilibradora” respecto a la Cámara de diputados, aunque las mismas izquierdas retuvieran fundamental diferenciar las ramas del legislativo por lo menos en el plano del sistema electoral.

El Senado se habría distinguido de la Cámara, desde un punto de vista estructural por pocas y marginales razones y que por otra parte

⁴ Aunque el Partido Comunista y el Partido Socialista habían reiterado en varias ocasiones su oposición a la adopción de un sistema bicameral de este tipo. Esto se debía a la concepción rousseauniana de la indivisibilidad de la soberanía popular y al temor de que el Senado pudiera representar una mera copia descolorida de la Cámara de Diputados. Al no tener la fuerza política necesaria para imponerse, aceptaron a regañadientes, después de abril de 1947, la opción que sigue vigente en la actualidad, con la condición *sine qua non* de que ambas Asambleas parlamentarias debían ser portadoras del principio democrático y, por lo tanto, elegidas por el pueblo y dotadas de los mismos poderes. Para algunos autores, el acuerdo alcanzado parece ser «el resultado casi accidental de una serie de vetos cruzados» y que dicha elección se tomó «no sobre la base de un diseño preciso, sino, en esencia, por una serie de negativas: no a las hipótesis monocamerales; no al Senado de las Regiones; no al Senado corporativo». MATTARELLA (1983); BARBERA (1981); PEZZINI (1989). Precisamente en el ensayo de Mattarella surgen numerosas críticas al sistema: “la ausencia de un poder de dirección del Gobierno sobre el Parlamento, la falta de una reserva de competencia normativa a favor del Gobierno, la falta de prioridad de la iniciativa gubernamental sobre la parlamentaria, la ausencia de límites, incluso de orden financiero, a la iniciativa parlamentaria, el número demasiado elevado de parlamentarios, el exceso de competencias de las comisiones parlamentarias (...), los sistemas de votación (...)”.

con el tiempo no solo algunas de estas han desaparecido, sino que otras han sido también modificadas⁵: (a) por los límites de edad impuestos tanto para el electorado activo como para el pasivo, (b) por el número inferior de Senadores respecto al de los Diputados, (c) por la investidura de cinco personalidades eminentes y de los ex Presidentes de la República al cargo de Senador y por la duración del mandato de la segunda Cámara. Precisamente en relación con este último elemento, que fue introducido por la Constituyente en fase conclusiva, fue sancionado que la Cámara de diputados duraría en cargo cinco años, mientras que el Senado de la República seis.

La ratio de tal elección ha encontrado razón de ser en la ruptura del compromiso ocurrida en abril de 1947, en cuanto el objetivo primario no ha sido tanto el de racionalizar la forma de gobierno garantizando la gobernabilidad, cuanto más bien el de asegurar la democracia del sistema, la máxima representatividad de la institución parlamentaria y su centralidad en el sistema institucional, también en virtud de los resultados imprevisibles e inciertos de las competiciones electorales sucesivas, llegando por tanto a un “garantismo excesivo... ambos por exceso de miedo el uno del otro” (ELIA-SCOPPOLA)⁶.

En línea general, fue por tanto acordada la realización de un bicameralismo “tan poco diferenciado que resulta casi más similar a un monocameralismo articulado en dos secciones operativas” (PALADIN, 1984)⁷.

⁵ Se trata de: (a) los límites de edad impuestos tanto para el electorado activo como para el pasivo, (b) el número inferior de senadores con respecto al de diputados, (c) el nombramiento de cinco personalidades eminentes y de los expresidentes de la República para el cargo de senador y la duración del mandato de la segunda cámara (que desapareció unos años más tarde, concretamente en 1963). La Ley Constitucional n.º 1 de 2021, que modificó el artículo 58, párrafo primero, de la Constitución, equiparó el límite de edad para elegir a los senadores al de los diputados (de 25 a 18 años). De este modo, se suprimió una de las pocas diferencias que aún existían, aunque dicha reforma tiene por objeto evitar los riesgos derivados de la formación de mayorías diferentes entre las dos cámaras, como ocurrió en el pasado reciente. Por otra parte, la Ley Constitucional n.º 1 de 2020 supuso la reducción del número de parlamentarios de 630 a 400 diputados y de 315 a 200 senadores electos.

⁶ CECCANTI (2014).

⁷ PALADIN (1984); MATTARELLA (1983); CHELI (1987).

Dos ulteriores elementos clave de la estructura constitucional y que atañen más propiamente a la función legislativa son los artículos 70 y 72 Const. El primero atribuye la producción normativa a las dos cámaras, de modo que la misma sea ejercitada colectivamente. Se trata por consiguiente no solo de la consagración de la titularidad del poder legislativo que compete por tanto al Parlamento, sino que explicita también la modalidad del ejercicio, que no puede prescindir del aporte de ambas Asambleas (PICCIRILLI, 2017). Coherentemente, el segundo artículo, al determinar los “nudos procedimentales”⁸, especifica que el cometido de las dos cámaras es el de examinar, instruir y deliberar, según las normas del reglamento parlamentario, las disposiciones legislativas.

Aun previendo los trazos esenciales de los diversos procedimientos (normal, abreviado, descentralizado), luego ulteriormente especificados por la fuente reglamentaria, lo que emerge es que los textos deben ser aprobados en la misma e idéntica formulación, fruto del necesario aporte y consenso entre las dos cámaras.

Al efectuar semejantes elecciones, los Padres constituyentes han evidenciado en más sedes las ventajas derivantes de la adopción de un tal sistema y, por tanto, la mayor ponderación sobre las deliberaciones a asumir que se habría traducido en la profundización de las razones de oportunidad acerca de la aprobación de una ley y en el perfeccionamiento técnico-normativo; la necesidad de integrar los procesos de representación en la segunda cámara; la facultad de seleccionar personas con particulares capacidades y competencias; la mayor aptitud de un sistema bicameral a resolver los conflictos entre Parlamento y Gobierno y, por tanto, asegurar la estabilidad de los ejecutivos; la idoneidad del sistema bicameral a garantizar el equilibrio en la organización del Estado y de la forma de gobierno, o sea mejor preservar los valores fundacionales del pacto constitucional.

⁸ C. cost., ord. n. 17/2019, 4.1 “(...) los hitos procedimentales establecidos en el art. 72 de la Constitución marcan algunos momentos esenciales del iter legis que la propia Constitución exige que se respeten siempre para proteger al Parlamento, entendido como lugar de confrontación y debate entre las diferentes fuerzas políticas, además de lugar de votación de los distintos actos legislativos, y para garantizar el ordenamiento en su conjunto, que se basa en el supuesto de que existe una amplia posibilidad de que todos los representantes contribuyan a la formación de la voluntad legislativa”.

Aunque la doctrina constitucionalista italiana haya sostenido en el pasado que la forma diferenciada resultara impura y, por tales razones, ha preferido adoptar el modelo perfectamente paritario, en realidad el rendimiento de los ordenamientos contemporáneos ha demostrado exactamente lo contrario⁹. De hecho, la tipología de bicameralismo todavía vigente en Italia resulta ser una verdadera y propia rareza en el cuadro comparado.

El sistema bicameral encontraría legitimación teórica, luego desmentida por la praxis, en la mayor reflexión de los textos legislativos, a fin de consentir una mayor ponderación de las decisiones políticas y que se refleje favorablemente sobre las leyes. El reverso de la medalla está sin embargo representado por el ineludible alargamiento de los tiempos debidos al doble examen. Y no es seguro que un alargamiento de los tiempos pueda repercutirse de manera positiva sobre los textos legislativos que, de tal modo, vienen investidos por numerosas intervenciones de los grupos, propuestas de enmienda y por maniobras obstruccionistas de las oposiciones.

2. Del procedimiento legislativo bicameral al procedimiento legislativo monocameral

Para el discurso que se quiere afrontar se retiene necesario partir de una doble premisa. La primera se refiere al procedimiento legislativo en la teoría, la segunda se refiere al papel de la praxis dentro del derecho parlamentario.

Bajo el primer perfil, la disciplina del procedimiento legislativo, delineada por el art. 72 Const. y por las disposiciones contenidas en

⁹ Hay quienes han observado que “el verdadero sistema bicameral es aquel en el que las dos asambleas se encuentran en una posición de absoluta igualdad, de modo que, aunque constituyan órganos distintos y autónomos, solo pueden dar lugar a manifestaciones de voluntad imputables al Estado cuando ambas coinciden en el mismo texto de deliberación”. Véase MORTATI (1958), cit., 336. Otros autores opinan todo lo contrario, para quienes el bicameralismo corresponde a una “necesidad (...) de que las dos asambleas no constituyan un duplicado y, por lo tanto, se diferencien más o menos fundamentalmente, de modo que puedan integrarse entre sí”. Véase ROMANO (1947).

los reglamentos parlamentarios, prevé un iter articulado que se desarrolla a través de diversas fases.

Precisamente la segunda fase del procedimiento se realiza dentro de las cámaras mediante la presentación de una propuesta, que viene asignada a las comisiones competentes en base a la materia. El proyecto de ley puede seguir un procedimiento normal, caracterizado por una fase instructoria particularmente detallada, durante la cual la comisión procede a un examen preliminar profundo a través de audiencias, indagaciones cognoscitivas y pareceres de órganos externos. Sucesivamente, la propuesta viene presentada al pleno para la discusión y la votación artículo por artículo. Una vez aprobada, la disposición viene transmitida a la otra cámara a través sobre un texto idéntico, en obsequio al principio del bicameralismo perfectamente paritario.

Existen luego también otros procedimientos, es decir aquellos “especiales”, aunque uno de estos se haya vuelto “prevalente” con la reciente reforma del reglamento del Senado (2017/2022)¹⁰. Se trata de las sedes legislativa o deliberante, por las cuales la propuesta viene examinada, discutida y votada exclusivamente en comisión, salvo que el Gobierno o una minoría calificada no requieran el retorno al procedimiento normal; o bien aquella redactora, donde el examen y la discusión ocurren en Asamblea, pero la redacción de los artículos es confiada a la comisión, con sucesivo retorno en el pleno para la votación final.

Bajo el segundo perfil, es necesario relevar cómo los reglamentos parlamentarios, aun constituyendo fuentes de rango primario a competencia material reservada (MARTINES), no agotan el entero catálogo de las fuentes del derecho parlamentario. Junto a los actos normativos escritos asumen de hecho un papel relevante las fuentes normativas no escritas, cuyo valor a veces se expresa de manera preponderante, yendo más allá del dato reglamentario.

El carácter prevalentemente político de las Asambleas representativas comporta que las reglas del derecho parlamentario no sean caracterizadas por rígido formalismo jurídico, sino que requieran más bien un cierto grado de ductilidad y elasticidad. Esto se debe también al

¹⁰ PODETTA (2020); STEGHER (2022).

hecho de que los reglamentos no disciplinan cada caso y pueden presentarse desarmonías entre las dos ramas¹¹.

El silencio deriva de una elección precisa: no endurecer excesivamente las relaciones políticas, consintiendo que evolucionen sin constricciones predeterminadas. De tal modo, el derecho parlamentario se extiende necesariamente a precedentes y praxis, que gobiernan concretamente el funcionamiento del órgano parlamentario, a menudo a través de reglas no contenidas en expresas disposiciones reglamentarias. El vínculo entre norma y praxis resulta por tanto ambivalente: si por un lado puede representar la manifestación real de la dinámica político-institucional, por el otro puede constituir una ruptura del derecho consolidado.

En este contexto, aunque la Constitución italiana haya predispuesto un sistema bicameral perfecto, en la praxis parlamentaria el procedimiento legislativo ha ido progresivamente evolucionando hacia modalidades cada vez más monocamerales.

No obstante el armamento previsto por el derecho parlamentario sea particularmente considerable – tanto los reglamentos como la praxis son ricos de numerosos institutos y estratagemas procedimentales inspirados en la lógica del “hacer pronto”¹² –, se ha afirmado una dinámica en la que, aun manteniendo formalmente la aprobación de ambas cámaras, una cámara actúa como protagonista en la elaboración sustancial de los textos, mientras que la otra se limita a una función de ratificación, con raras modificaciones significativas.

Este fenómeno de monocameralismo se ha reforzado particularmente en los últimos años¹³, cuando las exigencias de rapidez decisional han llevado a la concentración del debate efectivo en una sola cámara, vaciando progresivamente de contenido la duplicidad deliberativa prevista por el modelo constitucional originario. Si por un lado tal evolución puede ser interpretada como una respuesta a las exigencias de celeridad del proceso legislativo, por el otro suscita interrogantes

¹¹ Sobre el rol de la práctica en el derecho constitucional, véase AINIS (2007); BARBERA, GIUPPONI (2008); CITINO, (2021); sobre la práctica en el derecho parlamentario, véase FABRIZI (1998); LUPO (2013); IBRIDO (2014).

¹² GIANNITI, LUPO (2024); LASORELLA (2024); MANNINO, CURRERI, (2024); DI CIOLO, CIAURRO (2024).

¹³ PICCIRILLI (2025)

sobre la efectiva realización del principio bicameral sancionado por la Constitución.

El período más reciente ha visto acentuarse notablemente esta tendencia. Con frecuencia creciente, las iniciativas legislativas – sean estas propuestas que emanan de los parlamentarios o bien de impulso gubernativo – sufren un examen profundo y discusión solamente en la rama parlamentaria donde vienen inicialmente presentadas. Esto ocurre con mayor asiduidad para los proyectos de ley de conversión de los decretos-leyes¹⁴.

La otra cámara, encontrándose a operar bajo estrictos vínculos temporales, se reduce a desarrollar una función meramente ratificatoria del texto ya aprobado.

Esta dinámica comporta una sustancial renuncia, por parte de la segunda cámara y de sus componentes, al ejercicio de las prerrogativas constitucionalmente garantizadas de discusión y de enmienda.

La creciente compresión de los tiempos de examen parlamentario ha determinado el surgir de situaciones en las que la segunda cámara ve progresivamente reducirse el propio papel deliberativo, aun salvaguardando el aspecto procedimental de la doble lectura constitucionalmente prevista. En extrema síntesis, el respeto del iter legislativo ocurre por tanto solo en el plano formal, mientras que la confrontación parlamentaria efectiva, la discusión en el mérito y la posibilidad de aportar modificaciones significativas resultan circunscritas exclusivamente a la primera fase de examen del texto¹⁵.

Tal evolución hacia el monocameralismo sustancial no representa un fenómeno reciente, sino que hunde sus raíces en un entrelazamiento complejo de variables institucionales, dinámicas políticas y necesidades operativas que se han desarrollado en el tiempo. Sin embargo, lo que aparece particularmente significativo es la progresiva aceleración de esta tendencia, que ha conocido una ulterior intensificación a consecuencia de la reforma constitucional que ha determinado la reducción del número de los parlamentarios. Esta última parece de hecho haber contribuido a acentuar las criticidades preexistentes en el fun-

¹⁴ BONINI (2024); STEGHER (2025); DOMENICALI (2025).

¹⁵ Las definiciones de monocameralismo son múltiples. Muchos autores las tienen en cuenta, entre ellos LONGO (2017); GRIGLIO (2010) DEODATO (2013); MANETTI (2021); DE FIORES (2022); VERNATA (2022); BONINI (2024); CIAURRO (2024).

cionamiento del bicameralismo italiano, empujando hacia una cada vez mayor concentración del debate legislativo en una única sede deliberativa.

3. Las cifras del procedimiento legislativo

Desde hace tiempo, el tema de la superación del actual bicameralismo perfectamente paritario y simétrico se ha impuesto en el debate doctrinal¹⁶. La razón principal de ello se debe al hecho de que dicho sistema se considera una fuente de retraso en los procesos decisorios, causa de desestabilización de todo el ordenamiento y generador de normas «oscuras». En el mismo ámbito de reflexión, parte de la doctrina ha propuesto recientemente la adopción del monocameralismo, considerado como la alternativa más eficaz para eliminar los puntos críticos del sistema bicameral¹⁷. Por lo tanto, el objetivo debería ser lograr una regulación más completa de los procesos de elaboración normativa y una disciplina más rigurosa de la legislación.

En este sentido, se considera útil aportar algunos datos que, además de corroborar el fenómeno descrito, resultan necesarios para certificar las críticas del sistema y respaldar las tesis expuestas hasta ahora.

A este respecto, el 14 de abril de 2025 se publicó en la página web de la Cámara de Diputados el dossier sobre la producción normativa que, al analizar la evolución de los últimos dos años y medio, certifica la persistencia de esta situación de hecho.

En este periodo (del 13 de octubre de 2022 al 13 de febrero de 2025), se aprobaron 181 leyes, de las cuales una era una revisión constitucional de iniciativa parlamentaria y 180 eran leyes ordinarias.

De las 180 leyes ordinarias aprobadas, 71 son leyes de conversión de decretos-leyes y 109 son otras leyes ordinarias. Estas últimas pueden dividirse según su proponente: 62 son de iniciativa gubernamental (73,48 %), 45 son de iniciativa parlamentaria (25,41 %) y 2 son de ini-

¹⁶ ELIA (1987); MANZELLA, BASSANINI (2007).

¹⁷ APOSTOLI (2022).

ciativa mixta: una gubernamental y parlamentaria y otra parlamentaria y del CNEL¹⁸.

Además, en 45 medidas, el Gobierno recurrió a la cuestión de confianza en al menos una de las cámaras del Parlamento, mientras que en 32 casos se sometió a confianza en ambas cámaras.

Para aclarar aún más el panorama, que ya de por sí podría ser evidente, queremos centrarnos en el número de días dedicados al examen de las medidas de las llamadas leyes ordinarias (presupuestarias y relacionadas, ordinarias «secas», europeas), las leyes de ratificación y las leyes de conversión de los decretos-ley. Precisamente en estos dos últimos casos, el fenómeno del monocameralismo es aún más evidente¹⁹.

En cuanto a las iniciativas legislativas del Gobierno, el tiempo medio de examen fue de 181 días (82 días para la primera lectura y 82 días para la segunda lectura). Por el contrario, el tiempo medio de examen de las medidas legislativas de iniciativa parlamentaria fue de 297 días (137 días para la primera lectura y 86 días para la segunda).

Además, en lo que respecta a las *navettes*, 96 leyes solo pasaron dos veces, 11 leyes pasaron tres veces y solo una pasó cuatro veces²⁰.

Por tanto, parece indiscutible que, en varias ocasiones y en varias legislaturas, la segunda cámara se ve obligada a deliberar sobre la medida tal y como fue redactada por la primera, bien por razones de tiempo, bien por imposición de la cuestión de confianza. Se trata, en particular, de las leyes presupuestarias, las leyes de conversión de los decretos-leyes y las leyes de ratificación de los tratados internacionales, todas ellas medidas que comparten una gran importancia y complejidad.

Se debe señalar que la reducción del número de parlamentarios ha acabado por corroborar esta tendencia. Un número menor de miembros implica, de hecho, que los parlamentarios se vean obligados a

¹⁸ Los datos proceden de los expedientes publicados por la Cámara. Véase OBSERVATORIO SOBRE LEGISLACIÓN (2025) <https://www.camera.it/temiap/2025/04/16/OCD177-8036.pdf>.

¹⁹ BONINI (2024); STEGHER (2025).

²⁰ Más concretamente, cabe distinguir entre iniciativas parlamentarias y gubernamentales. En el primer caso, 36 iniciativas parlamentarias se enfrentaron a sólo dos pasajes, 9 iniciativas a 3 pasajes y una a 4 pasajes; mientras en el segundo, 60 iniciativas gubernamentales se enfrentaron a sólo dos pasajes, 2 iniciativas a 3 pasajes y ninguna a 4 pasajes. Véase OBSERVATORIO SOBRE LEGISLACIÓN (2025).

trabajar, a menudo simultáneamente, en varios frentes. Así, la combinación de una situación de hecho como la del monocameralismo alternativo y un parlamento con menos miembros ha introducido nuevas formas patológicas y ha supuesto un vaciamiento del histórico principio de «conocer para deliberar», así como una erosión de las funciones y prerrogativas del Parlamento y de sus miembros.

Ante estos múltiples factores, resulta evidente que las reglas clásicas que rigen el proceso legislativo ya no logran seguir el ritmo que exige la contemporaneidad. La reaparición de situaciones de emergencia, que convierten en estructural un régimen que debería ser excepcional, lleva a reflexionar sobre la conveniencia de actualizar el marco normativo, tanto en el ámbito constitucional como en el reglamentario, con el objetivo de limitar los casos de forzamientos procedimentales que se han convertido en cotidianos.

4. Consideraciones aparentemente concluyentes

Sobre la base de lo dicho hasta ahora, surgen algunas consideraciones concluyentes sobre la transformación del sistema legislativo italiano.

El panorama parlamentario contemporáneo parece haber sufrido una poderosa metamorfosis en comparación con el modelo constitucional original. La aceleración de los procesos de toma de decisiones, la creciente interconexión entre los distintos ámbitos normativos y la estratificación de las fuentes jurídicas han rediseñado por completo el mecanismo de producción de las leyes²¹.

Esta nueva disposición, al tiempo que responde a las presiones de un entorno socioeconómico cambiante, repercute en la calidad de la legislación.

El desplazamiento progresivo del centro de gravedad de la toma de decisiones hacia el ejecutivo ha conducido a una marginación de facto del papel parlamentario, que se limita cada vez más a ratificar decisiones ya tomadas en otro lugar. El uso sistemático de instrumentos de urgencia y la práctica del monocameralismo han vaciado la fun-

²¹ FABRIZZI, PICCIRILLI (2025).

ción legislativa de las cámaras, creando asimetrías de procedimiento que socavan el principio del bicameralismo perfecto.

La situación actual revela tres manifestaciones diferentes de este fenómeno: una dimensión casual vinculada a opciones organizativas, otra estratégica orientada a la consolidación política y otra forzada determinada por contingencias de emergencia²². Todas convergen hacia el mismo resultado, que es el de la anulación sustancial de la confrontación bicameral y de la «necesidad de un procedimiento articulado en fases y momentos que no pueden eliminarse»²³.

El surgimiento de esta tendencia se encuentra en la convergencia de múltiples factores que han erosionado progresivamente la eficacia del bicameralismo perfecto. Se pueden identificar cuatro elementos que han venido a apuntalar esta práctica.

El primero y más relevante es la inestabilidad gubernamental crónica que ha caracterizado al sistema político italiano desde sus inicios. La necesidad de los gobiernos de duración limitada de obtener resultados legislativos tangibles en poco tiempo les ha llevado a adoptar estrategias que han acabado favoreciendo la eficacia frente a la exhaustividad del debate parlamentario²⁴. En este contexto, el bicameralismo perfecto fue progresivamente percibido ya no como una garantía de mejor calidad legislativa, sino como un obstáculo a la eficacia de la acción gubernamental.

Así, la práctica del monocameralismo de facto se ha impuesto como una respuesta práctica a esta necesidad: al concentrar el debate de fondo en una sola cámara, el tiempo necesario para la aprobación final se reduce significativamente, al tiempo que se mantiene formalmente el cumplimiento del dictado constitucional.

Un segundo factor determinante es la integración europea y las consiguientes limitaciones temporales impuestas por la pertenencia al contexto de la Unión Europea²⁵. La obligación de transponer las directivas en los plazos preestablecidos, la necesidad de respetar los pará-

²² STEGHER (2025).

²³ CERVATI (1975).

²⁴ Esta dinámica ha sido especialmente pronunciada desde los años noventa, cuando la transición del sistema político y la alternancia en el gobierno hicieron aún más acuciante la necesidad de plasmar rápidamente los programas gubernamentales en legislación.

²⁵ LUPO, MANZELLA (2024).

metros del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y, más en general, la necesidad de coordinar las políticas nacionales con las europeas ha introducido en el sistema legislativo italiano elementos de rigidez temporal hasta ahora desconocidos. Estas limitaciones han hecho a menudo incompatible el cumplimiento de los plazos impuestos por la legislación europea con los plazos naturales del bicameralismo perfecto, fomentando la aparición de la práctica del monocameralismo de facto como medio de adaptarse a un contexto normativo supranacional que exige tiempos de decisión más rápidos²⁶.

La creciente complejidad técnica de la legislación contemporánea constituye el tercer elemento.

La evolución de la sociedad y de la economía ha hecho necesaria la elaboración de una legislación cada vez más compleja y especializada, que requiere conocimientos específicos y perspectivas sectoriales difíciles de reproducir en ambas cámaras con la misma intensidad. Esta complejidad ha favorecido una especie de «especialización» informal de las comisiones parlamentarias y, en consecuencia, de las propias cámaras en sectores normativos específicos. En la práctica, se han desarrollado así mecanismos que permiten un examen en profundidad en sesión conjunta. Este fenómeno es especialmente evidente en ámbitos muy técnicos, como las finanzas, la fiscalidad o las telecomunicaciones, en los que la complejidad de la materia desaconseja un examen de investigación en las dos cámaras del parlamento²⁷.

Un factor a menudo subestimado, pero no por ello menos importante, es el cuarto: el impacto de las innovaciones tecnológicas y los nuevos ritmos de la comunicación política en el calendario del proceso

²⁶ Especialmente significativo es el caso de la conversión de los decretos-leyes utilizados para aplicar la normativa europea o para cumplir los plazos de la UE: en estos casos, la compresión del tiempo de conversión hace imposible un escrutinio equitativo en las dos cámaras, lo que conduce inevitablemente a la concentración del debate de fondo en una de ellas. Para un estudio en profundidad del fenómeno y los datos, véase BONINI (2024); STEGHER (2025).

²⁷ En este sentido, resulta emblemático el examen del proyecto de ley de presupuestos, que se lleva a cabo en sesión conjunta por las Comisiones de Presupuestos de la Cámara y el Senado. Esta práctica, consolidada a lo largo del tiempo, representa una forma de racionalización del procedimiento que evita duplicaciones en el examen técnico de un asunto especialmente complejo.

legislativo²⁸. La aceleración de los ciclos de información y la presión de la opinión pública para obtener respuestas inmediatas a los problemas emergentes han creado unas expectativas de puntualidad que el bicameralismo perfecto se esfuerza por cumplir. La necesidad de dar respuestas legislativas en un plazo compatible con el ritmo de la comunicación mediática ha empujado hacia formas de simplificación procedimental que, si bien no han modificado formalmente el proceso legislativo, sí han alterado sustancialmente su funcionamiento.

Estos cuatro factores no operan aisladamente, sino que se retroalimentan en un círculo vicioso que acelera la transformación del sistema. La inestabilidad gubernamental hace más urgente el cumplimiento de las obligaciones europeas; la complejidad técnica exige especializaciones que no pueden conciliarse con un bicameralismo perfecto; la presión mediática amplifica la necesidad de rapidez ya inducida por los demás factores. El resultado es una mutación genética del sistema legislativo que va mucho más allá de las prácticas procedimentales individuales, afectando a la propia naturaleza de la relación entre poderes.

Frente a esta transformación sistémica, parece indispensable una intervención reformadora que no se limite a correcciones marginales, sino que aborde las causas estructurales del fenómeno. El análisis realizado sugiere la necesidad de un enfoque articulado en dos niveles complementarios, cada uno de los cuales responde a dimensiones específicas del problema.

En el plano constitucional, es necesaria una revisión que formalice y racionalice el nuevo equilibrio de poderes. Esta revisión debería: a) transformar la relación fiduciaria en monocameral; b) redefinir el procedimiento legislativo diferenciando los papeles de las dos cámaras en función de la naturaleza de las materias; c) introducir mecanismos de articulación entre los plazos legislativos nacionales y los imperativos europeos, institucionalizando procedimientos acelerados para la legislación de origen europeo.

En el plano normativo, por tanto, es necesario un ajuste que garantice la eficacia de los procedimientos sin sacrificar las prerrogativas parlamentarias y los derechos de las minorías. Este ajuste debería: a) codificar las prácticas virtuosas que han surgido en la gestión de la

²⁸ DE LUNGO, RIZZONI (2025).

emergencia, transformándolas en instrumentos ordinarios de aceleración procedimental; b) reforzar los instrumentos de control parlamentario sobre la actividad gubernamental, compensando cualquier reducción del papel legislativo con el refuerzo de la función inspectora; c) introducir mecanismos de evaluación a posteriori del impacto de las leyes, haciendo más eficaz el circuito decisorio; d) prever procedimientos diferenciados para la gestión de la comunicación política sobre los procesos legislativos, reduciendo la presión mediática que distorsiona los tiempos del debate parlamentario.

En definitiva, el sistema italiano se encuentra en una encrucijada fundamental. Por un lado, puede seguir experimentando una transformación desordenada y potencialmente perjudicial de los principios constitucionales, permitiendo que las prácticas de facto prevalezcan progresivamente sobre la ley escrita en un proceso silencioso pero imparable de erosión constitucional. Por otro, puede gobernar conscientemente este proceso mediante reformas orgánicas que redefinan coherentemente la arquitectura institucional respetando los valores democráticos fundamentales.

La elección entre estas dos vías no es neutral. Determinará si la transformación en curso puede enmarcarse en una evolución constitucional guiada por la racionalidad, o si tendrá que soportarse como una mutación genética del sistema que corre el riesgo de comprometer el equilibrio entre eficiencia y eficacia democrática.

El reto consiste en transformar una emergencia constitucional en una oportunidad de renovación institucional, haciendo que la crisis del bicameralismo perfecto no sea el síntoma de una degeneración democrática, sino el catalizador de una modernización consciente del sistema parlamentario italiano.

Referencias bibliográficas

- Ainis M. (2007). *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n. 2.
- Apostoli, A., (2022). *La necessità di ripensare il rapporto con gli “organi di garanzia” in un sistema parlamentare monocamerale*, in *Costituzionalismo.it*. n. 3.
- Barbera, A., (1981). *Oltre il bicameralismo. Democrazia e Diritto*.

- Barbera, A., (2015). *Costituzione della Repubblica Italiana*. Enciclopedia del Diritto. Annali VIII. Milano. Giuffrè.
- Barbera A., Giupponi T.F. (2008), *La prassi degli organi costituzionali*. Bologna. Bonomia University Press.
- Bonini, P., (2024). *Il decreto-legge in Parlamento. Questioni aperte e spunti di riforma*. Napoli. Editoriale Scientifica.
- Cervati, A.A., (1975). Art. 72, in Branca, G., *Commentario della Costituzione*. Bologna. Zanichelli.
- Cheli, E., (1987). Bicameralismo. In *Digesto delle discipline pubblicistiche*. vol. II. Torino.
- Ciaurro, L., (2024), *Il bicameralismo a fisarmonica dal monocameralismo imperfetto al monosedismo di fatto*. Rassegna parlamentare.
- Citino, Y.M., (2021). *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*. Napoli. Editoriale Scientifica.
- De Fiores, C., (2022). *Profili teorici e tendenze attuali del monocameralismo*. Costituzionalismo.it.
- De Lungo, D., Rizzoni G., (2025). *Le assemblee rappresentative nell'era dell'intelligenza artificiale. Profili costituzionali*. Torino. Giappichelli.
- De Vergottini, G., (2022). *Diritto costituzionale comparato*. Padova. Cedam.
- Di Ciolo V., Ciaurro L., (2024). *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*. Milano. Giuffrè.
- Deodato, C., (2013). Il Parlamento al tempo della crisi. Alcune considerazioni sulle prospettive di un nuovo bicameralismo. *Federalismi.it*.
- Domenicali, C., (2025). *Governare per decreto-legge. Una lettura delle più recenti tendenze*, in Fabrizzi, F., Piccirilli G., *Fenomenologia della produzione normativa tra Italia e Unione Europea. Studi sulle fonti del diritto*. Torino. Giappichelli.
- Doria, G., (2014). *Bicameralismo e federalismo. Analisi dei modelli di relazione*. Roma.
- Elia, L., Scoppola P., A colloquio con Dossetti e Lazzati. In Ceccanti S. (2014), *Audizione al Senato sulla riforma costituzionale proposta dal Governo Renzi*. Forum costituzionale.
- Elia, L., (1987). *Proposte per un possibile riordino istituzionale*. Il Politico, vol. 52, no. 4.
- Fabrizi, F., (1998). Precedente giudiziale, giudicato sostanziale “esterno”, precedente parlamentare: profili di un possibile confronto. In Aa.Vv., *Il*

- Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*. Roma. Camera dei deputati. Ufficio pubblicazioni e informazione parlamentare.
- Ferrara, G., (1984). *Commento all'art. 55 Cost.*, in Branca, G., *Commentario alla Costituzione*. Bologna.
- Frau, M., (2022). *Tendenze e prospettive del monocameralismo negli ordinamenti democratici*, in *Costituzionalismo.it*. n.3.
- Frosini T.E. (2022), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*. Bologna. Il Mulino
- Gianniti, L., Lupo N., (2024). *Corso di diritto parlamentare*. Bologna. Il Mulino.
- Griglio, E., (2010). La transizione dai maxi-emendamenti: un problema politico che richiede (anche) una soluzione pattizia. In Lupo, N., (a cura di), *Maxi-emendamenti, questione di fiducia, nozione costituzionale di articolo*. Padova. Cedam.
- Ibrido, R., (2014). *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo di risoluzione dei casi regolamentari"*. Milano. Franco Angeli.
- Lasorella, G., (2024). *Il parlamento: regole e dinamiche*. Torino. Giappichelli.
- Longo E. (2017). *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*. Torino. Giappichelli.
- Lupo, N., (2013). *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*. Bologna. Il Mulino.
- Lupo, N., Manzella, A., (2024). *Il Parlamento europeo*, Roma. LUISS University Press.
- Manetti, M., (2021). Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo. *Quaderni Costituzionali*, n. 3.
- Mannino, A., Curreri, S., (2024). *Diritto parlamentare*. Milano. FrancoAngeli.
- Manzella, A., Bassanini F. (2007). *Per far funzionare il Parlamento. Quaranta-quattro modeste proposte*. Bologna. Il Mulino.
- Mattarella, S. (1983). Il Bicameralismo. *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*.
- Mortati, C., (1958). *Istituzioni di Diritto pubblico*. Padova.
- Observatorio Sobre Legislación. (2025). *La legislación entre el Estado, las Regiones y la Unión Europea. Informe 2024-2025*. Roma. Cámara de Diputados.
- Paladin, L., (1984). *Tipologia e fondamenti giustificativi del bicameralismo. Il caso italiano*. Quaderni Costituzionali.
- Palermo, F., Nicolini, M., (2013). *Il bicameralismo. Pluralismo limiti della rappresentanza in prospettiva comparata*. Napoli.

- Pezzini B (1989). Quale Bicameralismo? La scelta del bicameralismo del Grundgesetz della Germania federale e nella Costituzione repubblicana italiana. Le Regioni.
- Piccirilli, G.,(2025). L'elaborazione della legge ordinaria, oggi. Quello che la Costituzione prescrive, e quello che la prassi non consegue. In Fabrizzi, F., Piccirilli G., *Fenomenologia della produzione normativa tra Italia e Unione Europea. Studi sulle fonti del diritto*. Torino. Giappichelli.
- Pistorio, G. (2018). *Maxi-emendamento e questione di fiducia*. Napoli. Editore scientifico.
- Podetta, M., (2020). *Governare le Camere. Tendenze e miti delle riforme regolamentari*. Cacucci, Bari.
- Rinella, A., Pegoraro, L. (2017). *Sistemi costituzionali comparati*. Torino. Giappichelli.
- Rivosecchi, G., (2006). Art. 55. In Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M., *Commentario alla Costituzione*. Tomo II. Torino. Utet.
- Romano, S., (1947). Principi di diritto costituzionale generale. Enciclopedia Del Diritto.
- Stegher, G. (2022). *Regolamenti parlamentari: natura e funzioni*. Torino. Giappichelli.
- Stegher, G. (2025). Dal bicameralismo “in teoria” al monocameralismo “in pratica”.Federalismi.it.
- Vernata, A., (2022). Bicameralismo dimezzato, perimetro costituzionale e sostanzialità delle forme. *Il monocameralismo come limite e fondamento*. Costituzionalismo.it.

*Corrado Antonucci**

IL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE
DELL'ESECUTIVO SPAGNOLO.
SPUNTI DAGLI ORDINAMENTI AUTONOMICI
PER AFFRONTARE LE PROBLEMATICHE ISTITUZIONALI
NEL NUOVO SISTEMA DEI PARTITI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto politico: le difficoltà nella formazione del Governo causate dal nuovo sistema dei partiti. – 3. Il procedimento di formazione dell'esecutivo nazionale e il dibattito scaturito dal nuovo sistema partitico. – 4. Il procedimento di formazione dell'esecutivo autonomico. In particolare, le differenze rispetto al modello statale. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il presente contributo intende affrontare le problematiche concernenti la formazione degli esecutivi nazionali spagnoli scaturite dalla modificazione del sistema dei partiti intercorsa negli ultimi dieci-quindici anni (FROSINA, 2015; NAGLIERI, 2023). Il passaggio da un sistema di bipartitismo imperfetto ad uno di multipartitismo frammentato ha, infatti, causato una enorme difficoltà, dovuta anche alla crescente polarizzazione tra le forze politiche, nella formazione dei Governi nazionali (e non solo).

A tal proposito, è stato oggetto di ampia discussione, in sede sia politica che scientifica, un'eventuale riforma della norma costituzionale che regola la fase iniziale della vita degli esecutivi iberici, ovvero l'art. 99 della Costituzione del 1978.

Le elezioni politiche del dicembre 2015 e del giugno 2016 hanno dimostrato come, finanche in un sistema istituzionale caratterizzato da un'elevata razionalizzazione della forma di governo, almeno nell'accezione tendente ad indicare i dispositivi giuridici adoperati per incenti-

* Università di Roma "La Sapienza".

vare la continuità ministeriale, possono darsi momenti di crisi e tensione politico-istituzionale se gli elementi condizionanti del sistema (il carburante che alimenta la macchina per utilizzare una felice metafora di autorevole dottrina¹), su tutti, il sistema politico e quello partitico, patiscono delle disfunzioni causate dall'incapacità degli attori politici (o talvolta istituzionali) nel trovare soluzioni alle crisi medesime.

In questo senso, sarà la formula del governo di coalizione (l'accordo raggiunto tra il Psoe e *Podemos* nell'autunno 2019) lo sbocco politico che permetterà di dare vita al secondo esecutivo guidato dal *leader* socialista Pedro Sánchez e ad evitare, in tal modo, la quinta elezione generale in poco meno di quattro anni.

Come accennato, gli effetti del mutuato contesto partitico non hanno avuto ricadute solamente sul piano nazionale.

Diverse Comunità autonome (CC.AA.) hanno vissuto, e spesso addirittura anticipato, le problematiche istituzionali dovute alla comparsa di nuovi soggetti politici (in particolare *Podemos* e *Ciudadanos* e, in un secondo momento, *Vox*). Ritardi e difficoltà nella formazione degli esecutivi sono stati dunque registrati anche al livello regionale di governo e le forze politiche sono state chiamate ad operare e trovare intese per facilitare l'investitura del vertice dell'organo esecutivo, inaugurando formule politiche (gli accordi di coalizione, definiti spesso "*acuerdos de investidura*" o di "*gobernabilidad*") fino a poco tempo addietro inimmaginabili nei pensieri di soggetti la cui *forma mentis* è stata, per oltre trentacinque anni, segnata dal bipartitismo (seppur imperfetto, stante la rilevanza dei partiti nazionalisti e regionalisti).

Il tipo di stato autonomico² spagnolo è caratterizzato da una non trascurabile autonomia di cui godono le CC.AA. nell'ingegneria istituzionale delle istituzioni di auto-governo. Fatti salvi alcuni punti fermi individuati dal Costituente e dal legislatore nazionale, le CC.AA. pos-

¹ CHELI, (2023), 25.

² Invero, come ricorda MASTROMARINO (2019), XVIII, "esiste un'ambiguità mai sciolta all'interno del dettato costituzionale del 1978 strettamente connessa con le scelte che hanno caratterizzato la forma e il tipo di Stato spagnolo". Tale ambiguità, "non ha mai permesso la definizione della natura del tipo di Stato spagnolo sempre in bilico tra la struttura regionale e le aspirazioni federali".

sono dotarsi di differenti strumenti e congegni giuridici per il buon funzionamento degli organi autonomici.

A tal proposito, potrebbe rivelarsi in una certa misura utile un'indagine che miri a individuare se nel livello autonomico è possibile riscontrare qualche tecnica giuridica utile a disincentivare, per quanto possibile, momenti di stallo istituzionale caratterizzati dalla mancanza di un esecutivo legittimato dal sostegno parlamentare.

Difatti, nei tipi di Stato caratterizzati dal decentramento politico (siano essi regionali o federali) operano meccanismi di *spill-over*, ovvero una circolazione e un'influenza reciproca di modelli istituzionali e di strumenti giuridici, non solo in una relazione, per così dire, di tipo *top-down* (e questo, vedremo, sarà la logica del mimetismo istituzionale seguito da molte CC.AA.), ma, spesso, nella direzione opposta, del tipo dunque *bottom-up*, ove è il livello inferiore che "ispira" quello superiore. Inoltre, tali dinamiche non si verificano solamente sul piano istituzionale, essendo il livello c.d. intermedio di governo (ma più in generale quello delle autonomie), non di rado, luogo ove si sperimentano e si testano formule politiche spesso impensabili al più "rigido" livello nazionale.

Si pensi anche al caso italiano: frequentemente, nel dibattito politico e non solo, taluni (tra i quali l'attuale maggioranza parlamentare) guardano al sistema del c.d. *simul stabunt simul cadent* operante a livello comunale e regionale quale esempio positivo di stabilità e quale modello a cui ispirarsi per riformare la forma di governo nazionale; parimenti, sul piano politico, le autonomie fungono quale laboratorio per testare nuove alleanze, stante il minor tasso di politicizzazione che spesso connota le *issues* e le *policies* trattate in questi livelli.

Il presente scritto cercherà di illustrare lo stallo politico-istituzionale verificatosi in seguito alle elezioni politiche del 2015. Descriverà quindi brevemente il processo di investitura del Presidente del Governo spagnolo, partendo dal dato letterale dell'art. 99 della Costituzione.

In seguito, si volgerà dunque lo sguardo al livello autonomico per ravvisare le somiglianze ma soprattutto le differenze nelle fasi di formazione dell'esecutivo tra i due livelli di governo. Infine, si formuleranno delle proposte per tentare di minimizzare i rischi sul piano istituzionale derivanti dal nuovo contesto politico-partitico.

2. Il contesto politico: le difficoltà nella formazione del Governo causate dal nuovo sistema dei partiti

La procedura che regola la formazione del Governo nazionale, sancita dall'art. 99 Cost., non è stata oggetto di un'ampia e sistematica discussione tra i giuspubblicisti e tra i politologi fino a quando le elezioni del 2015, e la conseguenziale nuova morfologia del sistema partitico, impedirono un'applicazione meccanica della sopra menzionata disposizione costituzionale.

Difatti, autorevole dottrina ha a lungo qualificato come “meccanico” o “protocollare” il procedimento di investitura regolato nella norma fondamentale³.

I diciassette deputati eletti al *Congreso* dai partiti indipendentisti catalani nelle elezioni generali del 20 dicembre 2015 incisero profondamente sulla possibilità di costituire un esecutivo in un quadro politico già segnato dalla fine del bipartitismo e la contestuale nascita di un assetto quantomeno bipolare, caratterizzato da una marcata contrapposizione politica e ideologica.

Presa cognizione della rinuncia di Rajoy nel tentare un'investitura che, oggettivamente, aveva poche *chances* di ottenere il supporto parlamentare necessario per formare il Governo, il Re, a seguito di un nuovo giro di consultazioni con i gruppi parlamentari, nominava Sánchez, segretario del Psoe, partito classificatosi secondo alle elezioni, candidato all'investitura. Anche quest'ultimo però era, con ogni evidenza, destinato ad andare incontro alla sconfitta parlamentare, vista, innanzitutto, la netta contrarietà della classe dirigente socialista a un qualsiasi accordo con *Podemos*, reo di appoggiare la celebrazione di un referendum sull'indipendenza della Catalogna.

Siffatte condizioni erano destinate a produrre un fatto del tutto inedito per la democrazia spagnola. Difatti, trascorsa qualche settimana dalla nomina regia per la candidatura presidenziale, il segretario del Psoe fu sconfitto, al principio di marzo, sia in prima che in seconda

³ HERNÁNDEZ BRAVO DE LA LAGUNA, (2016), imputa la poca attenzione riservata all'art. 99 Cost. alla sua applicazione “mecánica, aparental y meramente protocolaria, sin causar el menor problema interpretativo ni funcional”.

votazione, non avendo financo in quest'ultima (che richiede la maggioranza semplice dei voti per essere investiti) raggiunto la soglia prevista.

Constatata quindi l'impossibilità di costituire una maggioranza in seno al *Congreso* e una volta spirato il termine perentorio dei due mesi dalla prima votazione di investitura, così come previsto all'art. 99 Cost.⁴, il Re sciolse le Camere e indisse nuove elezioni per il giorno 26 giugno 2016.

La crisi politico-istituzionale fu ben testimoniata dall'esigua durata della XI legislatura, causata dall'incapacità delle forze politiche di trovare un accordo su comuni basi programmatiche, inaugurando una stagione di crescente e marcata polarizzazione del sistema partitico che era destinata a non essere risolta neppure con la nuova chiamata alle urne.

Le elezioni politiche di giugno consegnarono, ancora una volta, al Pp il primato elettorale ma, come era accaduto per le precedenti, non garantirono ad esso la maggioranza dei seggi in seno al *Congreso*. I popolari incrementarono i loro voti ma la maggioranza relativa ottenuta era ben lungi dal poter ambire ad ottenere, tramite accordi con le forze politiche, la metà più uno degli scranni della Camera bassa, stante anche la perdita di otto seggi registrata da *Ciudadanos*.

I socialisti, al minimo storico, persero cinque seggi rispetto alla tornata precedente, diventando impossibile aspirare alla costruzione di alleanze in vista della formazione del Governo. La situazione, rispetto al dicembre passato, fu pressoché identica in termini di consenso elettorale, sia per *Podemos* che per i partiti indipendentisti catalani. Questi ultimi, forti della maggioranza nel *Parlament*, accrescevano la volontà di porre in pratica la via unilaterale per l'indipendenza, cominciando a covare l'idea di un referendum di autodeterminazione, che ampliava la distanza, ormai incolmabile, tra i socialisti e i partiti secessionisti catalani.

Il reiterato stallo istituzionale alimentava un confronto politico e scientifico sullo stato della democrazia spagnola, sul nuovo sistema dei

⁴ Il quinto comma dell'art. 99 prevede che "si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso".

partiti, sulla legislazione elettorale e sulle previsioni della Carta del 1978 che regolano i rapporti tra i massimi organi costituzionali responsabili dell'indirizzo politico. In sostanza, per la prima volta, la forma di Governo era al centro di un dibattito che non era confinato solamente agli studiosi ma entrava con forza nell'interesse di un'opinione pubblica⁵ che per oltre tre decenni era stata abituata a una performante governabilità delle sue istituzioni⁶.

Costituitesi le Camere e superata la pausa estiva, nel mese di settembre il *leader* del Pp tentò, senza riuscirvi, un'investitura che fu respinta in entrambe le due votazioni. Sánchez, segretario del Psoc, aveva, difatti, aperto la strada al fallimento di Rajoy, escludendo tassativamente la possibilità di un'astensione del gruppo socialista per far nascere il governo a guida popolare. A seguito però della formalizzazione della mancata investitura di Rajoy al *Congreso*, il dibattito interno al partito socialista raggiunse un acume tale da indurre Sánchez a rassegnare le dimissioni. Lo spettro, infatti, di una nuova applicazione dello scioglimento automatico ex art. 99.5 Cost., con annesso discredito internazionale e conseguente incertezza finanziaria, economica e sociale, provocò una netta spaccatura in seno al Psoc sulla praticabilità di un voto di astensione al Governo, stante anche un fisiologico timore per taluni deputati che potevano vedere il loro mandato, un'altra volta, esaurirsi pochi mesi dopo la vittoria del seggio.

In questo clima di profonda crisi in cui versava il più antico partito spagnolo, il comitato federale del Psoc optava per rinunciare al voto

⁵ HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA, (2016), a tal riguardo, sostiene che l'unico aspetto positivo di una tale situazione istituzionale è "un aspecto pedagógico y didáctico, porque nos da la impresión de que la mayoría de los ciudadanos está aprendiendo ahora prácticamente cómo funciona nuestro sistema político".

⁶ Sul punto REVENGA SÁNCHEZ (2017), 101, che ricorda come nelle dieci elezioni precedenti a quelle del dicembre 2015 la percentuale di seggi ottenuti dai due partiti più votati (Pp e Psoc) nel Congresso oscillò tra un minimo di 65,24 % (nel 1979) e un massimo di 83,81% (nel 2008). Inoltre, l'A. osserva che degli undici governi che si erano succeduti fino a quel momento cinque disponevano della maggioranza assoluta mentre cinque dei restanti sei esecutivi "minoritari" potevano contare comunque su un sostegno parlamentare superiore al 45% dei seggi. Nelle elezioni "spartiacque" del 2015, invece, la somma dei due partiti più votati (Pp e Psoc) superò di poco la soglia del 60%.

contrario all'esecutivo popolare, che nasceva alla fine di ottobre con l'astensione di quasi settanta deputati socialisti.

Un Governo, quello di Rajoy, che nasceva fragile non soltanto perché sorto grazie all'anomala non contrarietà del suo rivale storico ma anche e soprattutto per le profonde turbolenze che attraversavano quest'ultimo, una crisi confermata dal voto dissenziente, rispetto alla linea del partito, di quindici deputati che votarono contro il Governo.

3. Il procedimento di formazione dell'esecutivo nazionale e il dibattito scaturito dal nuovo sistema partitico

Il mancato scioglimento anticipato non interruppe un dibattito politico e soprattutto scientifico che pose il suo accento proprio sulle previsioni sancite nell'art. 99 della Costituzione spagnola.

Ecco allora che, a causa di un comportamento negligente delle forze politiche nell'assunzione delle responsabilità necessarie per porre termine a una situazione segnata dalla mancanza di un governo pienamente in funzione, si sono prospettate diverse ipotesi di riforma dell'art. 99 della Costituzione⁷. Questa disposizione costituzionale (congiuntamente alle pertinenti disposizioni contenute nella Legge organica del regime elettorale generale e nel regolamento della Congresso) stabilisce “un calendario preciso de actuaciones” (REVENGA SÁNCHEZ, 2017, 104) che ha come fine quello di sostituire il governo dimissionario con un esecutivo investito dal Congresso.

L'intento razionalizzatorio del costituente e del legislatore spagnolo diviene evidente se si considera che, differentemente dai procedimenti di formazione dei governi nelle altre democrazie parlamentari, “un conjunto coordinado de reglas” (REVENGA SÁNCHEZ, 2017, 104)⁸

⁷ Come osserva LAZÁRO REDRUELLO, (2023), 121, “se defendió la imposibilidad de rechazar la candidatura ofrecida por el rey o de renunciar a ella, se barajó la idea de hacer al presidente en funciones aspirante nato en defecto de voluntarios y se buscaron atajos extra-constitucionales para disolver las Cámaras”.

⁸ REVENGA SÁNCHEZ, (2017), 104. L'A., riferendosi, all'intero processo elettorale (dalla dissoluzione delle camere precedenti fino alla sessione costitutiva delle nuove) parla di “mecanismo de relojería”.

stabilisce, con limiti temporali concreti, “las operaciones políticas que hay que poner en marcha para lograr la sustitución” (del Governo).

L'art. 99 della Costituzione spagnola stabilisce che in seguito al rinnovo del Congresso (“e nelle altre circostanze costituzionali in cui ciò si rilevi necessario”) il Re, dopo aver consultato i rappresentanti designati dai gruppi politici con rappresentanza parlamentare (vengono, dunque, costituzionalizzate le consultazioni), propone, tramite il Presidente del Congresso, un candidato alla Presidenza dell'esecutivo. Quest'ultimo, in forza del secondo comma, dovrà presentarsi innanzi alla Camera bassa per esporre il programma politico del “suo” Governo chiedendo, proprio su questo, la fiducia del Congresso.

Eppure, quello che per oltre trentacinque anni si era caratterizzato per essere un percorso del tutto lineare, con la nuova morfologia partitica e la conseguente difficoltà di creare una maggioranza parlamentare, diviene oggetto di attenzione da parte della scienza costituzionalistica che comincia a riflettere in maniera più approfondita su diversi aspetti critici di tale procedimento.

Una prima questione riguarda la figura del Monarca e dunque la configurazione della stessa forma di Stato. Difatti, nel momento in cui la formazione del Governo cessa di essere (o quantomeno di apparire) un automatismo, e presa cognizione della delicatezza politica che è insita nella fase costituiva di un esecutivo, bisogna interrogarsi su quale sia effettivamente il ruolo del Re, al quale la Costituzione attribuisce esplicitamente la funzione di arbitrare e moderare il funzionamento regolare delle istituzioni. In tal senso, non basta affermare, per esimere il Re da ogni tipo di concorso alla volontà dell'atto, che in forza dell'art. 64 della Costituzione del 78', “de los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden”. Anche nel nostro ordinamento qualsiasi atto del Capo dello Stato è controfirmato dai ministri proponenti (o dal PdC nel caso di atti legislativi) che ne assumono la responsabilità.

Nel nostro ordinamento, come è noto, esistono degli atti che possono essere riconducibili sostanzialmente alla volontà del Presidente della Repubblica e nei quali lo strumento della controfirma assume un mero controllo di legalità costituzionale (ovvero, la verifica circa la correttezza della procedura). Viceversa, in una forma di Stato quale

quella spagnola⁹, ove il Capo dello Stato non è eletto né direttamente né indirettamente dai cittadini, non v'è spazio per un intervento regio che possa, anche lontanamente, essere interpretato come attuativo di un indirizzo politico (né in senso stretto ma neppure, come talvolta viene indicato nella dottrina italiana, di indirizzo costituzionale). Non è un caso che, in un'altra monarchia quale quella svedese, il Capo dello Stato non interviene neppure formalmente nella proposta e nella nomina del Primo ministro.

Dunque, ad avviso di chi scrive, la discrezionalità concernente la scelta del momento in cui dare avvio alle consultazioni con i gruppi parlamentari deve essere riconducibile, in via esclusiva, al Presidente del Congresso¹⁰ (la cui elezione, tra l'altro, è spesso presagio dell'esistenza di una maggioranza formata dalla forza politica o dalla coalizione che sosterrà poi l'esecutivo), non potendosi, nell'ordinamento ibero, prefigurare atti sostanzialmente regi¹¹.

Una tale lettura, che è stata definita progressista (TORRES MURO, 1995, 162), in realtà, ha quale effetto quello di proteggere e difendere la monarchia, ponendo al riparo, per l'appunto, la figura regia dalla competizione politica.

Detto ciò, a tale flessibilità di cui gode il Presidente della Camera bassa (nella scelta di quando iniziare le consultazioni e in quella di

⁹ Difatti, come osservato da autorevole dottrina, se si interpreta in modo sistematico il titolo III della Costituzione alla luce dei principi che ispirano la forma di Stato monarchico-parlamentare, “no parece que pueda dejarse en manos de un poder no responsable tan importante facultad, lo que debe hacernos sostener que quien la ejerce efectivamente es el Presidente del Congreso, mediante el mecanismo del refrendo” (TORRES MURO, (1995), 162 che riprende la tesi di ARAGÓN, (1981).

¹⁰ Su una linea opposta, REVENGA SÁNCHEZ, (2017, 110), il quale sostiene che “dejar a la voluntad del rey el *cuándo* del inicio de las consultas en cada supuesto concreto nos parece un factor de indeterminación que encaja perfectamente con su función arbitral y moderadora del funcionamiento regular de las instituciones”.

¹¹ Vi è chi, in dottrina, ha evidenziato una differenza lessicale contenuta nell'art. 99 della Costituzione. In tal senso, se per il caso di scioglimento anticipato ex art. 99.5 (scioglimento-sanzione) è indicato che il Re scioglie e convoca elezioni “con el refrendo del Presidente del Congreso”, nel caso della proposta del candidato presidenziale viene stabilito che il Re realizzerà la suddetta “a través del Presidente del Congreso”. Dunque, in quest'ultimo caso, secondo questa prospettiva, il Re avrebbe un margine discrezionale. Sul punto v. REVENGA SÁNCHEZ, (2017, 106).

convocare il *Pleno* per l'investitura) corrisponde (o dovrebbe corrispondere) una responsabilità politica innanzi al corpo elettorale, giacché l'opinione pubblica è edotta circa la situazione politica e saprà facilmente se esistano le condizioni per far nascere un esecutivo. In tal senso, potrebbe "punire" elettoralmente il partito o i partiti che hanno espresso il Presidente del Congresso.

In ogni modo, sul ruolo del Re e del Presidente del Congresso si tornerà nel finale del presente scritto, dando conto di quanto occorso alle ultime elezioni politiche svoltesi nel luglio del 2023.

Proseguendo nel dibattito inaugurato a seguito di quella turbolenta stagione politica, bisogna menzionare una proposta, sostenuta da più voci e apparsa nella letteratura di settore poco dopo l'*impasse* scaturita dal voto di fine 2015, che andava nella direzione di stabilire l'apposizione di un termine temporale per la scelta di un candidato all'investitura¹². Tale prospettazione sarebbe funzionale allo scopo di responsabilizzare i partiti che, stante il minor tempo a disposizione, avrebbero un solido incentivo a intraprendere delle pragmatiche trattative in vista della scelta del candidato da sostenere per l'investitura congressuale.

Vi è poi una dirimente questione sorta a seguito della complicata fase di formazione del Governo dopo le elezioni generali del dicembre 2015 e del giugno del 2016. A tal riguardo, il rifiuto di Rajoy di essere candidato all'investitura, ha profilato la problematica concernente il caso, fino ad allora del tutto improbabile, in cui difettino personalità che accettino la candidatura offerta dal Re, in ragione della palese mancanza di una maggioranza a supporto della stessa. Con ogni evi-

¹² Sull'apposizione di un termine temporale alla scelta di un candidato all'investitura (ovviamente, a seguito delle consultazioni con i gruppi politici rappresentati e con la procedura già menzionata che coinvolge il Presidente della camera bassa) pare del tutto convincente la proposta di BLANCO VALDÉS, (2017), 93, il quale propone un termine di un mese dalla data di costituzione del Congresso dei deputati, perché se invece il *dies a quo* fosse "la fecha de celebración de las elecciones generales, el período de tiempo del que dispondría el jefe del Estado podría quedar reducido a nada si se agotase el plazo legal previsto en nuestra ley fundamental para la constitución de la Cámara Baja"; invece, la proposta prospettata da HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA (2016), nell'ipotizzare anch'essa un mese di tempo per il Re, fa decorrere l'inizio del termine dalla data di celebrazione delle elezioni generali.

denza, si tratta di una questione di primaria salienza dal punto di vista costituzionale in quanto il quinto comma dell'art. 99, che regola lo scioglimento automatico delle Camere (nel caso in cui nessun candidato abbia ottenuto la fiducia del Congresso), diviene operativo solamente qualora siano trascorsi due mesi dalla prima sessione di investitura.

Qualora si propendesse per un'interpretazione letterale della norma costituzionale, la mancanza di candidati per l'investitura avrebbe la conseguenza di "disinnescare" lo strumento previsto dal costituente per scongiurare la *prorogatio* di un esecutivo spogliato dei poteri costituzionali previsti e orfano di un qualsivoglia indirizzo politico.

Il passo avanti compiuto dal *leader* socialista a seguito del rifiuto di Rajoy ha reso meno impellente una riflessione concernente la ricerca di una "via d'uscita" costituzionale qualora si verificasse la circostanza per cui nessuna personalità accetti l'incarico del Re, oppure l'eventualità in cui quest'ultimo sia impossibilitato nel formalizzare la sua proposta a causa della mancanza evidente della maggioranza parlamentare a sostegno di un Presidente del Governo.

4. Il procedimento di formazione dell'esecutivo autonomico. In particolare, le differenze rispetto al modello statale

Il passaggio dal bipolarismo imperfetto al multipartitismo frammentato nell'ordinamento spagnolo ha comportato un cambiamento anche al livello autonomico nel procedimento di investitura.

Le elezioni andaluse e le successive votazioni autonome del 2015 (che fecero presagire attenta dottrina circa gli esiti dei comizi nazionali del dicembre dello stesso anno¹³) ebbero l'effetto di far scomparire quasi totalmente nello scenario regionale i governi di maggioranza assoluta¹⁴.

La maggior parte delle Comunità autonome spagnole ha recepito nei propri Statuti e nelle proprie leggi che regolano l'assetto istituzio-

¹³ BLANCO VALDÉS, (2015, 797-798).

¹⁴ Come osserva ARANDA ÁLVAREZ, (2017, 104), a seguito delle elezioni autonome del 2015 solamente i governi della Galizia e della città autonoma di Ceuta potevano contare sulla maggioranza assoluta.

nale il prototipo statale. D'altronde, in entrambi i livelli di governo, la dottrina ha spesso assimilato il funzionamento del sistema istituzionale spagnolo ai regimi presidenziali o semipresidenziali¹⁵.

Difatti, come già accennato al principio del presente scritto, se sicuramente la strutturazione del sistema partitico nazionale condiziona le dinamiche regionali e autonome dei due ordinamenti, al medesimo tempo, le autonomie regionali fungono, non di rado, quale laboratorio politico per testare talune innovazioni politico-istituzionali (non solo in termini di *policies* ma anche sotto il profilo della competizione politico-partitica, registrandosi, nel livello sub-statale, alleanze e coalizioni che spesso sono improbabili, se non impossibili, al livello centrale)¹⁶.

Le principali differenze nel processo di formazione dell'esecutivo consistono: a) nella previsione di espliciti termini temporali previsti da diverse CC.AA. nelle differenti fasi della procedura; b) in talune forme di c.d. parlamentarismo negativo presenti in alcuni statuti di autonomia o nei regolamenti parlamentari; c) nel soggetto chiamato ad effettuare la proposta di candidatura presidenziale.

Ma prima di entrare nel merito di queste differenze, è forse utile evidenziare come, in realtà, vi sia stata una forte spinta "esogena" all'omogenizzazione sul piano istituzionale.

A tal proposito bisogna menzionare la celebre sentenza n. 225 del 1998 nella quale il Tribunale costituzionale spagnolo, in un ricorso di incostituzionalità riguardante una disposizione concernente il regime elettorale transitorio adottato per il parlamento delle Canarie¹⁷, affermò che "de conformidad con el principio dispositivo que informó el acceso a la autonomía política de las nacionalidades y regiones (art. 2 CE), las Comunidades Autónomas constituidas por el cauce del artículo 143 CE podían contar o no según sus Estatutos con una Asamblea

¹⁵ Si v. SOLÉ TURA, (1985). PARAMIO DURÁN, (1987), invece, assimila il funzionamento del sistema autonomico al c.d. Governo del Primo ministro.

¹⁶ Enfatizzano questo peculiare funzione che possono svolgere le Comunità autonome, tra gli altri, ARANDA ÁLVAREZ, (2016), 83-115 nonché il lavoro monografico di DUEÑAS CASTRILLO, (2021).

¹⁷ In particolare, il ricorso riguardava una disposizione che, innalzando le soglie di sbarramento autonomico, avrebbe potuto violare il principio di rappresentanza proporzionale.

Legislativa como la que prevé, para otros casos, el artículo 152 CE". Ma, nell'interpretazione del supremo organo di giustizia costituzionale, stante che nello Statuto di autonomia canario è prevista un'assemblea legislativa "como la prevista en el art. 152.1 CE [...] e che la Comunità autonoma delle Canarie ha visto "la progresiva asimilación de competencias en relación con las Comunidades Autónomas del art. 151CE [...]", allora, la logica conseguenza di tutto ciò, deve trovare il suo "*trasunto en el plano orgánico e institucional*". In altre parole, per il TC spagnolo il modello istituzionale ex art. 152 integra un obbligo tutte le volte in cui una Comunità autonoma preveda l'istituzione di un organo rappresentativo della volontà autonoma¹⁸.

La critica contro la limitazione del principio dispositivo emergere anche nel ragionamento operato dal voto particolare effettuato dal magistrato Cruz Villalón che pose in risalto come "el artículo 152.1 CE comienza delimitando su ámbito de proyección a los solos Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, lo que nunca ha sido el caso de Canarias". Inoltre, la scelta della suddetta C.A. di dotarsi di un'assemblea legislativa ai sensi dell'art. 143 CE "no convierte a ésta automáticamente y sin más en la Asamblea Legislativa del 151 CE, con todas sus exigencias".

In definitiva, se è vero che si è realizzato un percorso di progressiva omogenizzazione istituzionale (a cominciare dagli accordi PSOE-UCD del 1982) "nada obstaba para que las CC.AA. no vinculadas por el art. 152.1 optaran por otro modelo distinto" (DUEÑAS CASTRILLO, 2017, 7).

Nonostante questa tendenza al mimetismo istituzionale¹⁹, sia tra le CC.AA. medesime (in riferimento soprattutto all'acquisizione di competenze) sia nei confronti del modello statale, permane la volontà di

¹⁸ Il TC afferma, a tal proposito, che "ninguna duda existe, pues, sobre la utilización del artículo 152.1 CE como canon de constitucionalidad para el enjuiciamiento del precepto estatutario impugnado".

¹⁹ Inoltre, come pone in luce BASTIDA FREIJEDO, (2001, 41), sebbene il patto autonomico che diede vita alla Legge Organica di armonizzazione del Processo autonomico ebbe quale effetto l'omogeneizzazione istituzionale delle CC.AA., "las de la vía del art. 143 CE, con la ventaja no pequeña de poder plantear un cambio en su propia organización institucional sin necesidad de revisar la CE ni tampoco de realizar un referéndum de ratificación de la reforma".

mettere in risalto la propria peculiarità territoriale (DURÁN ALBA, 2004) e questo può essere osservato, appunto, nel processo di formazione dell'esecutivo autonomico.

Un primo scostamento sostanziale dal modello operante a livello nazionale concerne, come accennato, la figura chiamata a individuare la personalità in grado di assicurarsi il sostegno dell'organo legislativo per esercitare la presidenza esecutiva.

A tale riguardo, bisogna ricordare che nel livello regionale di governo difetta la figura del Monarca e sebbene la maggior parte delle Comunità autonome abbia preso come riferimento il dettagliato art. 99 Cost., diverse hanno poi implementato tale procedimento in maniera differente, stante anche la summenzionata mancanza di un attore che, data la sua funzione di garante del regolare funzionamento delle istituzioni, è fisiologico sia presente nel procedimento di formazione dell'esecutivo nazionale (anche se, come esposto in precedenza, è il Presidente del Congresso che si assume la responsabilità dei vari atti dell'iter di investitura).

Di norma, a livello autonomico, l'incaricato di proporre il candidato per l'investitura è il Presidente di Assemblea²⁰. In alcune Comunità autonome, viceversa, tale prerogativa è affidata ai gruppi parlamentari (trattasi della C.A. del *País Vasco*²¹ e, sostanzialmente, anche nella *Comunidad Valenciana*²² dato che qui il Presidente di Assemblea mantiene il potere formale di proposta). Infine, la *Comunidad de Asturias*²³ e

²⁰ Così F.J. BASTIDA FREIJEDO, (2001), 45: con questa formula "se desea realzar la figura del Presidente del Parlamento autonómico como órgano de equilibrio y moderación de la Cámara; como órgano de impulso institucional que propicie la provisión de la Presidencia de la Comunidad y de su Consejo de Gobierno, más que de impulso político, y en este sentido encarna atributos semejantes a los que al Rey le asigna el art. 56.1 CE".

²¹ Art. 5 Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno.

²² Art. 27 Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

²³ Art. 3 Ley de 5 de julio de 1984 del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias.

quella di *Extremadura*²⁴ assegnano ai singoli deputati autonomici il compito di formulare la candidatura.

Una seconda, più sostanziale, differenza è ravvisabile nella scelta effettuata dalla maggioranza delle CC.AA. di apporre dei termini che il soggetto incaricato di effettuare la proposta del candidato/a presidenziale dovrà rispettare. La *ratio* di tale opzione può essere ricondotta alla volontà delle CC.AA. di attivare celermente il processo di investitura, non dilatando in maniera eccessiva la problematica rappresentata dalla presenza di un Governo dimissionario, competente “solo” per gli affari correnti (ÁLVAREZ VÉLEZ, 2016).

A tal proposito, si ricordi che, sul piano nazionale, un c.d. *Gobierno en funciones*, sebbene privo di supporto parlamentare, sarebbe comunque chiamato a compiere delle scelte profondamente “politiche” quali potrebbero essere la designazione di un commissario per la Commissione europea o questioni concernenti una situazione di guerra (ad esempio, l'invio di armi).

Per di più, come previsto per il livello nazionale, diverse CC.AA. hanno previsto lo scioglimento-sanzione in seguito al decorrere di un periodo di tempo (di solito, due mesi dalla prima sessione di investitura²⁵) senza che si sia riusciti a nominare un Presidente dell'esecutivo autonomico. Donde, la necessità di porre dei vincoli temporali (a seconda della C.A., da un minimo di 10 ad un massimo di 30 giorni) anche per la convocazione del *Pleno* una volta che è stata individuata la candidata o il candidato presidenziale²⁶.

²⁴ Art. 25 Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

²⁵ Difatti, come osserva ORTEA GARCÍA, (2022), 255-256, alcune CC.AA. fanno decorrere il *dies a quo* non dalla prima votazione di investitura ma dalla celebrazione delle elezioni (Navarra), dalla costituzione dell'Assemblea autonoma (Principado de Asturias e Aragón) oppure dalla convocazione del Parlamento per effettuare il voto (País Vasco).

²⁶ DUEÑAS CASTRILLO, (2017), 14, afferma che la previsione dei suddetti termini (sia per procedere alla proposta del candidato sia per effettuare la convocazione della sessione di investitura) costituisce la maggiore differenza tra i procedimenti di investitura autonomici e il processo previsto a livello statale.

Interessante anche la previsione presente nello statuto di autonomia della Comunità autonoma di *Aragón*²⁷ che prescrive un termine di dieci giorni al Presidente dell'Assemblea legislativa per realizzare nuove proposte, nel caso in cui nella prima sessione di investitura il candidato non abbia ottenuto il supporto parlamentare.

Infine, a livello autonomico sono riscontrabili dei casi di c.d. parlamentarismo negativo²⁸, ovvero dei casi in cui, allo spirare del termine consentito senza che si sia formato un esecutivo, si presume accordata la fiducia al candidato che, di solito, è quello indicato dalla formazione politica più rappresentata nel parlamento autonomico.

Questo tipo di procedimento di formazione dell'esecutivo è stato efficacemente definito “modelo de elección” per distinguerlo dal “modelo de investidura” in quanto, a differenza di quest'ultimo nel quale il Parlamento conferisce espressamente la fiducia al candidato eletto, in questo caso, “se escoge al candidato que cuenta con más apoyo parlamentario en relación con los demás”, in quanto, ciò che conta, “es haber conseguido un voto más que el siguiente candidato más votado” (BASTIDA FREIJEDO, 2001, 55).

In particolare, un tale meccanismo è previsto in *Castilla-La Mancha*²⁹. Lo statuto di autonomia di questa comunità prevede un meccanismo, in una prima fase, del tutto sovrapponibile alla regolazione contenuta nell'art. 99 Cost. Difatti, è prevista una prima votazione delle *Cortes* a maggioranza assoluta; qualora quest'ultima non si raggiunga, il candidato dovrà ripresentarsi quarantotto ore dopo per una nuova votazione nella quale sarà sufficiente la maggioranza semplice. Qualora neanche in questo caso si raggiunga il quorum prescritto, potran-

²⁷ Art. 48.2: “El candidato presentará su programa a las Cortes. Para ser elegido, el candidato deberá, en primera votación, obtener mayoría absoluta; de no obtenerla, se procederá a una nueva votación veinticuatro horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviera mayoría simple. Caso de no conseguir dicha mayoría, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista anteriormente, debiendo mediar entre cada una de ellas un plazo no superior a diez días”.

²⁸ Per un'interessante prospettiva sulla dimensione spaziale del sistema elettorale che influenza la composizione delle assemblee legislative delle comunità autonome che adottano forme di parlamentarismo negativo si v. ORTEA GARCÍA, (2022).

²⁹ Art. 14.5 Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

no, nel lasso di tempo di due mesi dalla prima votazione, essere presentate ulteriori proposte (in cui, nuovamente, sarà sufficiente la maggioranza semplice). Una volta esperito inutilmente tale periodo sarà automaticamente designato il candidato del partito con il maggior numero di seggi.

Dunque, non è prevista nessuna sessione di investitura e un eventuale voto di sfiducia da parte dell'organo legislativo autonomico interverrebbe in maniera successiva alla designazione del candidato presidenziale³⁰ (DUEÑAS CASTRILLO, 2017, 10).

5. Considerazioni conclusive

a) Nel procedimento di formazione dell'esecutivo spagnolo, come visto, due sono i soggetti che concorrono alla formazione dell'atto di proposta del candidato all'investitura (il Re che firma e il Presidente del Congresso che controfirma). Con l'avvento di un multipartitismo di tipo frammentato, il periodo che intercorre tra le elezioni politiche e l'entrata in carica di un nuovo esecutivo si viene a configurare come una fase ad alta intensità politica, con un'oggettiva difficoltà per le formazioni politiche di trovare degli accordi per sostenere un Presidente del Governo.

È per questa ragione che i soggetti chiamati dalla Carta fondamentale a gestire questa delicata fase devono assumersi, anche se ovviamente solo politicamente, la responsabilità delle scelte effettuate (da quali gruppi politici chiamare per le consultazioni alla scelta del momento opportuno per effettuare la proposta di un candidato alla scelta del candidato medesimo). Ma, data la forma di Stato spagnola³¹, tale

³⁰ DUEÑAS CASTRILLO, (2017), 10. Come giustamente osserva l'A., anche il regolamento del Parlamento dell'*Andalucía* prevede una disposizione simile a quella prevista dalla Comunità *Castilla-La Mancha*. Però, parallelamente, lo Statuto di autonomia (che è la norma básica delle CC.AA.) prescrive lo scioglimento del Parlamento una volta trascorsi inutilmente due mesi dalla prima votazione. Quindi, come messo in evidenza dall'A. il legislatore autonomico dovrebbe modificare il Regolamento.

³¹ In questo senso SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, (2017), 52, che afferma che "la intervención del rey solo puede tener lugar de acuerdo con las posibilidades correspondientes a su condición de órgano constitucional; quiere decirse sin atribuciones políti-

responsabilità non può che ricadere sulla figura del Presidente del Congresso.

Nelle elezioni del luglio 2023 è stato proposto come candidato alla Presidenza del Governo il *leader* del PP Feijóo. Nel comunicato della Casa Reale³² viene esplicitato che la candidatura è ricaduta su di lui in quanto il partito che ha ottenuto più seggi alle elezioni è stato il Partito popolare. Viene inoltre evidenziato come, salvo che nella XI legislatura, da quando è in vigore la Costituzione, “el candidato del grupo político que ha obtenido el mayor número de escaños ha sido el primero en ser propuesto por su Maestad el Rey como candidato a la Presidencia del Gobierno. Esta práctica se ha ido convirtiendo con el paso de los años en una costumbre. En el procedimiento de consultas [...] no se ha constatado, a día de hoy, la existencia de una mayoría suficiente para la investidura que, en su caso, hiciera decaer esta costumbre”.

Eppure, stante il nuovo quadro politico, sembrava abbastanza pacifico che il PP, financo sommando i suoi voti con la formazione di estrema destra *Vox*, non avrebbe raggiunto la maggioranza dei 176 voti (dato che tutte le altre forze politiche avevano espresso il voto contrario) necessari per conseguire l'investitura, mentre, anche se complicatissima, più probabile appariva l'investitura di Pedro Sánchez (tra l'altro segni in questa direzione furono l'accordo sulla Presidenza del Congresso e le norme varate per i lavori congressuali a tutela del multilinguismo). E difficilmente può aver avuto un ruolo attivo in questa decisione il Presidente del Congresso, esponente del partito socialista.

Il nuovo assetto partitico può essere l'occasione per sancire³³, in modo inequivocabile, che l'atto del Re deve essere un atto puramente

cas, imposibles de desempeñar sin responsabilidad en una democracia, por lo que la actuación real requerirá del correspondiente refrendo y no tendrá que ver con una iniciativa propia”.

³² “Comunicado de la Casa de S.M. El Rey una vez finalizada la ronda de consultas de los días 21 y 22 de agosto”, Palacio de La Zarzuela, Madrid, 22.08.2023, consultabile online sul sito della Casa reale.

³³ Come ricorda SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, (2017), 50, “el detallismo constitucional no deja cerrada la puerta a ulteriores desarrollos, pues no puede decirse que la regulación constitucional que ciertamente es suficiente, en el sentido que se ocupa de los actos nodulares del procedimiento, sea absolutamente completa, esto es, no deje espa-

formale e che le varie fasi della formazione di un esecutivo devono essere affidate al Presidente del Congresso³⁴.

D'altronde, in sede costituente, fu proprio l'introduzione della formula "a través del Presidente del Congreso" (TORRES MURO, 1995, 149) che tranquillizzò i deputati comunisti che ritirarono i loro emendamenti funzionalizzati a spogliare il Monarca delle prerogative in materia di formazione dell'esecutivo.

Inoltre, come acutamente posto in rilievo, "el mejor argumento a favor de un refrendo que no se limite a comprobar que se han guardado las formas es la supresión del texto del anteproyecto de 5 de enero de 1978, que en su artículo 56 establecía dos tipos de refrendo: el ministerial y el del Presidente del Congreso «a los efectos de autentificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Constitución para el ejercicio de estas potestades»" (TORRES MURO, 1995, 161).

Dunque, il criterio del primo partito può andar bene quando i potenziali candidati hanno la medesima *chance* di successo o insuccesso. Altrimenti, la proposta dovrebbe essere indirizzata a chi presenta più capacità coalizionale. In ogni caso, qualunque sia il criterio seguito, è bene che sia il Presidente del Congresso il soggetto che, effettivamente, compia la scelta.

Più complicata, anche se risolutiva, sarebbe la via della revisione costituzionale ispirata al modello svedese, ossia la designazione del candidato da parte del Presidente della Camera bassa, senza che il Monarca abbia, nemmeno formalmente, alcun potere.

b) Lo scioglimento automatico previsto dal quinto comma dell'art. 99 quale sanzione alla mancanza di un accordo parlamentare sull'investitura presidenziale costituisce un importante incentivo perché può responsabilizzare le forze politiche nel ricercare degli accordi per sostenere un Governo. Inoltre, rappresenta un potente disincentivo per i parlamentari che possono vedere perduto il loro seggio a poche settimane dall'elezione.

cio para ulteriores especificaciones en el nivel reglamentario o en el de las simples prácticas".

³⁴ Come nota SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, (2017), 60, riprendendo le riflessioni di Bagheot sul ruolo del Monarca, spesso i poteri formali e simbolici (aparenciales) hanno "más significado para el sistema" di quelli effettivi.

Per queste ragioni, sembra poco percorribile la strada intrapresa in qualche statuto di autonomia (*Castilla-La Mancha*, ma, come già accennato, anche il regolamento parlamentare andaluso contiene disposizioni in tal senso) che, volendo evitare lo scioglimento, consente l'investitura di un candidato presidenziale senza che quest'ultimo abbia ottenuto, almeno, la maggioranza relativa (in quanto nominato solamente perché leader del partito con più seggi).

Difatti, l'impianto razionalizzatorio seguito dal Costituente del 78^a già consente a un candidato di divenire Presidente con la maggioranza semplice dei voti nel Congresso e, parallelamente, prescrive quella costruttiva (maggioranza assoluta per sfiduciare e nomina contestuale di un nuovo Presidente). Dunque, meccanismi di c.d. parlamentarismo negativo, oltre a porre rilevanti interrogativi sulla democraticità della procedura³⁵, si rivelerebbero sproporzionati e potrebbero causare la permanenza in carica di un esecutivo debolissimo.

Di converso, si potrebbe riflettere sulla possibilità di apporre dei limiti temporali nelle varie fasi del procedimento di investitura. Ad esempio, una soluzione per ridurre le criticità politiche e costituzionali derivanti dall'avere un esecutivo dimissionario potrebbe consistere nel far scattare il termine dei due mesi necessari per lo scioglimento del Congresso dal momento in cui si sono esaurite le consultazioni del Monarca (SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 2017, 60), o dalla convocazione del *Pleno* da parte del suo Presidente (come accade nel *País Vasco*³⁶) oppure, in maniera ancora più restrittiva, dalla costituzione della nuova Camera politica in seguito alle elezioni.

c) C'è poi, come esposto in precedenza, la problematica derivante dalla possibile mancanza di candidati all'investitura presidenziale (e quindi della mancata attivazione del termine dei due mesi per lo scioglimento).

³⁵ Dato che viene esplicitamente consentita l'investitura di un Presidente che asomma a sé, nel momento della sua nomina, più voti contrari che favorevoli. Simili problematiche derivano anche dalla possibilità prevista da alcune CC.AA. (*País Vasco* e *Principado de Asturias*) di presentare una pluralità di candidature, in quanto è riservata ai gruppi parlamentari o financo ai singoli deputati la designazione del candidato presidenziale.

³⁶ Art. 6 Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno.

Diverse sono le ipotesi avanzate in dottrina. Ad esempio, quella di Antonio Torres del Moral individua nella figura del Presidente del Governo dimissionario il soggetto ideale per far attivare “artificialmente” il procedimento di investitura. Questa soluzione riveste notevole interesse giacché sarebbe sufficiente la riforma della l. 50/1997, “cuyo art. 21.3 ya contempla, por cierto, la obligación del Gobierno en funciones de facilitar «el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno»” (REVENGA SÁNCHEZ, 2017, 117).

Seguendo di converso la via delle convenzioni costituzionali, un'altra strada da percorrere potrebbe consistere nell'adozione di un approccio di tipo sistemico allo spirito della Carta costituzionale, la quale, come risaputo, esprime un marcato *favor* verso la stabilità e la governabilità desumibile dalle disposizioni ivi contenute in materia di legislazione elettorale e dalla previsione di vari strumenti di parlamentarismo razionalizzato pensati dal Costituente.

A tal riguardo sarebbe prospettabile un'interpretazione dell'art. 99.5 della Costituzione che possa condurre ad affermare che il Monarca, a seguito delle consultazioni con i rappresentanti dei gruppi politici con presenza parlamentare, una volta constatata l'impossibilità di designare un candidato, (ma, alla luce di quanto detto nel punto n. 1, l'atto in questione dovrebbe essere, nella sua sostanza, riconducibile al Presidente del Congresso), possa presumere che la sessione di investitura abbia avuto luogo e che nessun candidato abbia ottenuto la fiducia della Camera. Onde, quindi, profilare una sorta di analogia *iuris* che permetta l'attivazione del meccanismo sancito dall'art. 99.5 dello scioglimento delle *Cortes*.

Questa soluzione ricalcherebbe il parere, oggetto invero di diverse critiche dottrinali³⁷, reso dal *Consejo de Estado* nel 2003³⁸ su richiesta del *Presidente en funciones* della Comunità di Madrid circa l'individuazione del termine temporale dal quale cominciare a contare i due mesi necessari per lo scioglimento in assenza di un voto di investitura.

³⁷ Si v. sul punto LÁZARO REDRUELLO, (2023), sia per le critiche dell'A. sia per i riferimenti dottrinali ivi segnalati.

³⁸ *Dictamen* 1985/2003, de 26 de junio.

L'organo consultivo spagnolo, infatti, stabilì che la comunicazione scritta del Presidente di un Parlamento autonomico, recante le motivazioni per cui non è in grado di proporre nessun candidato all'investitura, e in seguito alla manifestazione di volontà dell'Assemblea conforme alla comunicazione del Presidente, possa essere giuridicamente assimilata ad una sessione di investitura con esito fallimentare. È la cosiddetta dottrina dell'atto equivalente che è stata recepita dall'Assemblea autonómica di Madrid nel 2019 tramite la modifica del suo regolamento³⁹ e che è stata applicata nel luglio del medesimo anno.

Anche in Catalogna, nell'ottobre del 2020 si procedette in modo analogo, seppure sulla sola base in una raccomandazione resa dai consiglieri parlamentari (LÁZARO REDRUELLO, 2023, 129) e, analogamente a quanto successo a Madrid, senza rispettare le due condizioni poste dal parere del Consiglio di Stato.

In assenza di una convenzione costituzionale per una interpretazione pacifica delle norme costituzionali o statutarie, come visto, è controproducente tentare la strada delle modifiche ai regolamenti parlamentari per introdurre una nuova fattispecie di scioglimento assembleare (modifiche che spesso contraddicono quanto previsto dagli statuti di autonomia) invece di intentare, in maniera condivisa, di modificare le norme costituzionali e statutarie.

d) La modifica dei c.d. elementi strutturali della forma di governo (e quindi, secondo una consolidata definizione, delle norme che regolano il rapporto tra i supremi organi costituzionali di indirizzo politico) può senza dubbio incentivare la stabilità di un sistema politico-istituzionale, accrescendo il grado di razionalizzazione (nel senso qui

³⁹ Così recita il novellato art. 182.3: "En el supuesto de que, tras la consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación en la Cámara, la Presidencia de la Asamblea no pudiera proponer al Pleno un Diputado como candidato a la Presidencia de la Comunidad, aquella fijará la fecha para la celebración de la sesión de investidura. En dicha sesión, si la referida situación continuara, se dará cuenta al Pleno de la imposibilidad de proponer un candidato, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 18 del Estatuto de Autonomía, abriéndose un turno de intervención de diez minutos por Grupo Parlamentario para explicar su posición. Constatado en dicha sesión de investidura que ningún candidato habría obtenido la confianza de la Asamblea, en los términos establecidos en el citado artículo 18 del Estatuto, comenzará a computarse el plazo de dos meses previsto en su apartado 5".

inteso di rafforzamento dell'esecutivo) delle procedure parlamentari, come d'altronde dimostrano le scelte in tal senso effettuate dal Costituente del 78' (bicameralismo asimmetrico, fiducia solo al PdG anche a maggioranza semplice, sfiducia costruttiva⁴⁰, potere di scioglimento nelle mani del PdG, e così via).

Al medesimo tempo però bisogna, con forza, evidenziare che, nel momento in cui ad andare in crisi sono gli elementi condizionanti del funzionamento della forma di governo (e quindi, su tutti, il sistema dei partiti), le suddette soluzioni istituzionali si potrebbero rivelare poco risolutive⁴¹, giacché a difettare sarà proprio il carburante che fa funzionare la macchina⁴².

Non è un caso che il secondo esecutivo Sánchez sia nato (e rimasto in vita) grazie alla formula del governo di coalizione, che ha rappresentato lo sbocco politico al multipartitismo frammentato. Parimenti, le difficoltà registratesi a livello autonomico (ove il grado di razionalizzazione è per certi versi, come visto, ancora maggiore) sono state superate grazie a degli accordi tra le forze politiche impensabili, stante il tono assunto da certe campagne elettorali.

Ovviamente, tutto sarebbe facilitato da un'effettiva adesione ai valori costituzionali da parte delle forze politiche, ma non bisogna sottovalutare, a tal riguardo, il percorso di progressiva istituzionalizzazione di formazioni che, in passato, si sono caratterizzate per collocarsi più al di là che al di qua dell'arco costituzionale (su tutti, si v. il percorso di Fratelli di Italia nel nostro Paese o a quello del *Rassemblement na-*

⁴⁰ Sull'unico, finora, successo della sfiducia costruttiva in Spagna si v. LONGO, (2018) e VIDAL PRADO, (2018).

⁴¹ ORTEA GARCÍA, (2022), p. 282, effettua una valutazione sulla Comunità autonoma del Principado de Asturias che però, per quanto riferito in questo testo e per le regolarità che la prassi ci fornisce, può essere oggetto di generalizzazione. Scrive l'A. "en el Principado de Asturias se han producido en los últimos años profundos desajustes de los que cabe concluir que las facilidades a la investidura no redundan necesariamente en una mayor estabilidad institucional o gobernabilidad cuando el escenario partidista se halla profundamente fragmentado y tensionado".

⁴² Così REVENGA SÁNCHEZ, (2017), 102: "en defecto de la suficiente disposición a pactar, la dinámica de las disposiciones constitucionales actúa como un poderoso factor condicionante o compulsivo, pero no suple, ni puede ofrecer alternativa satisfactoria, la incapacidad de aquellos para comprometerse a superar la situación de bloqueo".

tional di Marine Le Pen in Francia; lo stesso Pp ha progressivamente rotto il cordone sanitario eretto da tutte le forze politiche intorno a Vox, anche se non sembra che quest'ultimo abbia intrapreso un percorso simile a quello dei partiti di destra sopra menzionati).

In definitiva, la tecnica giuridica può sì incentivare la stabilità di un sistema ma il suo funzionamento non cesserà di dipendere dal comportamento diligente degli attori istituzionali e dalla responsabilità delle forze politiche che devono, quando occorre, collaborare per adempiere al principio di lealtà costituzionale (SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 2017, 38).

In questo senso, il principio di diligenza istituzionale deve informare l'operato, ad esempio, del Presidente del Congresso quando deve decidere sulla convocazione del Congresso per il voto d'investitura⁴³. Parimenti, il principio di leale collaborazione deve tornare ad essere, a maggior ragione in un contesto di così elevata frammentazione, il principio che guida le azioni delle forze politiche, non potendosi tollerare quanto occorso negli ultimi anni sul rinnovo del *Consejo General del Poder Judicial* e del *Tribunal Constitucional* (VIDAL PRADO, 2022). Solo percorrendo queste strade sarà possibile inverare lo spirito costituzionale.

Riferimenti bibliografici

Álvarez Vélez, M.I. (2016). La investidura del Presidente del Gobierno y las similitudes y diferencias de las investiduras de los Presidentes de los ejecutivos autonómicos. *Revista General de Derecho constitucional*.

⁴³ Così SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, (2017, 58): “el Congreso ha de reunirse con diligencia institucional, cuya consecución corresponde asegurar a su Presidencia, de manera que han de tenerse en cuenta para su verificación tanto las consideraciones constitucionales como las de política ordinaria”. E ancora, [...] “La actuación con diligencia institucional, de modo que la convocatoria del Pleno del Congreso para la investidura no se haga con prisas, pero tampoco se difiera sine die, puede exigirse precisamente a la Presidencia del Congreso, que tiene una posición relevante en la formación del Gobierno que asegura que esta se realice de manera escrupulosamente constitucional”.

- Aranda Álvarez, E. (2017). El nuevo mapa de partidos. Efectos sobre el parlamentarismo de las Comunidades autónomas. *Informe comunidades autónomas*.
- Balaguer Callejón, M.L. (1989) Derecho de disolución e investidura automática en las Comunidades Autónomas. *Revista de las Cortes Generales*, 18.
- Bastida Freijedo, F. (2001). De nuevo sobre el modo de designación de los Presidentes autonómicos y la forma de gobierno. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 5.
- Blanco Valdés, R.L. (2017). El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad. *Revista Española de Derecho constitucional*, 109.
- Blanco Valdés, R.L. (2015). España: partidos tradicionales y fuerzas emergentes (entre la crisis política y la crisis económica). *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3.
- Cheli, E., (2023). Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali, Il Mulino. Bologna.
- Dueñas Castrillo, A.I. (2021). *Las Comunidades autónomas como laboratorios de democracia: participación de los ciudadanos y relaciones entre poderes*. Fundación Manuel Giménez Abad. Zaragoza.
- Dueñas Castrillo, A.I. (2017). La investidura de los Presidentes autonómicos y primarias en los partidos políticos: fortalecimiento del presidencialismo parlamentario autonómico. *Revista de Estudios Jurídicos*, 17.
- Durán Alba, J.F. (2004). El cierre del sistema institucional castellano y leonés tras la última reforma estatutaria: semejanzas y diferencias con el modelo estatal. *Revista Jurídica de Castilla y León, Número extra 1*.
- Frosina, L. (2015). Il sistema partitico spagnolo in trasformazione. *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1.
- Hernández Bravo De Laguna, J. (2016, 2 giugno). El artículo 99 de la Constitución: una propuesta de reforma constitucional. *El Notario del Siglo XXI*, 67. <https://www.elnotario.es/panorama/6663-el-articulo-99-de-la-constitucion-una-propuesta-de-reforma-constitucional>.
- Lázaro Redruello, G. (2023). La «investidura sin candidato» y los sucedáneos de investidura: unas extrañas innovaciones en el derecho parlamentario autonómico. Cuadernos Manuel Giménez Abad, 26.
- Longo, F. (2018). La sfiducia costruttiva in Spagna: regole e regolarità nella forma di governo parlamentare, a partire dall'avvicendamento Rajoy-Sánchez. *DPCE online*, 37(4).

- Naglieri, G. (2023). Dal bipartitismo imperfetto al bipolarismo necessario. La legislatura e il riassetto della forma di Governo spagnola. *DPCE online*, 57(1).
- Mastromarino, M. (2019). La Spagna dopo il voto: l'ombra catalana sul Governo, la prospettiva delle riforme. *DPCE online*, 39(2).
- Ortea García, E. (2022). ¿Investidura por carambola? El elemento territorial de los sistemas electorales autonómicos y la designación de Presidentes. *Revista de las Cortes Generales*, 112.
- Paramio Durán, A. (1987). En torno a las formas de gobierno de las Comunidades Autónomas. *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, 5.
- Revena Sánchez, M. (2017). La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109.
- Solozábal Echavarría, J.J. (2017). La problemática constitucional de la formación del Gobierno y la intervención del Monarca en nuestro régimen parlamentario. *Revista Española de Derecho constitucional*, 109.
- Torres Muro, I. (1995). El Refrendo de la propuesta real de candidato a la presidencia del Gobierno. *Revista de estudios políticos*, 88.
- Vidal Prado, C. (2022). Crisi istituzionale in Spagna: il rinnovo frustrato del Consejo General del Poder Judicial e del Tribunal Constitucional. *Federalismi.it*, 34, iv-viii.
- Vidal Prado, C. (2018). Sfiducia costruttiva in Spagna? *DPCE online*, 37(4).

*Marco Benedetti** - *Gerard Plazas**

PRESIDENTE DEL GOBIERNO
Y DISOLUCIÓN DE LAS CÁMARAS:
EL CASO ESPAÑOL EN PERSPECTIVA COMPARADA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Tesis central y marco jurídico en España. Breves apuntes desde la práctica. – 3. La disolución de las Asambleas a nivel autonómico: marco jurídico y breves apuntes a partir de la práctica reciente. – 4. Comparación con Reino Unido y Suecia: la disolución de mayoría. – 5. Límites a la disolución en España y comparación con Alemania e Italia. – 6. La excepcionalidad española. Soluciones desde una perspectiva comparada. – 7. Conclusiones.

1. Introducción

El presente estudio analiza comparativamente el poder de disolución parlamentaria en los principales sistemas parlamentarios europeos, tomando como eje el caso español y las implicaciones institucionales derivadas de la concentración de esta facultad en manos del Presidente del Gobierno, cuya posición de fuerza se encuentra reforzada¹ tanto por el marco normativo, como por la dinámica política.

La propuesta que el artículo 115² de la Constitución española atribuye al Presidente del Gobierno se configura como jurídicamente vinculante

^{*} Universidad de Pisa.

^{*} Universidad Complutense de Madrid.

¹ Reflexionando sobre la naturaleza del régimen parlamentario español, también a la luz del elemento dinámico del sistema, la doctrina ha señalado históricamente una tendencia presidencialista (PÉREZ FRANCESCH, 1998; BLANCO VALDÉS, 2007; PICARELLA, 2009), tendencia que, en la última década, ha sido contrarrestada por la fragmentación del sistema político y su evolución hacia una lógica de coalición (CECCANTI, 2015; BLANCO VALDÉS, 2018; FROSINA, 2019; CASAL, 2023; FROSINA, 2023; NAGLIERI, 2023; BENEDETTI, 2023a; VOLPI, 2025).

² Artículo 115 de la Constitución Española: «1. El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá

para el Rey, quien ostenta formalmente (SÁNCHEZ GOYANES, 1998, 114 ss.) la competencia para adoptar el correspondiente decreto de disolución (art. 62 CE)³. Se trata, en efecto, de un poder formalmente monárquico, pero sustancialmente gubernamental. La dinámica institucional en cuestión quedó especialmente evidenciada en los acontecimientos ocurridos en 2023, cuando el Presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, anunció un adelanto electoral como respuesta a los resultados adversos obtenidos por su partido en las elecciones autonómicas y municipales (BENEDETTI, 2023a, 3 ss.). La decisión fue anunciada de forma inesperada, incluso para sus socios de coalición, y tuvo como efecto inmediato la reconfiguración del bloque de izquierdas en torno a una nueva coalición liderada por la plataforma Sumar. Desde una perspectiva estratégica, la maniobra permitió al Presidente del Gobierno no solo reagrupar las fuerzas situadas a su izquierda, sino también recuperar parte del respaldo electoral para su propia formación política. El resultado fue lo que, en el argot político italiano, se conoce como *non vittoria*: una victoria electoral en votos o escaños que, no obstante, no permitió al principal partido de la oposición y a su líder, Alberto Núñez Feijóo, formar gobierno por falta de apoyos parlamentarios. Esta situación facilitó la investidura de Sánchez por parte del Congreso resultante, confirmando su continuidad al frente del Ejecutivo.

proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, que será decretada por el Rey. El decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones.

2. La propuesta de disolución no podrá presentarse cuando esté en trámite una moción de censura.

3. No procederá nueva disolución antes de que transcurra un año desde la anterior, salvo lo dispuesto en el artículo 99, apartado 5».

³ Según el artículo 62 de la Constitución Española, corresponde al Rey convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones conforme a lo previsto en la Constitución, como ha sido estudiado por la doctrina (ALZAGA VILLAAMIL, 2016, 315 ss.), incluyendo el caso de disolución automática previsto en el artículo 99.5 CE, cuyo decreto debe ser refrendado por el Presidente del Congreso de los Diputados. La atribución de dicha prerrogativa formal al Rey, en su calidad de Jefe del Estado, además de estar en línea con las prácticas propias de otras monarquías parlamentarias (aunque con excepciones como el caso sueco), se justifica por su función simbólica de proyección de la unidad política del Estado y, en un plano más operativo, por el sentido de mostrar que las instituciones actúan de manera coordinada en el ejercicio de sus competencias (CANDO SOMOANO, 2004, 265).

En este trabajo, tras un recorrido por el marco jurídico y la praxis de la disolución parlamentaria en España y en sus Comunidades Autónomas, se procederá, en primer lugar, a un análisis comparativo del poder de disolución parlamentaria en los principales sistemas parlamentarios europeos, con el objetivo de identificar similitudes y divergencias estructurales. En segundo lugar, se examinará la singularidad del modelo español, atendiendo especialmente al elevado grado de concentración de dicha facultad en manos del Presidente del Gobierno, así como a las implicaciones que ello comporta desde el punto de vista del equilibrio institucional entre poderes.

2. Tesis central y marco jurídico en España. Breves apuntes desde la práctica

La tesis formulada en el marco de esta contribución es que no existe otro sistema parlamentario (entre los analizados en esta sede) en el que la titularidad sustancial del poder de disolución esté tan concentrada como en el sistema de gobierno español. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución, el Presidente del Gobierno formula la propuesta de disolución de las Cámaras «bajo su exclusiva responsabilidad». La doctrina ha destacado la amplia discrecionalidad de la que goza el Presidente, en cuanto «su decisión es libre, no está condicionada a la existencia de un presupuesto habilitante» (GARCÍA SORIANO, 2008, 208). Si bien el texto constitucional exige la «previa deliberación del Consejo de Ministros», esta condición no implica consecuencia jurídica vinculante alguna, más allá de reflejar, en mayor o menor medida, la cohesión del Ejecutivo en torno a su presidente (MONTILLA MARTOS, 2023, 647). En este marco, ni el Consejo de Ministros ni el Rey⁴ tienen margen de intervención real para frenar la decisión del Presidente del Gobierno, lo que refuerza su posición institucional como titular exclusivo de esta facultad.

Cabe señalar que, fuera de los casos de reforma constitucional ex art. 168 CE y de lo previsto en las disposiciones transitorias de la Constitución, el ordenamiento español contempla dos modalidades de disolución

⁴ Tal como apunta ÁLVAREZ CONDE (2008, 30 ss.), se debe rechazar las tesis minoritarias que sostienen la existencia de un control más incisivo por parte del Rey, en virtud del cual podría llegar a denegar el decreto de disolución.

anticipada de las Cámaras: una automática y otra discrecional⁵. La primera, prevista en el artículo 99.5 CE, se activa cuando el Congreso de los Diputados no logra investir a un Presidente del Gobierno en el plazo de dos meses desde la primera votación, obligando al Rey a disolver las Cámaras y convocar nuevas elecciones, con el refrendo del Presidente del Congreso⁶. Este mecanismo, al igual que la disolución discrecional (CUENCA MIRANDA, 2018, 142), responde a una lógica de racionalización del parlamentarismo y fue aplicado en 2016 y 2019. La segunda forma es la disolución discrecional (LEONE, 2016, 52), prevista en el artículo 115.1 CE, que puede afectar separadamente al Congreso, al Senado o a ambas Cámaras, aunque en la práctica se aplica de forma conjunta.

Desde la Transición hasta el 2016, todas las legislaturas españolas han concluido mediante disolución decretada por el Presidente del Gobierno con convocatoria simultánea de elecciones (SANTAOLALLA LÓPEZ, 2005, 105), conforme al artículo 115 CE. En la mayoría de los casos, la disolución ha coincidido con el agotamiento político del mandato, como en 1986, 1993, 2000, 2004, 2008 y 2011, lo que permite hablar de un cierre natural en términos materiales. Los decretos respectivos invocan expresamente el artículo 115 y señalan su adopción tras deliberación del Consejo de Ministros. Solo en algunos casos – 1979, 1982, 1989 y 2016 – puede hablarse de disoluciones anticipadas en sentido estricto, al haberse producido un acortamiento sustancial de la legislatura (SANTAOLALLA LÓPEZ, 2018, 628). En todos los supuestos, la disolución ha afectado simultáneamente al Congreso y al Senado, sin que se haya ejercido la facultad constitucional de disolverlas por separado.

En la experiencia constitucional reciente, el ejercicio del poder de disolución anticipada en España ha revelado un uso cada vez más estratégico por parte del Presidente del Gobierno. Dos episodios resultan particularmente ilustrativos. El primero se remonta a febrero de 2019, cuando

⁵ Según SANTAOLALLA LÓPEZ (2018, 624) la Constitución prevé dos tipos de disolución: una operante «con un carácter imperativo», que se activa automáticamente ante ciertas circunstancias, y otra «de carácter voluntario», decidida libremente por el Presidente del Gobierno sin imposición normativa.

⁶ Desde una perspectiva crítica, algunos autores han señalado que habría sido más adecuado que los constituyentes hubieran optado por atribuir al Presidente del Gobierno en funciones, y no al Presidente del Congreso, la facultad de refrendar dicho decreto de disolución automática (FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, 2018).

Pedro Sánchez decidió disolver las Cortes tras el rechazo parlamentario al proyecto de Presupuestos Generales del Estado (DUEÑAS CASTRILLO, 2023). En ese momento, el Gobierno socialista, formado en consecuencia de una moción de censura y sostenido por una mayoría parlamentaria fragmentada, encontró en el adelanto electoral una vía para intentar reforzar su posición política. La convocatoria no obedecía a una crisis estructural del sistema, sino a la imposibilidad de consolidar una alianza gubernamental estable.

El segundo episodio, aún más revelador, tuvo lugar en mayo de 2023. Tras los resultados desfavorables para el PSOE en las elecciones autonómicas y municipales, Sánchez anunció la disolución anticipada del Parlamento y la convocatoria inmediata de elecciones generales. Esta decisión, adoptada sin que mediara una crisis de mayoría parlamentaria ni el agotamiento del mandato legislativo, puso de manifiesto un uso netamente discrecional del poder de disolución (BENEDETTI, 2023a). El objetivo era doble: desactivar el efecto negativo y el desgaste producido por los resultados de los comicios locales del 28M y relanzar la iniciativa política mediante una campaña relámpago en pleno verano. La jugada obligó a las fuerzas situadas a la izquierda del PSOE a reagruparse bajo la nueva marca electoral Sumar [...], al tiempo que descolocó a la oposición. Tras las elecciones del 23 de julio, la falta de apoyos suficientes para la investidura del líder del PP, Alberto Núñez Feijóo, abrió paso a una nueva reelección de Sánchez, gracias al respaldo de Sumar, de Podemos y de fuerzas nacionalistas, incluidos *Junts*.

Ambos casos reflejan una evolución del instituto de la disolución hacia una función instrumental en manos del Presidente del Gobierno, no necesariamente vinculada a la existencia de crisis parlamentarias objetivas, sino al cálculo político-electoral. La posibilidad de anticipar elecciones como reacción a escenarios adversos o como forma de afirmación del liderazgo refuerza la posición presidencial dentro del sistema parlamentario español.

3. La disolución de las Asambleas a nivel autonómico: marco jurídico y breves apuntes a partir de la práctica reciente

La presente investigación adolecería de solidez si no incorporara la experiencia y realidad forjada en las distintas asambleas legislativas auto-

nómicas, las cuales, en no pocas ocasiones, han revelado una dinámica un tanto curiosa desde el punto de vista de la disolución parlamentaria. Tan es así que, en su origen, dichas Asambleas compartían una característica común: eran indisolubles, y por ende, los Estatutos de Autonomía no conferían al Presidente de la Comunidad Autónoma la facultad de disolver el órgano legislativo al cual debía – y debe – su confianza⁷. No es hasta pasados unos años, y a raíz de las sucesivas reformas de los Estatutos⁸, donde se introdujo esta facultad, estableciendo que dicha potestad debía ejercerse «bajo su exclusiva responsabilidad y previa deliberación de su Consejo de Gobierno» (GARRIDO MAYOL, 2010, 168). En la actualidad (para un plano general, véase Tabla 1), la gran mayoría de las Comunidades Autónomas – con la notable excepción de Galicia y el País Vasco – consagran en sus respectivos Estatutos la prerrogativa presidencial de disolución anticipada del Parlamento. Sin embargo, cada una de ellas ha seguido una estela normativa distinta, algunas de las cuales se caracterizan por un mayor grado de restricción en su ejercicio, tal y como se muestra en la Tabla 1.

⁷ A pesar de que la forma de Gobierno de las Comunidades Autónomas se enmarca en el modelo parlamentario, encontrábamos características –como la imposibilidad de los presidentes autonómicos de disolver sus Parlamentos– que hacían dicho modelo un tanto atípico, pues el instituto de la disolución anticipada de la Cámara siempre ha estado estrechamente vinculado al régimen parlamentario. Esto es así porque los antiguos Pactos Autonómicos de 1981 no mostraron ningún interés en incorporar dicha facultad y, por ende, «en ninguno de los Estatutos aprobados [inicialmente] se preveía expresamente la facultad presidencial de disolución del Parlamento» (GARRIDO MAYOL, 2010, 165).

⁸ No obstante, algunas Comunidades Autónomas optaron por otorgar a sus Presidentes la facultad de disolución anticipada mediante una ley ordinaria en lugar de hacerlo a través de una reforma estatutaria, lo que planteó serias dudas sobre su constitucionalidad (GARRIDO MAYOL, 2010, 167). Es el caso del País Vasco (Ley 7/1981, de 30 de junio, del Gobierno del País Vasco), Cataluña (Ley 8/1985, de 24 de mayo, de modificación de la Ley 3/1982, de 25 de marzo, del Parlamento, del Presidente y del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña), Galicia (Ley 11/1988, de 20 de octubre, de reforma de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, reguladora de la Xunta y de su Presidente) y Andalucía (Leyes 1/1990, de 30 de enero y 6/1994, de 18 de mayo, por las que se modifica la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía). En la actualidad, dichas CCAA ya reconocen estatutariamente esta prerrogativa presidencial, exceptuando Galicia que sigue haciendo uso de la precitada ley.

Tabla 1. Condiciones que limitan la disolución anticipada por parte del Presidente de las Asambleas legislativas autonómicas según los distintos Estatutos de Autonomía

Supuestos limitantes Comunidad Autónoma	No puede realizarse cuando haya una moción de censura en trámite	No puede decretarse durante el primer periodo de sesiones de la Legislatura	No puede llevarse a cabo si falta menos de un año para la finalización del mandato	No puede ocurrir antes de que haya transcurrido un año desde la última disolución discrecional	No puede efectuarse si hay un proceso electoral estatal convocado
Andalucía	Art.127.2	-	-	Art.127.3	-
Aragón	Art.52.3	-	-	Art.52.4	-
Asturias	Art. 25.3	Art. 25.3	Art. 25.3	Art. 25.3	Art. 25.3
Canarias	Art. 56.2	Art. 56.2	-	-	-
Cantabria	Art. 23.3	Art. 23.3	Art. 23.3	Art. 23.3	Art. 23.3
Castilla-La Mancha	Art. 22	Art. 22	Art. 22	Art. 22	Art. 22
Castilla y León	Art. 37.2 a)	Art. 37.2 b)	-	Art. 37.2 c)	-
Cataluña	Art.75	-	-	Art. 75	-
Comunidad de Madrid	Art. 21.2	Art. 21.2	Art. 21.2	Art. 21.2	Art. 21.2
Comunidad Valenciana	Art.28.4	-	-	-	-
Extremadura	Art.27.2	-	-	Art.27.2	-
Galicia	-	-	-	Art. 24 (Ley 1/1983)	-
Islas Baleares	Art.55.3	-	-	Art.55.4	-
La Rioja	Art.17.6	Art.17.6	Art.17.6	Art.17.6	Art.17.6
Murcia	Art.27.4	Art.27.4	Art.27.4	Art.27.4	Art.27.4
Navarra	Art.30.3	Art.30.3	Art.30.3	Art.30.3	Art.30.3
País Vasco	Art.50 (Ley 7/1981)	-	-	-	-

Canarias. Correcciones de errores publicadas en BOE núm. 274, de 13 de noviembre de 2018, BOE núm. 26, de 30 de enero de 2019 y BOE núm. 134, de 5 de junio de 2019; Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre modificada por las Leyes Orgánicas 7/1991, 2/1994, 11/1998, 21/2002 y por la Ley 2/2021; Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto modificada por las Leyes Orgánicas 6/1991, 7/1994, 3/1997 y por la Ley 26/2002; Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, modificada por las Leyes Orgánicas 2/1991, 10/1994, 5/1998 y por la Ley 30/2002; Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Es-

tatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears; Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio modificada por las Leyes Orgánicas 3/1994 y 2/1999 y por la Ley 22/2002; Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto modificada por las Leyes Orgánicas 1/2001 y 7/2010; Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio modificada por las Leyes Orgánicas 1/1991, 4/1994 y 1/1998 y por la Ley 23/2002; Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno; Ley 1/1983, de 22 de febrero, reguladora de la Xunta y su Presidente.

Si descendemos a su uso práctico, el caso autonómico más reciente de disolución anticipada fue la materializada por el *expresident de la Generalitat de Catalunya*, Pere Aragonès. Lejos de constituir un hecho insólito, Aragonès decretó la disolución del *Parlament* y convocó elecciones anticipadas para el 12 de mayo de 2024 ante la falta de apoyo parlamentario para aprobar los presupuestos de 2024. Aquí vemos un ejemplo que ilustra cómo la facultad de disolución anticipada actúa como un mecanismo que, frente a la parálisis política, permite restablecer el dinamismo, devolviendo al pueblo la capacidad de decidir una nueva aritmética política que, en este caso, pueda aprobar unos nuevos presupuestos. Sin embargo, – y como hemos advertido –, no es un caso aislado, pues con esta, ya son cinco las veces en que el pueblo de Cataluña se han visto en medio de unos comicios anticipados. En 2012 y 2015, el expresidente Artur Mas, movido por razones de conveniencia electoral, optó por activar este mecanismo, bajo la percepción de que las condiciones políticas eran favorables para obtener un buen resultado en las urnas, especialmente debido a la creciente movilización civil en apoyo al movimiento independentista. La tercera elección anticipada, en 2017, esta sí, insólita, pues no fue el entonces President de la Generalitat, Carles Puigdemont, quien disolvió el *Parlament*, sino, el Presidente del Gobierno del Estado⁹. Años después,

⁹ Como es conocido, el Senado aprobó la aplicación del artículo 155 de la Constitución el 27 de octubre del 2017, debido a los acontecimientos producidos a raíz de la aprobación de las leyes de «desconexión» del *Parlament* y la celebración del referéndum de independencia celebrado el primero de octubre del mismo año. Con ello, se aprobaron una serie de medidas, entre las que se incluía la destitución completa del Gobierno catalán (Reales Decretos 942/2017 y 943/2017) y la asunción de sus competencias por parte del Gobierno central (Real Decreto 944/2017). Dichas medidas

en 2020, la disolución se produjo a raíz del anuncio del expresidente Quim Torra, quien, tras la ruptura con su socio de *Govern*, la posible inhabilitación como Presidente y la imposibilidad de aprobar los presupuestos, se vio obligado a convocar elecciones anticipadas. A tenor de lo expuesto, Cataluña es, sin duda, uno de los ejemplos más elocuentes, no solo por la frecuencia con la que ha recurrido a este instituto, sino también por las complejas razones que han llevado a los distintos presidentes a tomar tan determinante decisión.

Las Comunidades Autónomas son un mosaico de contrastes y particularidades, pero si afinamos la aguja, podremos coser dos casos aparentemente inconexos: la moción de censura presentada al Presidente de la Región de Murcia y la disolución anticipada por parte de la Presidenta de Madrid. Todo empezó cuando, el 10 de marzo de 2021, Ciudadanos – el entonces socio de Gobierno en la Región de Murcia – presentó, junto con el PSOE, una moción de censura contra el Presidente – del PP –, Fernando López Miras, sacudiendo el panorama político regional. El mismo día, a unos 400 kilómetros de allí, en Madrid, su Presidenta – Isabel Díaz Ayuso –, temerosa de que su socio de gobierno – Ciudadanos – y el principal partido de la oposición – PSOE – imitaran la jugada murciana, optó por disolver la Asamblea y convocar elecciones anticipadas (DELGADO RAMOS, 2021). Como se aprecia en la Tabla 1, todas las Comunidades Autónomas – menos Galicia – restringen la posibilidad de disolver anticipadamente su Parlamento en caso de que haya una moción de censura registrada¹⁰, por lo que la Comunidad de Madrid no es una excepción. Lo que ocurrió es que, Ayuso dictó el decreto¹¹ de disolución de la Asamblea en torno al mediodía – específicamente, a las 12:25 –, pero no fue 25 minutos más tarde – 12.50 – cuando se envió al Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (DELGADO RAMOS, 2021, 360). Pocos minutos después, dos Grupos de la oposición interpusieron sendas mociones de cen-

otorgaba al Presidente del Gobierno español la facultad de disolver el Parlamento catalán – ante la negativa de Puigdemont a hacerlo – y convocar elecciones en un plazo de seis meses (Real Decreto 946/2017).

¹⁰ Canarias es la Comunidad que establece con claridad esta cuestión: su Estatuto no impide la disolución cuando esté en trámite una moción, sino cuando esta «se haya presentado» (art. 56.2).

¹¹ Decreto 15/2021, de 10 de marzo, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, de disolución de la Asamblea de Madrid y de convocatoria de elecciones.

sura¹² con la finalidad de frenar el proceso de disolución¹³. Dicho asunto terminó en el tejado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que rechazó la medida cautelar solicitada para suspender el decreto de disolución, dando la razón a la Presidenta y avalando el camino para la convocatoria de elecciones anticipadas¹⁴. Este caso permite reflexionar sobre la relación entre estos dos institutos: la moción de censura y la disolución parlamentaria (DELGADO RAMOS, 2021; CALONGE VELÁZQUEZ, 2023; DE LÁZARO REDRUELLO, 2023b).

En este caso, la moción de censura y la disolución anticipada de la Asamblea se presentan como instrumentos interdependientes, cada uno con la finalidad de evitar la implementación del otro. Es decir, la disolución anticipada buscaba frenar una posible moción de censura, mientras que, por otro lado, la moción de censura tenía como propósito evitar la disolución anticipada. Es por ello, que la secuencia temporal es esencial a tenor del artículo 21.2 del Estatuto de la Comunidad de Madrid. Por si ello fuera poco, meses más tarde, el *efecto mariposa* causado por la moción de censura en Murcia y la disolución de la Asamblea de Madrid, el Presidente de Castilla y León – Alfonso Fernández Mañueco (PP) – el 21 de diciembre de 2021, rompiendo con los aliados de Ciudadanos disolvió las Cortes de Castilla y León (ANTONUCCI, 2024, 2250) convocando nue-

¹² Dos de los tres Grupos que conformaban la oposición parlamentaria en la Asamblea de Madrid – Más Madrid y PSOE – presentaron cada uno de ellos una moción de censura. Dichas mociones fueron registradas a las 13.03 y 13.07 horas respectivamente, una hora antes del cierre del registro de la Cámara a las 14 horas.

¹³ En efecto, como subrayado por DELGADO RAMOS (2021) y RUIZ ROBLEDO (2021) – entre otros –, dichas mociones de censura no debieron admitirse por la Mesa pues «era un hecho “público y notorio” que la Cámara se encontraba “formalmente” disuelta porque así lo había comunicado la presidenta de la Comunidad tras la reunión del Consejo de Gobierno a las 12:30 horas, aunque el trámite “material” con la publicación se perfeccionase al día siguiente» (DELGADO RAMOS, 2021, 261).

¹⁴ Véase *Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, Auto 48/2021 de 14 Mar. 2021, Rec. 566/2021*: «la validez y eficacia del correspondiente Decreto no pueden verse comprometidas por la presentación ulterior de una o varias mociones de censura. Sostener lo contrario dejaría, eventualmente, a la mera voluntad del número de diputados que ostentaran la representación exigida para presentar una moción de censura – 15 por 100 – el eficaz ejercicio de aquella potestad, bastando con presentarla con posterioridad a la adopción del acuerdo de disolución para privarle de virtualidad alguna» (FJ 10).

vas elecciones para el día 13 de febrero del 2022 pues, como subrayado en la nota de prensa oficial, existía «un riesgo cierto de moción de censura inminente del PSOE, Podemos, Ciudadanos, “tránsfugas” y miembros de otras fuerzas políticas»¹⁵.

A la luz de lo expuesto, la facultad del Presidente autonómico de disolver el Parlamento se ha erigido como un instrumento estratégico para maniobrar ante escenarios de conveniencia electoral (2012 y 2015 en Cataluña), bloqueo parlamentario (2020 y 2024 en Cataluña) o riesgo político (tanto en la Comunidad de Madrid como en Castilla y León en 2021). De esta forma, permitía al líder del Ejecutivo capitalizar, respectivamente, las condiciones favorables para su reelección, reconfigurar una nueva aritmética parlamentaria o esquivar una amenaza de una moción de censura. Asimismo – el caso de la Comunidad de Madrid y de Castilla y León – revela que la limitación estatutaria que no permite la disolución cuando está registrada una moción de censura es un tanto débil, confiriendo al Presidente adelantarse a la disolución ante los más mínimos indicios de una moción de censura.

4. Comparación con Reino Unido y Suecia: la disolución de mayoría

La concentración de la facultad de disolución parlamentaria en manos del jefe del Ejecutivo resulta particularmente llamativa incluso en comparación con el sistema británico, tradicionalmente caracterizado por la posición predominante del Primer Ministro, aunque dentro del marco del principio de soberanía parlamentaria. En el Reino Unido – también una monarquía parlamentaria – la disolución de la Cámara de los Comunes constituye formalmente una prerrogativa real, pero en la práctica el poder efectivo se ejerce conforme al *advice* del Primer Ministro (BULMER, 2017,

¹⁵ Véase “Mañueco anticipa las elecciones al 13 de febrero ante la falta de lealtad de sus socios de Ciudadanos que pone en riesgo la recuperación de Castilla y León”, Castilla y León | Presidente de la Junta de Castilla y León, 20 de diciembre de 2021 (consulta 28-03-2025 en el sitio web de la Junta de Castilla y León - comunicacion.jcyl.es).

16 ss.; MARCHETTI, 2018, 52)¹⁶, lo que permite lo que la doctrina ha calificado como una “disolución de mayoría” (VOLPI, 1983, 268 ss.).

Sin embargo, cabe señalar una diferencia relevante: el Primer Ministro no puede, en ningún caso, proceder a la disolución en contra de la voluntad de su propio partido (o, más precisamente, de la mayoría parlamentaria que lo respalda). En otras palabras, el poder de disolución de la *House of Commons* no radica tanto en la persona del Primer Ministro, sino en la coincidencia estructural entre este y el liderazgo del *majority party*, lo que implica que ambas figuras se identifican sistemáticamente.

Debe recordarse, además, el paréntesis de la vigencia del *Fixed-Term Parliaments Act* (2011), promovido por los Liberal Democrats de Nick Clegg, que representó un intento de trasladar la facultad de disolución a la Cámara de los Comunes, alterando temporalmente la lógica tradicional del “sistema Westminster” (LIJPHART, 2014).

También otras históricas monarquías parlamentarias cuentan con una regulación similar al modelo británico, enfatizando el papel del gobierno en la disolución parlamentaria. Entre todas, debe considerarse con especial atención el caso de Suecia: también en esa experiencia, la ley fundamental sobre la forma de gobierno reconoce explícitamente al Gobierno, al igual que ocurre en España, la facultad de decidir sobre la convocatoria de elecciones extraordinarias del *Riksdag* (artículo 11, capítulo 3, *The Instrument of Government*). Sin embargo, el caso sueco debe tratarse de forma diferenciada respecto a España y al Reino Unido, ya que en dicha experiencia el gobierno tiene la posibilidad de convocar elecciones anticipadas con escasas limitaciones (incluso tras haber recibido un voto de censura por parte del *Riksdag*) y, sobre todo, sin participación alguna (ni siquiera formal) del Jefe del Estado.

La diferencia fundamental que, sin embargo, consolida la preeminencia española en términos de monopolio del Gobierno sobre las elecciones anticipadas, reside en lo siguiente: conforme al mismo artículo citado su-

¹⁶ Tal y como se establece en los *Lascelles Principles* (1950), elaborados por el secretario privado del rey Jorge VI, el monarca podría rechazar legítimamente la solicitud del Primer Ministro únicamente en los siguientes casos (MARCHETTI, 2018, 52): cuando el Parlamento siga siendo capaz de desempeñar sus funciones; cuando la convocatoria de nuevas elecciones pueda dañar la economía nacional; y cuando sea posible finalizar la legislatura nombrando a un nuevo Primer Ministro que cuente con una mayoría parlamentaria funcional.

pra, las elecciones extraordinarias en Suecia se celebran entre dos elecciones ordinarias. En otras palabras, en Suecia, la disolución por parte del Gobierno no tiene como efecto la apertura de una nueva legislatura, ya que las elecciones extraordinarias conducen a la elección de una asamblea cuya duración se limita a continuar el período ordinario de la legislatura ya iniciada con las elecciones ordinarias anteriores (DURANTI, 2012, 4). La doctrina sueca destaca cómo dicho mecanismo representa un fuerte desincentivo para el ejercicio por parte del Gobierno del poder de disolución (LINDVALL *et al.*, 2020, 489), lo que ha contribuido, en la práctica, a la desuetud sustancial del instrumento, a diferencia de lo que ocurre en los demás países considerados en este estudio.

Como confirmación de esta tesis (BÄCK & HELLSTRÖM, 2015, 271), cabe señalar que solo en tiempos recientes, concretamente en 2014, se perfiló la hipótesis de elecciones anticipadas, anunciadas por el jefe del gobierno Löfven y posteriormente evitadas gracias a un acuerdo con la oposición.

5. Límites a la disolución en España y comparación con Alemania e Italia

Volviendo al caso español, cabe señalar que el constituyente estableció ciertos límites al ejercicio del poder de disolución. En términos generales, este se encuentra prohibido en tres supuestos específicos: durante el primer año posterior a una disolución previa (115.3 CE); en caso de que se halle en trámite una moción de censura (art. 115.2 CE); y en situaciones de estado de alarma, excepción o sitio, conforme al artículo 116 de la Constitución.

No obstante, y pese a estas restricciones, el ordenamiento español carece de un mecanismo de equilibrio sistémico (FRAU, 2023, 277 ss.) comparable al que ofrece el modelo alemán, en el que se articula una relación funcional entre el Canciller y el *Bundestag*, conforme a los artículos 67 y 68 de la Ley Fundamental. En efecto, en el sistema alemán, tres herramientas – la cuestión de confianza, el poder de disolución y la moción de censura constructiva – interactúan de forma tal que el *Bundestag* conserva, en última instancia, la capacidad de decisión. Esta comparación resulta especialmente relevante si se tiene en cuenta que, según reconoce una amplia parte de la doctrina, los constituyentes españoles se inspiraron en

buena medida en la experiencia alemana a la hora de definir la forma de gobierno y racionalizarla institucionalmente.

En Alemania, la cámara baja puede habilitar al Canciller a proponer la disolución mediante el rechazo de la confianza y, de igual modo, puede neutralizar esa disolución eligiendo un nuevo Canciller. En otras palabras, en el conflicto institucional entre el Canciller y la mayoría parlamentaria, el diseño del sistema favorece la prevalencia de esta última. En España, por el contrario, el único contrapeso que el Congreso puede oponer al uso arbitrario del poder de disolución por parte del Presidente del Gobierno es la moción de censura. Sin embargo, esta herramienta presenta dos límites significativos: en primer lugar, su difícil aprobación, debido a su carácter constructivo¹⁷; en segundo lugar, su posible neutralización, en la práctica, por parte del Presidente del Gobierno, mediante un adelantamiento estratégico en la activación de la disolución. Este último supuesto se ha observado, *mutatis mutandis*, a nivel autonómico, en el caso mencionado (véase el apartado 3 *supra*) de la disolución anticipada de la Asamblea de Madrid decretada por la presidenta Ayuso en 2021.

La comparación resulta aún más sugerente si se considera el caso italiano, donde el papel del Jefe del Estado es considerablemente más sustantivo, a diferencia del rol eminentemente simbólico que desempeñan los monarcas constitucionales en España y el Reino Unido. En efecto, en Italia, el Presidente de la República dispone de un poder efectivo¹⁸ en materia de disolución parlamentaria, en virtud del artículo 88 de la Constitución.

¹⁷ También en la doctrina italiana se ha reflexionado ampliamente sobre la moción de censura en España y su carácter constructivo, tanto desde el punto de vista normativo como en cuanto a sus aplicaciones prácticas (LONGO, 2018; VIDAL PRADO, 2018; BENEDETTI, 2023b). Desde un enfoque comparado, la reflexión más sistemática es la de FRAU (2017).

¹⁸ En Italia, la doctrina debate sobre la naturaleza del acto de disolución previsto en el artículo 88 de la Constitución italiana, dividiéndose entre quienes sostienen la naturaleza dual del decreto presidencial en cuestión, considerando que es un acto complejo cuya formación involucra de manera equitativa al Jefe del Estado y al Gobierno (BIN, PITRUZZELLA, 2023, 282 ss.), y la tesis minoritaria que niega la existencia de la categoría de los actos complejos, defendiendo la necesidad de distinguir entre aquellos actos que expresan garantías, y por lo tanto son presidenciales (entre los cuales se encuentra la disolución parlamentaria), y aquellos que son expresión de la orientación política, por lo tanto gubernamentales (RUGGERI, 2006, 5 ss.).

El ejercicio de dicho poder resulta pacífico al menos en dos hipótesis: al término natural de los cinco años de legislatura; en los casos de la denominada “disolución funcional” (VOLPI, 1983, 28 ss.), es decir, cuando no existe en el Parlamento una mayoría capaz de conferir la confianza a un nuevo Gobierno. Este último supuesto, en el contexto español, se resuelve mediante el recurso a la disolución automática, instituto que ha sido objeto de atención doctrinal en los últimos años (BLANCO VALDÉS, 2017; DE LÁZARO REDRUELLO, 2023a, 209 ss.), aunque no se aborda aquí de manera específica.

En cambio, dentro del sistema italiano, la oportunidad de una disolución anticipada ha generado debate en torno a dos escenarios límite: por un lado, cuando el Presidente de la República decide disolver el Parlamento pese a la posible existencia de una mayoría viable; y por otro, cuando se niega a convocar elecciones anticipadas, instando a las fuerzas políticas a formar un nuevo gobierno. Estas situaciones revisten especial relevancia para comprender la praxis italiana, ya que el protagonismo institucional del Jefe del Estado ha dado lugar a experiencias de gobiernos técnicos o de amplias coaliciones, fenómenos ajenos a la experiencia constitucional española.

Un aspecto relevante en la comparación entre sistemas parlamentarios es la distinta relación entre estabilidad gubernamental y duración de las legislaturas. En Italia, el papel activo del Presidente de la República puede contribuir a compensar la habitual inestabilidad de los gobiernos con una cierta continuidad legislativa. Esta estabilidad se debe a la capacidad del Jefe del Estado para gestionar crisis institucionales sin recurrir automáticamente a la disolución, promoviendo soluciones como gobiernos “del Presidente”. En cambio, en España, donde el Rey no desempeña funciones políticas sustantivas, la única salida ante un bloqueo institucional es la disolución anticipada *ex* artículo 99.5 CE, que establece un plazo máximo de dos meses para la investidura, transcurrido el cual se convocan nuevas elecciones. La ausencia de un actor institucional de equilibrio refuerza así la lógica electoral como única vía de resolución.

6. *La excepcionalidad española. Soluciones desde una perspectiva comparada*

Regresando al caso español, puede sostenerse que el Presidente del Gobierno ejerce su facultad de disolver las Cámaras con un grado de discrecionalidad sin parangón en el conjunto de las democracias parlamentarias analizadas. La Constitución de 1978 ha puesto a disposición del titular del Ejecutivo no solo – y no tanto – un instrumento orientado al reequilibrio entre el Parlamento y el Gobierno, como cabría esperar en una lógica parlamentaria ordinaria (SOLÉ TURA & PÉREZ, 1988, 213 ss.), sino también un auténtico ariete con función disciplinaria (MOLAS & PITARCH, 1987, 60) frente a su propia mayoría parlamentaria. Esta función actúa también, y de manera prioritaria, como mecanismo disuasorio.

El margen de actuación del Presidente del Gobierno en esta materia es tan amplio que, en términos potenciales, podría activar una disolución incluso en contra de la voluntad mayoritaria de su propio grupo parlamentario. Tal configuración institucional podría derivar en abusos si se considera que los líderes de los partidos – incluido el propio Presidente, que en España siempre ha sido el jefe del primero o segundo partido en el Congreso (BENEDETTI, 2025, 81 ss.) – poseen, gracias al sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas, una capacidad notable para prever con antelación qué diputados serán efectivamente reelegidos. Este elemento, aunque no abordado hasta este punto, resulta particularmente relevante para la comprensión operativa del sistema de partidos y de representación parlamentaria en el contexto español.

Desde una perspectiva comparada, se observa que los distintos ordenamientos ofrecen soluciones diversas en lo relativo a la disolución voluntaria del Parlamento por parte del Gobierno. En términos generales, pueden distinguirse tres modelos institucionales:

- el modelo en el que dicha facultad se encuentra compartida con otras instituciones o sometida directamente a la evaluación del Jefe del Estado, concebido como garante del equilibrio institucional (como ocurre en Italia);
- otro en el que el ejercicio del poder de disolución depende, al menos en parte, de la voluntad o tolerancia del *majority party* (como en el caso del Reino Unido);

- y un tercero en el que el Parlamento ostenta la última palabra, bien sea por ser titular del poder de disolución o por disponer de mecanismos eficaces para impedirlo (como ejemplifica el modelo alemán).

El análisis comparado llevado a cabo permite afirmar que no existe un modelo único ni universalmente preferible en materia de disolución parlamentaria: la valoración de un sistema institucional debe necesariamente atender al objetivo político e institucional que se pretenda alcanzar. A título ejemplificativo, si el propósito principal es garantizar la estabilidad gubernamental, tanto el modelo español como el alemán ofrecen mecanismos eficaces, si bien articulados de forma distinta (FENUCCI, 2024). En cambio, si el objetivo es asegurar la continuidad de las legislaturas junto con una elevada flexibilidad institucional, el sistema italiano presenta soluciones singulares, aunque históricamente haya mostrado dificultades estructurales en términos de gobernabilidad. Por su parte, el modelo británico resulta especialmente funcional en contextos donde se persigue consolidar una democracia de alternancia clara y efectiva, con mayorías de gobierno cohesionadas y programas de mandato definidos, aunque, según la doctrina más reciente, se habría registrado en los últimos tiempos una crisis de dicho modelo (VOLPI, 2025). Finalmente, si lo que se busca es preservar el equilibrio institucional entre los poderes del Estado, el diseño alemán constituye una referencia particularmente sólida, gracias a su arquitectura racionalizada y a los contrapesos efectivos entre Canciller, Parlamento y Jefe del Estado.

7. Conclusiones

Con miras a las conclusiones, el análisis comparado pone de manifiesto que existen diversas formas de alcanzar un equilibrio funcional entre el poder ejecutivo y el parlamento. La particularidad del caso español radica en que el Presidente del Gobierno actúa de hecho como titular único y exclusivo del poder de disolución, sin contrapesos sustanciales. En el contexto de una monarquía parlamentaria, resulta evidente que el Jefe del Estado no puede desempeñar un papel de control institucional sustantivo (VERA SANTOS, 2018, 1043) comparable al que ejerce, por ejemplo, el Presidente de la República en sistemas como el italiano. Descartada, por

tanto, esta vía de intervención, cabe identificar dos posibles mecanismos orientados a introducir un mayor grado de equilibrio institucional.

Por un lado, podría contemplarse la introducción de algún instrumento de control parlamentario, como la exigencia de refrendo¹⁹ por parte del Presidente del Congreso. No obstante, debe reconocerse que una reforma en tal sentido se presenta, al menos en el corto plazo, como políticamente poco viable. Por otro lado, de manera más pragmática, cabría valorar un fortalecimiento del papel de la deliberación previa del Consejo de Ministros, con el objetivo de promover una mayor vinculación del Presidente del Gobierno a dicha instancia colegiada, favoreciendo así una lógica de responsabilidad compartida.

Sin embargo, este recorrido comparado también invita a una reflexión crítica sobre los límites del trasplante de instituciones jurídicas entre sistemas con culturas políticas y equilibrios constitucionales divergentes. La experiencia británica del mencionado *Fixed-Term Parliaments Act* (2011) constituye un ejemplo paradigmático. Este experimento institucional fue en un primer momento (después del 2015) desaplicable, y finalmente considerado inadecuado y abrogado en 2022, sin haber alcanzado plenamente los objetivos esperados (CARAVALE, 2021; CHESSA, 2022).

En definitiva, la eficacia de una determinada solución institucional no puede desvincularse del entorno normativo, político y cultural en el que se inserta (TARCHI, 2025, 44). La ingeniería constitucional comparada, por tanto, debe ejercerse con cautela, siendo conscientes de que los modelos no siempre son exportables ni plenamente replicables fuera de su contexto de origen.

Referencias bibliográficas

Álvarez Conde, E. (2008). *Curso de derecho constitucional*, vol. 2. Tecnos. Madrid.

¹⁹ Véase al respecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ya en 1987 había afirmado que «el refrendo supone, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2.º del mismo art. 64, la asunción de la responsabilidad de los actos del Rey por las personas que los refrenden». Cfr. §2 *Fundamentos jurídicos*, en TC, *sentencia 5/1987, de 24 de enero*.

- Alzaga Villaamil, Ó. (2016). *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid: Marcial Pons.
- Antonucci, C. (2024). Il procedimento di formazione dell'esecutivo spagnolo. Una comparazione con gli ordinamenti autonomici alla luce del nuovo sistema dei partiti. *DPCE Online*, 68(4).
- Montilla Martos, J. A. (2023). Las relaciones entre las Cortes y el Gobierno. En F. Balaguer Callejón (Coord.) et al., *Manual de derecho constitucional*, vol. 2. Tecnos. Madrid.
- Benedetti, M. (2023a). Elezioni anticipate e conferma del governo di coalizione: l'evoluzione della forma di governo spagnola. *Federalismi.it*, n. 29.
- Benedetti, M. (2023b). La funzione strumentale della sfiducia costruttiva. La seconda moción de censura al Gobierno Sánchez, verso le elezioni generali 2023. *DPCE online*, 59.
- Benedetti, M. (2025). L'impatto del sistema elettorale sulla nomina del primo ministro: un'analisi comparata sulle convenzioni costituzionali. En R. Tarchi et al., *Dinamiche delle forme di governo e sistemi elettorali*. Editoriale Scientifica, Napoli.
- Bin, R. & Pitruzzella, G. (2023), *Diritto Costituzionale*, Giappichelli editore, Torino: Giappichelli editore.
- Blanco Valdés, R. L. (2018). Spagna: la fine della stabilità? Cambiamenti del sistema partitico e della forma di governo. *DPCE*, 2.
- Blanco Valdés, R. L. (2017). El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109(enero-abril).
- Blanco Valdés, R. L. (2007). Il parlamentarismo presidenzialista spagnolo. En A. Di Giovine & A. Mastromarino (Eds.), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*. Giappichelli. Torino.
- Bulmer, E. (2017). *Dissolution of Parliament*. International Idea. Strömsborg.
- Calonge Velázquez, A. (2023). Disolución de la Asamblea de Madrid y convocatoria de elecciones: medidas cautelarísimas y cautelares. Comentario al auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 48/2021, de 14 de marzo. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 60.
- Cando Somoano, M. J. (1978). *El Rey como "símbolo de unidad y permanencia del Estado" en la Constitución española de 1978*. Congreso de los Diputados. Madrid.
- Caravale, G. (2021). La reviviscenza della prerogativa dello scioglimento anticipato nel Regno Unito. *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3.

- Casal, D. (2023). Fragmentación parlamentaria y capacidades ¿colaboración o conflicto? Una aproximación a las relaciones Gobierno Cortes Generales en España (2000-2022). *Forum. Revista Departamento Ciencia Política*, 24 julio-diciembre.
- Ceccanti, S. (2015). Lo sconvolgimento del sistema dei partiti in Spagna. *Federalismi.it*, 4.
- Chessa, O. (2022). Il Dissolution and Calling of Parliament Act 2022 e l'illusione dei viaggi nel tempo. *DPCE*, 2.
- De Lázaro Redruello, G. (2023a). Del adelanto electoral a la «repetición electoral» funciones y disfunciones de la disolución del parlamento. *Revista de Derecho Político*, 2023, 116(enero-abril).
- De Lázaro Redruello, G. (2023b). Moción de censura "versus" derecho de disolución: dos mecanismos incongruentes destinados a entrar en conflicto. *Revista española de derecho constitucional*, 127)
- Delgado Ramos, D. (2021). Entre la validez y la eficacia. Notas sobre la reciente disolución (y mociones de censura) de la Asamblea de Madrid. *Revista de las Cortes Generales*, 111(2).
- Dueñas Castrillo, A. I. (2023). La disolución de las Cortes generales y la convocatoria anticipada de Elecciones. ¿qué está ocurriendo en España?. *Diritti Comparati*, 7 de junio 2023.
- Fenucci, T. (2024). Studio comparato sulla razionalizzazione del rapporto di fiducia nei testi costituzionali di Germania e Spagna. Prassi applicative e recenti sviluppi. *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2.
- Fernández-Fontecha Torres, M. (2018). Artículo 62. En L. M. Cazorla Prieto, A. Palomar Olmeda (Dirs.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. 1. Aranzadi. Cizur Menor.
- Frau, M. (2023). La funzione (frintesa) della sfiducia costruttiva. *Rivista AIC*, 4.
- Frau, M. (2017). *La sfiducia costruttiva*. Cacucci Editore. Bari.
- García Soriano, M. V. & Sánchez Ferriz, R. (Coords.) (2008). *Funciones y órganos del estado constitucional*. Tirant lo blanch. Valencia.
- Garrido Mayol, V. (2010). La Legislatura y su terminación anticipada: la facultad presidencial de disolución del Parlamento. *Anuario de derecho parlamentario*, (24).
- Frosina, L. (2023). Bipolarismo, polarizzazione e governi di coalizione: i nuovi elementi della politica spagnola. *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2.

- Frosina, L. (2019). La maratona elettorale spagnola. Dal bipartidismo imperfetto al multipartidismo fragmentado. *Federalismi.it*.
- Leone, S. (2016). *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*. Giuffrè editore. Milano.
- Lijphart, A. (2014). *Le democrazie contemporanee*. (II ed.). Il Mulino. Bologna.
- Lindvall, J. et al. (2020). Sweden's Parliamentary Democracy at 100. *Parliamentary Affairs*, 73(3).
- Longo, F. (2018). La sfiducia costruttiva in Spagna: regole e regolarità nella forma di governo parlamentare, a partire dall'avvicendamento Rajoy-Sánchez. *DPCE online*, 37(4).
- Marchetti, A. (2018). Il Westminster model tra eredità del passato ed evoluzioni istituzionali più recenti: la funzione egemonica della premiership alla prova dei recenti tentativi di razionalizzazione del parlamentarismo inglese. Un nuovo assestamento della forma di governo britannica. *Rivista AIC*, 1.
- Molas, I. & Pitarch, I. E. (1987). *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de Gobierno*. Madrid: Tecnos.
- Naglieri, G. (2023). Dal bipartitismo imperfetto al bipolarismo necessario. La legislatura di coalizione e il riassetto della forma di governo spagnola. *DPCE Online*, 57(1).
- Pérez Francesch, J. L. (1998). *El gobierno*. Tecnos. Madrid.
- Picarella L. (2009). Presidencialización y personalización en el Sistema Político Español. *Revista Enfoques*, 7, (11).
- Ruggeri, A. (2006). Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione. *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 luglio 2006.
- Sánchez Goyanes, E. (1998). *Constitución Española comentada*. Paraninfo. Madrid.
- Santaolalla López, F. (2018). Artículo 115. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer & M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española*, vol. 2. Wolters Kluwer. Las Rozas.
- Santaolalla López, F. (2005). Interregno parlamentario y elecciones: excesos y defectos. *Revista de Derecho Político*, (63).
- Solé Tura, J. & Pérez, M. A. (1988). *Las Cortes generales en el sistema constitucional*. Tecnos. Madrid.

- Tarchi, R. (2025). Dinamiche delle forme di governo e sistemi elettorali. Prefazione al volume. En R. Tarchi et al. (Eds.), *Dinamiche delle forme di governo e sistemi elettorali*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Vera Santos, J. M. (2018). Artículo 62. En P. Pérez Tremps, A. Saiz Arnaiz (Dirs.), *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018*. Tirant lo blanch. Valencia.
- Vidal Prado, C. (2018). Sfiducia costruttiva in Spagna?. *DPCE online*, 37(4).
- Volpi, M. (2025). La crisi del modello maggioritario tra forme di governo e sistemi elettorali. En R. Tarchi et al. (Eds.), *Dinamiche delle forme di governo e sistemi elettorali*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Volpi, M. (1983). *Lo scioglimento anticipato del parlamento e la classificazione dei regimi contemporanei*. Maggioli editore. Rimini.

Paolo Giovarruscio

TRANSIZIONE COSTITUZIONALE E “PRESIDENZIALIZZAZIONE” DELL’ESECUTIVO. LA FORMA DI GOVERNO IN MOVIMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa. Transizione costituzionale e “Presidenzializzazione degli Esecutivi”. – 2. Riflessioni a margine dell’esperienza del Covid-19. L’espansione dei poteri normativi del Presidente del Consiglio. – 3. La stabilizzazione del modello. La governance del PNRR e i tentativi di revisione costituzionale. – 4. Conclusioni. La transizione costituzionale come presupposto per le modifiche tacite della Carta.

1. Premessa. Transizione costituzionale e “Presidenzializzazione degli Esecutivi”

Il termine transizione, nel linguaggio comune, sta ad indicare il «passaggio da un modo di essere a un altro, da una condizione o situazione a una nuova e diversa»¹. Lo stesso termine è stato soventemente impiegato anche nel diritto costituzionale², prestato ad ambiti materiali e periodi storici differenti, che ne hanno determinato una nozione «ampia, ma non omnicomprensiva»³.

Quando si parla di transizione costituzionale, è bene chiarire che non ci si riferisce alla naturale e continua evoluzione dell’interpretazione e dell’applicazione dei principi costituzionali, che avviene in risposta ai cambiamenti delle dinamiche socio-politiche. Al pari, tale concetto neppure sta a rappresentare la possibilità di trasformazioni informali nel significato del testo costituzionale. Infatti, se si procedesse in uno dei due sensi, si rischierebbe di sovrapporre la nozione di transizione, quasi a confonderla, con la naturale «adattabilità che ap-

¹ La definizione è ripresa dall’enciclopedia Treccani online.

² Senza la pretesa di esaurire la letteratura in merito, si possono ricordare i seguenti scritti: AMATO (1994), 354 ss.; BARBERA (1994), 373 ss.; CHELI (1994), 391 ss.; MOTZO (1995), 867 ss.; FUSARO (1995).

³ Il virgolettato è di TEOTONICO (2014), 5 ss.

partiene a qualsiasi ordinamento costituzionale in quanto ordinamento giuridico»⁴.

Più correttamente, la definizione di transizione costituzionale che si accoglie è quella che assume una connotazione dinamica, rappresentando un processo di trasformazione in corso, un cambiamento ancora in atto e non completamente concluso, né esattamente prevedibile. In altre parole, ci si riferisce ad una condizione caratterizzata da fluidità e incertezza, piuttosto che a una situazione stabile e definita.

Ebbene, un esempio di transizione nei termini appena descritti attiene alla c.d. “presidenzializzazione degli esecutivi”⁵, un processo che parte da lontano e che investe tutte quelle forme di governo dove il vertice dell’esecutivo assume, in modi e forme diverse, un *surplus* di poteri decisionali.

Il caso italiano non ne è rimasto estraneo, e l’osservazione della produzione normativa emergenziale evidenzia l’emersione, consolidandosi, di tendenze già in atto nella forma di governo parlamentare. Si tratta, in particolare, di un’alterazione complessiva degli equilibri istituzionali, dimostrabile, almeno in questa sede, attraverso tre circostanze dalle importanti ricadute sistemiche. La prima, è l’individuazione di un caso di studio nel quale contestualizzare l’evoluzione in commento. In questo senso, l’esperienza della pandemia sembra ben sposarsi con gli obiettivi che l’analisi *de qua* si prefigge. La seconda riguarda l’espansione dei poteri normativi del Presidente del Consiglio, sperimentando un esercizio dei medesimi del tutto autonomo e svincolato dal Consiglio dei Ministri. Infine, rileva, quale terza circostanza, la volontà di stabilizzare il modello anche sul piano del diritto scritto, positivizzando schemi di *governance* che vedono nel Presidente del

⁴ Le parole sono di LABRIOLA (2000), 37 ss.

⁵ La formula è presa da DI GIOVINE, MASTROMARINO (a cura di) (2007). Come si legge nella pagina iniziale dell’articolo dedicato al Giappone di FUSARO, TAKAHASHI, (2007), 287 e ss., la presidenzializzazione degli esecutivi consiste «*nella circostanza che nei regimi parlamentari, tutti originariamente evolutisi all’insegna della collegialità dell’Esecutivo, si è andato registrando un progressivo e apparentemente irresistibile spostamento da uno schema nel quale la politica di governo e prima ancora quella elettorale erano dominate dal partito politico a uno nel quale il leader di partito tende a diventare forza politicamente autonoma*».

consiglio il proprio fulcro o addirittura ipotizzando revisioni costituzionali verso questa direzione.

Prima di procedere nell'analisi, si permetta un rapido inquadramento nel sistema costituzionale del Presidente del Consiglio, utile a spiegare il processo evolutivo che investe tale figura.

La Costituzione italiana riserva al Presidente del Consiglio poche e laconiche disposizioni. Da questo punto di vista, la differenza con il Presidente della Repubblica è tangibile: a quest'ultimo è dedicato l'intero titolo II, più, incidentalmente, altre parti del testo costituzionale, elencando le sue funzioni e gli atti adottabili; per il PdC, invece, non si rinviene una disciplina organica ed esaustiva, fatta eccezione per i riferimenti contenuti ad alcuni articoli⁶. Ciò produce conseguenze importanti: anzitutto, sulla precisa definizione del ruolo ricoperto da questo rispetto alla compagine di Governo (*primus inter pares* o *primus super pares*?⁷) e in secondo luogo sui poteri effettivamente attribuitegli dal disegno dei Padri costituenti.

L'ambiguità del dettato costituzionale ha, però, ragioni chiare. Occorre tenere a mente il clima politico-istituzionale che ha accompagnato i dibattiti della Costituente, fortemente incentivato dalla necessità di adottare un modello diverso e alternativo a quello della precedente esperienza autoritaria. Di conseguenza, la normativa costituzionale a riguardo è stata impostata nella forma della disciplina “aperta”, nella prospettiva in cui, fermo restando il necessario rapporto di fiducia tra Parlamento ed Esecutivo, l'effettiva configurazione della forma di governo italiana rimanesse legata a fattori strettamente connessi al funzionamento del sistema politico.

Ciò premesso, la lettura delle vicende che interessano il Presidente del Consiglio va filtrata dal significato dell'art. 95, co. 1 Cost.⁸ Tale disposizione parla espressamente di “mantenimento” dell'unità di indirizzo politico e amministrativo e di “promozione” e “coordinamento” dell'attività dei Ministri. Le suddette formule, volutamente vaghe nella

⁶ Si fa riferimento agli artt. 89, co. 2, 92, 93, 95 e 96 Cost.

⁷ Sul punto, tra i più, *cfr.*, inoltre, MELIS (2022), 1036 ss.

⁸ «Il Presidente del Consiglio dei Ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei Ministri».

definizione⁹, hanno tutt'altro che imbrigliato in strette corde il ruolo del Presidente, garantendogli quell'elasticità necessaria per affrontare precisi periodi storico-politici ovvero date contingenze di casi concreti.

Per tale motivo, l'art. 95 Cost. è stato costruito attorno all'idea che il Presidente del Consiglio abbia un ruolo centrale nella determinazione della politica governativa. È sulla base di questa disposizione, infatti, che il compito di direzione della politica del Governo si declina, da una parte, in un'attività di impulso per l'attuazione dell'indirizzo politico, mentre da un'altra parte, in un ruolo di coordinamento che si realizza soprattutto attraverso l'attività preparatoria alla formazione degli atti normativi¹⁰.

Ma le medesime formule contenute all'art. 95 Cost. indicano anche altro: *in primis*, il riferimento all'«unità di indirizzo politico ed amministrativo» rappresenta una prerogativa nelle dinamiche dell'Esecutivo, visto che sono frequenti, quasi giornaliere, le variabili politiche e le urgenze settoriali che incidono sulla definizione dell'indirizzo politico, in permanente ridefinizione; *in secundis*, l'endiadi “promozione-coordinamento” ci restituisce un soggetto in posizione sovraordinata rispetto ai Ministri, nei confronti dei quali viene attribuita una funzione di stimolo e di impulso.

Ebbene, è nella somma di tali considerazioni che si possono scorgerle le ragioni che hanno sostanzialmente “messo in cammino” siffatta figura, conducendo anche a un graduale accentramento di poteri che ha conosciuto – almeno finora – il proprio massimo durante l'emergenza pandemica.

⁹ Ne ricostruisce il dibattito in Assemblea costituente NOVARESE (2019).

¹⁰ Tale funzione è svolta principalmente dal Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi (DAGL), un organo incardinato proprio nella Presidenza del Consiglio dei Ministri. L'art. 5, co. 2, lett. c), l. n. 400 del 1988 prevede che il Presidente del Consiglio riceva comunicazioni preventiva di tutti i provvedimenti che ogni Ministro intende presentare in sede collegiale, così da avere la possibilità di sospenderne l'adozione, sottoponendoli al Consiglio dei Ministri nella riunione immediatamente successiva; inoltre, può deferire al Consiglio dei Ministri, ai fini di una complessiva valutazione e armonizzazione degli interessi pubblici coinvolti, la decisione di questioni sulle quali siano emerse valutazioni contrastanti tra amministrazioni, a diverso titolo competenti, in ordine alla definizione di atti e provvedimenti (art. 5 comma 2, lett. c-bis), l. n. 400 del 1988).

2. Riflessioni a margine dell'esperienza del Covid-19. L'espansione dei poteri normativi del Presidente del Consiglio

Il caso del Covid-19 sembra costituire, pur considerando la sua natura eccezionale, una sorta di laboratorio della transizione in commento, visto che la gestione dell'emergenza è stata caratterizzata dall'importante ruolo interpretato dal Presidente del Consiglio. In capo a quest'ultimo si sono, infatti, concentrate importanti funzioni di indirizzo e di coordinamento, accompagnate, inoltre, da un significativo potere decisionale. Ma vediamo meglio.

La storia è nota: durante l'esperienza pandemica, che ha occupato gran parte della XVIII legislatura, si è fatto ampio ricorso a strumenti normativi eccezionali, segnatamente ai decreti-legge e ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM), relegando la funzione della legge ordinaria ad un ruolo “secondario”¹¹. In particolare, la diffusione del virus ha comportato un deciso accentramento a livello governativo della catena di comando, nel solco di una prassi già consolidata¹², che ha ulteriormente rafforzato fenomeni come la “fuga dalla legge”¹³ e la “fuga dal regolamento”¹⁴.

La «catena normativa»¹⁵ posta in essere si è, dunque, basata principalmente sull'adozione di decreti-legge, mai come in questo frangente compatibili con i presupposti di necessità ed urgenza richiesti dalla Costituzione. Alla luce di questi e delle norme del Codice della protezione civile, sono stati poi emanati numerosi DPCM¹⁶, che, soprattutto nel primo periodo del 2020, hanno rappresentato gli atti contenenti le misure concrete e limitative stabilite dalla fonte primaria. A questi si

¹¹ Secondo CURRERI (2020), «Sotto il profilo legislativo, a parte l'iniziale formulazione di pareri su schemi di decreti legislativi in scadenza, nel periodo emergenziale [...] il Parlamento è stato totalmente impegnato nella conversione dei ben 15 decreti-legge emanati».

¹² La “primazia” del Governo nella produzione normativa generale è una circostanza già ampiamente evidenziata dalla dottrina. Tra i più, cfr. DI PORTO (2008), 179 ss.; LUPO (2010), 81-134.

¹³ Si v. sull'argomento TEGA (2008), 135 ss.

¹⁴ A proposito, si guardi ARCURI (2024), 157-237.

¹⁵ L'espressione è utilizzata proprio per la pandemia da LUCIANI (2020), 109 ss.

¹⁶ Per un inquadramento dell'atto, si v. RUBECCHI (2022).

aggiungevano poi le ordinanze ministeriali (specie quelle del Ministro della Salute), regionali e comunali.

Ebbene, la rapida evoluzione della situazione epidemiologica ha richiesto un costante aggiornamento normativo, determinando una sovrapposizione di norme confliggenti e una serie di anomalie procedurali. Tra tutte, quella che qui preme segnalare è la tendenza alla dislocazione dalle sedi decisionali governative tradizionali. Gran parte, infatti, delle decisioni politico-economiche e sanitarie sono state spesso prese al di fuori del Consiglio dei ministri, all'interno di una collegialità più ristretta e a "geometrie variabili", con il supporto di organi tecnici ed esterni quali quello del Comitato Tecnico Scientifico¹⁷.

Si pensi al procedimento di adozione dei DPCM pandemici: a riguardo, è emersa una sorta di indipendenza strutturale, almeno nella preadozione, rispetto al Consiglio dei ministri. Basti osservare che del totale dei DPCM prodotti tra il 2020 e il 2022, solo il 6% è stato adottato previa deliberazione del Consiglio¹⁸. Nel medesimo periodo, peraltro, la produzione di tali atti è stata stimolata su proposta di altri Ministri o altri soggetti istituzionali (es. Capo del Dipartimento della protezione civile), tra i quali un ruolo chiave è stato ricoperto dal Ministro dell'economia e delle finanze, che ha partecipato in modo intensivo al procedimento di approvazione, facendosene promotore o intervenendo di concerto con altri soggetti.

Tuttavia, il procedimento appena esaminato non è l'unico esempio di deviazione rispetto ai procedimenti decisionali classici. A questo si è affiancata la prassi di portare direttamente in Consiglio dei ministri gli schemi dei decreti-legge, bypassando in parte il processo di istruttoria endogovernativo e consolidando la posizione del Presidente del Consiglio rispetto agli altri ministri, contribuendo ulteriormente ad alterare gli equilibri all'interno dell'Esecutivo.

Ora, il fatto che il Presidente del Consiglio abbia ricoperto un ruolo centrale durante l'emergenza Covid-19 ha inevitabilmente comportato che su di lui si concentrasse un corrispondente potere decisionale, necessario per affrontare l'emergenza stessa. In questo contesto, il

¹⁷ Su tale organo si v. TERZI (2020), 285-294.

¹⁸ I dati sono frutti di una ricerca svolta personalmente dall'autore.

DPCM si è rivelato lo strumento ideale attraverso cui tale potere si è espresso.

A proposito di tale atto, e prima di insistere sul processo di “transizione” che ha riguardato il Presidente del Consiglio, occorre fare una precisazione.

Con la formula DPCM si intende la pubblicazione di tutti gli atti che riflettono la volontà del Presidente del Consiglio, agendo nella stessa maniera del decreto ministeriale (DM) per i singoli Ministri. Si tratta, quindi, richiamando le parole della dottrina, di un «guscio neutro»¹⁹, versatile e privo di un riferimento contenutistico preciso o univoco. In sostanza, il DPCM non è una “cosa” definita, «ma è la veste esteriore delle (molte e diverse) “cose” che il Presidente del Consiglio può fare»²⁰. Ne deriva che, quando questo esercita poteri di decisione normativa autonoma, lo fa tramite atti che portano il *nomen iuris* di DPCM, che diventa così la forma di un potere regolamentare *sui generis*.

Tornando sulla transizione costituzionale del Presidente del Consiglio, si diceva che questa sia dimostrabile anche osservando l'evoluzione dei poteri normativi che lo riguardano. Ancora una volta, può essere utile guardare il sistema emergenziale architettato per contrastare la pandemia. Preliminarmente, però, per comprendere il perché si sia trasferito al Presidente del Consiglio l'esercizio di un potere *sui generis*, è necessario interrogarsi sui presupposti e le finalità del Codice della Protezione civile, in via teorica la disciplina funzionalmente preposta alla gestione dell'emergenze di rilievo nazionale.

Il codice in questione è stato congeniato intorno a fatti emergenziali che hanno contraddistinto la storia repubblicana (terremoti, eventi meteorologici ecc.), la cui “gestione” risulta oggi preordinata al «*soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite dagli eventi calamitosi*»²¹. Al-

¹⁹ La formula è utilizzata da DE LUNGO (2019).

²⁰ Il virgolettato è di ARCURI (2024), 207.

²¹ L'art. 2, c. 6, del Codice afferma che «*la gestione dell'emergenza consiste nell'insieme, integrato e coordinato, delle misure e degli interventi diretti ad assicurare il soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite dagli eventi calamitosi e agli animali e la riduzione del relativo impatto, anche mediante la realizzazione di interventi indifferibili e urgenti ed il ricorso a procedure semplificate, e la relativa attività di informazione alla popolazione*».

la luce di ciò, si è costruito uno schema normativo intorno ad eventi la cui caratteristica intrinseca è quella di estinguersi nel momento stesso in cui si realizzano²². L'emergenza epidemiologica conosce, però, presupposti differenti: questa propaga i propri effetti nel tempo e nello spazio, rappresentando un fenomeno diverso da quelli assoggettabili al modello prescritto dal Codice della protezione civile. Da qui, di fianco al Codice, si è proceduto alla costruzione per l'epidemia di una architettura normativa emergenziale inedita, sicuramente ibrida: in via astratta, l'adozione di decreti-legge volti a introdurre e tipizzare le misure emergenziali; su un piano concreto, l'attuazione delle stesse mediante decreto del Presidente del CdM, il quale – scrive la Corte – «*si è dunque limitato ad adattare all'andamento della pandemia quanto stabilito in via generale dalla fonte primaria*»²³.

Dal modello succintamente descritto si delinea in modo evidente il “protagonismo” del Presidente del Consiglio, dal quale sembra emergere, sulla scia di una tendenza consolidata, un vero e proprio potere di decisione normativa slegato dalla funzione di indirizzo attribuitagli dal Codice. In particolare, questo pare vero sulla base di due ragioni.

In primo luogo, rileva il crescente ruolo occupato dal Presidente nell'ambito dei vari organi costituzionali; che si faccia riferimento ad una figura non più solo vertice dell'Esecutivo, ma sempre più cuore pulsante del processo decisionale del Governo, lo dimostrano le ingenti risorse istituzionali che gli vengono attribuite dalla l. n. 400 del

²² Si v. l'art. 7 del Codice che, ripartendo la tipologia degli eventi emergenziali di protezione civile, parla di «*emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo*». In particolare, le misure ivi prescritte si riconducono a tre tipologie di intervento, ripartite secondo un criterio temporale: quelle attinenti alla previsione del rischio; quelle volte a prevenire che il rischio si trasformi nell'evento; quelle riguardanti la gestione delle conseguenze dell'evento. Per approfondire, si veda SAITTA (2021), 841 e RAZZANO (2020).

²³ Così asserisce Corte cost., n. 198 del 2021, cons. in diritto 7.1.

1988²⁴ o, ancora, il crescente ruolo europeo che ne rafforza la posizione sia nei confronti dei ministri che del Parlamento²⁵.

In secondo luogo, da un'analisi storica riguardante l'impiego del DPCM, si riscontra una crescita significativa, sia quantitativa che qualitativa, del potere regolamentare del Presidente del Consiglio dei ministri²⁶. Nello specifico, l'Osservatorio sulla legislazione ha identificato il rinvio a DPCM normativi come «una delle principali tendenze recenti in tema di fonti del diritto»; infatti, la presunta normatività degli atti del Presidente trova alcuni precedenti già prima dell'emergenza pandemica, quando si è cominciato ad assistere ad una congerie articolata di atti sostanzialmente normativi in modi e forme diverse da quelle previste dalla l. n. 400 del 1988, a volte autorizzati o imposti dalla legge, altre addirittura da decreti-leggi e decreti legislativi²⁷. Per cui, il rapporto tra fonti primarie e DPCM nel periodo pandemico non ha costituito un meccanismo inedito, bensì la riproposizione di uno schema già adottato in passato, implementato da passaggi procedurali nuovi quali l'iniziativa in capo ai Ministri o l'ausilio di organi terzi e tecnici.

Pertanto, pare coerente che, ad un progressivo rafforzamento del ruolo ricoperto dal Presidente, sia seguita un'altrettanta graduale espansione dei poteri normativi di quest'ultimo. In questa prospettiva,

²⁴ A titolo esemplificativo, si v. il capo V (“Personale della Presidenza del Consiglio dei Ministri”) della l. n. 400 del 1988 (“Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri”).

²⁵ Per quanto concerne i rapporti con l'UE, il Presidente del Consiglio è divenuto, nei fatti, il principale interlocutore, nonché il «*responsabile unico sia della determinazione che dell'attuazione nazionale dell'indirizzo politico europeo*», così CONTIERI (2020), 92. Ma sul tema v. anche CATELANI (2017), 2017, 203 e ss.; CIANCIO (2017); LUPO (2020), 3 e ss.

²⁶ Le indagini sono state condotte da GRISOLIA (1992), 155 ss., e dall'OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Appunti del Comitato per la legislazione. La produzione normativa nella XVII Legislatura*, n. 19, 11 ss.

²⁷ Come nel caso dell'art. 5, c. 2, D.lgs. n. 117 del 2017, il quale, nell'individuare le attività di interesse generale che gli enti del Terzo settore possono esercitare, prevede espressamente che l'elenco delle attività in questione possa essere «aggiornato con decreto del presidente del Consiglio dei Ministri [...]», consentendo un ampliamento delle attività suddette, ma anche un potenziale ridimensionamento delle stesse, agendo, quindi, il DPCM in funzione addirittura delegificante.

non si può escludere che l'emergenza da Covid-19 non abbia fatto altro che evidenziare quella tendenza all'espansione dei poteri del Governo e, al suo interno, del Presidente del Consiglio, in aree tradizionalmente riservate al Parlamento. Anzi, quello che si desume è proprio un collegamento diretto tra l'adozione dei DPCM pandemici e la transizione che da tempo interessa la figura del Presidente.

3. La stabilizzazione del modello. La governance del PNRR e i tentativi di revisione costituzionale

Se la pandemia ha ulteriormente acuito il fenomeno della presidenzializzazione degli esecutivi, lo stesso fenomeno non può certo essere solo circoscritto a questa esperienza, né può circostanziarsi ad una vicenda senza effetti sul lungo periodo. Diversamente, l'accentramento dei poteri in seno all'Esecutivo è una variabile sempre più centrale nelle dinamiche endogovernative, tantoché già molti studiosi hanno evidenziato come le cause di tale fenomeno risiedono in una molteplicità di fattori: la perdita di autorevolezza del Parlamento, la crisi dei partiti, il susseguirsi di crisi ed emergenze e, in ultimo, il consolidarsi della predominanza della tecnica sulla politica.

Viene da sé, che sul piano del diritto positivo si sia cercato di stabilizzare tale tendenza, offrendo esempi di modelli normativi e istituzionali che sono andati a valorizzare il ruolo ricoperto dal Presidente del Consiglio. L'esempio più lampante è restituito dalla disciplina sul Piano nazionale di ripresa e di resilienza (c.d. PNRR). Prima con il d.l. n. 77/2021 e dopo con il d.l. n. 13/2023²⁸, si è proceduto, pur con riferimento alle politiche PNRR, ad istituzionalizzare il modello "a geometrie variabili" che si è descritto per l'adozione dei DPCM pandemici; una circostanza del tutto significativa, che enfatizza ancor più la transizione in atto sul ruolo del Presidente del Consiglio nell'ambito dei vari organi costituzionali.

Sicché, nell'ambito delle strutture istituite presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, una menzione particolare merita la "Cabina di regia", un organo con funzioni di indirizzo politico, impulso e coordi-

²⁸ La disciplina PNRR è ricostruita da MENEGUS (2023), 205-230.

namento generale per l'attuazione del PNRR (art. 2, d.l. n. 77/2021). Presieduta dal Presidente del Consiglio, la Cabina di regia costituisce un organo collegiale a composizione dinamica, formato di volta in volta dai Ministri e Sottosegretari di Stato competenti sulle tematiche trattate in ciascuna riunione. Inoltre, se oggetto di discussione sono questioni di competenza regionale, è garantita la partecipazione anche dei Presidenti delle Regioni o Province autonome interessate, oppure, se coinvolte più regioni, del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome²⁹.

Orbene, le funzioni della Cabina di regia si possono sintetizzare in tre principali compiti: indirizzo politico, impulso e coordinamento generale. L'organo elabora indirizzi e linee guida per l'attuazione degli investimenti PNRR (art. 2, comma 2, lett. a), d.l. n. 77/2021), esercita attività di monitoraggio e informa periodicamente le Camere, il Consiglio dei Ministri e un'altra serie di organi circa lo stato di avanzamento del Piano. Altresì, promuove il coordinamento tra i diversi livelli di governo e gli attori coinvolti, analizza eventuali criticità e propone interventi al Consiglio dei Ministri, quale l'eventuale esercizio di poteri sostitutivi (art. 12, d.l. n. 77/2021).

Pertanto, seppur la Cabina di regia non dispone direttamente di poteri decisionali autonomi che abbiano effetti esterni, esercita comunque un ruolo istruttorio importante rispetto a decisioni formali prese da altri organi, *in primis* quelle del Consiglio dei Ministri³⁰.

Rispetto alla complessa struttura delineata, la dottrina costituzionalistica ha espresso alcune considerazioni critiche. Si è evidenziato come la *governance* del PNRR indebolisca il principio di collegialità dell'azione di Governo. Difatti, il processo di “verticalizzazione”

²⁹ Nei medesimi casi, è sempre presente anche il Ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie, che può presiedere la seduta su delega del Presidente del Consiglio. Anche i rappresentanti degli enti locali, come i Presidenti dell'ANCI e dell'UPI, possono partecipare alle riunioni della Cabina di regia quando si affrontano temi di interesse locale. Inoltre, a seconda delle tematiche trattate, possono essere invitati rappresentanti dei soggetti attuatori, delle loro associazioni, e referenti del partenariato economico, sociale e territoriale.

³⁰ Questo concetto è chiarito anche dall'art. 2, comma 2, del decreto, che conferma la competenza del Consiglio dei Ministri nella definizione della politica generale del Governo, come previsto dalla legge n. 400 del 23 agosto 1988.

dell'Esecutivo, mediante la creazione di una Cabina di regia separata dal Consiglio dei Ministri e specificamente dedicata al PNRR, sembrerebbe incentivare un accentramento di poteri verso la Presidenza del Consiglio, determinando un disequilibrio tra i membri del Governo per favorire quelli più stabilmente coinvolti nelle riunioni.

A margine dell'entrata in vigore del d.l. n. 13/2023, il ruolo del Presidente del Consiglio come perno cruciale delle politiche governative, specie quelle in materia di PNRR, è stato ulteriormente rafforzato. Ciò si rinviene sotto un duplice aspetto: *in primis*, è stata prevista l'istituzione di una c.d. autorità delegata dal Presidente alle politiche PNRR, individuata nel Ministro per gli Affari europei, il Sud, le politiche di coesione e per il PNRR; *in secundis*, si è proceduto alla creazione di una struttura di missione specifica, incardinata presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, alle dirette dipendenze dell'autorità delegata e con compiti di direzione e controllo³¹.

Infine, premessa la prassi normativa sul tema, un ulteriore sintomo della costante transizione che riguarda il Presidente del Consiglio si rinviene nei vari tentativi di revisione costituzionale che hanno riguardato tale soggetto. Fin dalla seconda metà degli anni Settanta, infatti, il ruolo del Presidente del Consiglio e i suoi poteri, così come riconosciuti dalla Costituzione, sono stati al centro del dibattito sulle riforme costituzionali. Se nel primo trentennio della Repubblica, il *focus* riguardava l'attuazione del disposto costituzionale, dal periodo immediatamente successivo le riflessioni si sono concentrate su come rafforzare il ruolo del Presidente del Consiglio e rendere più stabile il Governo.

Senza ripercorrere per intero le varie proposte di riforma che si sono succedute³², preme ricordare i tentativi più recenti.

Nel 2005, una riforma approvata dalla maggioranza assoluta del Parlamento prevedeva una riforma organica della Costituzione, con

³¹ I compiti assegnati a tale organo, oltre quello di fungere da punto di contatto nazionale con la Commissione europea per l'attuazione del PNRR, riguardano la verifica circa la coerente attuazione del PNRR rispetto agli obiettivi programmati, proponendone eventuali correttivi; e la sovrintendenza all'attività istruttoria per le proposte di aggiornamento o modifica del PNRR, come previsto dal regolamento (UE) 2021/241.

³² Un'analisi generale delle riforme in questione si rinviene in SPIRI (2019).

relativo significativo potenziamento delle funzioni del Primo Ministro. Il tentativo, respinto all'esito del procedimento referendario, informava la forma di governo italiana all'insegna del c.d. “premierato forte”³³, traducendosi nella titolarità, da parte del Presidente del Consiglio, del potere esecutivo, con facoltà di nomina e di revoca dei ministri, e con la possibilità di richiedere al Capo dello Stato, ma riservandone la «esclusiva responsabilità», lo scioglimento della Camera dei deputati.

A seguire, nel 2016 è stata approvata un nuovo tentativo di riforma organica della Costituzione, anche questo respinto in sede di referendum confermativo. Il tentativo, più che sul Presidente del Consiglio, si incentrava sul superamento del bicameralismo paritario, guardando ad un rafforzamento indiretto dell'Esecutivo, prevedendo che per alcuni disegni di legge vi fosse una “data certa” per la loro approvazione parlamentare.

Al momento in cui si scrive, è, inoltre, in discussione una nuova proposta di riforma costituzionale, volta ad introdurre l'elezione diretta del Presidente del Consiglio, sulla base di elezioni contestuali a quelle parlamentari e mediante un premio di maggioranza orientato dalla Costituzione. Anche tale ipotesi di revisione si muove verso l'idea di un ruolo più centrale del Presidente del Consiglio, potenziando la sua posizione equiparandola, almeno sul piano della legittimazione, a quella del Parlamento e del Presidente della Repubblica (secondo alcuni, in realtà, l'effetto qualora la riforma entrasse in vigore è quello di marginalizzare il ruolo delle Camere e del Capo dello Stato)³⁴.

4. Conclusioni. La transizione costituzionale come presupposto per le modifiche tacite della Carta

Le riflessioni raccolte hanno cercato di evidenziare il percorso di transizione che tutt'ora investe il Presidente del Consiglio, al precipuo fine di dimostrare che nell'ordinamento costituzionale si incardinano una serie di processi che prescindono dalla revisione formale della

³³ Cfr. BARBERA (2016), 186.

³⁴ Sia consentito rimandare a GIOVARRUSCIO (2024); ma anche all'intero fascicolo di *Italian Paper on Federalism*, 3, 2024, dedicato alla riforma costituzionale.

Carta costituzionale. Sul finale di questo breve lavoro, allora, si vuole provare a comprendere come tali processi siano giustificabili alla luce di una Costituzione rigida come quella italiana.

Anzitutto, il problema nasce dal principio di supremazia e di rigidità costituzionale, ai sensi dei quali la Costituzione, oltre che fonte delle fonti, è altresì modificabile esclusivamente attraverso un procedimento di revisione aggravato. Ne consegue che qualunque trasformazione riguardante la Carta costituzionale, e che non sia operata attraverso una modifica formale, eccedendo, quindi, i campi dell'interpretazione legittima, rappresenterebbe una violazione della Carta stessa.

Il tema si lega alle c.d. modifiche tacite della Costituzione, ossia quelle «trasformazioni di fatto e di diritto della Costituzione scritta»³⁵, le quali generano un disallineamento tra il dato formale e quello sostanziale. Ciò può avvenire non solo attraverso atti-fonte, quali la legislazione ordinaria, ma anche mediante fatti normativi (come le consuetudini), o non normativi (quali la prassi e le convenzioni), che realizzano situazioni e comportamenti diversi rispetto a quelli prefigurati dalla Costituzione scritta.

La questione va, dunque, approfondita attraverso i significati di “interpretazione” e “revisione”: fino a che punto siamo nell'ambito dell'attività cognitiva e quando, invece, si sfocia nella creazione di nuovo diritto? I due concetti, chiaramente distinti nella teoria costituzionale, mostrano una forte connessione tra loro. La limitata possibilità di attuare revisioni costituzionali, sia a causa dell'aggravio procedimentale previsto, sia perché, come dimostrano i casi menzionati, i tentativi di riforma raramente giungono a compimento, tende ad ampliare i margini di interpretazione costituzionale. Pertanto, ci si torna ad interrogare: quali sono i limiti all'attività interpretativa della Carta costituzionale? La transizione che sfocia nella modifica tacita della Costituzione è compatibile con il principio di rigidità costituzionale? Le domande richiedono due risposte diverse, logicamente consequenziali tra loro. Vediamo la prima.

³⁵ Il tema è affrontato da MORRONE (2022), 116 ss.

Tradizionalmente, si riducono le caratteristiche della Costituzione tra rigidità e flessibilità della stessa³⁶. Tuttavia, il binomio appena scritto tende a non esaurire completamente i connotati che una Costituzione può presentare. Alla coppia predetta, occorre aggiungere un terzo elemento, quello della elasticità, un concetto nato come criterio ermeneutico della norma costituzionale³⁷, ma utile in questa sede a spiegare anche la transizione costituzionale³⁸. Si qui accoglie una concezione

³⁶ La tradizionale dicotomia tra Costituzione rigida e Costituzione flessibile ha origini antiche nel dibattito costituzionalistico (già BRYCE 1998), sviluppandosi alla fine del XVIII secolo, con le importanti rivoluzioni in Francia e America, quando si inizia a parlare di Costituzione nel senso moderno e, quindi, del tema della sua eventuale modificabilità. In generale, la dottrina italiana ha a lungo distinto la Costituzione rigida da quella flessibile sulla base della presenza o meno di un procedimento speciale di modifica; in questo senso, solo quelle che seguono una particolare procedura aggravata per la loro revisione vengono intese come Costituzioni rigide. Nel tempo si è poi affermato un secondo orientamento, oggi maggioritario, che lega il concetto di rigidità al contenuto di una Costituzione, vale a dire alla presenza esplicita al suo interno di principi fondanti e fondamentali di una comunità politica. Per approfondire, si v. MORRONE (2022), 101 ss.; FERRARI (2019); PACE (2002), 2 ss..

³⁷ L'elasticità ha storicamente rappresentato un corollario della vigenza della norma costituzionale, da intendere quale un «effetto della sua dimensione temporale, che si manifesta attraverso una fisiologica attività di interpretazione del testo», così PATRUNO (2012).

³⁸ L'elasticità costituzionale è stata approcciata mediante una duplice declinazione. Una prima visione ha fatto derivare tale concetto dall'apposita genericità con la quale alcune disposizioni costituzionali sono costruite. Secondo tale visione, la Costituzione, che non può che essere rigida, cioè dotata di legalità e forza normativa superiore, avrebbe al suo interno norme costituzionali volutamente formulate in maniera vaga o indeterminata, le quali rimetterebbero al legislatore la precisa determinazione circa le condizioni della loro applicazione. In tal modo, l'elasticità servirebbe ad attuare pienamente la Costituzione, la quale è rigida in quanto *lex superior*, ma elastica – almeno per alcuni sue parti – al momento della sua attuazione. È seguita, poi, una seconda interpretazione di elasticità, che sembra, in parte, mettere in discussione sia il valore della Costituzione quale *lex superior*, che il paradigma applicativo delle sue norme. L'elasticità ha assunto, quindi, il carattere di parametro, mediante cui è stato spiegato il rapporto tra la «permanenza dell'identità della Costituzione e i cambiamenti che interessano l'ambito reale e vitale a cui si estende la normazione costituzionale» (V. L. PATRUNO, 2012, 136), in una prospettiva che trova fondamento nella Costituzione materiale di Mortati. In questo senso, l'elasticità è letta come lo strumento con cui trasformare il dettato costituzionale senza che ne sia alterata la forma testuale, con-

bidimensionale dell'elasticità, ritenendo che, per il tramite di questa, si possa “filtrare” la rigidità della Costituzione. Più nello specifico, l'elasticità opera in una duplice direzione. In una prima dimensione, essa costituisce effettivamente un criterio ermeneutico, nel senso che: da una parte, rappresenta un argine alla banalizzazione della Carta³⁹, impedendo che la sua interpretazione possa variare in senso talmente semplificato da renderla perennemente “ostaggio” dei mutamenti politico-sociali contingenti; dall'altra, agisce contro il rischio di “pietrificazione” della Costituzione, evitando che possa essere interpretata soltanto in un senso tanto complesso da impedirne qualsiasi adattamento, vincolandola a restare immutabile. In una seconda dimensione, in quanto caratteristica strutturale della norma costituzionale, l'elasticità è da intendere come “spazio”, un'area tracciata proprio dal rischio di banalizzazione e pietrificazione della Carta appena detto, all'interno del quale si permette alla Costituzione formale di mantenere un significato attuale mediante un'evoluzione sul piano materiale dell'interpretazione, cioè «di mantenersi dotata di significato di fronte a realtà nuove, a sviluppi che non erano stati previsti dai suoi autori, dai Costituenti»⁴⁰.

Ebbene, perché (anche) spazio costituzionale, l'elasticità consente alla Costituzione formale di mantenere un significato attuale, permettendo un'evoluzione sul piano materiale dell'interpretazione, cioè «di

sentendo, sempre tramite attività interpretativa, l'adattamento della Costituzione alle trasformazioni della società. Il cambio di approccio è, dunque, evidente: se nella prima interpretazione di elasticità, essa è considerata vera e propria caratteristica della Costituzione, rappresentando la parziale indeterminatezza di alcune norme costituzionali superiori, nella seconda acquisisce la veste di strumento di integrazione delle norme costituzionali.

³⁹ Con il termine “banalizzazione” si «indica una situazione nella quale vengano pregiudicati il ruolo e la natura della Costituzione mediante procedimenti formalmente legali. Quindi esso si riferisce [...] a quando la Costituzione non riesce più a svolgere la sua funzione primaria di limitazione dei poteri e quindi di regolazione della lotta politica, diventando essa stessa una posta in gioco del confronto politico, e allorché solo dal punto di vista formale ne viene affermata la superiorità», v. VOLPI (2005), 1 ss. Più recentemente anche ROVELLI (2024).

⁴⁰ Il virgolettato è di FIORAVANTI (2008).

mantenersi dotata di significato di fronte a realtà nuove, a sviluppi che non erano stati previsti dai suoi autori, dai Costituenti»⁴¹.

Passando sul secondo interrogativo, relativo alla compatibilità delle modifiche tacite rispetto al principio di rigidità costituzionale, bisogna valutare se il concetto di transizione incida, manipolandoli, sui principi fondamentali. A riguardo, può essere utile richiamare quella tesi dottrinale che distingue tra “Costituzione riflessiva e Costituzione performativa”⁴².

Secondo la prima ricostruzione, la Costituzione non avrebbe un'autonomia propria, quanto più “riflette” una realtà materiale, ossia l'ordine interno della società. In questi termini, la Carta costituzionale non opera come legge in sé, ma trae la sua forza dai rapporti tra gruppi sociali e politici dominanti. In questo scenario, è la realtà a condizionare la Costituzione e non viceversa, dando legittimità ai suoi principi. Diversamente, la Costituzione performativa attribuisce alla Carta una propria autonomia, non limitandosi a riflettere la realtà, bensì prescrivendo norme e principi che indirizzano la società e la sua evoluzione. Attraverso questa impostazione, è la Costituzione a dettare l'ordine sociale.

A queste due visioni conseguono altrettante configurazioni diverse di Costituzione: in quella riflessiva, essa è vista come un fatto normativo; nella performativa costituisce, invece, un atto normativo; la prima segue l'evoluzione naturale della società; la seconda, al contrario, impone un ordine che richiede di essere costantemente osservato; entrambe, pur normative nella loro essenza, si distinguono perché quella riflessiva conosce una normatività derivata dalla realtà che descrive; invece, la normatività della performativa è di carattere originario.

Tutto questo ci riporta al tema delle modifiche tacite e all'interrogativo di partenza. Nell'ambito di una Costituzione intesa in senso performativo, queste non potrebbero che essere illegittime, dal momento che, qualunque cambiamento che non trova fondamento nell'ordine imposto dalla Carta costituzionale, risulterebbe incompati-

⁴¹ Il virgolettato è di FIORAVANTI (2008).

⁴² La distinzione è portata avanti da MORRONE (2022), 116 ss. e ID, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, relazione al XXXVIII Convegno AIC “Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana”, 2023.

bile con la stessa. Al contrario, le medesime modifiche possono trovare un loro fondamento solo se si abbraccia una lettura della Costituzione in senso riflessivo, la quale legittima la modifica silente sul presupposto che questa rappresenti l'adattamento naturale della Costituzione formale all'ordine reale. In questa prospettiva, la revisione costituzionale è strumentale solo ad adeguare la forma alla sostanza.

In conclusione, la dialettica tra concezione riflessiva e concezione performativa della Costituzione permette di cogliere la complessità delle transizioni costituzionali non come semplici passaggi normativi, ma come processi di trasformazione politica e sociale. Da un lato, la Costituzione performativa agisce come specchio di valori e principi sedimentati, offrendo stabilità e continuità; dall'altro, la dimensione riflessiva evidenzia il ruolo attivo delle istituzioni e della società nel dare forma concreta a quei principi, spesso ridefinendoli nel corso dell'evoluzione politica.

Le transizioni costituzionali rappresentano momenti emblematici di questa tensione: se la concezione performativa consente di ancorare il cambiamento a una legittimità pregressa, quella riflessiva sottolinea come la legittimità stessa sia costantemente costruita e ricostruita attraverso pratiche giuridiche e politiche. L'interazione tra questi due approcci, quindi, non solo spiega le dinamiche del cambiamento costituzionale, ma suggerisce anche che la forza di una Costituzione risieda nella sua capacità di mantenere un equilibrio dinamico tra stabilità e innovazione, tra riconoscimento del passato e apertura al futuro.

Riferimenti bibliografici

- Amato G. (1994), *Un governo della transizione. La mia esperienza di Presidente del Consiglio. Quaderni costituzionali*.
- Arcuri A. (2024), *La forma delle fonti*. Bononia University Press. Bologna.
- Barbera A. (1994), *Transizione alla democrazia maggioritaria? Riflessioni in due puntate. Quaderni costituzionali*.
- Barbera A. (2016), *La costituzione della repubblica italiana*. Giuffrè. Milano.
- Catelani E. (2017), *Poteri e organizzazione del governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*. Tipografia Editrice Pisana. Pisa.

- Ciancio A. (2017), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*. Giappichelli. Torino.
- Catelani E. (2017), *Poteri e organizzazione del governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*. Tipografia Editrice Pisana. Pisa
- Cheli E. (1994), *Riflessi della transizione nella forma di governo. Quaderni costituzionali*.
- Contieri A. (2020), Presidente del Consiglio e ruolo del Parlamento: il mosaico dell'indirizzo politico (europeo). *Osservatorio costituzionale*, n. 2.
- Curreri S. (2020), Il Parlamento nell'emergenza: resiliente o latitante?. *Quaderni costituzionali*, n. 4.
- De Lungo D. (2019), Nihil est in intellectu quod Prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche su decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente. *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.
- Di Giovine A., Mastromarino A., (a cura di) (2007), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*. Giappichelli. Torino.
- Di Porto V. (2008), I numeri delle leggi. Un percorso tra le statistiche delle legislature repubblicane. In V. Lippolis (a cura di), *Il Parlamento del bipolarismo. Un decennio di riforme dei regolamenti delle Camere*, Il Filangieri, quaderno 2007.
- Ferrari F. (2019), *Studio sulla rigidità costituzionale. Dalle Chartes francesi al Political Constitutionalism*. Franco Angeli. Milano.
- Fioravanti M. (2008), Le trasformazioni costituzionali nell'età repubblicana, in *www.astrid-online.it*
- Fusaro C. (1995), *Le regole della transizione. La nuova legislazione elettorale italiana*. Il Mulino. Bologna.
- Fusaro C., Takahash T. (2007), La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee: il caso del Giappone. In A. Di Giovine, A. Mastromarino, (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*. Giappichelli. Torino.
- Giovarruscio P. (2024), *Elezione diretta del Presidente del Consiglio e partiti politici. Una riflessione a partire dai dati regionali. Italian Paper on Federalism*, n. 3.
- Grisolia M.C. (1992), Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare. In U. De Siervo (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*. il Mulino. Bologna.
- Labriola S. (2000), La transizione repubblicana. In Id (a cura di), *La transizione repubblicana. Studi in onore di Giuseppe Cuomo*. Cedam. Padova.

- Luciani M. (2020), Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza. *Rivista AIC*, n. 2.
- Lupo N. (2010), Il ruolo normativo del Governo. In *Il Filangieri, Quaderno 2010, Governare le democrazie. Esecutivi, leader e sfide*.
- Lupo N. (2020), L'intreccio delle forme di governo, tra Roma e Bruxelles: a proposito della crisi di governo di agosto 2019. *Federalismi.it*, n. 28
- Melis G. (2022), Per una storia istituzionale della Presidenza del Consiglio dei ministri. In S. Cassese, A. Melloni, A. Pajino (a cura di), *I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana. Storia, politica, istituzioni*, tomo secondo. Roma – Bari.
- Menegus G. (2023), La riforma della governance del PNRR. *Osservatorio AIC*, n. 3.
- Morrone A. (2022), *Le fonti normative*. Il Mulino. Bologna.
- Morrone A. (2023), Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?. *Rivista AIC*, n. 3
- Motzo G. (1995), Transizione e modifiche costituzionali (rapporti tra sistema elettorale e sistema politico). *Riv. giur. sarda*.
- Novarese D. (2019), Per dare unità e stabilità al governo». Al Primo Ministro al presidente del Consiglio, il dibattito in Costituente. In L. Tedoldi (a cura di), *Il Presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all'Unione Europea*. Biblion. Bergamo.
- Patrino L. (2012), *L'elasticità della Costituzione*. Giappichelli. Torino.
- Pace A. (2002), *Potere Costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. Giuffrè. Milano.
- Razzano G. (2020), Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario. In *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, II.
- Rovelli S. (2024), La l. cost. n. 1 del 2023 e lo sport come «materia costituzionale». Brevi riflessioni sul rischio di banalizzazione della Costituzione e sulla funzione di garanzia della revisione costituzionale ex art. 138 Cost. *Osservatorio AIC*, n. 4.
- Rubechi M. (2022), *I decreti del Presidente*. Giappichelli. Torino.
- Saitta A. (2021), Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di c. cost. n. 198 del 2021. *ConsultaOnline*, n. 2
- Spiri A. (2019), L'iniziativa parlamentare in materia di «democrazia governante»: il ruolo e le proposte delle commissioni bicamerali. In L. Tedoldi

(a cura di), *Il presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all'Unione Europea*. Biblion Edizioni. Milano.

- Tega D. (2008), Gli atti normativi primari del Governo nelle recenti tendenze. In A. Barbera, T. F. Giupponi, (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*. University Press. Bologna.
- Teotonico V. (2014), Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali. *Rivista AIC*, n. 3
- Terzi M. (2020), Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale. *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2
- Volpi M. (2005), La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate. *Costituzionalismo.it*, n. 1

Federico Micari

“GOVERNI TECNICI” E “PREMIERATO”:
PRIME RIFLESSIONI ALLA LUCE DEL DISEGNO
DI LEGGE COSTITUZIONALE DI REVISIONE
DELLA FORMA DI GOVERNO (A.S. 935)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Tentativi di definizione del “Governo tecnico”. – 3. Cause e tratti minimi ricorrenti dei “Governi tecnici” nella prassi costituzionale italiana. – 4. Il disegno di legge costituzionale A.S. 935 e l’incompatibilità con i Governi presieduti da non parlamentari. – 5. L’attività emendativa della Commissione Affari costituzionali e la conferma dell’opzione del “secondo Presidente”. – 6. Conclusioni

1. Introduzione

La recente proposta di riforma costituzionale – frutto di un lungo dibattito¹ – concretizzatasi nel disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa approvato dal Consiglio dei Ministri del 3 novembre 2023 e depositato al Senato il 15 novembre 2023 (A.S. 935), si pone come obiettivo quello di rafforzare la stabilità dei Governi, consentendo l’attuazione di indirizzi politici di medio-lungo periodo; consolidare il principio democratico, valorizzando il ruolo del corpo elettorale nella determinazione dell’indirizzo politico della Nazione; favorire la coesione degli schieramenti elettorali; evitare il transfughismo e il trasformismo parlamentare. A tale proposito, sulla base del testo approvato dal Senato il 18 giugno 2024, si propone l’introduzione del mec-

¹ Dibattito politico attraverso il confronto tra il Governo e i gruppi parlamentari, conclusosi a maggio 2023. Dibattito politico-costituzionale extraparlamentare, con riferimento al convegno del 17 maggio 2023, presieduto dal Ministro per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa e dal Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio. Dibattito parlamentare con il supporto della società civile, avvenuto mediante il ricorso ad un’ampia serie di audizioni informali nell’Ufficio di presidenza della commissione Affari costituzionali al Senato e, da giugno 2024, proseguito nell’omonima Commissione della Camera dei deputati.

canismo della elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri, corroborato da un connesso premio di maggioranza (CHIAROMONTE, 2024; DI CARLO, 2024; NARDINI, 2024), intervenendo complessivamente sulla modifica circoscritta e puntuale di sette articoli della Costituzione (artt. 57, 59, 83, 88, 89, 92 e 94). Tale modifica, benché definita una riforma ispirata apparentemente ad un criterio minimale (DELLA MORTE, 2023, XXXII), in caso di definitiva approvazione, in virtù del suo “minimalismo massimo” (CABIDDU, 2024), è destinata ad incidere fortemente sul meccanismo della forma di governo, sull’equilibrio dei rapporti generali tra Parlamento e Governo, sul sistema politico nel suo complesso e, infine, sui rapporti tra rappresentanti e rappresentati (RUGGERI, 2024, 1165 ss.; ALBENESI, 2025, 27 ss.).

Tra gli obiettivi indicati spicca, secondo quanto espresso testualmente dai proponenti, l’esplicita volontà di restituire ai cittadini “la titolarità della sovranità popolare, mortificata negli anni da formule politiche policrome e “Governi tecnici” (...), con l’attuazione di indirizzi politici differenti da quelli espressi in sede elettorale”².

Risulta evidente, pertanto, come il tema del radicamento del ricorso al principio democratico, inteso come elemento di coerenza tra il risultato emerso dalle elezioni e l’indirizzo politico conseguente (FROSINI, 2023, 8; ESPOSITO, 1954, 10-11; APOSTOLI, 2019, 17) sia al centro delle intenzioni della maggioranza e connesso con l’altrettanto ampio tema della sovranità (FERRONI, 2020; MORELLI, 2018; GRIMM, 2023). Quest’ultima, nell’ottica dei riformatori, parrebbe individuare come bersaglio quel “reazionarismo di ritorno” (ZANON, 2024) che vedrebbe nel ricorso ai tecnici una ipotetica scelta preferibile rispetto ad una diretta espressione della volontà del corpo elettorale.

Tanto il disegno di legge nel suo complesso, quanto gli emendamenti presentati dal Governo e le modifiche approvate dal Senato della Repubblica, dunque, ripropongono non solo il tema dei “Governi tecnici” nella storia d’Italia, ma aiutano a ricondurre il dibattito nazionale nuovamente verso il generale rapporto tra tecnica e politica (CROCE, 1948; GUARINO, 1962), in relazione al ruolo dei tecnici nella

² Così il Ministro Alberti Casellati nella seduta antimeridiana della Commissione Affari Costituzionali del Senato del 24 gennaio 2024.

politica attiva e al contributo che essi recano ai sistemi democratici nel loro complesso (VISENTINI, 1983). Emerge così la scelta di indirizzare l'*iter* parlamentare della riforma verso un maggiore rafforzamento del ruolo del cittadino elettore come “arbitro” (RUFFILLI, CAPOTOSTI, 1988) finalizzato alla designazione del Presidente del Consiglio dei Ministri (TROISI, VUOLO, 2025), vincolando quest'ultimo allo *status* di parlamentare. Una scelta che implicherebbe l'impossibilità per il Parlamento di votare una fiducia a un Governo presieduto da un esponente politico non parlamentare, con la conseguente e significativa impossibilità di sostenere un Esecutivo guidato da una personalità “tecnica” non politico-partitica. (VERCESI, 2023, FRANCAVIGLIA, 2025, 428).

2. Tentativi di definizione del “Governo tecnico”.

Nella forma di governo parlamentare italiana ogni Governo può considerarsi politico perché, per essere pienamente nell'esercizio delle proprie funzioni, è subordinato al fondamentale elemento della fiducia parlamentare, espressa con mozione motivata (GALIZIA, 1968, 388; POLITI, 2013; CARAVITA, 2020, 118).

Anche la dimensione tecnica però, da sempre e a maggior ragione nella complessità delle società contemporanee (SCHMITT, 1927), diventa strumento indispensabile per l'agire di governo (Irti, 2014), consentendo l'avverarsi di un tendenziale equilibrio tra le due componenti, sia perché ogni decisione politica contiene di per sé una componente tecnica (CARROZZA, 2016), sia per l'indiscutibile legame tra fine politico e strumento di realizzazione (VERNATA, 2022).

Con riferimento a queste considerazioni e provando ad entrare nel campo della definizione politico-costituzionale di “Governo tecnico”, la dottrina sembra essersi spinta verso un tentativo di inquadramento che lo qualificasse come Governo composto e presieduto da personale non politico-partitico (PASTORELLA, 2016). In particolare, è stato definito “Governo tecnico” quel Governo caratterizzato da un “Presidente del Consiglio mai eletto in precedenza ad una carica politica e dotato, invece, nel suo background, di una qualche *expertise* tecnica,

maturata ai vertici di istituzioni economiche contraddistinte da un certo tasso di indipendenza dalla politica” (LUPO, 2015).

Benché la definizione non sia univoca (MACDONNEL, VALBRUZZI, 2014, 654 ss.; DE FIORES, 2021, 39-41; BONFIGLIO, 2023, 109 ss.), la locuzione utilizzata tende ad identificare un Presidente del Consiglio dei Ministri, o un singolo Ministro, non necessariamente come esperti del determinato settore a capo del quale si è nominati, bensì a riconoscere l'indiscutibile prestigio dovuto al curriculum internazionale e la non appartenenza ad alcuna famiglia politico-partitica presente in Parlamento – secondo la disposizione dei gruppi parlamentari – e fuori da esso (VALBRUZZI, 2020, 118 ss.).

Dentro questo quadro, per facilitare un'operazione di classificazione, è stata richiamata l'ipotesi per la quale fosse rilevante la quantità di “Ministri tecnici” in seno al Consiglio dei Ministri (ARCURI, 2022, 44 ss.; CAVAGGION, 2021, 52 ss.). Sarebbero, per esempio, tecnico-politici (o “zebrati”), i Governi che presentino un numero tutto sommato eguale di personalità partitiche e di personalità “tecniche”, purché la Presidenza del Consiglio venga affidata ad un esponente non partitico (ARMAROLI, 2022, 6).

Non si può non constatare come la denominazione di “tecnico” prefiguri il fatto che la persona incaricata di svolgere il ruolo di Presidente del Consiglio sia effettivamente dotato una elevata *expertise*, riconosciuta a livello nazionale e internazionale. A questo elemento si lega il dato empirico per il quale egli non solo non risulta appartenente ad alcuna forza politica presente in Parlamento e nel dibattito nazionale, ma anche in relazione al proprio passato non appare coinvolto in competizioni elettorali di alcuna natura (COTTARELLI, 2024, 176 ss.). La personalità indicata dal Presidente della Repubblica, nei casi in esame, è però sempre stata protagonista di attività in grado di influenzare la realtà istituzionale italiana, pur senza mai richiamarsi a schieramenti partitici. Si tratta di ruoli al vertice di istituzioni più che rilevanti nel dibattito pubblico, in grado di esercitare una forza politica senza essere forze politiche in senso stretto (PREDIERI, 1998, 255; MARTINES, 1957).

La definizione che forse ben distingue un Governo “che non debba identificarsi in alcuna formula politica”³ dalla affermata e regolare presenza di tecnici al Governo (CRESCENZI, 2017, 104 ss.), caratteristica della gran parte degli Esecutivi a partire dalla XI legislatura (IMPROTA, 2021, 227), presenta una ulteriore distinzione di natura qualitativa. Non risulta, dunque, strettamente necessario solo un conteggio dei Ministri di derivazione non politico-parlamentare, ma risulta determinante considerare il ruolo politico-istituzionale che questi sono destinati a ricoprire all’interno del Consiglio dei Ministri. Da un lato, infatti, occorrerà guardare a coloro i quali ricoprono incarichi di vertice nei Ministeri con portafoglio, dall’altro occorrerà porre particolare attenzione alle caratteristiche del Presidente del Consiglio, del Ministro dell’Economia e delle Finanze e al rapporto decisivo tra le due figure (BARTOLUCCI, 2019). La presenza di due tecnici in tali posizioni consente di qualificare con più forza l’Esecutivo come “Governo tecnico”, considerando – in certe occasioni e a certe condizioni – la possibilità che sia elemento necessario ma non sufficiente la connotazione non politico-parlamentare del solo Presidente del Consiglio.

Alla luce di queste caratteristiche, per “Governi tecnici” in Italia si intendono gli Esecutivi guidati da Ciampi (1993), Dini (1995), Monti (2011), Draghi (2021)⁴, cui si può aggiungere il tentativo posto in essere da Cottarelli (2018) nell’ambito del primo settennato del Presidente Mattarella.

3. Cause e tratti minimi ricorrenti dei “Governi tecnici” nella prassi costituzionale italiana

La prima caratteristica che emerge analizzando l’avvicinarsi dell’esperienza dei “Governi tecnici” riguarda il contesto in cui si for-

³ Così la *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine dell’incontro con il Presidente della Camera Roberto Fico*, in *quirinale.it*, 2 febbraio 2021.

⁴ Per una ricostruzione sui Governi della Repubblica si veda il volume CARAVITA, FABRIZZI, SALERNO, LIPPOLIS, 2022. Cfr. CASSESE, MELLONI, PAJNO, 2022.

mano, caratterizzato dall'intersecazione di molteplici crisi tendenti alla permanenza (NICOTRA, 2022; KAPLAN, 2025).

Questi fenomeni, tanto endogeni quanto esogeni, possono essere raggruppati in tre macrocategorie: una situazione di forte crisi economico-finanziaria (PITRUZZELLA, 2014; FERRARO, 2019); la presenza di una crisi politica data dal fallimento della maggioranza uscente (MERLINI, TARLI BARBIERI, 2017, 284 ss.; MELLONI, 2022, 50 ss.); la conseguente crisi istituzionale dovuta all'incapacità delle forze politico-parlamentari di ricondurre autonomamente a sintesi le proprie posizioni fino ad individuare una maggioranza alternativa (FERRAJOLI, 2018; TALINI, 2021, 45).

L'intrecciarsi di queste crisi necessita l'avvio di un "motore" esterno (Cecili, 2025, 254) che consenta non di trovare le condizioni per verificare la sussistenza di una maggioranza purché sia, ma di contribuire, nel pieno raggiungimento del dettato costituzionale, all'instaurazione di un rapporto fiduciario che permetta la formazione di un Governo "stabile, duraturo e funzionale" (LAVAGNA, 1979, 758; FERRO, 2018).

Tale motore si rinviene nel ruolo del Presidente della Repubblica che necessariamente tende, in queste circostanze, verso una espansione di grande rilevanza (CHELI, 1999, 308) in grado di evidenziarne le vesti di "organo di stimolo nei confronti di altri poteri, in ipotesi tendenti ad esorbitanze o ad inerzia"⁵, ripercorrendo la tesi del "reggitore dello Stato nelle crisi di sistema" (ESPOSITO, 1960, 237).

L'impulso del Capo dello Stato, dunque, si dimostra essere un fattore comune determinante per la creazione di questa tipologia di Governi, senza che con ciò si possa parlare di un indirizzo politico del Presidente, ma tutt'al più risulta plausibile valutare tali operazioni alla luce della più complessa teorizzazione dell'indirizzo politico costituzionale (BARILE, 1958, 295 ss.; BINDI, 2022, 435 ss.; BARBARESCHI, 2024).

Tutt'altro che irrilevante risulta la considerazione per la quale la crisi politica, resa evidente dalle dinamiche parlamentari, tragga origine da un progressivo indebolimento del sistema partitico, che natu-

⁵ La citazione è chiaramente ripresa dalla nota sentenza della Corte cost., n.1 del 2013, considerato in diritto 8.2.

ralmente condiziona il possibile ricorso al “Governo tecnico” (GROSSO, 2024; STAIANO, 2024, 293 ss.; CHIARAMONTE, 2022; BONFIGLIO, VALDES, BLANCO VALDES, 2022).

Strettamente connesso all'intreccio tra le molteplici crisi, il “fattore tempo”, inteso come tempismo di reazione alle situazioni di difficoltà verificatesi (CARABAZZI, 2021, 231; CATALDO, 2023), si presenta come elemento caratteristico dell'esperienza dei Governi senza formula politica. Peraltro, nascendo a seguito di una crisi politica e in condizioni di crisi istituzionale, non si tratta di Esecutivi di inizio legislatura, con una potenziale prospettiva di lavoro e durata di un quinquennio, bensì di esperienze con durata sempre limitata che, fino adesso, non hanno mai raggiunto la soglia dei due anni di attività. Questo dato ne condiziona genesi, programma di governo, azione e rapporti con il Parlamento, fino al punto di constatare come ogni esperienza di “Governo tecnico” si sia rivelata, da una certa prospettiva, simile al modello del “Governo di legislatura”, inteso come quel Governo le cui sorti determinano in modo indissolubile quelle della legislatura stessa (GIANFRANCESCO, 2023, 5). La fine dell'esperienza di tali Esecutivi, infatti, ha sempre coinciso con la fine anticipata della legislatura, manifestando una diretta connessione tra la loro durata e l'intenzionale esercizio del potere di scioglimento anticipato da parte del Presidente della Repubblica (DE CARLO, 2024, 48; MAESTRI, 2024).

Dentro questo quadro di insieme e nella elasticità delle disposizioni costituzionali ex art. 95 – che disegnano il ruolo collegiale del governo e plasmano quello del Presidente del Consiglio (CIOLLI, 2018; DELL'ATTI, 2022) – durante l'esperienza dei tecnici, il Presidente del Consiglio sembra assumere un ruolo ancora più centrale tanto nella fisionomia dell'Esecutivo quanto nella selezione e nel rapporto con gli altri membri “tecnici” dell'organo, in virtù della loro provenienza non partitica che ne favorisce una sorta di disintermediazione con le forze politiche presenti in Parlamento (CASSESE, 2022). Da questa constatazione deriva un legame stringente tra il Presidente del Consiglio e la quota dei Ministri tecnici, che subentra a quel legame che tradizionalmente unisce il Ministro “politico” al partito di riferimento, consentendo al Presidente di diventare in talune occasioni più “decisore” che “mediatore” in seno al Consiglio dei Ministri (MANETTI, 2016, 110; CLEMENTI, 2023).

Proprio questo protagonismo permette di comprendere più facilmente un ulteriore elemento distintivo della categoria, che si rinviene nell'intenso rapporto di interlocuzione e collaborazione con l'Unione europea che, sin dalle dichiarazioni programmatiche (GIANNONE, COZZOLINO, 2023), appare finalizzato a condurre l'azione del sistema politico italiano in stretta coerenza con il vincolo europeo (MERLINI, TARLI BARBIERI, 2017, 123; LUPO, 2021, 143).

Tale sintonia alimenta la riflessione per la quale questi Governi, sfruttando le particolari contingenze politiche in cui si trovano ad operare, costituiscono un importante passo verso l'evoluzione del processo di integrazione europea e un miglior viatico per l'implementazione di tutte quelle politiche e procedure euro-nazionali che caratterizzano sempre più incisivamente l'azione di governo (TARLEA, BAILER, 2020; BARTOLUCCI, 2020, 306 ss.; MANZELLA, LUPO, 2014). La necessaria interlocuzione di tutti i Governi con le istituzioni europee, la generale europeizzazione delle forme di governo degli Stati membri (LUPO, 2018, 178), l'impatto che il processo di integrazione ha avuto sul rafforzamento della posizione del Governo nei confronti del Parlamento e sugli equilibri all'interno del Governo stesso (LUPO, 2018, 30; BARBERA, 2023) sono dati inequivocabili, alla luce dei quali comprendere meglio i rapporti a "tendenza combinatoria" tra istituzioni nazionali e istituzioni europee (ARCURI, 2024, 301). Proprio nell'ambito di questo intricato tessuto di rapporti, la nomina di tali Esecutivi appare finalizzata al soddisfacimento di un più ampio indirizzo politico europeo di sistema destinato ad assicurare "una stabile unità finalistica" (MANZELLA, 2018, 462; BARBARESCHI, BARTOLUCCI, 2024) che, nelle condizioni di crisi date (CASSESE, 2016, 779), rischierebbe altrimenti di essere compromesso.

4. Il disegno di legge costituzionale A.S. 935 e l'incompatibilità con i Governi presieduti da non parlamentari

Nel novembre 2023, il Governo Meloni ha depositato il disegno di legge costituzionale A.S. 935 dal titolo "Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l'elezione diretta del presidente del Consiglio dei Ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e

l’abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica”, frutto di una lunga gestazione che ha comportato anche un corposo confronto con i costituzionalisti italiani (PITRUZZELLA, FABRIZZI, POGGI, TONDI DELLA MURA, 2023). L’obiettivo dell’articolato si è pertanto qualificato sin da subito per la volontà di introdurre l’elezione diretta del Presidente del Consiglio, con l’intento di agevolare la partecipazione dei cittadini alla selezione della compagine governativa (GLIATTA, 2024, 129 ss.) e con l’ambizione di garantire maggiore governabilità al sistema (ZAGREBELSKY, 2024, 12) e introdurre “meccanismi stabilizzatori delle compagini governative” (BLANDO, 2024, 4).

Sin dalla prima versione del disegno di legge costituzionale, che è stato oggetto di profonda analisi da parte della Commissione Affari Costituzionali del Senato (PICCIRILLI, FABRIZZI, 2025)⁶, si è osservato come il combinato disposto tra l’articolo 92 riformulato e il testo del nuovo articolo 94, nucleo centrale della riforma (BETZU, 2025, 289) non potesse che comportare una naturale *deminutio* delle funzioni del Presidente della Repubblica nella formazione del governo e una corrispondente valorizzazione del risultato elettorale in relazione all’elezione diretta del Presidente del Consiglio. Tale previsione, accolta con forti dubbi da parte della dottrina (AINIS, 2024; VOLPI, 2023), è stata posta a paragone con l’unico caso di elezione diretta del Presidente del Consiglio nel panorama comparato, registratosi in Israele nella seconda metà degli anni ‘90, al netto di numerose differenze tra i due sistemi (SEVERA, 2023; CAMPELLI, 2024).

Il modello proposto nella versione iniziale del revisionato art. 94 prefigurava, tra le altre cose, l’aggiunta di un comma in grado di disciplinare le ipotesi di sostituzione del Presidente eletto. In particolare, si riportava la disposizione per la quale “in caso di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio eletto, il Presidente della Repubblica può conferire l’incarico di formare il Governo al Presidente del Consiglio dimissionario o a un altro parlamentare che è stato candidato in collegamento al Presidente eletto, per attuare le dichiarazioni relative all’indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo

⁶ Per seguire i lavori parlamentari della riforma e le relative evoluzioni settimanali, si rinvia a FABRIZZI, PICCIRILLI (con F. Micari e F. Severa), 2023.

del Presidente eletto ha ottenuto la fiducia. Qualora il Governo così nominato non ottenga la fiducia e negli altri casi di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio subentrante, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere”.

Già dalle prime analisi di tale comma è emerso come la proposta mirasse a introdurre una incisiva modifica alla forma di governo, proiettandola verso una trasformazione in senso “neoparlamentare”, così come previsto dal modello applicato alle Regioni, senza tuttavia mutuarne pienamente la rigidità (CAVINO, 2024, 7; FUSARO, 2024, 6). Si è parlato, invero, di un modello “*simul simul* temperato” (BURATTI, 2023; BELLETTI, 2023), rinvenibile anzitutto nello scioglimento anticipato in caso di rieiezione della mozione di fiducia iniziale. Provando, però, a seguire il principio di una disposizione “stringente ma non soffocante” (CECCANTI, 2003, 19), la proposta ha rischiato di generare un meccanismo per il quale fosse solo il Presidente subentrante, secondo e ultimo della legislatura, ad essere in grado di godere del modello *simul simul* classicamente inteso (DE PRETIS, 2023). Un autentico paradosso rispetto alle finalità della riforma, che avrebbe così potuto sollecitare anche una possibile dicotomia tra le forze interne della maggioranza e il Presidente direttamente eletto (LUCARELLI, 2023; MONE, 2023). È apparso evidente che la disposizione avesse il chiaro intento, legando anche la nomina del “secondo Presidente” allo status di parlamentare, di impossibilitare il ricorso ai “Governi tecnici” (PIZZORNO, 2024, 12; SILVESTRI, 2024, 28) e, più in generale, ad Esecutivi guidati da personale non parlamentare.

Inoltre, alla possibilità di esercitare l’opzione del secondo Presidente avrebbe dovuto costituzionalmente legarsi il principio dell’indirizzo politico vincolato a quello del Governo uscente, già presieduto dal Presidente eletto. Una tale disposizione avrebbe di fatto impedito la formulazione di nuove linee programmatiche, limitando la libera espressione di un nuovo rapporto fiduciario (AURELI, 2024, 10-11; PEZZINI, 2024, 8). Si sarebbe così venuto a creare un problema di eccessiva rigidità nel passaggio tra un Governo e un altro, che avrebbe persino potuto complicare la piena attuazione dell’articolo 67 della Costituzione in relazione all’assenza di vincolo di mandato dei singoli parlamentari.

Gli obiettivi posti dai riformatori chiarivano sin da subito una certa ostilità nei confronti di quel modello a “tutela presidenziale” (LAUVAUX, LE DIVELLEC, 2015, 823 ss.; BALDASSARRE, 2012, 28; BURATTI, 2025, 6) che fino a questo momento è parso affermarsi nell’esperienza italiana e che ha permesso l’uso dello strumento dei “Governi tecnici”. Tuttavia, l’esame in Commissione ha mostrato la necessità di miglioramento del testo della riforma allo scopo di raggiungere gli obiettivi inizialmente prefissati.

5. L’attività emendativa della Commissione Affari costituzionali e la conferma dell’opzione del “secondo Presidente”

Il metodo seguito durante l’iter del provvedimento, a partire dalla fase di iniziativa, consente di individuare nel Governo l’attore protagonista di tutto il procedimento, confermando così un percorso già avviato durante i precedenti tentativi di riforma costituzionale della forma di governo, specialmente durante il Governo Renzi (LUPO, 2025, 7-8; FUSARO, 2015, 509 ss.). La volontà di circoscrivere le modifiche, inoltre, è dovuta non tanto alla possibilità di allargare la maggioranza parlamentare potenzialmente favorevole al provvedimento, quanto alla probabile campagna referendaria cui, seguendo la procedura ex articolo 138 Cost., il “premierato” è destinato ad essere sottoposto in caso di approvazione (SPADARO, 2024, 105)⁷.

Durante la fase emendativa del provvedimento il Governo, tra gli altri, ha presentato l’emendamento n. 4.2000, poi approvato in Commissione, che ha riscritto parte del nuovo art. 94. In particolare, tale disposizione è intervenuta sull’ultima parte dell’articolo, chiarendo che “in caso di revoca della fiducia al Presidente del Consiglio eletto, mediante mozione motivata, il Presidente della Repubblica scioglie le

⁷ L’impostazione è stata ribadita più volte dai vertici della maggioranza. Tra i tanti, si può ricordare l’episodio della seduta pomeridiana del 10 aprile 2024 della Commissione Affari Costituzionali del Senato, in cui il Presidente e relatore sen. Balboni, nell’esprimere parere contrario ad un emendamento dell’opposizione, ha specificato non un dissenso per questioni di merito, ma la preoccupazione secondo la quale una riforma costituzionale troppo ampia rischierebbe di essere difficilmente compresa dal corpo elettorale.

Camere. In caso di dimissioni volontarie del Presidente del Consiglio eletto, previa informativa parlamentare, questi può proporre, entro sette giorni, lo scioglimento delle Camere al Presidente della Repubblica, che lo dispone. Qualora non eserciti tale facoltà e nei casi di morte, impedimento permanente, decadenza, il Presidente della Repubblica può conferire, per una sola volta nel corso della legislatura, l'incarico di formare il Governo al Presidente del Consiglio dimissionario o a un altro parlamentare eletto in collegamento con il Presidente del Consiglio”⁸.

Se da un lato la disposizione introdotta ambiva al rafforzamento del meccanismo del *simul simul*, prevedendo la diretta applicazione del potere di scioglimento delle Camere in caso di approvazione di mozione di sfiducia, dall'altro è sembrato promuovere tre fattispecie di crisi: parlamentari, extra-parlamentari personali ed extra-parlamentari politiche. In particolare, attraverso l'utilizzo della parola “volontarie”, quindi dimissioni non giuridicamente dovute, si mirava ad attribuire un ruolo di decisivo impulso nella gestione della crisi al Presidente del Consiglio. La disposizione proposta mirava ad una ulteriore responsabilizzazione della figura del Presidente eletto in relazione alla possibilità di attivare o meno il potere di scioglimento (TEGA, 2024, 571, RUOTOLO, 2024, 191), evidentemente ridimensionando le modalità di accesso al ruolo del “secondo Presidente del Consiglio”, sempre connesso al primo (eletto) mediante il vincolo elettorale.

Proprio la parola “volontarie”, però, è parsa foriera di problematiche interpretative, in quanto sembrava escludere dalla disposizione il tema specifico della reiezione della questione di fiducia. Tale assenza avrebbe potuto consentire l'applicazione di una interpretazione estensiva dell'articolo in forza della quale il Presidente della Repubblica, tornato gestore della crisi, avrebbe potuto riespandere la propria sfera

⁸ Così i commi aggiuntivi dell'articolo 7 del disegno di legge che modifica l'articolo 94 della Costituzione. Peraltro, proprio a seguito dell'attività emendativa della Commissione, il provvedimento ha parzialmente modificato il proprio titolo inserendo un più generale “Modifiche alla parte seconda della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica”.

di influenza e proporre un ritorno di ipotesi tecniche apparentemente opposte alle logiche della riforma (CURRERI, 2024).

Il dibattito circa l'interpretazione delle dimissioni volontarie o non volontarie si è risolto, in sede di Commissione, con l'approvazione di un sub-emendamento proposto dall'opposizione e votato all'unanimità⁹. Tale intervento ha permesso di ricondurre la volontarietà o la non volontarietà dentro un'unica categoria di dimissioni, dando origine ad un'unica disciplina sul tema. Così facendo, il Presidente eletto, già dotato di una doppia legittimazione (STERPA, 2024, 79), risulta avere un ruolo preminente nella gestione della crisi in raccordo col Presidente della Repubblica (AURELI, 2024, 133; FURLAN, 139 ss.), potendo autonomamente valutare se chiedere il ricorso allo scioglimento anticipato, se chiedere di proseguire la legislatura offrendosi per un reincarico, oppure favorire il ricorso al “secondo Presidente del Consiglio”.

Quest'ultima ipotesi, che prevede la condizione costituzionale per la quale la persona incaricata dal Presidente della Repubblica debba necessariamente essere un parlamentare eletto nelle liste in collegamento al Presidente del Consiglio uscente, può aprire a scenari del tutto particolari se rapportati agli obiettivi della riforma. Nulla vieta, infatti, che il secondo Presidente incaricato venga scelto tra i membri del Gruppo misto, magari tra coloro i quali siano diventanti nel tempo dubbiosi rispetto alla linea del Presidente uscente o, addirittura, dissenzienti ad essa. Pur essendo ipotesi poco probabili, vista la *ratio* della norma e viste le evidenti garanzie che il Presidente uscente potrebbe richiedere per non proporre lo scioglimento anticipato, non può escludersi a priori un Esecutivo di emergenza guidato da personalità nel frattempo allontanatasi dalla maggioranza uscente.

Dentro questo quadro, nonostante le “clausole antiribaltone” (FRICANO, 2024, 166; BAILO, 2025, 542), può emergere l'ipotesi di un Presidente della Repubblica posto nelle condizioni di affidare l'incarico di formare un Governo ad una personalità che, seppur eletta nelle file della maggioranza uscente, si assuma la responsabilità di guidare un Esecutivo composto da esponenti non politici, rientranti nella

⁹ Subemendamento n. 49 all'emendamento 4.2000 del Governo, proposto dal sen. De Cristofaro e altri, votato all'unanimità nella 1ª seduta pomeridiana del 9 aprile 2024 della Commissione Affari Cost.

qualifica di tecnici. Un Governo del genere, che per volontà del legislatore costituzionale sarebbe l'ultimo della legislatura, rafforzato dal meccanismo del *simul simul* e con ogni probabilità (ma non necessariamente) accompagnato da un'ampia maggioranza *bipartisan*, potrebbe avvicinarsi al concetto di "Governo tecnico". Inoltre, con riferimento al programma di governo, non sarebbe nemmeno obbligato a proporre elementi di continuità col Governo precedente, vista l'espunzione dal testo del disegno di legge costituzionale del vincolo dell'indirizzo politico, presente nella prima versione..

Un'ipotesi difficile, ma suggestiva, che resta comunque lontana dall'idea di un Governo guidato da un esponente non politico-partitico, punto di partenza per la definizione di un "Governo tecnico".

6. Conclusioni

Il testo licenziato dalla Commissione, successivamente approvato dall'Assemblea del Senato e approdato alla Camera con la denominazione di A.C. 1921, più ampio rispetto all'articolato iniziale, sembra essere nettamente migliorato. Il tetto al limite dei mandati¹⁰, il potere di revoca dei Ministri in capo, nei fatti, al Presidente del Consiglio, insieme ad un potere di scioglimento maggiormente delineato che ridimensiona il ruolo del Presidente della Repubblica in rapporto alle crisi di governo (CECILI, 2024; SEPE, GIACALONE, 2024), consentono di fare chiarezza rispetto a molte problematiche sollevate dalle disposizioni in entrata. Allo stesso modo può definirsi chiaro il rapporto tra la tentata evoluzione della forma di governo parlamentare a tendenza primo-ministeriale promossa dal "premierato" e l'eventuale ricorso a formule di emergenza quali sono stati i "Governi tecnici". La riforma, infatti, nonostante possibili sorprese nella fase emendativa prevista alla Camera dei deputati, si rivela essere ampiamente contraria alla possibilità di ricorrere ai "Governi tecnici", a tal punto da prefigurare

¹⁰ Inizialmente non previsto dal testo del disegno di legge costituzionale, foriero di importante dibattito e introdotto durante l'esame in Commissione, il limite dei mandati è stato da subito ritenuto una garanzia costituzionale "necessaria" (STERPA, 2024, 109) per fare "l'interesse delle istituzioni e dei loro titolari" (LUPO, 2024).

l’impiego di possibili Presidenti del Consiglio esclusivamente contraddistinti dallo *status* di parlamentare.

Certamente, la “virtù” di fondo della revisione costituzionale in discussione, riassumibile nell’ambizione di sciogliere i nodi legati alla instabilità dei Governi e alla conflittualità delle maggioranze in loro sostegno, appare decisamente condivisibile (POGGI, 2024). Così come appare positiva l’intenzione di consolidare il ruolo diretto del corpo elettorale in relazione al proprio contributo nella determinazione dell’indirizzo politico del governo.

Ciononostante, al rafforzamento della posizione del Presidente del Consiglio conseguente alla sua elezione diretta e all’effetto trascinamento sulla maggioranza che, con ogni probabilità, verrebbe a manifestarsi in ossequio all’equilibrio tra governabilità e rappresentatività voluto dalla riforma, non ha fatto seguito per il momento quell’insieme di *checks and balances* utili a mantenere il sistema in equilibrio che, anzitutto, avrebbero il compito di consolidare il ruolo delle opposizioni e delle minoranze (PETRILLO, 2024)¹¹.

È proprio la ricerca di un equilibrio che ha stimolato il ricorso al “Governo tecnico” nella storia repubblicana degli ultimi trent’anni, nonostante parte dei suoi componenti non sembrino rientrare pienamente nel “circuito degli articoli 48 e 49 Cost” (BALDUZZI, 2024, 1041; VOLPI, 2017, 20). Gli Esecutivi così denominati, infatti, possono essere considerati una scelta, costituzionalmente legittima, che in tempi di forte stress economico-finanziario le istituzioni hanno adoperato per riequilibrare il sistema politico. Laddove quest’ultimo è apparso in netta difficoltà per via delle numerose crisi da affrontare, i Governi “senza formula politica” sembrano avere prodotto l’effetto di una vita-

¹¹ Giova ricordare l’odg G7.1000, presentato dalla Commissione affari costituzionali del Senato, su impulso del sen. Pera (precedentemente ritirato come emendamento) che recita: “Il Senato, in sede di esame dell’A.S. 935, esprime la necessità che, nei Regolamenti parlamentari, sia riconosciuta la figura istituzionale del Capo dell’opposizione, disciplinandone le modalità di elezione – da parte dei parlamentari che abbiano dichiarato di appartenere ai gruppi di opposizione – e le relative prerogative, con particolare riferimento al concorso nella formazione dell’ordine del giorno delle Camere.” Per un dibattito approfondito sugli effetti possibili della riforma, si veda il fascicolo n. 3 del 2024 della rivista *Quaderni Costituzionali*, intitolato *Un decalogo di temi e quesiti sul progetto governativo di riforma costituzionale*.

lità politico-istituzionale volta all'accelerazione nel raggiungimento degli obiettivi di politica pubblica. L'intensa attività di governo, guidata da esponenti non politico-partitici, che non a caso si è accompagnata a rilevanti modifiche formali della Carta costituzionale o sostanzialmente costituzionali, si è contraddistinta per il tentativo di ricomporre quell'equilibrio tra *policies e politics* essenziale, tra le altre cose, anche per coltivare un corretto rapporto con l'Unione europea (SCHMIDT, 2006; BARTOLUCCI, 2024, 175 ss.).

Dotati spesso di un ampio sostegno da parte dei gruppi parlamentari, i Governi di origine non politico-partitica hanno dato un forte contributo al riallineamento verso un equilibrio tra impulso riformista e una complessiva stabilità del sistema (MAGARÒ, 2024, 121), superando nei fatti quella “abiura al compromesso parlamentare sulla quale i partiti nati alla fine del XX secolo hanno fondato la propria legittimazione” (MANETTI, 2024, 76).

Alla luce degli esiti elettorali immediatamente successivi alle proprie dimissioni, che hanno permesso la formazione di Governi prettamente politici, accompagnati da regolari cleavage tra maggioranza e opposizione, il Governo costituito da “esperti di preziosa risorsa per il paese sull'orlo del baratro” (RUGGERI, 2023, 1016) sembra aver raggiunto il proprio scopo nei casi in cui è stato adoperato. Si è rivelato, vale a dire, un prezioso strumento in grado di contribuire al ripristino del regolare svolgimento del circuito elezioni-Parlamento-Governo.

Tuttavia, forse proprio per le larghe maggioranze di cui questi Esecutivi “tutt'altro che depotenziati” (NAPOLI, 2023, 199) hanno goduto, la responsabilità politica delle forze partitiche in loro sostegno non è sempre stata rivendicata con coerenza, fino ad arrivare all'esplicita volontà da parte di queste di non consentirne più la previsione.

La prospettata abolizione della categoria dei senatori a vita di nomina presidenziale – che, a seconda delle caratteristiche personali, hanno contribuito con il proprio *expertise* al miglioramento del rapporto complessivo tra tecnica e politica (FURNO, 2024, MENEGATTO, 2024, FRICANO, 2023, ARMAROLI, 2022) – si spiega anche con la volontà di non replicare una possibile soluzione simile a quella applicata nel 2011, attraverso il conferimento dell'incarico al sen. Mario Monti.

Il tema, invero, appare essere più profondo del solo destino dei “Governi tecnici” che, nonostante le critiche, paiono essere considerati delle risorse nel panorama europeo comparato (DURANTI, 2019, 351 ss.)¹². In particolare, alla luce di una revisione costituzionale che oscilla tra riforma e rottura dell’attuale assetto costituzionale (MANZELLA, 2023, 2; TONDI DELLA MURA, 2025, 250 ss.), il punto rilevante appare quello di considerare il “Governo tecnico” come una soluzione politica complessa, adottata dal Parlamento, in risposta a problematiche altrettanto complesse. Togliere questa opzione significa indubbiamente rischiare di togliere una freccia, rilevante nelle fasi di stallo del sistema, all’arco in possesso del Parlamento.

Senza dubbio le modifiche in questione ambiscono a proiettare strumenti ispirati al modello del presidenzialismo in un’architettura parlamentare (MORRONE, 2024, 699) – con i rischi che una tale operazione può comportare (ELIA, 1970, 671) – prospettando un superamento dell’attuale forma di governo. Ciononostante, ipotizzando future situazioni di crisi, in cui potrà rivelarsi necessario il coinvolgimento di una nuova e larga maggioranza politica che ricomponga le fratture tra le diverse forze parlamentari, non sarebbe errato riflettere ulteriormente su alcune disposizioni valvola, che permettano al sistema costituzionale nel suo insieme di manifestare la propria elasticità, fornendo nuove soluzioni complesse ai problemi che verranno.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV. (2023), Un decalogo di temi e quesiti sul progetto governativo di riforma costituzionale. *Quaderni costituzionali*, n. 3.
- Ainis M. (2024), *Capocrazia. Se il presidenzialismo ci manderà all’inferno*, La nave di Teseo. Milano.
- Albanesi E. (2025), L’elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri ed il c.d. simul simul. Della fine del libero mandato parlamentare («Après moi le déluge!»). *Federalismi.it*, n. 2.

¹² Bulgaria, Slovacchia, Austria hanno fatto ricorso, a diverso titolo, a questa formula; anche in Francia si è prospettato un interesse nella possibilità di ricorrere a un “Governo tecnico” in risposta alla crisi del 2024.

- Apostoli A (2018), L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili. *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3.
- Arcuri A. (2022), Da Conte I a Draghi. *Quaderni costituzionali*, n. 1.
- Arcuri A. (2024), *La forma delle fonti. La problematica del potere normativo nello Stato membro dell'Unione europea*. Bologna University Press. Bologna.
- Armaroli (2022), *I senatori a vita visti da vicino*, La Vela. Lucca.
- Armaroli (2022), Le anomalie di una crisi di governo. *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2.
- Aureli E. (2024), La rivoluzione al vertice: il “nuovo” Presidente della Repubblica nella forma di governo del Premierato. *Italian Papers on Federalism*, n. 3.
- Aureli E. (2024), Premio di maggioranza e vincolo di mandato governativo: rilievi critici ad una prima lettura del ddl. Costituzionale Meloni. *Osservatorio Aic*, n. 2.
- Bailo F. (2025), L'abolizione dei senatori a vita di nomina presidenziale. *Consulta online*, n. 2.
- Baldassare A., G. Scaccia (a cura di) (2012), *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo, Atti del convegno svoltosi a Roma il 26 novembre 2010*. Luiss Guido Carli. Roma.
- Baldassarre A. (2012), *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in A. Baldassare, G. Scaccia (a cura di), *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo, Atti del convegno svoltosi a Roma il 26 novembre 2010*. Luiss Guido Carli. Roma.
- Balduzzi R. (2024). *Governo di tecnici o governo tecnico?*, in A. Lamberti (a cura di), *Scuola, università e ricerca: diritti, doveri e democrazia nello “stato di cultura”*, Tomo II. Editoriale scientifica. Napoli.
- Barbareschi S. (2024), La rivincita di Barile. Primi spunti su Presidente della Repubblica e funzioni di indirizzo politico. *Federalismi.it*, n. 26.
- Barbareschi S. (2024), *La rivincita di Barile. Primi spunti su Presidente della Repubblica e funzioni di indirizzo politico*, in S. Barbareschi, L. Bartolucci (a cura di), *Le sedi dell'indirizzo politico costituzionale e dell'indirizzo di sistema nell'assetto attuale della forma di governo italiana*, in *federalismi.it*, n. 26.
- Barbareschi S., Bartolucci L. (a cura di) (2024), *Le sedi dell'indirizzo politico costituzionale e dell'indirizzo di sistema nell'assetto attuale della forma di governo italiana*, in *federalismi.it*, n. 26.

- Barbera A., (2023), *Introduzione*, in A. Predieri, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*. Giuffrè. Milano.
- Barile (1958), I poteri del Presidente della Repubblica. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*.
- Bartolucci L. (2019), *Rapporti tra Presidente del Consiglio e ministro dell'economia (1992-2018)*, in L. Tedoldi (a cura di), *Il Presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all'Unione Europea*. Biblion. Milano.
- Bartolucci L. (2020), *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*. Cedam. Padova.
- Bartolucci L. (2024), *Piano nazionale di ripresa e resilienza e forma di governo tra Italia e Unione europea*. Giappichelli. Torino.
- Belletti M. (2024), Il simul simul “temperato”, ovvero, la via italiana per la razionalizzazione della forma di governo parlamentare. Analogie e differenze tra i disegni di legge n. 830 e n. 935 A.S. *Osservatorio Aic*, n. 1.
- Betzu M. (2025), Il premierato e la trasfigurazione della fiducia parlamentare. *Rivista Aic*, n. 1.
- Bindi E. (2022), *Attualità dell'indirizzo politico costituzionale?*. D. Paris (a cura di), *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Blando F. (a cura di) (2024), *Un Presidente eletto dal popolo? Obiettivi, limiti, vie praticabili del premierato*. Giappichelli. Torino.
- Bonfiglio S, G. Maestri, Blanco Valdes R. L. (2022), *I partiti politici. Teoria e disciplina*. Cedam-Wolters Kluwer Padova-Milano.
- Bonfiglio S. (2023), *La scelta del premier nei sistemi parlamentari*. Giappichelli. Torino.
- Buratti A. (2023), *Audizione presso la I Commissione affari costituzionale del Senato*.
- Cabiddu M.G. (2024), Minimalismo massimo con salto di regime. Note a margine del c.d. premierato. *Osservatorio Costituzionale*, n. 4.
- Campelli E. (2024) *Il Governo di legislatura e l'elezione diretta del Primo Ministro nell'esperienza israeliana*, in B. Pezzini (a cura di), *In dialogo con Serio Galeotti a cento anni dalla nascita: dei grandi temi del diritto costituzionale*, *In dialogo con Serio Galeotti a cento anni dalla nascita: dei grandi temi del diritto costituzionale*. Giappichelli. Torino.

- Carabazzi R. (2021), *La tecnocrazia in luogo della politica. Tra crisi economico-finanziaria e pandemia*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Caravita B. (2020), *Lecture di diritto costituzionale*. Giappichelli. Torino.
- Caravita B., Fabrizzi F., Salerno G.M., Lippolis V. (a cura di) (2022), *La nascita dei Governi della Repubblica (1946-2021)*, Giappichelli. Torino.
- Carrozza (2016), *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, in G. Grasso (a cura di, con la collaborazione di R. Perrone), *Il Governo tra tecnica e politica*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Cassese S. (2016), *L'Europa vive di crisi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3.
- Cassese S. (2024), *Le strutture del potere*. Laterza. Roma-Bari.
- Cassese S., Melloni A., Pajino, (2022) (a cura di), *I presidenti e la presidenza del consiglio dei ministri nell'Italia contemporanea*. Laterza. Roma -Bari.
- Cataldo G. (2023), Sulla temporaneità nell'emergenza costituzionale. *Consulta online*, n. 1.
- Cavaggion G. (2021), La formazione del Governo Draghi: ritorno alla "normalità costituzionale" o conferma delle nuove prassi?. *Federalismi.it*, n. 13.
- Cavino M. (2024), L'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri. *Osservatorio Aic*, n. 1.
- Ceccanti S. (2003), *Il premierato. Matrici ideali e traduzione nell'oggi, Relazione al Seminario della Fondazione Italianieuropei*, Roma.
- Cecili M. (2024), *Presidente della Repubblica e crisi di governo*. Giappichelli. Torino.
- Cheli E. (1999), *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*. Giuffrè. Milano.
- Chiaromonte A. (2024), Quale sistema elettorale per il premierato? Dilemmi e prospettive. *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.
- Chiaromonte A., *Il sistema politico deistituzionalizzato*, in A. Chiaromonte, L. De Sio (a cura di), *Un polo solo. Le elezioni politiche del 2022*. Il Mulino, Bologna.
- Ciolfi I. (2018), *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*. Jovene. Napoli.
- Clementi F. (2023), *Il Presidente del consiglio dei Ministri: mediatore o decisore?*. Il Mulino, Bologna.
- Cottarelli C. (2024), *Dentro il palazzo*, Mondadori. Milano.

- Crescenzi D. (2017), *I ministri dell'economia e delle finanze in Italia e in Europa: una deriva tecnocratica al tempo di crisi?*, in M. Volpi (a cura di), *Governi tecnici e tecnici al governo*. Giappichelli. Torino.
- Croce B. (1948), Il ricorso ai “competenti” nelle crisi storiche. *Quaderni della Critica*, n. 4.
- Curreri S., *Le dimissioni del Governo battuto su una questione di fiducia: valutazione politica o obbligo giuridico?*, in *Lacostituzione.info*.
- De Carlo L. (2024), L'esercizio del potere di scioglimento delle Camere da parte del Presidente della Repubblica: per una ricostruzione diacronica, *Nomos. Le attualità nel diritto.*, n. 2.
- De Carlo L. (2024), Legge elettorale e premierato elettivo: tra prospettive di modifica e persistenti criticità, *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.
- De Fiores C. (2021), Tendenze sistemiche e aporie costituzionali dei governi tecnici in Italia, *Costituzionalismo.it*, n. 2.
- De Pretis D. (2023), *Audizione presso la I Commissione affari costituzionali del Senato*.
- Dell'Atti L. (2022), *Genesi, evoluzioni ed equivoci dell'organo Presidente del Consiglio dei Ministri*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli.
- Della Morte M. (2023), Uno vale tutti. Considerazioni critiche (a prima lettura) sul D.D.L premierato, *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, n. 2.
- Duranti F. (2019), Governi tecnici comparati, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2.
- Elia L. (1970), *Governo (Forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè. Milano.
- Esposito C. (1954), *La Costituzione italiana*. Saggi. Cedam. Padova.
- Esposito C. (1960), *Capo dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, VI. Giuffrè. Milano.
- Fabrizzi F., Piccirilli G. (con F. Micari e F. Severa), Un nuovo osservatorio per un nuovo tentativo di riforma costituzionale. *Federalismi.it*, 2023.
- Feroni G. C. (2020), Restituire lo scettro agli elettori: la sovranità popolare tra realtà e dover essere. *Osservatorio Costituzionale*, n. 1.
- Ferrajoli C.F. (2018), *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Ferraro L. (2019), *Crisi economica ed evoluzione delle forme di governo. Un'analisi comparata*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli.

- Ferro A. G., (2018), *La “neutralità” contingente e il suo custode. Contributo allo studio del ruolo del Capo dello Stato nella formazione dei “governi tecnici”: l’esperienza costituzionale italiana*, Catania.
- Francaviglia M. (2025), *I poteri normativi del Governo alla luce dell’elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Consulta online*, n. 1.
- Fricano A. (2023), I senatori a vita nell’ordinamento costituzionale italiano tra esigenze di continuità istituzionale e tentativi di riforma. *Rassegna Parlamentare*, n. 3.
- Fricano A. (2024), Il premierato claudicante: aspirazioni e incongruenze della riforma costituzionale Meloni–Casellati. *Italian Papers on Federalism*, n. 3.
- Frosini T.E. (2023), Sulla forma di governo del premierato (elettivo). *Rassegna Parlamentare*, n. 1.
- Furlan F. (2024). Ripensando la tassonomia degli atti del Presidente della Repubblica, tra attualità e possibili revisioni costituzionali. *Federalismi.it*, n. 25.
- Furno E. (2024), Il tramonto dei senatori a vita nel d.d.l. costituzionale sull’elezione diretta del premier. *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1.
- Fusaro C. (2015), Per una storia delle riforme istituzionali, (1948-2015). *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2.
- Fusaro C. (2024), Premierato a legittimazione diretta e scioglimento delle Camere. *Federalismi.it*.
- Galizia M. (1968), *Fiducia Parlamentare*, in *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè. Milano.
- Gianfrancesco E. (2023), *Le riforme costituzionali nella XIX legislatura: brevi considerazioni introduttive*, in *federalismi.it*, 7 giugno.
- Giannone D, Cozzolino A. (2023), *La democrazia dei tecnocrati. Discorsi e politiche dei tecnici al governo in Italia*, Meltemi editore. Milano.
- Gliatta A. M. (2024), La partecipazione popolare nel progetto di riforma costituzionale del c.d. premierato. *Costituzionalismo.it*, n. 1.
- Grasso G. (a cura di, con la collaborazione di R. Perrone) (2016), *Il Governo tra tecnica e politica*. Editoriale scientifica. Napoli
- Grimm D. (2023), *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*. Laterza. Roma-Bari.
- Grosso E (2024), Partiti politici e regolazione della forma di governo. *Rivista Aic*, n. 3.

- Guarino G. (1962), *Tecnici e politici nello stato contemporaneo. Prolusione al corso ufficiale di Istituzioni di diritto pubblico della facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Roma, tenuta il giorno 28.2.1962*, in Guarino, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano.
- Ibrido R., Lupo N. (a cura di) (2018), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*. Il Mulino. Bologna.
- Improta M. (2021), *Inside Technocracy: Features and Trajectories of Technocratic Ministers in Italy (1948–2021)*, in *Italian Political Science*, n. 3.
- Irti N. (2014), *Del salire in politica. Il problema della tecnocrazia*. Aragno. Torino.
- Kaplan R. D. (2025), *Waste Land: A World in Permanent Crisis*, Londra.
- Lamberti A. (a cura di) (2024), *Scuola, università e ricerca: diritti, doveri e democrazia nello “stato di cultura”, Tomo II*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Lauvaux P., Le Divellec A. (2015), *Les grades démocraties contemporaines*, Paris.
- Lavagna C. (1979), *Diritto pubblico*. Utet. Torino.
- Lucarelli A. (2023), La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri. *Diritto pubblico europeo. Rassegna online*, n.2.
- Lupo N. (2015), I “governi tecnici”. Gli esecutivi Ciampi, Dini e Monti nel difficile equilibrio tra tecnica e politica”. *Rassegna parlamentare*, n. 1.
- Lupo N. (2018), *Il governo italiano, settanta anni dopo*, in *Rivista AIC*, n. 3.
- Lupo N. (2018), *L'europeizzazione delle forme di governo degli Stati membri: la presidenzializzazione derivante da Bruxelles*, in R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*. Il Mulino. Bologna.
- Lupo N. (2021), Un governo ‘tecnico-politico’? Sulle costanti nel modello dei governi ‘tecnici’, alla luce della formazione del governo Draghi. *Federalismi.it*, n. 8.
- Lupo N. (2024), Il “no” al terzo mandato come garanzia costituzionale. *Il Mulino*, n. 1.
- Lupo N. (2025), The constitutional reform providing for direct election of the Prime Minister: the so-called ‘premierato’. *Contemporary Italian Politics*, n. 1.

- Magarò (2024), Suggestioni comparate (e anomalie) nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri. *Consulta Online*, n. 3.
- Manetti M. (2016), *il primato della tecnica e la rivincita della politica*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Manetti M. (2024), *Giurisprudenza costituzionale e convenzioni sulla separazione dei poteri*, in *Rivista AIC*, n. 4.
- Manzella A. (2018), *Indirizzo politico di sistema e forma di governo*, in R. Ibriido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*. Il Mulino. Bologna.
- Manzella A. (2023), Osservazioni sui tre punti chiave del paradigma di Enzo Cheli. *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3.
- Manzella A., Lupo N. (a cura di) (2014), *Il sistema parlamentare europeo. Lezioni*. Giappichelli. Torino.
- Martines T. (1957), *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*. Giuffrè. Milano.
- McDonnel D., Valbruzzi M. (2014), Defining and classifying technocrat-led and technocratic governments. *European Journal of Political Research*, n. 4.
- Melloni A. (2022), *Introduzione. Stagioni, permanenze e percorsi nella storia dei presidenti del Consiglio dell'Italia repubblicana*, in S. Cassese, A. Melloni, A. Pajno (a cura di), *I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari.
- Menegatto G. (2024), I senatori vitalizi come espressione del diritto costituzionale "soggettivo" ed "istituzionale" della cultura. *Consulta Online*, n. 1.
- Merlini S., Tarli Barbieri G. (2017), *Il governo parlamentare in Italia*. Giappichelli. Torino.
- Mestri G. (2024), *Lo scioglimento parlamentare negli ordinamenti repubblicani. I casi di Francia e Italia*. Giappichelli. Torino.
- Mone D. (2023), Il ddl costituzionale sull'elezione diretta del presidente del consiglio e la razionalizzazione del rapporto di fiducia: una riforma incoerente. *Diritto pubblico europeo. Rassegna online*, n. 2.
- Morelli A. (2018), La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione. *Consulta Online*, n. 1.

- Morrone A. (2024), Oltre il parlamentarismo, un premierato conflittuale. *Quaderni Costituzionali*, n. 3.
- Napoli C. (2023), Alterità attenuata e discontinuità identitaria. Riflessioni sull'avvicendamento tra tecnica e politica al governo. *Costituzionalismo.it*, n. 1.
- Nardini M. (2024), La proposta di riforma dell'articolo 92 della Costituzione e gli effetti conformativi sulla legge elettorale. *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4.
- Nicotra I. A. (2022), L'Europa di fronte alla “Permacrisi”. *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2.
- Pastorella G. (2016), Technocratic Governments in Europe: getting the critique right. *Political Studies*, n. 4.
- Petrillo P.L. (2024), L'opposizione parlamentare quale condizione essenziale del premierato. *Rivista Aic*, n. 2.
- Pezzini B. (2024), L'introduzione del premierato nel sistema costituzionale italiano. *Osservatorio Aic*, n. 1.
- Pezzini B. (a cura di) (2024), *In dialogo con Serio Galeotti a cento anni dalla nascita: dei grandi temi del diritto costituzionale*, Torino.
- Pitruzzella G., (2014), Crisi economica e decisioni di governo. *Quaderni costituzionali*, n. 1.
- Pitruzzella G., Fabrizzi F., Poggi A.M., Tondi della Mura V. (a cura di) (2023), *Riforme istituzionali e forme di governo*. Giappichelli. Torino.
- Pizzorno S.E. (2024), Il disegno di legge costituzionale ad iniziativa governativa volto a introdurre il premierato. Considerazioni. *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1.
- Poggi A.M. (2024), *Le virtù del premierato*. Giappichelli. Torino.
- Politi F., (2013), *Governo Tecnico*, in *Libro dell'anno del Diritto*, in *treccani.it*.
- Predieri A. (1998), *Euro. Poliarchie democratiche e mercati monetari*. Giappichelli. Torino.
- Predieri A. (2023), *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*. Giuffrè. Milano.
- Ruffilli R, Capotosti P.A. (1988), *Il cittadino come arbitro. La Dc e le riforme istituzionali*. il Mulino, Bologna.
- Ruggeri A. (2023), La riforma Meloni e le sue stranezze al bivio tra evoluzione istituzionale e involuzione autoritaria. *Consulta Online*, n. 3.

- Ruggeri A. (2024), Il premierato elettivo e la decostituzionalizzazione della Costituzione (note minime su una spinosa questione). *Consulta Online*, n.3.
- Ruotolo M. (2024), La verticalizzazione del potere. La separazione dei poteri alla prova dell'integrazione europea e di una recente proposta di riforma costituzionale. *Costituzionalismo.it*, n. 1.
- Schmidt V. (2006), *Democracy in Europe. The EU and national politics*, New York.
- Schmitt C. (1932), *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in Id., *Le categorie del "politico"*, Bologna, trad. 2014
- Sepe S., Giacalone O. (2024), *I Presidenti della Repubblica e le crisi di governo. Cinquant'anni di Storia italiana (1971-2021)*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Severa F. (2023), L'elezione diretta del vertice del Governo e le sue possibili declinazioni materiali: il precedente israeliano e il nuovo modello italiano. *Democrazia e diritto*, n. 2.
- Silvestri G. (2023), Stretta autoritaria o paralisi: le rosee prospettive del premierato. *Democrazia e diritto*, n. 2.
- Spadaro A. (2024), Dal "parlamentarismo" al "premierato": le quattro vie percorribili. *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2.
- Staiano S., (2023) Democrazia dei partiti e forma di governo. *Quaderni costituzionali*, n. 2.
- Staiano S., Ferraiuolo G, Vuolo A (2020), *Partiti politici e dinamiche della forma di governo. Atti del Convegno di Napoli 14-15 giugno 2019*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Sterpa A. (2024), *Premierato all'italiana*. Utet. Segrate.
- Tarlea S, Bailer S., *Technocratic cabinets in European negotiations*, in E. Bertsou, D. Caramani (a cura di), *The technocratic challenge to democracy*, Londra e New York.
- Tedoldi L. (a cura di) (2018), *Il Presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all'Unione Europea*, Milano.
- Tega D. e alt. (2024), Un decalogo di temi e quesiti sul progetto governativo di riforma costituzionale. *Quaderni Costituzionali*, n. 3.
- Tondi della Mura V. (2025), *Neoparlamentarismo ed esigenze di riequilibrio tra i poteri*, in F. Blando (a cura di) *Un Presidente eletto dal popolo*. Giapichelli. Torino.

- Troisi M, Vuolo A (2025) *L'elezione diretta del Presidente del Consiglio*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Valbruzzi M. (2020), *Technocratic cabinets*, in E. Bertsou, D. Caramani, *The technocratic challenge to democracy*, London and New York.
- Vercesi M. (2023), *Trust in Strangers. Why Political Parties Rely on Non-Partisan Prime Ministers*, in *researchgate.it*.
- Vernata A. (2022), Il Parlamento tra tecnica e politica. *Diritto costituzionale*, n. 3.
- Visentini B. (1983), *Governo, Parlamento e partiti*. Edizioni del Circolo 2 giugno. Roma.
- Volpi M. (2023), *Quale forma di governo per l'Italia*. Mucchi editore. Modena.
- Volpi M. (a cura di) (2017), *Governi tecnici e tecnici al governo*. Giappichelli. Torino.
- Zagrebelsky G. (2024), *Sul premierato*, in G. Zagrebelsky, A. Spataro, F. Palante (a cura di), *Loro dicono. Noi diciamo*. Laterza, Roma-Bari.
- Zanon N. (2024), Su quanto possa o debba essere “forte” un Presidente del Consiglio eletto direttamente. *Osservatorio Aic*, n. 1.

Maria Elena Mariano

L'IMPATTO DELLA GOVERNANCE DEL PNRR SULL'ASSETTO COSTITUZIONALE: UN CONFRONTO CON L'ESPERIENZA SPAGNOLA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La *governance* del PNRR. – 2.1 La prima *governance* italiana. – 2.2. La seconda *governance* italiana. – 3. La *governance* del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. – 4. Prime considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il presente contributo si propone di analizzare l'impatto che il programma *Next Generation EU* (NGEU) ha avuto sugli ordinamenti degli Stati membri e, in particolare, su quello di Italia e Spagna. Come noto, i due Paesi sono stati i destinatari dei maggiori contributi da parte della Commissione europea, il che giustifica la grande attenzione loro rivolta dagli studiosi, in merito alle modalità con cui tali fondi sono impiegati e alla riuscita complessiva delle riforme prefissate.

Questo studio, tuttavia, ha l'obiettivo di confrontare i Piani di Italia e Spagna da una diversa prospettiva, soffermandosi sulle strutture di *governance* istituite nei due Stati per gestire con efficacia e celerità gli ingenti fondi stanziati, allo scopo non di saggiarne la maggiore o minore efficacia, bensì l'incidenza, presente e futura, sulle rispettive forme di governo.

È importante premettere che tutti i Paesi beneficiari delle risorse del *Recovery Fund* si sono dotati di apposite strutture di gestione, ciascuna con caratteristiche proprie. Si tratta di un approccio nuovo alla distribuzione e all'implementazione dei fondi europei, che rappresenta un allontanamento significativo dalle modalità di gestione standardizzate del passato.

Il meccanismo del RRF, innanzitutto, introduce un sistema calibrato sulle prestazioni del Paese coinvolto: il rilascio degli stanziamenti è infatti condizionato al raggiungimento di traguardi specifici, preceden-

temente concordati con le istituzioni europee. In tal senso si discosta largamente dal modello impiegato nella gestione dei tradizionali strumenti di finanziamento dell'Unione, quali ad esempio i fondi di coesione, il cui monitoraggio e rimborso erano basati principalmente su *audit* finanziari delle spese rispetto ai costi concordati, piuttosto che sui progressi sostanziali ottenuti nel raggiungimento degli obiettivi pianificati.

Il superamento del modello fondato sulla sanzione, in favore di quello, maggiormente incentivante, legato al traguardo raggiunto, non è il solo elemento di innovazione. Lo strumento è, invero, progettato anche per essere *demand-driver*, ossia guidato dalle esigenze specifiche dei Paesi membri, che infatti hanno sviluppato i propri Piani in collaborazione con la Commissione.

Considerato il momento di tragica eccezionalità che ha costituito il presupposto di giustificazione dello stanziamento di questi fondi, lo scopo principale delle istituzioni europee era quello di limitare il più possibile il rischio di fallimento del programma, e dunque – diversamente dalle politiche precedenti –, anche quello di garantire un pieno coinvolgimento degli attori istituzionali e sociali degli Stati membri. In altri termini, era necessario stimolare il senso di «*ownership* nazionale» rispetto al Piano perché le comunità locali si sentissero effettivamente responsabili dei risultati da conseguire¹.

Ciò si riflette non solo nel contenuto dei singoli Piani, ma anche nelle strutture di implementazione scelte dai rispettivi Paesi, che sono state ideate tenendo conto del contesto politico-istituzionale in cui dovevano essere inserite². Ed è con riguardo a questo profilo che risulta interessante il confronto tra le scelte italiane e quelle spagnole, poiché

¹ ZEITLIN, BOKHORST, EIHMANIS, (2023), 12 ss.

² DI LASCIO, LORENZONI, (2022), II, 338 ss., in cui si precisa che «le istituzioni europee non hanno fornito al riguardo indirizzi o criteri guida agli stati, se non chiedendo rassicurazioni circa l'efficacia degli strumenti nazionali della gestione delle risorse finanziarie. L'esercizio di una piena discrezionalità statale in questo ambito ha portato alla individuazione di soluzioni caratterizzate da alcune differenze sostanziali che si potrebbero supporre dovute, per certi versi, alle finalità perseguite e ai settori cui i Piani dedicano maggiore attenzione e, per altri versi, alle caratteristiche del sistema amministrativo considerato e alla quantità di risorse richieste alle istituzioni europee».

determinati *framework* istituzionali avrebbero dovuto portare a determinate scelte di *governance*, conclusione che, invece, non sembra così scontata.

La dottrina, a tal proposito, ha identificato tre modelli generali a cui ricondurre le diverse *governance* adottate a livello europeo per la gestione dei fondi NGEU: il primo modello assegna la responsabilità e il coordinamento al Ministero dell'economia e delle finanze, come accade in Francia e Germania; il secondo, invece, prevede un coordinamento più ampio tra diversi ministeri sotto la guida del Presidente del Consiglio o del Primo Ministro, come nel caso di Spagna e Portogallo; infine, il terzo modello vede un coordinamento centrale diretto dal vertice dell'esecutivo, supportato da diversi organismi, caratteristico dell'Italia (DI LASCIO, LORENZONI, 2022, 340).

La *governance* italiana, in questo contesto, rappresenta un caso unico, contraddistinto da una spiccata centralizzazione delle funzioni di indirizzo e gestione in capo all'esecutivo e, in particolare, al Presidente del Consiglio dei ministri. L'accentuata centralizzazione evidenziata dalla dottrina ha portato a ipotizzare che la *governance* del PNRR possa costituire un elemento che, insieme con altri, stia contribuendo a trasformare, di fatto, la forma di governo italiana. Nonostante l'Italia mantenga una forma di governo parlamentare, la stessa sta assumendo caratteristiche sempre più vicine a quelle di un sistema presidenziale. Tale dibattito, del resto, si inserisce in una discussione più ampia riguardante l'introduzione del cosiddetto premierato, che rappresenta una possibile evoluzione della forma di governo italiana verso una maggiore concentrazione di potere nelle mani del capo del Governo.

Dunque, per l'Italia è ormai quasi pacifico il rafforzamento dell'esecutivo e del suo Presidente; il *paper* intende, allora, esplorare se, e come, il modello di *governance* adottato dalla Spagna nell'attuazione del suo *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* stia parimenti influenzando la distribuzione del potere a favore dell'esecutivo e la forma di governo, e confrontare, per l'effetto, tali dinamiche con quelle osservate in Italia.

2. La governance del PNRR

L'attuale *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza è il risultato di un processo di evoluzione istituzionale e politica legato all'avvicinarsi di diversi esecutivi.

Dopo la prima fase di negoziazione, che ha portato all'approvazione dello strumento del PNRR sotto la guida del Governo Conte II, è spettato al Governo tecnico presieduto da Draghi, ricomporre la crisi provocata dalle divergenze politiche sulla gestione dei fondi europei, e delineare un primo impianto di *governance*; ciò è avvenuto, in parte, conservando alcune intuizioni che il predecessore non era stato in grado di concretizzare, in parte, adattando tale struttura alle particolari esigenze politiche che nel frattempo si erano presentate³. Tuttavia, dopo le elezioni di settembre 2022, ed il deciso cambio di rotta nella conduzione della politica nazionale, anche l'architettura di gestione del Piano è stata oggetto di significative modifiche, che hanno riguardato la struttura decisionale e la distribuzione delle responsabilità.

2.1. La prima governance italiana

La *governance* del PNRR è stata istituita con il decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, comunemente noto come decreto semplificazioni-bis, poi convertito, con modifiche, nella legge 29 luglio 2021, n. 108. L'obiettivo di rafforzamento delle strutture amministrative e al tempo stesso, snellimento delle procedure, si è tradotto nella creazione di un apparato complesso e reticolare, composto da strutture amministrative già esistenti, potenziate per l'occasione, a cui si sono aggiunti organismi nuovi, nati con il solo compito di supportare l'attuazione del Piano e destinati, quindi, a seguirne il corso⁴.

³ La struttura delineata dal governo Draghi si distingue rispetto a quella prefigurata dal precedente governo, perché quest'ultima prevedeva, accanto alla Cabina di regia, composta dal Presidente del Consiglio, dal Ministro dell'economia e delle finanze e dal Ministro dello sviluppo economico, anche sei *manager-commissari* e una specifica *task force*. Così MENEGUS, (2023), 208.

⁴ Cfr. La *governance* del Piano <https://www.governo.it/it/approfondimento/governance-del-pnrr/16709>.

Al vertice della struttura decisionale è stata posta la Cabina di regia, organo costituito presso la Presidenza del Consiglio e presieduto dal Presidente del Consiglio dei ministri, alle cui riunioni prendono parte, a seconda della tematica all'ordine del giorno, i ministri e i sottosegretari di Stato alla Presidenza del Consiglio competenti per materia. La Cabina di regia è stata attribuita di poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi del Piano, oltre che di elaborazione degli strumenti di informazione sul suo stato di avanzamento⁵.

A supporto di tale camera di controllo, sono stati creati ulteriori organi: il Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, cui sono state attribuite funzioni consultive nelle materie connesse all'attuazione del PNRR⁶; la Segreteria tecnica, istituita presso la Presidenza del Consiglio, con funzioni di supporto alla Cabina e al Tavolo permanente⁷; ed infine, l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione, presso il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio, con il compito di

⁵ V. art. 2 decreto-legge n. 77/2021, per l'originaria composizione e le competenze attribuite alla Cabina di regia. Si anticipa, inoltre, che, sebbene formalmente conservata, nella successiva *governance* la Cabina di regia perde la propria posizione di spicco; v. *infra*.

⁶ V. art. 3 decreto-legge n. 77/2021, secondo il quale il Tavolo permanente, soppresso nell'attuale configurazione della *governance* del PNRR (su cui v. *infra*), era costituito dai rappresentanti delle parti sociali, del Governo, delle Regioni, delle Province autonome, degli Enti locali, di Roma capitale, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'università e della ricerca, della società civile e delle organizzazioni della cittadinanza attiva.

⁷ V. art. 4 decreto-legge n. 77/2021, che, tra le competenze dell'organo, come supporto della Cabina di regia, indicava l'elaborazione di periodici rapporti informativi sulla base dell'analisi e degli esiti del monitoraggio sull'attuazione del PNRR. Con riferimento alla figura del Presidente del Consiglio dei ministri, invece, l'individuazione e segnalazione delle azioni utili al superamento delle criticità sollevate dai Ministri competenti, la segnalazione dei casi da valutare ai fini dell'eventuale esercizio dei poteri sostitutivi di cui all'articolo 12, e l'istruzione dei procedimenti relativi all'adozione di decisioni finalizzate al superamento del dissenso. Si avvisa che tali competenze sono state drasticamente ridimensionate con la riforma della *governance* attuata dal Governo Meloni, v. *infra*.

individuare e risolvere gli ostacoli normativi all'attuazione delle riforme⁸.

I compiti di supervisione, controllo e rendicontazione, invece, sono stati attribuiti al Ministero dell'economia e delle finanze, e nello specifico al Servizio centrale per il PNRR, punto di contatto nazionale con le istituzioni europee, e con le strutture di coordinamento individuate in ciascuna amministrazione centrale titolare di interventi sul Piano; mentre, per le funzioni di *audit* e di monitoraggio anticorruzione, è stata contemplata una struttura dirigenziale presso la Ragioneria generale⁹.

Il decreto-legge n. 77/2021 assegna evidentemente la responsabilità di indirizzo del Piano nazionale di ripresa e resilienza alla Presidenza del Consiglio, in seno alla quale sono stati istituiti gli organi di presidio e coordinamento, con particolare rilievo alla Cabina di regia.

La natura di tale organo è controversa¹⁰ ed il suo funzionamento strenuamente criticato, perché, secondo parte della dottrina, svuoterebbe di significato il Consiglio dei ministri¹¹, sovrapponendosi di fatto alle funzioni che spettano al Governo, come nuova sede decisionale¹².

⁸ V. art. 5 decreto-legge n. 77/2021.

⁹ V. artt. 6 s. decreto-legge n. 77/2021.

¹⁰ BILANCIA, (2022), 24, parla infatti di «eccentricità» dell'organo rispetto al quadro di quelli non necessari definito dalla legge n. 400/1988. Sul punto, inoltre, MENE-GUS, 2023, 217, osserva che la Cabina di regia non può essere equiparata al Consiglio di Gabinetto, in quanto la composizione della prima è variabile e non dipende dal ruolo o dalla rappresentatività dei soggetti coinvolti, i quali sono selezionati esclusivamente sulla base delle loro competenze. Inoltre, va esclusa una comparazione con il Comitato interministeriale, poiché, a differenza di quest'ultimo, che ha la facoltà di deliberare in via definitiva con effetti esterni, la Cabina di regia svolge esclusivamente funzioni preparatorie. L'A. sostiene, tuttavia, che le sue funzioni e la sua collocazione presso la Presidenza del Consiglio la rendono più affine ai Comitati di ministri previsti dall'art. 5, comma 2, lett. h), legge n. 400/1988.

¹¹ Particolarmente scettica sulla compatibilità della Cabina di regia rispetto al principio di collegialità del Governo è NICCOLAI, (2022), 231 ss.

¹² Tali timori sono stati generati dalla circostanza che il Piano stabilisce interventi e riforme in materie disperate, incidendo in larga parte sul contenuto della politica del Paese, fino alla sua data di completamento. Non a caso, ha parlato di una riscoperta della nozione di indirizzo politico normativo, SCIORTINO, (2021), 251 ss.

Altri interpreti, invece, ritengono che il problema non stia, tanto, nella creazione di un organo di tal specie, quanto piuttosto nella concreta possibilità che si verifichi un *vulnus* alla *par condicio* tra i membri del Governo, poiché si attribuirebbe una posizione di predominio ai ministri che partecipano stabilmente alle riunioni della stessa¹³.

Un'ulteriore posizione, infine, nega che il decreto abbia determinato una «assimilazione»¹⁴ tra Consiglio dei ministri e Cabina di regia. L'art. 2, comma 2, del decreto-legge n. 77/2021, nel declinare le competenze della Cabina, scongiura tale assimilazione attraverso il richiamo a quanto previsto dall'articolo 2 della legge 23 agosto 1988, n. 400 e quindi al rispetto delle prerogative del Consiglio dei ministri. Quest'ultimo, infatti, può continuare ad esercitare le proprie funzioni di determinazione della politica generale anche nei confronti dell'organo (TARLI BARBIERI, 2023, 85). A conferma di ciò, il comma 6-*bis* dello stesso decreto prevede che il Presidente del Consiglio possa deferire al Consiglio dei Ministri singole questioni, affinché questo stabilisca le direttive cui la Cabina di regia deve attenersi. Tale meccanismo è, del resto, analogo a quanto previsto dalla legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio per i Comitati di ministri e i Comitati interministeriali. Pertanto, secondo questa ricostruzione, non vi sarebbe alcun rischio di esorbitare dall'ambito di costituzionalità delle strutture governative, essendo previsti, almeno in linea teorica, una serie di strumenti che permettono al Governo di riappropriarsi degli indirizzi politico-amministrativi elaborati al di fuori del suo contesto decisionale (TARLI BARBIERI, 2023, 85).

Merita, infine, una riflessione specifica la decisione di affiancare alla Cabina di regia due organi tecnici di supporto: la Segreteria tecnica e l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione. Questi organismi hanno sollevato perplessità nella dottrina in relazione, in particolare, ai potenziali contrasti con le disposizioni che regolano l'ordinamento della Presidenza del Consiglio (BILANCIA, 2022, 26). A differenza del modello tradizionale delle strutture di missione, tali organi sono caratterizzati da una durata superiore a quella del governo

¹³ Così, MENEGUS, (2023), 216. Si pensi, ad esempio, al Ministro dell'economia e delle finanze.

¹⁴ La terminologia impiegata è di VERNATA, (2022), II, 238.

che li ha istituiti, restando operativi fino al completamento del Piano, e comunque non oltre il 31 dicembre 2026. La peculiare estensione temporale è legata alla loro funzione di sostegno al Piano: conferire continuità, a dispetto dell'instabilità tipica della politica. Inoltre, secondo quanto si deduce anche alla luce dei lavori preparatori al decreto-legge, le strutture tecniche di supporto si sottraggono al meccanismo dello *spoils system*, e sopravvivono all'avvicinarsi dei governi non solo come uffici, ma anche come singoli incarichi (SILEONI, 2023, 109 ss.). Secondo una prima dottrina, ciò comporta una lesione del principio di democraticità dell'amministrazione pubblica, poiché tali organi sarebbero responsabili solo di fronte all'Unione europea e non davanti alla Nazione¹⁵. Tuttavia, come rilevato da altra dottrina, la centralità delle strutture tecniche potrebbe essere stata considerata necessaria al fine di agevolare la capacità decisionale dell'intero sistema, riducendo così il rischio di mancata attuazione delle riforme (TARLI BARBIERI, 2023, 88).

Affidare l'asse portante della *governance* del Piano, ed in particolare, le funzioni di impulso, indirizzo e risoluzione dei possibili contrasti, a soggetti amministrativi nuovi, orbitanti intorno alla Presidenza del Consiglio, e che in alcuni casi si sono sovrapposti del tutto a strutture già esistenti¹⁶, ha comportato che si venisse a creare, in tal modo, un sistema di *governance* fondato su una consistente assegnazione di funzioni e responsabilità in capo al Presidente del Consiglio. Tale assegnazione ha riguardato attività che egli esercita anche indipendentemente dal suo ruolo di Presidente e che, dunque, si ritiene, non impegnino anche il Consiglio dei ministri (PEREZ, 2022, V, 598).

Nello specifico, il Presidente del Consiglio diviene titolare di funzioni amministrative non possedute in passato. Questo potere si manifesta, da un lato, nella capacità di creazione di nuove strutture, adotta-

¹⁵ È noto l'appellativo «organismi custodi del piano» con cui sono stati definiti da NICCOLAI, (2022), 227.

¹⁶ L'Unità per la regolazione e il miglioramento della regolamentazione è, in effetti, coincidente con la preesistente Unità per la semplificazione e la qualità della regolazione, sempre presso il DAGL, il che, afferma SILEONI, (2023), 110, è indice della volontà di creare una *governance* apposita e specifica per il PNRR, che possa affiancare le strutture esistenti, anche rischiando di sovrapporsi ad esse.

te mediante suoi decreti successivi¹⁷; dall'altro, nella partecipazione a strutture costituite per legge, in cui, pur non svolgendo azioni di gestione diretta, esercita comunque poteri di indirizzo, impulso, e coordinamento¹⁸. L'emarginazione del Consiglio dei ministri, a fronte di una nuova collegialità ristretta ai ministri e sottosegretari di Stato competenti, pone il Presidente del Consiglio, a capo della *control room*, in una posizione di assoluta centralità nel sistema, e riconosce una autonoma supremazia ai suoi poteri di indirizzo, rispetto alla complessità soggettiva dell'istituzione governo, ma anche rispetto al suo oggettivo programma di governo (MANZELLA, 2022, XIX, 148).

Un altro segno dell'inequivocabile rafforzamento della Presidenza del Consiglio, lo si individua con riferimento ai poteri di controllo sulla gestione del Piano, attribuitigli direttamente, o per il tramite degli organismi precedentemente indicati. Si segnala, a tal proposito, che laddove, a seguito di un primo controllo, si sia rilevato che gli enti deputati all'implementazione del Piano siano stati inadempienti, e questo possa mettere a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del Piano, il Presidente del Consiglio, su proposta della Cabina di regia o del ministro competente, esercita i propri poteri sostitutivi, nominando uno o più commissari *ad acta*. Allo stesso modo, è previsto che, in caso di dissenso che ostacoli la realizzazione di un punto del Piano, la Segreteria tecnica proponga al Presidente di sottoporre la questione all'esame del Consiglio dei ministri¹⁹.

¹⁷ Il Tavolo per il partenariato economico e sociale e la Segreteria tecnica ne sono un esempio.

¹⁸ Ci si riferisce, *in primis*, alla Cabina di regia, nella quale *ex* decreto-legge n. 77/2021, tra le principali funzioni, il Presidente del Consiglio esercita poteri di impulso e di coordinamento, può attribuire ad un ministro, o ad un sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, tramite delega, lo svolgimento di una particolare attività, così come può effettuare una ricognizione periodica sullo stato di avanzamento degli interventi. Sempre PEREZ, *resilienza*, cit., 598, sottolinea che per attenuare gli effetti della diversa posizione assunta dal Presidente del Consiglio rispetto al Collegio, era stato anche previsto che egli, attraverso la Cabina di regia aggiornasse periodicamente il Consiglio dei ministri, e che, con cadenza semestrale, mediante relazione, informasse le Camere, così venendosi a creare un particolare rapporto tra questo organo, il Consiglio dei ministri e il Parlamento.

¹⁹ Anche sotto questo profilo si può notare come il Consiglio dei ministri sia chiamato in causa sempre e solo in un momento successivo, quasi a confermare quan-

Il Presidente del Consiglio assume, allora, un ruolo nevralgico rispetto alla riuscita del Piano, mediante l'attribuzione di particolari poteri e funzioni, che, tuttavia, allontanano la sua figura dall'immagine di *primus inter pares*, che emerge dal testo costituzionale e dalle discussioni della Costituente²⁰.

Basti pensare che l'indirizzo e il coordinamento, poteri che certamente sono, nella tradizione istituzionale, collegati alla figura del Presidente del Consiglio, da strumentali alla politica generale del Governo, nel quadro ora descritto, si prestano ad essere trasferiti al servizio di altri centri di determinazione politica (NICCOLAI, 2022, 232).

2.2. *La seconda governance italiana*

La riforma della *governance* del PNRR è stata introdotta con il decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, convertito, con modificazioni, nella legge 21 aprile 2023, n. 41. Tale intervento ha profondamente ristrutturato l'assetto delineato dal decreto-legge n. 77/2021, evidenziando chiaramente un cambio di rotta rispetto alle scelte politiche dei precedenti governi.

Pur conservando un modello organizzativo articolato su due livelli di gestione, con al vertice le strutture dotate di funzioni di impulso e coordinamento, e alla base, le amministrazioni attuatrici delle misure programmate, è possibile notare che sia venuta sostanzialmente meno la direzione bicefala della *governance*, in cui il comando era affidato alla Presidenza del Consiglio e al Ministero dell'economia e delle finanze (MACCHIA, IV, 447 ss.). Ciò, tuttavia, non significa affatto che sia stata ridimensionata e corretta la centralità del Presidente e della Presidenza del Consiglio, ma, al contrario, che vi sia stato un trasferimento delle funzioni spettanti al MEF, verso il Gabinetto del Presidente. Quest'ultimo risulta, inoltre, potenziato, anche dalla costituzio-

to sottoposto all'attenzione del Presidente da parte degli organi tecnici di supporto e deciso da quest'ultimo.

²⁰ Il rafforzamento di cui si parla era già stato evidenziato durante la crisi pandemica. Il decreto-legge n. 77/2021, istituendo una *governance* così marcatamente improntata alla figura e alle funzioni del Presidente del Consiglio, non ha fatto altro che confermare e «normalizzare» una tendenza sviluppatasi in un momento eccezionale.

ne di una nuova struttura di missione, a cui sono stati attribuiti i compiti che, in origine, erano distribuiti tra più organi, in alcuni casi soppressi, in altri comunque di fatto esautorati (MENEGUS, 2023, 220 ss.).

La Cabina di regia, pur mantenuta formalmente, è stata privata del suo potere decisionale, trasformandosi in un luogo di discussione e connessione con nuovi attori economici, con l'obiettivo di coinvolgerli successivamente nei processi di attuazione degli interventi previsti dal Piano²¹. Parallelamente, le sono state attribuite funzioni di coordinamento e cooperazione con il partenariato economico, sociale e territoriale, precedentemente svolte dal soppresso Tavolo permanente. I partecipanti del Tavolo ora prendono parte alle riunioni dedicate della Cabina²². Al suo vertice, inoltre, non vi è più, formalmente, il Presidente del Consiglio, bensì un ministro senza portafoglio, autorità politica delegata in materia di affari europei, politiche di coesione e PNRR.

Passando alle strutture tecniche di supporto alla Cabina di regia, la riforma le ha significativamente ridimensionate. La Segreteria tecnica è stata privata delle sue funzioni ausiliarie, ora completamente assorbite dalla nuova struttura di missione istituita presso la Presidenza del Consiglio. L'Unità per la razionalizzazione, invece, ha perso, sempre a favore della struttura di missione, il suo compito principale, ossia l'individuazione degli ostacoli normativi all'attuazione corretta e tempestiva del Piano e la proposta di coerenti soluzioni²³.

²¹ MACCHIA, (2023), 446 s., sottolinea, inoltre, che la rilevanza attribuita all'organo non debba essere in ogni caso sovrastimata, perché l'impressione che si avverte leggendo i comunicati stampa è che abbia funto da semplice «cassa di risonanza».

²² La soppressione del Tavolo permanente priva l'apparato di *governance* del luogo deputato alla rappresentanza istituzionale degli interessi dei gruppi socioeconomici.

²³ Come ipotizza SILEONI, (2023), 115, le modifiche attuate dal governo Meloni possono derivare anche dall'esigenza di cambiare i vertici preposti alle strutture tecniche, che sembravano insofferenti alla regola dello *spoils system*. Si consideri anche MENEGUS, (2023), 224, secondo il quale: «Quanto alla durata fissata sino al 31 dicembre 2023 per varie unità di missione (la Segreteria tecnica, l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione e le diverse strutture presso i Ministeri), si è visto come tale previsione – pur di rango legislativo – non abbia retto al cambio di Governo. Laddove non si è dato modo alle amministrazioni centrali di riferimento di poter procedere con l'usuale *spoils system*, si sono svuotate le competenze delle unità interessate». Sulla presunta impermeabilità delle strutture di *governance* al suddetto

Dunque, la Cabina di regia non rappresenta più uno strumento organizzativo di accentramento decisionale, come avveniva nella prima *governance*, poiché tale ruolo è conferito alla Struttura di missione presso la Presidenza del Consiglio. La nuova struttura coadiuva il ministro delegato, nello svolgimento delle funzioni di indirizzo e coordinamento, divenendo l'interlocutore privilegiato della Commissione europea per l'attuazione del PNRR. Verifica, inoltre, il rispetto delle tempistiche di attuazione degli interventi attribuiti alle singole amministrazioni²⁴ e svolge l'istruttoria nel processo di formulazione delle proposte di aggiornamento e modifica del Piano, come previsto dall'art. 21 del regolamento europeo n. 241/2021.

Come noto, nel sistema di *governance* delineato dal decreto-legge n. 77/2021, il punto di contatto nazionale con le istituzioni europee era rappresentato dal Servizio centrale per il PNRR, ora sostituito, con la riforma, dall'Ispettorato generale per il PNRR, anch'esso collocato presso il Dipartimento della Ragioneria dello Stato, all'interno del MEF. L'Ispettorato assume le funzioni precedentemente svolte dal Servizio, e, sebbene faccia parte del MEF, si smarca da esso, svolgendo un ruolo di supporto diretto alle attività del ministro delegato per il PNRR, e collaborando strettamente con la Struttura di missione presso la Presidenza del Consiglio.

Il trasferimento, da un organo tecnico ad uno politico, della responsabilità generale per l'attuazione del Piano e del contatto diretto con l'Unione europea, ha sensibilmente ridotto il peso del Ministero dell'economia. Tuttavia, questo passaggio, che si inserisce in una strategia di revisione dei rapporti con l'Unione europea, solleva più di qualche perplessità: affidare tali compiti ad un organo politico, anziché tecnico, introduce maggiori interferenze nella gestione amministrativa e sostituisce la logica della discussione tecnica con quella della negoziazione politica (MACCHIA, 2023, 449).

meccanismo, inoltre, l'A. afferma che l'1, comma 1, decreto n. 13/2023, dispone che le amministrazioni centrali titolari di interventi nel Piano possano procedere ad una riorganizzazione delle strutture di vertice, smentendo anch'esso quanto ipotizzato dalla dottrina in precedenza.

²⁴ Tale monitoraggio e la relativa rappresentazione pubblica all'esterno sono i compiti che favoriscono maggiormente l'accentramento dei poteri in seno alla Presidenza del Consiglio, MACCHIA, (2023), 448.

Allo stesso modo, secondo alcuni, è discutibile l'attribuzione di una delega così ampia, riguardante anche il Piano, ad un ministro senza portafoglio. La Costituzione, infatti, stabilisce che sia il Presidente del Consiglio a coordinare l'attività di governo e a mantenerne l'unità di indirizzo politico e amministrativo, potendo sì delegare ad altri, ma sempre garantendo il controllo diretto su tali funzioni (TARLI BARBIERI, 2023, 86 ss.; BASSANINI, 2021, 9).

3. *La governance del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*

Analogamente a quanto avvenuto in Italia, la *governance* spagnola è stata istituita tramite un decreto-legge, il *real decreto-ley* 30 dicembre 2020, n. 36, che introduce misure per la modernizzazione della pubblica amministrazione, con l'obiettivo di semplificare e rendere più efficiente l'attuazione del relativo Piano.

In accordo con le finalità dichiarate nel *Plan*, la struttura di *governance* è progettata per garantire un processo partecipativo, capace di integrare le proposte di attori politici, economici e sociali, assicurando al contempo un efficace coordinamento tra i diversi livelli di governo²⁵.

Sebbene tali finalità siano state in larga parte rispettate – come si evince dalla lettura del decreto, che evidenzia un approccio *bottom-up* (BONISSONI, 2021, 3) –, la struttura spagnola rimane comunque centralizzata, con un ruolo predominante dell'esecutivo.

Per la direzione e il coordinamento del Piano, è stata istituita, infatti, la *Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia*, organo presieduto dal *Presidente del Gobierno* e composto da tutti i ministri e vicepresidenti, oltre che dalle principali figure di rilievo dell'esecutivo spagnolo. La Commissione è incaricata di definire gli orientamenti politici generali per lo sviluppo e l'attuazione del Piano e di monitorarne i progressi; ad essa, inoltre, il Consiglio dei ministri

²⁵ V. *Plan de recuperación, transformación y resiliencia*, 187 s. Richiama, inoltre, tali finalità poste alla base della struttura di *governance*, anche DI LASCIO, LORENZONI, (2022), 344 ss.

può attribuire, di volta in volta, lo svolgimento di ulteriori attività o funzioni che si ritengano necessarie²⁶.

A supporto della Commissione, operano due organi: il *Comité Técnico para el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* e la *Conferencia Sectorial*. Pur avendo natura e composizione differenti, entrambi comunicano le loro preferenze alla Commissione, che è tenuta a prenderle in considerazione ed eventualmente a tradurle in progetti concreti (BONISSONI, 2021, 3).

Il *Comité Técnico* è un organo consultivo tecnico-scientifico, composto da un massimo di venti funzionari pubblici, scelti dalla stessa Commissione, tra gli esperti nella gestione dei fondi europei e nei settori di interesse. Il Comitato non ha poteri decisionali, ma fornisce un supporto alla Commissione, e all'*Autoridad Responsable del Mecanismo para la Recuperación, Transformación y Resiliencia*, occupandosi di studi, relazioni ed analisi preparatorie alle decisioni. Gestisce, inoltre, l'approvazione delle linee guida per l'attuazione del Piano e la redazione dei bandi di gara, fornendo assistenza e informazioni ai diversi organi e unità della *governance*. Può avvalersi, a sua volta, di consulenze esterne all'amministrazione, provenienti dal settore privato, dalla società civile e dalle università²⁷.

La *Conferencia Sectorial*, presieduta dal *Ministro de Hacienda*, invece, rientra tra gli strumenti di *governance* verticale o multilivello, e svolge un ruolo cruciale nel garantire la partecipazione, al processo decisionale, di soggetti esterni al governo centrale. Rappresenta, infatti, il tavolo di confronto tra lo Stato e le Comunità autonome, a cui siedono anche le amministrazioni locali, allorquando siano chiamate a parteciparvi per illustrare esigenze specifiche dei territori di cui sono esponenti.

A differenza dell'Italia, infatti, la Spagna prevede una maggiore partecipazione attiva delle parti sociali, consentendo loro di contribuire alla formazione delle decisioni, che, in ultima istanza, rimangono comunque di appannaggio della Commissione.

²⁶ Per la composizione esatta della *Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia* e le funzioni attribuitele si veda l'art. 14 *real decreto-ley* n. 36/2020.

²⁷ V. art. 15 *real decreto-ley* n. 36/2020; cfr. anche *Plan de recuperación, transformación y resiliencia*, 188.

Altra forma di coinvolgimento degli attori sociali consiste nella possibilità, concessa ai Ministeri, di promuovere *forum* volti a favorire la partecipazione attiva della società, allo scopo di condividere idee o raccomandazioni utili al raggiungimento degli obiettivi del Piano.

Quanto al monitoraggio del Piano, è previsto che il *Departamento de Asuntos Económicos y G20* del Gabinetto della Presidenza del Governo, ricevute le informazioni sullo stato di attuazione delle specifiche missioni, di cui sono titolari i differenti Ministeri, riferisca regolarmente al Presidente del Governo. Per favorire tale funzione, il *Departamento* funge da segretariato della Commissione, mantenendo così un forte collegamento operativo con essa.

Infine, sono previste due autorità: l'*Autoridad responsable del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia* e l'*Autoridad de control del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia*.

L'*Autoridad responsable* è incaricata di coordinare le diverse attività legate all'attuazione del PNRR, e funge da punto di raccordo tra il governo spagnolo e le istituzioni europee, in particolare con la Commissione europea.

L'*Autoridad de control*, rappresentata dall'*Intervención General de la Administración del Estado* (IGAE), è infine, responsabile della supervisione legale e finanziaria dei fondi del PNRR. Le sue tradizionali funzioni di *audit* risultano, dunque, potenziate dal *real decreto-ley*, che infatti, le attribuisce il coordinamento complessivo dei controlli assegnati a qualsiasi altro organo di controllo statale, autonomo o locale, con riferimento al *Plan* (DI LASCIO, LORENZONI, 2022, 347).

Dalla descrizione sopra effettuata, si può riscontrare una certa contiguità tra la *governance* spagnola e quella italiana nella sua prima versione. Tale vicinanza, tuttavia, è più apparente che reale e viene a sfumarsi del tutto se il raffronto viene effettuato alla luce delle modifiche, che nel frattempo, sono state apportate all'originario modello.

La struttura spagnola, in maniera simile alla prima *governance* italiana, vede posto al suo vertice un organo che funge da cabina di controllo, con il compito di impulso, indirizzo e coordinamento dell'intera impalcatura amministrativa. Tuttavia, la sovrapposizione tra i due organi di comando non può essere piena sia per la natura, che per le funzioni assegnate.

Con riferimento al primo aspetto, si evidenzia che la *Comisión* è concordemente classificata come una commissione interministeriale (AA. VV., 2021, 12; DI LASCIO, LORENZONI, 2022, 345) e non ne sono stati riscontrati profili di eccezionalità rispetto al contesto ordinamentale di riferimento. Invero, la presenza stabile di tutti «*las Ministras y Ministros del Gobierno*» esclude che possa ipotizzarsi il rischio della predominanza degli uni sugli altri. Al contrario, in Italia, la Cabina di regia, di cui è invece ampiamente dibattuta la natura, costituisce, anche in ragione della variabilità della sua composizione, un assoluto *novum*, per il possibile contrasto con l'art. 95 cost. e con l'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Ed ancora, in riferimento alle competenze, si può notare che le funzioni affidate alla Commissione sono minori rispetto a quelle che, in passato, erano ascrivibili alla Cabina di regia. La Commissione, infatti, si «limita», principalmente, a stabilire «*las directrices políticas generales*» del Piano, ma non pare un caso che nella stessa disposizione²⁸ vi sia un rimando espresso anche al ruolo del Consiglio dei ministri, e precisamente nel sintagma «*una vez aprobado por el Consejo de Ministros*». Rimando al Consiglio, poi, confermato anche nella possibilità che i singoli ministri, all'occorrenza, assegnino alla Commissione ulteriori compiti o attività, sgombrando in tal modo il campo dal dubbio circa la natura servente che tale organo ha rispetto al governo²⁹. Nella struttura di *governance* del Piano spagnolo, quindi, la Commissione rappresenta l'organo decisionale, senza, tuttavia, che da tale configura-

²⁸ V. art. 14 *real decreto-ley* n. 36/2020.

²⁹ Al riguardo corre l'obbligo di richiamare l'attenzione su quanto già detto in merito all'art. 2, comma 2, del decreto-legge n. 77/2021, il quale prevede – a fronte delle attribuzioni della Cabina di regia – che sia salvo quanto previsto dall'articolo 2 della legge n. 400/1988, che affida, com'è noto, la definizione della politica generale del Governo all'organo collegiale Consiglio dei ministri. Tale norma di rinvio avrebbe dovuto indurre a ritenere pacifico, anche per la Cabina di regia, che si trattasse di un organo preparatorio delle attività del Consiglio dei ministri. Tuttavia, sono proprio le disposizioni relative alla sua composizione ambigua che hanno, presumibilmente, sollevato dubbi su tale natura servente, in quanto la variabilità dei membri che vi possono partecipare, nonché la stessa frequenza con cui effettivamente vi partecipano, può determinare non solo il già segnalato rischio della predominanza di un ministro sull'altro, ma anche quello della possibilità che la Cabina si atteggi a reale organo decisionale in luogo del Consiglio.

zione consegua una compromissione dei poteri dell'esecutivo collegialmente inteso.

Se, poi, si effettua il confronto con la struttura di missione interna alla Presidenza del Consiglio, che oggi sostituisce di fatto la Cabina di regia come organo decisionale, si nota ancora di più l'assenza, in Spagna, di quella destrutturazione della collegialità, che gli studiosi, invece, riscontrano in Italia.

Il *Presidente del Gobierno*, pur inserito in un contesto caratterizzato dalla collegialità, mantiene nondimeno una posizione che si affranca da quella degli altri componenti se si considera, ad esempio, che per lui è previsto un canale di comunicazione esclusivo, che si viene a creare con l'organo di *Seguimiento*, sugli esiti del monitoraggio dello stato di attuazione del Piano da parte dei singoli Ministeri.

Tuttavia, considerato che il *Presidente* in Spagna è certamente un primo tra ineguali (SARTORI, 1995, 116 ss.), ci si sarebbe aspettati di riscontrare, con una certa probabilità, un numero maggiore di disposizioni che a lui si riferivano o che lo ponevano in posizione primaria e distinta rispetto all'organo collegiale di cui è a capo. Invece, questo accentramento di funzioni non pare che vi sia stato, e tale constatazione è tanto più degna di rilievo se si considera che l'Italia, che parte da premesse diverse, ha avuto un suo sostanziale rafforzamento, che non si è affatto arrestato con la riforma, ma si è anzi approfondito.

Ulteriore elemento dal quale si può ritrarre la convinzione che il *Presidente del Gobierno* non abbia assommato a sé i poteri che l'occasione avrebbe potuto propiziare, si ricava dalla presenza di disposizioni che, al contrario, prevedono strumenti di iniziativa dei singoli ministri (ad esempio, la facoltà loro riconosciuta di avviare *forum*) e, soprattutto, dal ruolo chiave che è comunque riconosciuto al *Ministro de Hacienda*. Quest'ultimo è incaricato di presiedere e coordinare le conferenze settoriali che, come evidenziato, hanno primaria rilevanza quali strumenti di *governance* multilivello, ed è altresì indicato come autorità responsabile per la gestione dei fondi europei nel loro complesso e, dunque, quale punto di contatto unico con la Commissione europea alla quale deve presentare relazioni periodiche sull'andamento dei progetti (DI LASCIO, LORENZONI, 2022, 346 ss.).

4. Prime considerazioni conclusive

La comparazione tra la *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e quella del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* ha messo in luce dinamiche divergenti tra i due Paesi, in particolare rispetto alla concentrazione del potere in capo al Presidente dell'esecutivo.

In Spagna, nonostante ci si sarebbe potuti attendere un rafforzamento della figura del Presidente del Governo, coerente con il ruolo più incisivo che questo esercita nel contesto di una forma parlamentare già fortemente caratterizzata, la *governance* del Piano sembrerebbe aver rispettato gli equilibri istituzionali esistenti. Il modello spagnolo si è mostrato più collegiale e multilivello, preservando la distribuzione del potere all'interno dell'esecutivo e scongiurando un accentramento decisionale.

Al contrario, l'esperienza italiana dimostra come la *governance* del PNRR abbia portato ad un rafforzamento della figura del Presidente del Consiglio, sia durante il Governo Draghi, che ha utilizzato una *governance* accentrata per garantire la stabilità esecutiva necessaria all'attuazione del Piano, sia nell'attuale Governo Meloni, che sembra utilizzare questa struttura come preludio ad una possibile riforma istituzionale verso il premierato. Si assiste, quindi, ad un utilizzo più strumentale della *governance* del Piano, che è ragionevole ipotizzare stia contribuendo ad accelerare un cambiamento nella distribuzione del potere all'interno della forma di governo italiana.

Questo confronto potrebbe, dunque, evidenziare un paradosso significativo: in Italia, dove la forma di governo parlamentare è tradizionalmente più bilanciata, la *governance* del Piano ha innescato una spinta verso una maggiore centralizzazione del potere esecutivo. In Spagna, invece, pur avendo una costituzione che già attribuisce al Presidente del Governo un ruolo più forte, la gestione del Piano ha mantenuto un equilibrio istituzionale e una partecipazione multilivello, senza alterare la distribuzione di potere cristallizzata. Questa differenza, che potrebbe essere il riflesso delle peculiarità proprie delle due esperienze costituzionali, apre una riflessione sul potenziale impatto della *governance* europea sulle forme di governo nazionali.

Riferimenti bibliografici

- Bassanini, F. (2021). Le riforme, il vincolo esterno europeo e la governance del PNRR: lezioni da una esperienza dal passato. *Astrid Rassegna*.
- Bilancia, F. (2022). Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche. *Costituzionalismo.it*.
- Bonissoni, A. (2021). The governance structure of Spain and Italy. Are their PNRRs overambitious? *Elcano Royal Institute*.
- Di Lascio, F., & Lorenzoni, L. (2022). Obiettivi, struttura e governance nei piani di rilancio nei sistemi europei: un confronto tra cinque Paesi. *Istituzioni del federalismo*.
- Macchia, M. (2023). L'amministrazione del PNRR: un cambio di paradigma? *Gior. dir. amm.*
- Manzella, A. (2022). L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR. *federalismi.it*.
- Menegus, G. (2023). La riforma della governance del PNRR. *AIC Osservatorio costituzionale*.
- Mocavini, G., & Amicarelli, P. (n.d.). I Piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata.
- Niccolai, S. (2022). L'influenza del PNRR sui processi di decisione politica. *Rivista AIC*.
- Perez, R. (2022). L'amministrazione del Piano di ripresa e resilienza. *Giur. dir. amm.*
- Sartori, G. (1995). Ingegneria costituzionale comparata. Il Mulino. Bologna.
- Sciortino, A. (2021). PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»? *Federalismi.it*.
- Sileoni, S. (2023). Il governo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza oltre i Governi. Bilanci e prospettive del ruolo della Presidenza del Consiglio. *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*.
- Tarli Barbieri, G. (2023). Gli sviluppi della forma di governo sotto la lente del PNRR. *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*.
- Vernata, A. (2022). La Costituzione e l'Europa alla prova del Recovery Plan. *Pol. dir.*
- Zeitlin, J., Bokhorst, D., & Eihmanis, E. (2023). Governing the RFF. *Policy Study*.

FUNZIONE LEGISLATIVA E GIUSTIZIA COSTITUZIONALE: SEPARAZIONE, COLLABORAZIONE O INTERDIPENDENZA?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sulla “incostituzionalità prospettata ma non dichiarata”. – 3. La ‘leale collaborazione’ come *fil rouge* della “incostituzionalità prospettata”. – 4. Un modello elastico per la giustizia costituzionale? – 5. Conclusioni aperte e possibili scenari.

1. Introduzione

Con l’ordinanza del 10 novembre 2022, n. 227 si è concluso il terzo episodio che ha visto la Corte costituzionale “sperimentare” l’utilizzo del nuovo tipo decisorio del c.d. rinvio a data fissa della decisione¹, inaugurato per la prima volta nel celebre “caso Cappato”. Una tecnica che consiste in un rinvio², appunto, con cui si anticipano, almeno in parte, i contenuti della decisione – tendenzialmente nel senso dell’accoglimento – e si invita il legislatore a provvedere a conformare la disciplina alla Costituzione³.

Per il tramite di tale particolarissima soluzione, la Corte ha così introdotto uno strumento decisorio che sembrerebbe rispondere alla esigenza – avvertita dalla Corte stessa – di modulare nel tempo gli effetti delle proprie pronunce, condizionandone altresì il c.d. séguito. In tutti e tre i casi in cui la Corte ha fatto ricorso a questo strumento, la “tradizionale” strada dell’inammissibilità-monito (seguita da eventuale accoglimento) non è stata considerata praticabile perché l’effetto di

¹ Su una tale ipotesi rifletteva già MEZZANOTTE (1989, 45) ritenendo che «[c]oinvolgere la Corte nella determinazione degli ordini del giorno politico-parlamentari può significare collocarla nel punto cruciale della contesa politica con esiti fatalmente delegittimanti».

² Si noti che in questi casi il rinvio della discussione è per la prima volta giustificato da ragioni di merito e non, come in passato, da motivi processuali.

³ Definisce questa tecnica decisoria di ‘incostituzionalità prospettata’ (LATTANZI, 2019).

lasciare in vita una normativa non conforme per un periodo non preventivabile è stato reputato incompatibile con la rilevanza dei valori coinvolti. Sembra allora che sia stata la necessità di controllare anche il fattore temporale a favorire l'introduzione di questo strumento. Il motivo risiederebbe nel bisogno di dare una tutela "a data certa" ai diritti fondamentali, partendo dal presupposto che all'illegittimità sia necessario porre rimedio anche a dispetto degli eventuali costi inflitti alla discrezionalità legislativa⁴.

Nondimeno, almeno per quanto concerne i presupposti sembrerebbero esserci dei punti di contatto tra la nuova tecnica e quella delle pronunce di "inammissibilità-monito". Infatti, in entrambi i casi la Corte accerta una violazione della Costituzione e intima al legislatore di rimuoverla. La differenza sta nel fatto che quell'intimazione può essere accompagnata dalla prospettazione di conseguenze chiare e a data certa, oppure può non esserlo. In altri termini, la Corte può formulare un ordine o un avvertimento.

Ad oggi, tuttavia, non è ancora possibile elaborare una tassonomia che aiuti a capire chiaramente (e dunque anche a prevedere) quali siano le differenze che portano la Corte ad adoperare questo "nuovo" strumento piuttosto che il "vecchio". Detto altrimenti, «non si comprende quale sia il discrimine fra *vulnus* ai diritti costituzionali della persona, ove alcuni, a quanto pare, giustificano la messa in mora del Parlamento e altri consentono al più la formulazione di un monito al legislatore» (MATTEONI, 2021)⁵.

⁴ § 4, *considerato in diritto*: «Decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità. Come più volte si è avuto modo di rilevare, "posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio" (sentenze n. 162 del 2014 e n. 113 del 2011; analogamente sentenza n. 96 del 2015). Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò "specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore"».

⁵ MATTEONI (2021, 371), ma più in generale v. MASSA (2021).

Sembra, però, che la nascita di questa tecnica decisoria confermi la tendenza della Corte ad ampliare progressivamente le proprie prerogative soprattutto a discapito del legislatore in relazione al controllo di legittimità delle leggi. Questa “estensione” dei poteri decisionali è stata raggiunta attraverso un arricchimento delle modalità argomentative per assegnare un significato alla Costituzione e alla legge e, come dimostrano questi esempi, delle tecniche di soluzione processuale delle controversie. Anche per questi motivi, sembra possibile sostenere che oggi il sistema di giustizia costituzionale è divenuto sensibilmente diverso rispetto a quello originariamente concepito dai costituenti (PIZZORUSSO, 1989). Pertanto, in questa breve riflessione, si tenterà di inquadrare la nascita della nuova tecnica decisoria nel più ampio rapporto tra Corte e legislatore con particolare riguardo al controllo di legittimità costituzionale esercitato dalla prima sugli atti legislativi. In altri termini, si cercherà di comprendere se vi siano elementi che possano aiutare a riflettere nuovamente sulla “natura” del controllo di costituzionalità delle leggi e sul ruolo della Corte rispetto alla forma di governo italiana⁶.

Il tema, va da sé, è ampissimo e meriterebbe ben altro approfondimento rispetto a quello, necessariamente limitato, esperibile in questa sede, ma perlomeno si proveranno a individuare gli interrogativi più rilevanti con i quali è inevitabilmente necessario “fare i conti” alla luce della più recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale.

2. Sulla “incostituzionalità prospettata ma non dichiarata”

Sulla tecnica del rinvio molto è stato scritto da quando è stata utilizzata per la prima volta nel noto “caso Cappato”; pertanto, qui ci si limiterà a richiamare soltanto i riferimenti dottrinali⁷ indispensabili per

⁶ Già MEZZANOTTE (1990, 65) sosteneva che «esiste una relazione stretta tra l'incertezza delle categorie processuali nel giudizio di costituzionalità e l'incertezza della collocazione della Corte costituzionale nella forma di governo».

⁷ Sulla vicenda Cappato la letteratura è ormai sterminata (si pensi anche solo alle raccolte degli atti che hanno seguito due importanti seminari organizzati all'indomani dell'ordinanza n. 207/2018: il seminario promosso da *Quaderni costituzionali* su “Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito

il ragionamento che s'intende svolgere. Nonostante questo, un inquadramento⁸ quantomeno minimale delle questioni sarà comunque ineludibile per comprendere la collocazione concreta di questo strumento processuale.

Con l'ordinanza n. 207/2018⁹, la Corte, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», rinviava la trattazione della questione di legittimità dell'art. 580 c.p. – *pur rilevandone l'illegittimità* – al fine di consentire al legislatore di provvedere a conformare la relativa disciplina alla Costituzione. Chiedeva così «al legislatore di procedere tempestivamente, riservandosi altrimenti di intervenire in modo più penetrante di quanto il rispetto della discrezionalità del legislatore non consenta ordinariamente» (RUOTOLO, 2019)¹⁰. Infatti, secondo la Corte, da una parte, si doveva consentire al Parlamento di individuare il delicato bilanciamento tra gli interessi in gioco, dall'altra, era altrettanto importante evitare che una disposizione continuasse a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, scongiurando però al tempo stesso possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale. Con la successiva sentenza n. 242/2019, preso atto dell'inerzia, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) [...], agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente

legislativo (e quale)?», tenutosi a Bologna il 27 maggio 2019 e la tavola rotonda organizzata dal Gruppo di Pisa, tenutasi a Pisa il 29 marzo 2019 “*Sull'ordinanza Cappato, in attesa della pronuncia che verrà*”).

⁸ La questione trae origine dai dubbi di legittimità sollevati, con l'ordinanza del 14 dicembre 2018, dalla Corte di Assise di Milano nell'ambito del processo a carico di Marco Cappato con riferimento alla morte di Fabiano Antoniani per averne rafforzato il proposito suicidario e materialmente agevolato l'esecuzione. Più nel dettaglio, si dubitava della legittimità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incriminava le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione, prescindendo dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio ed equiparandole sotto il profilo della quantificazione della pena.

⁹ Si noti: con le forme caratteristiche delle sentenze (RUOTOLO, 2019a).

¹⁰ RUOTOLO (2019a, 660).

formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

Questa scelta evidentemente si traduce in una manipolazione piuttosto intensa, ma «la mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata non sembra più un ostacolo all'esame nel merito delle questioni» (TEGA, 2020)¹¹. Con la pronuncia in esame, allora, pare che si sia fatto un ulteriore passo in avanti verso un esplicito attivismo giudiziario, almeno con riferimento a possibili «vuoti di disciplina che rischino di risolversi in una menomazione prolungata nel tempo della protezione di diritti fondamentali»¹². La tendenza sembra essere la seguente: «le “rime obbligate” giustificano un intervento “immediato” della Corte, ove realmente la lacuna incostituzionale possa da subito essere colmata senza invadere la sfera di discrezionalità del legislatore; al contempo, le “rime obbligate” impediscono alla Corte di intervenire subito, ove l'intervento legislativo si riveli indispensabile nella scelta delle diverse opzioni per colmare la lacuna incostituzionale; ma, in quest'ultimo caso – ed è qui la novità –, le “rime obbligate” non possono impedire alla Corte di intervenire sia pure in “seconda battuta”» (Ruotolo, 2019)¹³. In altri termini, con la sentenza n. 242/2019 si è – esplicitamente – riconosciuto che in determinate condizioni nelle quali siano in pericolo i diritti fondamentali¹⁴ è non solo *possibile*, ma anzi *necessario* l'intervento del Tribunale costituzionale anche se a discapito della discrezionalità del legislatore¹⁵.

¹¹ TEGA (2020, 168).

¹² *Ivi*, 169.

¹³ RUOTOLO (2019a, 653).

¹⁴ Come nel caso, come quello in esame, di declaratorie di incostituzionalità che rischiano di creare vuoti di disciplina intollerabili.

¹⁵ § 4, *Considerato in diritto*: «Decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità. Come più volte si è avuto modo di rilevare, «posta di fronte a

Questo schema decisorio è stato poi utilizzato in altre due occasioni.

La prima ha riguardato una questione relativa alla previsione della pena della reclusione per il delitto di diffamazione commessa a mezzo stampa attraverso l'attribuzione di un fatto determinato. Secondo la Corte, alla luce della giurisprudenza sovranazionale in materia, si rivelava «necessaria e urgente una complessiva rimeditazione del bilanciamento [...] tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale, in particolare con riferimento all'attività giornalistica»¹⁶. Tuttavia, «un simile, delicato bilanciamento spetta in primo luogo al legislatore, sul quale incombe la responsabilità di individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adequata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività»¹⁷. Per questi motivi, e alla luce dell'esistenza di vari

un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio» (sentenze n. 162 del 2014 e n. 113 del 2011; analogamente sentenza n. 96 del 2015). Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò «specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore» [sentenza n. 99 del 2019, sulla quale, più diffusamente: RUOTOLO (2019b), SIRACUSANO (2019), PICCIONE (2019), DALLA BALLA (2019)]. «Risalente, nella giurisprudenza di questa Corte, è l'affermazione per cui non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti (sentenza n. 59 del 1958). Ove, però, i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (suscettibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa), questa Corte può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento “secco” della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento (in questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016)».

¹⁶ Corte costituzionale, ordinanza 26 giugno 2020, n. 132, § 7, *Considerato in diritto*.

¹⁷ Corte cost., ord. n. 132/2020, § 8, *Considerato in diritto*.

progetti di legge in discussione in Parlamento¹⁸, «in uno spirito di leale collaborazione istituzionale»¹⁹, la Corte ha ritenuto di rinviare la decisione della questione di (circa) un anno per consentire al Parlamento di approvare nel frattempo una nuova disciplina compatibile con i principi costituzionali e convenzionali. Tuttavia, questa richiesta è rimasta disattesa, e con la sentenza n. 150/2021 essa ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme che obbligano il giudice a punire con il carcere il reato di diffamazione a mezzo della stampa o della radiotelevisione, in quanto contrastano con la libertà di manifestazione del pensiero, riconosciuta tanto dalla Costituzione italiana quanto dalla CEDU, fissando un punto di equilibrio “alternativo” fra i diversi principi in competizione (PICCHI, 2020).

L'ultima occasione in cui la Corte ha sperimentato la “nuova” tecnica ha riguardato, invece, il c.d. ergastolo ostativo, che precludeva al condannato all'ergastolo per delitti di contesto mafioso che rifiutasse di collaborare con la giustizia la possibilità di ottenere la liberazione condizionale, in base a una presunzione assoluta di persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata. Tale previsione, secondo la Corte, si poneva in contrasto con il principio secondo cui la pena deve avere una funzione rieducativa, prescritto dall'art. 27 comma 3 Cost. Ciò nonostante, a detta della Consulta, spettava al Parlamento intervenire, in quanto un intervento meramente “demolitorio” della Corte avrebbe potuto compromettere le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva²⁰. Per questo si è optato anche in tale occasione per il rinvio della decisione di quasi un anno²¹. Dopodiché, all'udienza del 10 maggio 2022 la Corte ha rilevato che il Parlamento, accogliendo la sollecitazione, si era «attivato per addivenire all'approvazione della normativa sulla revisione della disciplina attinente ai benefici peniten-

¹⁸ All'epoca erano pendenti presso la Camera dei Deputati due proposte di legge: C. 416, presentata il 27 marzo 2018 (On. Walter Verini e altri); C. 1700, presentata il 26 marzo 2019 (On. Mirella Liuzzi e altri); e presso il Senato: S. 812, presentata il 20 settembre 2018 (Sen. Giacomo Caliendo).

¹⁹ Si noti che già MARTINES (1994) si riferiva alla ‘leale collaborazione’ come un *passee-partout* usato dalla Corte nelle sue motivazioni.

²⁰ Corte costituzionale, ordinanza 11 maggio 2021, n. 97.

²¹ Sul termine di circa un anno e sulle mancate motivazioni in ordine alla sua durata v. criticamente PINARDI (2020), MASSA (2021), ROBERTI (2021).

ziari per i reati ostativi»²² e, constatando che l'approvazione del disegno di legge era stata completato soltanto alla Camera, ha concesso un ulteriore rinvio per consentire la conclusione dell'*iter* legislativo. Infine, con l'ordinanza 10 novembre 2022, n. 277, la Corte ha preso atto dell'intervenuta modifica della disciplina per mano del legislatore e ha quindi ritenuto di poter restituire gli atti al giudice rimettente²³.

3. La 'leale collaborazione' come fil rouge della "incostituzionalità prospettata"

Il comune denominatore che si può rintracciare nelle vicende in cui si è scelto lo strumento della incostituzionalità accertata ma non dichiarata sembra essere l'esplicita menzione dell'«esigenz[a] di collaborazione istituzionale», quale giustificazione per la scelta "innovativa" della Corte. Da questo inciso, presente in tutte le ordinanze citate, parrebbe emergere l'esistenza di un *principio* di leale collaborazione²⁴ che governa – o dovrebbe governare – (PICCHI, 2020; CARMINATI, 2020) il rapporto tra Corte e legislatore. Le modalità con le quali opererebbe sarebbero quelle che, almeno secondo parte della dottrina, regolerebbero anche altri rapporti tra poteri dello Stato: la c.d. leale collaborazione interorganica (ZICHITTU, 2019). In questa prospettiva, il principio di leale collaborazione non sarebbe altro che il contraltare del principio di separazione dei poteri (BIN, 2001; MACIOCE, 2005). O meglio, sarebbe la sua declinazione per i casi in cui i poteri divisi abbiano zone di contatto e di interferenza (PERCHINUNNO, 2021) reciproca.

In altri termini parrebbe che la Corte, qualora s'imbatta in lesioni a diritti di «primaria importanza» si senta autorizzata a istituire un dia-

²² Corte costituzionale, ordinanza 13 maggio 2022, n. 122.

²³ Questo è l'unico caso in cui la Corte ha ordinato la restituzione degli atti al giudice rimettente, vista la modifica normativa ad opera del Governo-legislatore, realizzata con decretazione d'urgenza (modifiche normative apportate con decreto-legge n. 162 del 31 ottobre 2022, convertito con modificazioni con la l. n. 199 del 30 dicembre 2022).

²⁴ V. in generale sull'origine del principio di leale collaborazione: BIN (2008), e CAMERLENGO (2015).

logo con il legislatore al fine di trovare la miglior soluzione in concreto, rispettando il più possibile le attribuzioni di quest'ultimo (ROMBOLI, 2020). Eppure, l'elaborazione giurisprudenziale di un tale strumento, per di più determinata unilateralmente, rischia di risultare inappropriata a causa delle ricadute che possono generarsi sull'assetto istituzionale, con particolare riferimento alla suddivisione dei poteri per come prevista in Costituzione. Se il controllo della Corte possiede un margine di discrezionalità e non è (più) totalmente vincolato, ne consegue che la Corte potrebbe divenire, in qualche misura, un organo partecipe della funzione di indirizzo politico (BARILE, 1957). Per cui, «[l]a decisione politica, fin qui intesa come potere del solo Parlamento, pare così perdere i suoi originari connotati di esclusività che adesso ci vengono consegnati in termini di mera preferenza. [...] Pare così prendere forma un modello pluralistico nel quale l'atto legislativo non possiede più il monopolio politico del diritto» (PATERNITI, 2020)²⁵.

Non sorprende dunque che quanto appena detto trovi corrispondenza anche nella relazione annuale del 2019 della Presidente Cartabia laddove si sostiene che «la piena attuazione dei principi costituzionali ha un carattere necessariamente corale e richiede l'attiva leale collaborazione di tutte le istituzioni» (CARTABIA, 2020)²⁶. Con la conseguenza che, «[l]'indipendenza reciproca tra i poteri non contraddice la necessaria interdipendenza fra gli stessi, specie in società ad alto tasso di complessità, come sono quelle contemporanee» (CARTABIA, 2020)²⁷.

Secondo questa ricostruzione, le competenze della Corte e del legislatore si trovano distinte, ma non cristallizzate nel dato normativo quanto al loro perimetro. E il Giudice delle leggi renderebbe meno stringente il quadro delle proprie attribuzioni, non intendendo i precetti processuali che gli sono rivolti come regole cogenti²⁸ ma, nella

²⁵ PATERNITI (2020, 199).

²⁶ CARTABIA (2020, 6). Ma v. già AZZARITI (1958, 448-449), che parla delle funzioni della Corte come «moderatrici e nel tempo stesso propulsive della attività legislativa [...] e sono funzioni non tanto repressive o sanzionatorie, come potrebbe apparire ed è stato anche affermato, quanto piuttosto di collaborazione con tutti e tre i poteri».

²⁷ CARTABIA (2020, 7).

²⁸ Così MEZZANOTTE (1990, 69): «il processo costituzionale non è la culla delle coerenze processuali poiché in esso si celebra una vicenda che riguarda l'effettività del sistema di governo nel suo complesso, e nel quale si sottopone a una sorta di *bilancia-*

misura in cui particolari esigenze lo giustificchino, come norme defettibili²⁹. Sicché, l'assetto istituzionale *astratto* potrebbe trovare così nuove configurazioni *in concreto*.

4. *Un modello elastico per la giustizia costituzionale?*

Quanto detto evoca la struttura del bilanciamento³⁰ e può essere meglio compreso richiamando il (contestato) distinguo tra “regole” e “principi”. Come si vedrà, la comprensione del fenomeno di ripermimetrazione delle competenze e del ruolo della giustizia costituzionale che qui si vuole evidenziare è agevolata se si accetta di utilizzare questa distinzione. Ciò con specifico riferimento all’idea per cui da una parte le “regole” possono essere soltanto osservate/applicate o violate/disapplicate (nella modalità “tutto o niente”), mentre dall’altra i “principi” richiedono una realizzazione “nel più ampio grado possibile”, con l’ulteriore conseguenza, nel caso di rilievo di più principi contrapposti per lo stesso caso, di dover determinare il loro peso concreto attraverso la procedura del bilanciamento³¹.

Quando tradizionalmente si fa riferimento ai principi si pensa per lo più al contenuto dei singoli diritti costituzionali che qui chiameremo “principi sostanziali”. Tuttavia, si può ipotizzare l’esistenza di un’altra tipologia di principi che, sulla base del loro contenuto, definiremo “principi formali-organizzativi”³²: pensiamo a quelli relativi alla separazione dei poteri (SILVESTRI, 1979-1984), alla discrezionalità legislativa, alla certezza del diritto, al precetto di garantire i diritti/di rendere

mento, espresso, tacito o implicito, tutto quanto ha rilievo ai fini di un esito ragionevole» (corsivi miei).

²⁹ Contr. MORELLI (2006) e letteratura ivi citata.

³⁰ Sui principi e il loro bilanciamento la letteratura è sterminata. Ci si limita allora a richiamare ALEXY (2012) e BIN (1992) per l’impostazione qui adottata. Tuttavia v. sulle possibili implicazioni alternative che discendono da possibili diversi modelli di bilanciamento (tra interessi, valori o principi), v. CHESSA (2002).

³¹ Così DWORKIN (1982, 93-96). Parla di *attenuazione* dell’alternativa “o-tutto-o-niente” con riferimento ai principi ZAGREBELSKY (2008, 216).

³² Lo sviluppo della contrapposizione tra ‘principi formali’ e ‘sostanziali’ è stata approfondita in ALEXY (2012, 645-661) e ALEXY (2014, 511-524).

giustizia costituzionale (SILVESTRI, 1998) ecc.³³. Ed appunto in questo secondo tipo di principi sembrerebbero trovare il proprio fondamento logico le competenze³⁴, risultandone condizionate nella loro modalità applicativa, almeno se osserviamo quanto accade nel “diritto vivente”³⁵.

Partendo dalla questione del “fondamento”, si osserva che la competenza del legislatore di prendere decisioni di merito politico può facilmente essere ricondotta al principio democratico. Un principio che evidentemente trae la sua forza direttamente dalla Costituzione, ad esempio là dove prevede all’art. 1 che «l’Italia è una Repubblica democratica» e «la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione», e all’art. 70, nel quale si afferma che «La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere». Più articolata e indiretta risulta la ricostruzione del fondamento della competenza della Corte sul controllo di legittimità delle leggi. Infatti, se da un lato sicuramente deriva anche dall’art. 134 Cost. per quanto riguarda la sua “dimensione minima” intesa come controllo di legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, la Corte lo riconduce ad un più generico “principio di primazia della Carta costituzionale” o, meglio, al “principio di costituzionalità”³⁶.

Rispetto al profilo della capacità dei principi formali di condizionare la modalità applicativa delle competenze, invece, la questione si fa’ più complessa. Soprattutto se pensiamo alla possibilità che si possano per tale via giustificare giuridicamente eccezioni alle stesse (com-

³³ Cfr. ROMBOLI (2023, 319-326) che nega la possibilità di bilanciare la “separazione dei poteri” con il “garantire i diritti” e LUCIANI (2023, 220-221) che parla di ‘principio’ per l’“esigenza di rendere giustizia costituzionale” e per la “discrezionalità legislativa”, sempre negando un possibile bilanciamento.

³⁴ Sul rapporto tra le ‘competenze’ e i ‘principi formali’ in generale: v. BOROWSKI (2013, 151-199) e KLATT (2014); con specifico riferimento al rapporto Corte-legislatore v. KLATT (2015, 354-382).

³⁵ Con modalità che ricordano il rapporto principi-regole per come inquadrato da Luzzati, secondo il quale i primi sarebbero la *ratio* ispiratrice delle seconde e, anzi, avrebbero persino la possibilità di integrarle. Proprio in questa prospettiva, «[r]egole e principi si integrano in un’unica struttura logica: cercare di separare le une dagli altri è come cercare di scindere le norme dalla loro *ratio*» (LUZZATI 2012, 117-118).

³⁶ Tra le tante: Corte cost., sentenza 5 novembre 1996, n. 387; Corte cost., sentenza 17 ottobre 1991, n. 384; Corte cost., sentenza 18 novembre 1976, n. 226.

petenze), laddove la loro applicazione rigorosa parrebbe contraddire la *ratio* espressa dal principio.

Calata in questo contesto la ‘leale collaborazione’ sembra poter avere – almeno secondo la Corte, e se guardiamo alla nuova tecnica decisoria dell’incostituzionalità prospettata ma non dichiarata – un ruolo rilevante nelle procedure di bilanciamento tra i principi formali che determinano l’assetto delle competenze.

5. Conclusioni aperte e possibili scenari

Riprendendo i nostri esempi in cui è stato applicato il “modello Cappato”: la Corte ha ritenuto di non poter dichiarare immediatamente l’incostituzionalità della normativa impugnata, pur rilevandone l’illegittimità, bilanciando il proprio potere-dovere d’intervento con la necessità di avere un pronunciamento da parte del legislatore (considerata l’importanza degli interessi sottostanti). Al tempo stesso, per evitare che la disposizione continuasse a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, e per scongiurare vuoti di tutela, essa ha optato per rinviare la pronuncia a una data fissa. In questi casi, quindi, essa ha bilanciato la sua competenza d’intervento con la competenza del legislatore di prendere decisioni nel merito. Il criterio della leale collaborazione è stato utilizzato dalla Corte come criterio per individuare il miglior bilanciamento possibile (ai suoi occhi) tra i due diversi principi formali-organizzativi in conflitto. Punto di bilanciamento trovato, appunto, nella scelta di rinviare la decisione pur anticipandone in una qualche misura l’esito già nell’ordinanza di rinvio. Riprendendo una similitudine autorevolmente prospettata (BIN, 2001): la leale collaborazione ha funzionato come il grasso tra gli ingranaggi del bilanciamento tra le competenze.

Tutto ciò con un approccio che si ritrova anche nelle pronunce nelle quali la Corte modula gli effetti nel tempo delle proprie decisioni di accoglimento³⁷. Come dichiarato nella relazione di fine anno dal

³⁷ V. ad esempio, Corte cost., sentenza 13 gennaio 2014, n. 1 sulla legge elettorale; Corte cost., sentenza 11 febbraio 2015, n. 15 sulla c.d. Robin Hood Tax; Corte cost.,

Presidente Barbera «può sorgere, in casi eccezionali, l'esigenza di modulare gli effetti temporali della pronuncia di accoglimento, in un'ottica di *collaborazione* con il legislatore. Infatti, contenendo l'impatto della decisione in una precisa dimensione temporale, si agevola un intervento legislativo per una disciplina ricostruttrice che si faccia carico del problema, evitando vuoti normativi, oltre che garantendo maggiore certezza dei rapporti giuridici» (Barbera 2024)³⁸. Anche questi casi sembrerebbero testimoniare un bilanciamento dei poteri d'intervento della Corte giustificato dalla necessità di lasciare il tempo al legislatore per trovare la soluzione più idonea, senza però incorrere in lacune normative anch'esse incompatibili con la Costituzione. La differenza sembra risiedere nel fatto che, qui, ad essere bilanciata è la *modalità* di esercizio della sua (della Corte) competenza, essendoci una limitazione degli effetti della decisione. Più precisamente, tramite tale mitigazione la Corte bilancerebbe il suo potere d'intervento con la necessità di un intervento legislativo.

Sembra attestarsi allora un «“riposizionamento” della Corte» nei confronti del legislatore tramite un controllo di tipo “cooperativo” in «forma più marcatamente dialogica» (RUOTOLO, 2020)³⁹. E questa tendenza (TEGA, 2020)⁴⁰ si attuerebbe per il tramite di procedure di bilanciamento tra “principi formali-organizzativi”. Tuttavia, questo modello “elastico”, anche laddove cerca la sua giustificazione nell'alveo della leale collaborazione, non pare al momento seguire logiche facilmente intelleggibili. Proprio la scelta di evocare il concetto di ‘leale collaborazione’, infatti, che ha un significato ben preciso nel nostro ordinamento, rischia di aprire ad ulteriori interrogativi invece che offrire risposte. Anche perché bisognerebbe capire il senso di applicare la figura della leale collaborazione interorganica ai casi che vedono coinvolta colei che istituzionalmente è l'arbitro tra gli altri poteri⁴¹. Ma più in generale, serve comprendere esattamente il significato da attri-

sentenza 20 luglio 2020, n. 152 sulla pensione di invalidità per gli invalidi civili totali e la recente Corte cost., sentenza 17 marzo 2021, n. 41 sulla magistratura onoraria.

³⁸ BARBERA (2024, 18) *corsivi nostri*.

³⁹ RUOTOLO (2020, 73-74).

⁴⁰ Così TEGA (2020, 314) scrivendo di «controllo non nemico, ma cooperativo».

⁴¹ Sul problema poi della qualificazione della Corte come ‘potere dello Stato’ v. almeno RUGGERI (1987).

buire alla particolare leale collaborazione che caratterizzerebbe il rapporto tra legislatore e Corte. Si tratta di decidere se considerarla un vero e proprio *principio* dal quale far discendere delle *implicazioni giuridiche* nella ricostruzione del ruolo della giustizia costituzionale e della forma di governo italiana. Oppure se ritenerla un mero *espediente retorico* utilizzato dalla Corte per giustificare eventuali sconfinamenti (MORRONE, 2019 e MORRONE, 2021) oltre la propria sfera di competenza, in deroga al dettato normativo, ma senza sentirsi legata al rigore logico-argomentativo che comunque il procedimento di bilanciamento sembrerebbe imporre.

Riferimenti bibliografici

- Alexy, R. (2012). *Teoria dei diritti fondamentali*. il Mulino. Bologna.
- Alexy, R. (2014). Formal Principles: Some replies to critics, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12.
- Azzariti, G. (1958). *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*, in *Studi sulla Costituzione* (vol. III). Giuffrè. Milano.
- Barbera, A. (2024). *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2023*.
- Barile, P. (1957). La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche, in *Giur. cost.*
- Bin, R. (1992). *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Giuffrè. Milano.
- Bin, R. (2001). Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri, in *Rivista di Diritto costituzionale*.
- Bin, R. (2008). La leale collaborazione nel nuovo titolo V della Costituzione, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*.
- Borowski, M. (2013). *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*, in M. Klatt (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Mohr Siebeck. Tübingen.
- Camerlengo, Q. (2015). *Leale collaborazione (principio di)*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*. Giappichelli. Torino.
- Carminati, A. (2020). *Oltre la leale collaborazione. Al crocevia delle attribuzioni degli organi dello Stato*. Editoriale Scientifica. Napoli
- Cartabia, M. (2020). *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*.

- Chessa, O. (2002). *Libertà fondamentali e teoria della Costituzione*. Giuffrè. Milano.
- Dalla Balla, F. (2019). Squilibri trattamentali, verso l'uso della nosografia psichiatrica per la relativizzazione in senso soggettivo dell'afflizione penale?, in *Giur cost.*
- Dworkin, D. (1982). *I diritti presi sul serio*. il Mulino. Bologna.
- Klatt, M. (2014). *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz*. Mohr Siebeck. Tübingen.
- Klatt, M. (2015). Positive rights: Who decides? Judicial review in balance, in *Internationa Journal of Constitutional Law*, vol. 13.
- Lattanzi, G. (2019). *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2018*.
- Luciani, M. (2023). *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè. Milano.
- Luzzati, C. (2012). *Principi e princìpi. La genericità nel diritto*. Giappichelli. Torino.
- Maciocce, F. (2005). I confini della leale collaborazione tra i poteri: spunti per un'analisi filosofica, in *Teoria del diritto e dello Stato*.
- Martines, T. (1994). *Motivazioni e crisi della certezza del diritto*, in A. Ruggeri, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*. Giappichelli. Torino.
- Massa, M. (2021). La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo, in *Nomos*.
- Matteoni, A. (2021). Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?, in *Consulta Online*.
- Mezzanotte, C. (1989). *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in Aa.Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*. Giuffrè. Milano.
- Mezzanotte, C. (1990). *Processo costituzionale e forma di governo*, in Aa.Vv., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*. Giuffrè. Milano.
- Morelli, A. (2006). *Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica dell'ordinamento democratico*, in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefini-*

- zione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale.* ESI. Napoli.
- Morrone, A. (2019). Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale, in *Quad. cost.*
- Morrone, A. (2021). Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione, in *federalismi.it*.
- Paterniti, F. (2020). La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche di una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale, in *federalismi.it*.
- Perchinunno, F. (2021). Prime riflessioni sull’ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale, in *federalismi.it*.
- Picchi, M. (2020). Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti*.
- Piccione, D. (2019). Il silenzioso epitaffio per l’art. 148 c.p.: l’inizio della fine per la differenza di trattamento tra grave infermità fisica e psichica, in *Giur. cost.*
- Pinardi, R. (2020). La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato, in *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- Pizzorusso, A. (1989). *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Giuffrè. Milano.
- Roberti, I. (2021). I moniti “a termine” della corte costituzionale e le implicazioni sull’attività legislativa del Parlamento, in *federalismi.it*.
- Romboli, R. (2020). Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?, in *il Foro italiano*.
- Romboli, R. (2023). *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in E. Malfatti, V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi, A. Sperti (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova “stagione” nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore*. Pisa University Press. Pisa.
- Ruggeri, A. (1987). La Corte costituzionale: un «potere dello Stato» ... solo a metà (Nota minima sulla corte giudice e parte nei conflitti di attribuzione), in *il Foro italiano*.

- Ruotolo, M. (2019a). L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale, in *Rivista AIC*.
- Ruotolo, M. (2019b). Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il "reo folle", in *Giur. cost.*
- Ruotolo, M. (2020). Corte costituzionale e legislatore, in *Diritto e società*.
- Silvestri, G. (1979-1984). *La separazione dei poteri* (voll. I-II). Giuffrè. Milano.
- Silvestri, G. (1998). *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*. Einaudi. Torino.
- Siracusano, F. (2019). Il "reo folle" davanti al giudice delle leggi: la Corte costituzionale supplisce all'ostinata inerzia del legislatore, in *Giur. cost.*
- Tega, D. (2020). *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*. BUP. Bologna.
- Zagrebelsky, G. (2008). *La legge e la sua giustizia*. il Mulino. Bologna.
- Zicchittu, P. (2019). Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio, in *Dirittifondamentali.it*.

LA “PRODUZIONE NORMATIVA” DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO TRA TEORIA E PRASSI

SOMMARIO: 1. La teoria della separazione dei poteri: mito o realtà? – 2. Lo sconfinamento del giudice amministrativo nell’attività del legislatore come caso di cumulo soggettivo delle funzioni di normazione e di controllo. – 3. Lo sconfinamento visto dalla prospettiva del rapporto tra giudice e legislatore: dalla discrezionalità interpretativa alla “normazione giudiziaria”. – 4. Il bilanciamento di interessi tra discrezionalità interpretativa e “normazione giudiziaria”: il caso della modulazione temporale degli effetti delle sentenze amministrative. – 5. Il controllo della Cassazione sulle “sentenze normative” del giudice amministrativo: considerazioni critiche. – 6. Conclusioni.

1. *La teoria della separazione dei poteri: mito o realtà?*

Tra i temi classici del diritto pubblico la teoria della separazione dei poteri è certamente uno dei più affascinanti e dibattuti¹. L’interesse degli studiosi si è, infatti, periodicamente concentrato sulla ricerca del suo significato e sulla verifica della sua perdurante attualità in un contesto ordinamentale profondamente mutato rispetto al passato².

¹ Ci si riferisce, in questa sede, alla separazione (o divisione) dei poteri sovrani, e quindi originari, definita anche c.d. separazione (o divisione) orizzontale (o funzionale), da non confondere con la c.d. divisione (o separazione) verticale, nella quale l’esercizio dei poteri viene distribuito su più livelli territoriali; cfr. sul punto BOGNETTI, (2001), 11 ss. Per un’analisi giuridica, politica e storico-filosofica della separazione dei poteri, la cui concezione moderna si fa tradizionalmente risalire alla celebre opera di C.L. SECONDAT DE MONTESQUIEU, (1748), *De l’esprit des lois*, I, in particolare libro XI, capitolo VI, si rinvia a VIGNUDELLI, (2007), 201.

² Tra gli studi più recenti, oltre alla monografia di LUCIANI, (2023), e alla voce enciclopedica di SILVESTRI, (2023), si vedano anche i contributi di PASQUINO, (2023), 3 ss.; D’AMICO; TEGA (2023), 89 ss.; SPUNTARELLI, (2023), 121 ss.; CASINI, (2023), 149 ss.; PALAZZO, (2023), 189 ss.; DEL GATTO, (2023), 219 ss.; VOSA; CECILI, (2023), 255

Nella scienza giuridica italiana degli ultimi anni sono emersi orientamenti di segno opposto. Ad una critica severa alla teoria della separazione dei poteri, fondata sulla perdita della capacità ordinante della legge che la renderebbe ormai non più attuale e priva di forza prescrittiva (GROSSI, 2020, 4), si contrappongono tesi che ne difendono l'originario carattere prescrittivo derivante dalla sua funzione garantistica (LUCIANI, 2023, 42). Accanto a queste tesi si collocano anche posizioni più moderate, che cercano di adeguare il suo significato originario alle trasformazioni istituzionali nel frattempo intervenute (VIGNUDELLI, 2007, 201; SILVESTRI, 2023, 1122; BARBERIS, 2023, 39).

Il ragionamento parte dalla constatazione della crisi della nozione tradizionale di sovranità e dello Stato liberale classico. Subito dopo la Seconda guerra mondiale, la nascita delle organizzazioni internazionali e il riconoscimento dei diritti umani universali avevano iniziato a limitare il potere sovrano assoluto dello Stato. Al contempo, l'avvento dei partiti di massa e del suffragio universale, che determinano lo spostamento in sede extra-istituzionale della funzione di coordinamento dei poteri, unitamente all'apertura delle istituzioni alla società civile, spesso portatrice di interessi collettivi diversi e confliggenti, e alla diffusione in tutto l'ordinamento della funzione normativa, avevano reso ormai anacronistico lo schema elaborato da Montesquieu e dalla vecchia scuola liberale, nel quale le funzioni si dividevano in altrettanti poteri tra loro separati.

Piuttosto che abbandonare quello schema, ne è stato proposto un adattamento alla nuova realtà istituzionale, nel tentativo di mantenere saldo il nucleo originario e di dare una soluzione a quei problemi che il modello classico non era in grado di spiegare. È stato così che la teoria della separazione dei poteri ha smesso di essere intesa come mera divisione dei poteri dello Stato per diventare una regola di azione nella ricostruzione dei cicli funzionali nei quali fluisce la dinamica del potere pubblico, imponendo la differenziazione, in ogni ciclo, dei soggetti che esercitano ciascuna funzione (SILVESTRI, 2023, 1129; SILVESTRI, 1985,

ss.; SALTARI, (2023), 293 ss.; CORTESE, (2023), 355 ss.; REPETTO, (2023), 363 ss.; MOLITERNI, (2023), 393 ss.; MORGANTE; NAPOLITANO; MOCAVINI; BUTTARELLI, (2023), 441 ss.; tutti pubblicati nel fascicolo monografico (2023, 1) della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*.

670; SILVESTRI, 1984; SILVESTRI, 1979). Ciascun ciclo funzionale viene attivato dalla funzione normativa, prosegue con la funzione esecutiva-attuativa e si conclude con la funzione di controllo. La separazione dei poteri implica che le tre funzioni siano attribuite a soggetti diversi, continuando a sopravvivere come formula di non cumulo riferita non più ai tre poteri classici, ma ad ogni entità organico-funzionale dotata di capacità intrinseca di autodeterminazione (SILVESTRI, 2023, 1140).

Sulla base di queste riflessioni è possibile affermare che la separazione dei poteri, intesa come formula di non cumulo, non solo è ancora attuale, ma costituisce un valido strumento a disposizione della scienza giuridica per individuare tempestivamente le distorsioni e le esorbitanze che si verificano nel sistema ordinamentale (D'AMICO; TEGA, 2023, p. 93)³. Tra queste vi è l'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo ai danni del legislatore, una figura controversa e di incerta collocazione sistematica. Dato per assunto il carattere naturalmente “creativo” dell'attività interpretativa del giudice, l'indagine si propone di verificare quando l'esercizio della discrezionalità interpretativa celi una illegittima “normazione giudiziaria”. Per fare ciò, assumendo la prospettiva della separazione di poteri come formula di non cumulo, sarà esaminato, da un lato, il rapporto tra giudice e legislatore, cristallizzato dall'art. 101, comma 2, Cost. nei termini del primato della legge sulla giurisdizione, dall'altro, la funzione di controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato, circoscritto dall'art. 111, comma 8, Cost. “ai soli motivi di giurisdizione”.

2. Lo sconfinamento del giudice amministrativo nell'attività del legislatore come caso di cumulo soggettivo delle funzioni di normazione e di controllo

L'eccesso di potere giurisdizionale ai danni del legislatore si configura quando il giudice amministrativo crea e applica alla fattispecie

³ Per D'AMICO; TEGA, (2023), 119, le “fondamentali esigenze di garanzia e di libertà [...] costituiscono il volto attuale di questo principio”.

controversa una norma del tutto estranea all'ordinamento⁴. Pur essendo la definizione chiara, risulta comunque arduo determinare in concreto quando il giudice amministrativo non si limiti all'attività interpretativa propria della sua funzione, ma crei dal nulla una norma giuridica. La pervasività dell'attuale disciplina dell'azione amministrativa, fondata sui principi, rende difficile individuare lacune che legittimino un intervento "normativo" arbitrario da parte del giudice.

La formulazione laconica dell'art. 111, comma 8, Cost. e dell'art. 110 c.p.a. è stata certamente un fattore di complicazione⁵. Tali norme si limitano, infatti, a consentire il ricorso alle sezioni unite della Corte di Cassazione contro le sentenze dei giudici speciali per i "solì motivi inerenti alla giurisdizione", senza, tuttavia, chiarire quali siano questi motivi. L'ambiguità del dato normativo ha dunque agevolato la formazione giurisprudenziale di un catalogo di vizi-motivi delle sentenze ricorribili per cassazione. Si ritiene, ormai unanimemente, che i vizi-motivi siano sostanzialmente riconducibili a quattro tipi: l'eccesso di potere ai danni del legislatore, che si identifica nei casi in cui il giudice elabori *ex novo* delle norme di condotta, oltre il limite delineato dall'art. 12 delle preleggi; l'eccesso di potere ai danni dell'ammini-

⁴ La letteratura sull'eccesso di potere giurisdizionale è amplissima; tra i contributi successivi all'entrata in vigore della Costituzione e senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. VITTA, (1950), 46 ss.; LAVAGNA, (1951), 142 ss.; TORRENTE, (1954), 252 ss.; SANDULLI, (1963), 464 ss.; CANNADA BARTOLI, (1963), 315 ss.; FERRI, (1968), 356 ss.; CAIANIELLO, (1977), 23 ss.; ROEHRSEN, (1986), 1093 ss.; CIPRIANI, (1999), 2009 ss.; FERRONI, (2005); OLLA, (2008), 1548 ss.; ZINGALES, (2007), 135 ss.; GAVERINI, (2007), 82 ss.; VERRIENTI, (2011), 388 ss.; MAZZAMUTO, (2012), 1677 ss.; GALLO, (2013), 557 ss.; VERDE, (2013), 367 ss.; VILLATA, (2013), 324 ss.; VILLATA, (2015), 632 ss.; VILLATA, (2014), 285 ss.; VILLATA, (2017), 106 ss.; CORPACI, (2013), 341 ss.; LAMORGESE, (2014), 62 ss.; FOLLIERI, (2015), 5; SANDULLI, (2017); PATRITO, (2016); COCOZZA, (2017); CASSATELLA, (2018), 635 ss.; CASSATELLA, (2021), 110 ss.; TROPEA, (2018), 129 ss.; MANFRELOTTO, (2021), 619 ss.; FRAGALE, (2023), 326 ss.; CASSATELLA, (2024), 759 ss.; DI CAPUA, (2024), 489 ss.

⁵ L'art. 111, comma 8, Cost. usa la formula "solì motivi inerenti alla giurisdizione", ripresa alla lettera dall'art. 110 c.p.a. e in parte dagli artt. 360, comma 1, n. 1 e 362, comma 1, c.p.c., che si riferiscono ai "motivi attinenti alla giurisdizione"; diversamente, l'art. 41, comma 1, c.p.c. menziona le "questioni di giurisdizione" e gli artt. 9 c.p.a. e 37 c.p.c. il "difetto di giurisdizione". Sulla diversità dei lessemi impiegati dalle disposizioni normative, cfr. già NIGRO, (2002), 177.

strazione, che si verifica quando il giudice di legittimità si pronuncia sul merito dell'azione dei pubblici poteri; il difetto relativo di giurisdizione, che sussiste quando sono violati i criteri di riparto della giurisdizione, desumibili dagli artt. 24 e 103 Cost.; l'arretramento di giurisdizione, che si manifesta nei casi in cui il giudice neghi la propria giurisdizione “sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale”⁶.

Ciò nonostante, persistono ancora incertezze sull'uso del rimedio e sull'ampiezza del controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato⁷.

Di regola, l'attività interpretativa del giudice amministrativo è stata contestata quando ha impedito al privato l'accesso alla tutela giurisdizionale. Il ricorso per cassazione è stato utilizzato per reagire a pronunce di inammissibilità del giudice amministrativo derivanti da una particolare interpretazione delle norme sostanziali e processuali che, di fatto, frustravano la tutela giurisdizionale della situazione soggettiva lesa. Questo spiega perché la Cassazione si sia concentrata sulla definizione del “contenuto” della tutela, piuttosto che del confine tra discrezionalità interpretativa e “normazione giudiziaria”.

Sono emblematiche le pronunce con cui le sezioni unite hanno accolto i ricorsi contro le decisioni del Consiglio di Stato che dichiaravano inammissibili le domande di risarcimento autonome, proposte cioè senza la previa o contestuale azione di annullamento del provvedimento lesivo⁸. La pregiudiziale amministrativa costituiva senza dubbio un caso di “normazione giudiziaria”: impedendo al privato l'accesso alla tutela risarcitoria nel caso di provvedimento divenuto inoppugnabile o

⁶ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, sulla quale cfr. TRAVI, (2018), 1111 ss.; MAZZAMUTO, (2018), 704 ss.; SIGISMONDI, (2018), 122 ss.; POLICE, CHIRICO, (2019), 113 ss.

⁷ Individua il filo conduttore della giurisprudenza sull'eccesso di potere giurisdizionale nella “ricerca di una soddisfacente soluzione alla multiforme richiesta di garanzia, che può derivare soltanto dall'esercizio di una funzione giurisdizionale che sia esente da vizi”, COCOZZA, (2017), 209-210.

⁸ Il riferimento è alle note ordinanze “gemelle”: Cass., sez. un., ord. 13 giugno 2006, n. 13659; Cass., sez. un., ord. 13 giugno 2006, n. 13660; Cass., sez. un., ord. 15 giugno 2006, n. 13911. Per una ricostruzione del “rifiuto di giurisdizione” nella giurisprudenza della Cassazione, cfr. COCOZZA, (2017), 178 ss.

in mancanza di un interesse all'annullamento, il giudice amministrativo aveva creato una norma che non esisteva e che, peraltro, contrastava apertamente col principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24, 103 e 113 Cost.⁹. In quelle occasioni però la Cassazione aveva accolto il ricorso non per eccesso di potere giurisdizionale ai danni del legislatore, bensì per “rifiuto di giurisdizione”¹⁰.

Tale figura ha continuato a fungere da scudo al sindacato sullo sconfinamento puro ai danni del legislatore anche nella giurisprudenza successiva¹¹, e addirittura dopo l'intervento della Corte costituzionale, che ha riportato il sindacato della Cassazione sul crinale dei limiti esterni della giurisdizione, dichiarando la “concezione funzionale” della giurisdizione contraria alla lettera e allo spirito della norma costituzionale. La particolare configurazione del vizio e la sua rilevanza ai fini del ricorso per cassazione hanno, dunque, spinto i giudici a concentrarsi sul “contenuto” della tutela, piuttosto che sulla definizione dei casi di “normazione giudiziaria”.

Per individuare il confine che separa la discrezionalità interpretativa dalla “normazione giudiziaria” occorrerà innanzitutto comprendere perché nello Stato costituzionale contemporaneo il giudice amministrativo non sia più mero attuatore della legge, ma vero e proprio “costruttore” della regola da applicare al caso concreto, sia pure nel peri-

⁹ Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo prima e dopo l'entrata in vigore del c.p.a., cfr. almeno FRANCHINI, (2008), 165 ss.; MARUOTTI, (2010); CHIEPPA, (2010); COCOZZA, (2011), 1397 ss.; CAPONIGRO, (2011), 1707 ss.; SANDULLI, (2013), 883 ss.; SANDULLI, (2015), 649 ss.; LUCIANI, (2014).

¹⁰ Secondo TRAVI, (2018), 1124, la conclusione della Cassazione sul “rifiuto di giurisdizione” appariva un'evidente forzatura, con tutta probabilità, legittimata dalla (ulteriore) forzatura del Consiglio di Stato sulla pregiudiziale amministrativa.

¹¹ Nelle sentenze di rigetto e nelle ordinanze di inammissibilità figurano motivazioni di analogo tenore, nelle quali si legge che l'eccesso di potere giurisdizionale ai danni del legislatore ha rilievo meramente teorico, presupponendo l'applicazione da parte del giudice non di una norma esistente, ma di una norma da lui creata, e perciò potendo configurarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice da un'attività interpretativa. Tra le più recenti e significative, cfr. Cass., sez. un., ord. 14 febbraio 2023, n. 4591; Cass., sez. un., ord. 20 ottobre 2022, n. 30965; Cass., sez. un., ord. 19 ottobre 2022, n. 30769; Cass., sez. un., ord. 26 novembre 2021, n. 36899; Cass., sez. un., ord. 25 novembre 2021, n. 36593.

metro definito dall'art. 101, comma 2, Cost.¹²; saranno poi definiti i casi e le modalità attraverso cui viene “costruita” la regola del caso; da ultimo, si procederà all'individuazione dei limiti superati i quali la discrezionalità interpretativa si trasforma in “normazione giudiziaria”.

3. Lo sconfinamento visto dalla prospettiva del rapporto tra giudice e legislatore: dalla discrezionalità interpretativa alla “normazione giudiziaria”

Il rapporto tra giudice e legislatore è definito, come noto, dall'art. 101, comma 2, Cost. nei termini di primato della legge sulla giurisdizione. Sul significato di questa formula si sono confrontati autorevoli studiosi, i cui lavori, per quanto risalenti, rimangono riferimenti imprescindibili per comprendere le dinamiche di tale rapporto, le sue evoluzioni nel tempo e le ricadute sul principio della separazione dei poteri (DONATI, 1966; BASSI, 1965, 17 ss.; GRASSO, MANFRELLOTTI, 2007, 143 ss.; LUCIANI, 2023).

Nigro osservava come il ruolo e la funzione del giudice ordinario e amministrativo si fossero nel tempo profondamente trasformati: da meri attuatori della legge e garanti di un ordine di valori già definito, i giudici erano diventati, insieme al legislatore, creatori di quell'ordine, ponendosi al centro della società, e non più ai suoi margini (NIGRO, 1978, 161; NIGRO, 1996, 1069). La trasformazione investiva tre ambiti distinti: l'individuazione della regola del giudizio, l'oggetto del giudizio e la pronuncia del giudice.

Con la crisi del positivismo giuridico il giudice assumeva il ruolo di “costruttore” della regola da applicare al caso concreto, attraverso l'interpretazione e l'integrazione dei precetti normativi. Tale processo creativo avveniva nell'ambito di giudizi sempre più frequentemente nati per tutelare diritti e interessi legati a esigenze di ampia rilevanza sociale, come l'assistenza, la tutela della salute collettiva prima che individuale, la salvaguardia dell'ambiente e dei consumatori, l'utilizzo delle conquiste scientifiche e il contenimento dei relativi rischi. Anche

¹² Il riferimento al giudice amministrativo quale “costruttore” e “coautore” dell'ordine giuridico era già presente in NIGRO, (1978), 164.

la pronuncia del giudice risultava profondamente influenzata da questa trasformazione: nel giudizio ordinario, la tutela costitutiva perdeva il carattere di eccezionalità, affiancandosi alla sentenza di condanna; nel giudizio amministrativo, all'azione di annullamento si aggiungevano nuove forme di tutela delle situazioni sostanziali.

Per capire come si sviluppa la “costruzione” giudiziale della regola e quali effetti ne derivano, è fondamentale analizzare i tratti distintivi dello Stato costituzionale contemporaneo. Zagrebelsky li individua nel trittico composto dalla separazione tra: legge, come regola posta dal legislatore; diritti umani, come pretese soggettive assolute, valide di per sé, indipendentemente dalla legge; giustizia, come insieme di principi materiali, determinati attraverso norme costituzionali e perseguiti dai pubblici poteri, che contrastano la forza disaggregante dei diritti di libertà individuali e, attraverso l'integrazione economica e sociale, promuovono un ordine generale giusto (ZAGREBELSKY, 1992, 57 ss. e 123 ss.)¹³.

La separazione dalla legge dei diritti e della giustizia ha modificato la struttura del diritto, che risulta ora composto sia da regole che da principi. Le regole prescrivono criteri di azione, indicando come si deve o non si deve agire nelle specifiche e determinate situazioni che esse prevedono, e dunque imponendo di stabilire con precisione i precetti contenuti negli enunciati normativi (ZAGREBELSKY, 1992, 149). I principi, invece, sono espressione di valori cui l'ordinamento aderisce, non hanno un significato determinabile in astratto e non sono suscettibili di interpretazione. La funzione dei principi è di fornire criteri per prendere posizione rispetto a situazioni non determinabili in astratto, quando esse si verificano nel concreto (ZAGREBELSKY, 1992, 149).

Spetta al giudice il compito di ricomporre l'apparente frattura tra legge, diritti e giustizia, così come quella tra regole e principi. L'interpretazione prende avvio dalla ricerca della norma più idonea a rispondere al caso concreto e, al contempo, coerente con l'ordinamento. È il caso a orientare l'interprete, che si rivolge al diritto per sol-

¹³ Sui caratteri dello Stato costituzionale contemporaneo e sulle implicazioni teoriche derivanti dalla sua diffusione, dapprima nel continente europeo, poi gradualmente su scala mondiale, cfr. FERRAJOLI, (1989); FERRAJOLI, (1993), 143 ss.; PINO, (2017); ANSUÁTEGUI ROIG, (2020).

lecitarne una risposta. Si tratta di un processo ermeneutico circolare, che si compie quando le esigenze del caso e le istanze dell’ordinamento trovano un punto di equilibrio.

Il quadro delineato si applica, con variazioni minime, anche al processo amministrativo. La funzione del processo quale strumento per assicurare tutela alle situazioni soggettive dei privati e la struttura del sindacato di legittimità in termini di “controllo parametrico dell’azione amministrativa” condizionano l’esercizio della giurisdizione e il suo rapporto con la legge (CASSATELLA, 2018, 661-662)¹⁴.

Il giudice deve, innanzitutto, ricercare nell’ordinamento i parametri normativi in base ai quali verificare la legittimità della singola decisione amministrativa. Il sistema normativo non si compone, però, di sole leggi, ma anche di principi generali, cui egli fa ricorso sia per integrare le lacune, conformemente all’art. 12 delle preleggi, sia per sopprimere all’ambiguità o vaghezza di alcune disposizioni (CASSATELLA, 2023, 229 ss.)¹⁵.

L’attività di integrazione del diritto coinvolge l’esercizio di una libertà interpretativa che, se contenuta entro certi limiti, contribuisce allo sviluppo dell’ordinamento. Va, infatti, considerato che molti istituti del diritto amministrativo sono frutto dell’attività pretoria e, solo in seguito, sono stati “consolidati” dal legislatore (CASSESE, 2001, 1 ss.; CASSESE, 1969, 413 ss.; FERRARA, 2014, 651 ss.). L’attitudine creativa della giurisprudenza amministrativa viene ormai presentata come dato incontestabile; sicché, negli ultimi anni, lo sforzo degli studiosi si è concentrato sulla critica delle sue derive patologiche, più che sulla negazione della sua ammissibilità (PORTALURI, 2021; SAITTA, 2023).

¹⁴ CASSATELLA, (2018), 661-662.

¹⁵ CASSATELLA, (2023), 229 ss., rileva che sempre più spesso al giudice amministrativo è richiesta un’attività di integrazione di precetti normativi vaghi, senza per questo comportare una (illegittima) invasione nella sfera riservata al legislatore. La stessa Cassazione, peraltro, ha ritenuto legittima l’attività interpretativa del giudice amministrativo volta ad integrare le lacune (cfr., tra le tante, Cass., sez. un., 7 luglio 2021, n. 19244, che aveva rigettato il ricorso contro una sentenza del Consiglio di Stato, la quale, ritenendo implicitamente abrogata la disciplina legislativa in materia di elezioni del Parlamento europeo, aveva “riempito la lacuna” rinviando a quella sulle elezioni della Camera dei Deputati).

Attraverso i principi generali, il giudice amministrativo ha costruito nel tempo un sistema di garanzie dei privati nei confronti dell'amministrazione, proteggendoli dall'uso arbitrario del potere. Si pensi al principio di proporzionalità, divenuto criterio implicito di esercizio dell'azione amministrativa solo dopo che il giudice amministrativo ha iniziato ad annullare i provvedimenti che imponevano sacrifici eccessivi ai destinatari¹⁶.

Il giudice fa ricorso ai principi generali per integrare i precetti normativi e, in alcuni casi, per mitigarne la rigidità, alla ricerca di un "diritto giusto" che aumenti la fiducia dei consociati nelle istituzioni. Grazie ad un'applicazione combinata di regole e principi, egli ricomponе la relazione tra individui e autorità pubbliche spezzata dal cattivo esercizio del potere, e dunque, la separazione tra legge, diritti e giustizia.

Talvolta questa attività si svolge attraverso un bilanciamento di interessi che ha alcune similitudini con quello effettuato dal legislatore o dall'amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale. Ad esso occorre dedicare una particolare attenzione.

4. Il bilanciamento di interessi tra discrezionalità interpretativa e "normazione giudiziaria": il caso della modulazione temporale degli effetti delle sentenze amministrative

Il bilanciamento di interessi è una pratica propria di sistemi in cui diritti e interessi confliggenti non seguono un ordine gerarchico prestabilito (MORRONE, 2008, 185)¹⁷. Esso opera nell'ambito del sindaca-

¹⁶ Sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo cfr. almeno SANDULLI, (1998); GALETTA, (1998); VILLAMENA, (2008); COGNETTI, (2011); MERUSI, (2011); FANTI, (2012); DE NITTO, (2023).

¹⁷ Il bilanciamento è una tecnica di composizione di diritti o interessi in conflitto di rango costituzionale affidato agli organi della giustizia costituzionale, che per tale ragione appare strettamente connesso al tema della garanzia giurisdizionale della Costituzione (MORRONE, (2008), 185). Se la legge esprime un bilanciamento nella misura in cui è frutto di un compromesso politico-parlamentare, attraverso il controllo di costituzionalità quel bilanciamento "può essere doppiato e, quindi, rivisto dai tribunali costituzionali per finalità di garanzia della Costituzione" (MORRONE, (2008), 186). La

to giurisdizionale, un’attività che interviene dopo che una decisione è stata adottata. Diversamente dal legislatore o dall’amministrazione, che effettuano una comparazione e graduazione preventiva di interessi, il giudice, infatti, valuta la correttezza e l’adeguatezza del bilanciamento operato rispetto al caso concreto. Da questa prospettiva, si tratta di un’operazione interna al giudizio di ragionevolezza, inteso a propria volta come “giudizio di merito che riguarda il contenuto delle scelte politico-legislative” (MORRONE, 2008, 199)¹⁸.

Di regola, solo la Corte costituzionale può usare questa tecnica di sindacato, in quanto investita del compito di adeguare costantemente e progressivamente l’ordinamento alle norme costituzionali; un compito che implica l’esercizio di un’attività che “va oltre la mera applicazione di un parametro normativo, che è in larga misura politica perché tiene conto di considerazioni di natura non esclusivamente giuridica” (MANFRELLOTTI, 2008, 268)¹⁹. Non appartiene, infatti, agli strumenti interpretativi a disposizione dei giudici comuni, “ai quali è consentito soltanto ‘filtrare’ queste esigenze tramite il meccanismo dell’incidente

tecnica in questione consente alla Corte costituzionale di sindacare la “ragionevolezza” della disciplina legislativa, esercitando un controllo che si articola nelle tre fasi della necessità, sufficienza e proporzionalità. La decisione sul bilanciamento compiuto dal legislatore non è qualificabile in termini di decisione di composizione del conflitto secondo una soluzione di equilibrio, ma di determinazione di un ordine di priorità assiologica e mobile tra i diritti o interessi in conflitto (GUASTINI, (1998), 230). Il contenuto di tale determinazione costituisce la “regola del conflitto”, ossia la disciplina dei presupposti e delle condizioni che rendono possibile, in termini di legittimità costituzionale, la relazione di precedenza posta tra beni confliggenti.

¹⁸ MORRONE, (2008), 199. Più diffusamente, MORRONE, (2001), 437 ss., per il quale l’essenza del bilanciamento priva di significato il divieto di “ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento”, contenuto nell’art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, che, del resto, è solo retoricamente evocato nelle premesse di quasi ogni decisione della Corte costituzionale riguardante il ragionevole bilanciamento di interessi.

¹⁹ MANFRELLOTTI, (2008), 268. Più di recente, MANFRELLOTTI, (2023), 182, che assimila il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale alla categoria dell’eccesso di potere legislativo, sul presupposto che “ogni qual volta vi è deviazione, nell’esercizio concreto della discrezionalità, dallo scopo della funzione legislativa, vi è un vizio della causa dell’atto”.

di costituzionalità, in modo da consentire poi alla Corte costituzionale di effettuare il bilanciamento” (LAMARQUE, 2021, 476)²⁰.

Nella pratica, operazioni di bilanciamento sono, talvolta, compiute anche dal giudice amministrativo. Un esempio è rappresentato dalla modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento o interpretative: il giudice mitiga le conseguenze pregiudizievoli che potrebbero derivare da un annullamento retroattivo dell’atto impugnato o da un’interpretazione normativa diversa da quella seguita sino a quel momento, quando dall’annullamento il ricorrente non conseguirebbe l’utilità cui aspira o il mutamento di interpretazione pregiudicherebbe situazioni giuridiche ormai consolidate²¹.

Nel caso della sentenza costitutiva il giudice bilancia gli effetti retroattivi della pronuncia, connaturati alla tutela costitutiva, con l’utilità conseguibile dal ricorrente e i danni che potrebbero derivare all’interesse pubblico tutelato dall’atto impugnato. Nel caso, invece, delle sentenze interpretative il bilanciamento riguarda l’impatto del mutamento interpretativo sulle situazioni ormai consolidatesi nel tempo, protette dal principio di certezza del diritto²².

Il giudice amministrativo ricorre dunque alla tecnica del bilanciamento quando un’applicazione troppo rigida della regola al caso concreto può ledere uno o più beni fondamentali protetti dalla Costituzione, dai Trattati europei o dalle Carte dei diritti. In questi casi, egli dovrebbe limitarsi a praticare interpretazioni conformi alla Costituzione o, quantomeno, ricorrere a orientamenti consolidati della Corte co-

²⁰ LAMARQUE, (2021), 476.

²¹ Il potere di modulare gli effetti temporali delle proprie decisioni è stato riconosciuto per la prima volta dalla sentenza del Consiglio di Stato, VI sezione, 10 maggio 2011, n. 2755, riguardante l’annullamento di un piano faunistico per difetto di preventiva valutazione ambientale strategica (VAS). Per un commento alla pronuncia e, in generale, sull’uso di questa tecnica, cfr. FOLLIERI (2012), 439 ss.; GALLO, (2012), 280 ss.; GIUSTI, (2012), 293 ss.; TRAVI, (2011), 927 ss.; VILLATA, (2011), 1516 ss.; SCOCA, (2011), 989 ss.; BERTONAZZI, (2012), 1128 ss.; DIPACE, (2012), 1273 ss.; MACCHIA, (2011), 1310 ss.; FELIZIANI, (2012), 427 ss.

²² Sulla configurazione di un generale potere di modulazione degli effetti temporali delle decisioni (di annullamento o interpretative) del giudice amministrativo, cfr. Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, sul quale si rinvia a CASSATELLA, (2018), 1133 ss.

stituzionale per definire la gerarchia dei valori e, ove non sia possibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale (DI CAPUA, 2024, 516).

Questa operazione non è tuttavia esente da rischi.

Può accadere infatti che, per risolvere il caso, il giudice entri nel merito delle scelte valoriali compiute in sede politica e ridefinisca l'assetto di interessi al di fuori del circuito rappresentativo, compiendo nella sentenza un bilanciamento che non gli è consentito e che andrebbe riservato alla legge. In questi casi, la discrezionalità normalmente connaturata alla funzione interpretativa tracima in (illegittima) “normazione giudiziaria” (DI CAPUA, 2024, 517).

Un esempio di “normazione giudiziaria” nei termini descritti è costituito dalle sentenze n. 17 e 18 del 2021, rese dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sulla proroga delle concessioni demaniali marittime²³. In quell'occasione, la plenaria ha ribadito che il diritto europeo è sovraordinato rispetto a quello nazionale e che la direttiva 2006/123/CE è dotata di effetto diretto, stabilendo l'obbligo per i giudici e le amministrazioni di disapplicare le norme interne che prevedevano la proroga *ex lege* delle concessioni già rilasciate fino al 31 dicembre 2033²⁴. Tuttavia, a causa del “notevole impatto (anche sociale ed economico) che tale immediata non applicazione può comportare” e della “necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali

²³ Cons. Stato, ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18. Tra i numerosi commenti alle pronunce, cfr. almeno SANDULLI, TRAVI, (2022), 152 ss.; SANDULLI, (2021), 331 ss.; FERRARO, (2021), 359 ss.; MORBIDELLI, (2021), 385 ss.; GOLA, (2021), 401 ss.; DIPACE, (2021), 419 ss.; CALABRÒ, (2021), 441 ss.; LAMARQUE, (2021), 473 ss.; ROLLI, SAMMARRO, (2021), 489 ss.; ZAMPETTI, (2021), 507 ss.; IACOVONE, (2021), 529 ss.; RAGUSA, (2021), 545 ss.; OTRANTO, (2021), 583 ss.; CARAVITA DI TORITTO, CARLOMAGNO, (2021), 621 ss.; CHITI, (2021), 869 ss.; SQUAZZONI, (2022), 292 ss.; LUBRANO, (2022), 157 ss.; COSSIRI, (2021), 232 ss. Più in generale, sulla complessa questione delle concessioni demaniali marittime cfr., tra gli scritti più recenti, VITALE, (2023), 169 ss.; COSSIRI (a cura di), (2022); LUCARELLI, DE MARIA, GIRARDI (a cura di), (2021); TIMO, (2020).

²⁴ Si fa riferimento all'art. 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 e all'art. 182, comma 2, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, che aveva disposto la prosecuzione dei rapporti concessori in essere al momento dell'entrata in vigore della normativa per far fronte alle conseguenze economiche della pandemia Covid-19.

all'indizione di procedure di gara", i giudici hanno deciso di modulare gli effetti temporali della sentenza, differendoli al 31 dicembre 2023. In questo modo, viene stabilito un nuovo termine di efficacia della proroga e differita l'applicazione della direttiva europea al 1° gennaio 2024.

L'esito appare illogico per più di una ragione.

Innanzitutto, è del tutto fuori luogo l'applicazione della modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative a decisioni prive di tale natura, riguardando piuttosto la soluzione di un contrasto tra una direttiva europea dotata di effetto diretto e una legge nazionale adottata in palese violazione di essa. Non si è trattato di differire l'applicazione di un indirizzo giurisprudenziale ad una certa data in poi, a tutela dei rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base dell'interpretazione della normativa seguita sino a quel momento, quanto piuttosto di accertare quel contrasto e, in caso positivo, disapplicare la legge nazionale nel rispetto degli artt. 101, comma 2, e 11 Cost. La natura decisoria delle pronunce emerge, infatti, dalla loro idoneità ad incidere, anche sotto il profilo sostanziale, (quantomeno) sulle posizioni delle parti in causa (SANDULLI, 2021, 345).

La seconda criticità, strettamente collegata alla prima, è che, dopo aver accertato l'esistenza effettiva del contrasto, la plenaria ha deciso di prorogare le concessioni in essere fino al 31 dicembre 2023 e di sospendere l'applicazione della direttiva europea sino a quella data. Il termine di proroga iniziale non era, tuttavia, volto a recuperare o perpetuare il regime concorrenziale più volte censurato, ma a consentire il processo di adattamento dell'ordinamento nazionale alle nuove regole di matrice europea (VITALE, 2023, 196). Il legislatore nazionale aveva, infatti, individuato il termine a seguito di un'operazione di bilanciamento *inter-valoriale* tra l'obbligo dell'ordinamento nazionale di adeguarsi al diritto europeo, l'affidamento dei concessionari uscenti nella stabilità di rapporti costituiti sulla base di una normativa decennale, la stabilità economica in un periodo di crisi, la necessità di organizzare gare pubbliche e di garantire il buon andamento dell'azione amministrativa e, infine, l'esigenza di prevenire pericolosi vuoti normativi (MORRONE, 2008, 191-192). In sede politico-parlamentare tali interessi sono stati graduati secondo un preciso ordine di priorità, dal quale è emersa la preferenza del legislatore verso la tutela dell'affidamento dei

concessionari e la stabilità economica rispetto agli obblighi di derivazione europea. Riducendo la durata della proroga iniziale, la plenaria ha stabilito, attraverso un nuovo bilanciamento, un ordine di priorità degli interessi diverso da quello deciso dal legislatore, facendo retrocedere gli affidamenti e la stabilità economica a favore dell’obbligo di dare attuazione alla direttiva europea.

In sostanza, il giudice amministrativo ha “usato” il caso e, attraverso il ricorso ai principi generali, è entrato nel merito delle scelte valoriali compiute dal legislatore, incorrendo nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale. La strada percorribile dalla plenaria sarebbe stata, invece, la rimessione alla Corte costituzionale di una questione di costituzionalità, consentendo ad essa di sindacare la discrezionalità del legislatore e modulare l’efficacia di una eventuale pronuncia di accoglimento.

5. Il controllo della Cassazione sulle “sentenze normative” del giudice amministrativo: considerazioni critiche

La sentenza n. 18 del 2021 dell’adunanza plenaria è stata impugnata con ricorso per cassazione, accolto dalle sezioni unite limitatamente al difetto assoluto di giurisdizione per arretramento per aver estromesso dal giudizio di appello le associazioni di categoria e la Regione Abruzzo intervenuti a difesa della perdurante applicabilità della disciplina interna e la conseguente legittimità delle proroghe²⁵.

Nonostante le incertezze definitorie, la dottrina ha opportunamente rilevato come tale vizio-motivo colpisca “le sole sentenze che abbiano erroneamente ritenuto la domanda priva di possibilità giuridica, affermandone l’improponibilità assoluta con pronuncia in rito ai sensi dell’art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a., ossia per una specifica ragione ostativa alla pronuncia sul merito della controversia” (CASSATELLA, 2024, 676). Nell’arretramento processuale, in sostanza, il giudice nega l’esistenza di norme che consentono di qualificare una situazione soggettiva come giuridicamente tutelabile e di radicare la giurisdizione su

²⁵ Cass., sez. un., 23 novembre 2023, n. 32559, sulla quale cfr. CASSATELLA, (2024), 759 ss.; TISCINI, (2024), 830 ss.

una determinata controversia, che viene erroneamente confinata nell'irrilevanza giuridica. In questo modo, però, le sezioni unite finiscono per svolgere un controllo “di tipo sostanziale” sull'idoneità della sentenza a dare “giustiziabilità” a diritti o interessi altrimenti relegati “in sostanza al rango di interessi di fatto”²⁶, praticando un'interpretazione estensiva dell'art. 110 c.p.a. che non può non destare perplessità (CASSATELLA, 2024, 775 ss.)²⁷.

6. Conclusioni

Prima di concludere lo studio, è opportuno ricapitolare i principali passaggi argomentativi utili a formulare alcune riflessioni finali.

Si è visto che la separazione dei poteri mantiene perdurante validità se intesa come regola organizzativa che implica l'attribuzione a soggetti diversi delle tre funzioni nelle quali si articola la sovranità dello Stato. In questo modo, essa diviene un efficace strumento a disposizione della scienza giuridica per individuare i casi di cumulo soggettivo di funzioni, come lo sconfinamento del giudice amministrativo nell'attività riservata al legislatore.

Si è osservato come il carattere naturalmente “creativo” dell'attività interpretativa renda arduo determinare in concreto quando il giudice crei dal nulla una norma giuridica. La particolare configurazione dello sconfinamento e la sua rilevanza ai fini del ricorso per cassazione hanno, inoltre, spinto le sezioni unite a concentrarsi sul “contenuto” della tutela, piuttosto che sulla definizione dei casi di “normazione giudiziaria”. Proprio a partire dalle pronunce rese in tema di pregiudiziale amministrativa, la Cassazione ha preferito ricorrere al vizio di “rifiuto di giurisdizione”, piuttosto che delineare i contenuti dell'invasione nelle prerogative del legislatore, finendo per ampliare le

²⁶ Cfr. Cass., sez. un., n. 32559 del 2023, par. 15 del considerato in diritto.

²⁷ CASSATELLA, (2024), 775 ss., che individua un parallelismo tra il sindacato delle sezioni unite sull'indebito arretramento e il sindacato del giudice amministrativo sull'eccesso di potere amministrativo, che gli consentiva di formulare un giudizio sull'adeguatezza dell'atto rispetto agli interessi pubblici di volta in volta tutelati e che si sostituì al controllo estrinseco della sua legittimità.

maglie dell'eccesso di potere giurisdizionale attraverso una lettura evolutiva dell'art. 111, comma 8, Cost., poi disattesa dalla Corte costituzionale.

Su queste premesse si è poi ricostruita la figura dello sconfinamento nell'attività legislativa muovendo dal rapporto tra giudice e legislatore, che l'art. 101, comma 2, Cost. definisce nei termini del primato della legge sulla giurisdizione, e dall'evoluzione che esso ha subito nel tempo a causa della trasformazione del ruolo del giudice nella società contemporanea. Si è osservato infatti che, con la crisi del positivismo giuridico, il giudice non è più mero attuatore della legge ma vero e proprio "costruttore" della regola da applicare al caso concreto, in conseguenza dell'interpretazione e integrazione dei precetti normativi. Si è descritto il processo di "costruzione" della regola partendo dai caratteri dello Stato costituzionale, individuati nella separazione tra legge, diritti e giustizia, da un lato, e tra regole e principi, dall'altro. Si è dimostrato che al giudice spetta ricomporre ad unità questa duplice separazione.

Nel processo amministrativo il giudice deve ricercare nell'ordinamento i parametri normativi in base ai quali verificare la legittimità della singola decisione amministrativa. Sempre più spesso egli deve colmare le lacune oppure integrare precetti normativi ambigui o vaghi ricorrendo ai principi generali. Tali principi perfezionano l'operazione di "costruzione" della regola da applicare al caso concreto, integrandola e mitigandone la rigidità alla ricerca di un "diritto giusto". In questo modo, il giudice ricompone quella separazione tra legge, diritti e giustizia attraverso un'applicazione combinata di regole e principi.

Si è ascritta questa operazione entro la tecnica di bilanciamento di cui il giudice amministrativo si avvale quando una rigida applicazione del parametro normativo al caso concreto può comportare una lesione a uno o più beni fondamentali protetti dalla Costituzione, dai Trattati europei o dalle Carte dei diritti. In questi casi, egli dovrebbe limitarsi a praticare interpretazioni conformi alla Costituzione o, quantomeno, ricorrere a orientamenti consolidati della Corte costituzionale per definire la gerarchia dei valori e, ove non sia possibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale. Se ciò non accade, ossia se il giudice "usa" il caso e, per risolverlo, entra nel merito delle scelte valoriali compiute in sede politica, ridefinendo l'assetto di interessi al di fuori

del circuito rappresentativo e compiendo nella sentenza un bilanciamento che non gli è consentito (e che andrebbe riservato alla legge), la discrezionalità interpretativa si trasforma inevitabilmente in illegittima “normazione giudiziaria” (DI CAPUA, 2024, 527).

In questo contesto, il controllo esercitato dalla Cassazione sulle “sentenze normative” del giudice amministrativo non sempre si dimostra uno strumento efficace. Piuttosto che individuare i casi in cui il giudice amministrativo sconfinava nell’attività del legislatore, le sezioni unite finiscono per effettuare un controllo di tipo sostanziale, concentrando sul contenuto della tutela di interessi protetti dall’ordinamento, in aperto contrasto con lo spirito dell’art. 111, comma 8, Cost. e dell’art. 110 c.p.a.

Riferimenti bibliografici

- Ansuátegui Roig, F.J. (2020). *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico* (Zezza M., trad. it.). Giappichelli. Torino.
- Barberis, M. (2023). *Separazione dei poteri e giustizia digitale*. Mimesis. Milano.
- Bassi, F. (1965). Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica). *Rivista trimestrale di diritto pubblico*.
- Bertonazzi, L. (2012). Sentenza che accoglie l’azione di annullamento amputata dell’effetto eliminatorio?. *Diritto processuale amministrativo*, 3.
- Bognetti, G. (2001). *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*. II ed. Giuffrè. Milano.
- Caianiello, V. (1977). Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione. *Giurisprudenza italiana*, IV.
- Calabrò, M. (2021). Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria. *Diritto e società*, 3, numero speciale su *La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*.
- Cannada Bartoli, E. (1963). Sui motivi attinenti alla giurisdizione. *Foro Amministrativo*.
- Caponigro, R. (2011). Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo. *Foro amministrativo C.d.S.*, 5.

- Caravita di Toritto, B.; Carlomagno, G. (2021). La proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime: Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma. *Diritto e società*, 3, numero speciale su *La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*.
- Casini, L. (2023). Il Governo legislatore. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1.
- Cassatella, A. (2018). L’eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2.
- Cassatella, A. (2018). Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un’innovazione necessaria? Nota a Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13. *Diritto e processo amministrativo*, 3.
- Cassatella, A. (2021). Art. 110. In Falcon, G.; Cortese, F.; Marchetti, B. (dir. da), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*. Cedam. Milano.
- Cassatella, A. (2023). Il giudice amministrativo quale “inventore” del diritto. Savino, M.; Vitiello D. (a cura di). *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio*, Atti del V Convegno dell’Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), 17 e 18 novembre 2022. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Cassatella, A. (2024). Gli incerti confini di arretramento di giurisdizione: sabbie mobili? *Diritto processuale amministrativo*, 3.
- Cassese, S. (1969). Problemi delle ideologie dei giudici. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- Cassese, S. (2001). Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore. In Pasquini, G.; Sandulli A. (a cura di). *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*. Giuffrè. Milano.
- Chieppa, R. (2010). Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell’effettività della tutela. *Giustamm.it*.
- Chiti, M.P. (2021). “*Juger l’administration c’est aussi légiférer?*” L’Adunanza Plenaria sulle concessioni demaniali marittime. *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5-6.
- Cipriani, F. (1999). Sul difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione. *Foro Italiano*, 6, I.

- Cocozza, G. (2011). Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo. *Diritto processuale amministrativo*, 4.
- Cocozza, G. (2017). *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Cognetti, S. (2011). *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e analisi sistematica*. Giappichelli. Torino.
- Corpaci, A. (2013). Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato. *Diritto Pubblico*.
- Cortese, F. (2023). Le Regioni co-legislatori e co-amministratori: ambizioni originarie, oscillazioni attuative, potenziali traguardi. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1.
- Cossiri, A. (2021). L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo: Note a prima lettura. *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, 2.
- Cossiri, A. (a cura di). (2022). *Coste e diritti: Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*. EUM Edizioni Università di Macerata. Macerata.
- D'Amico, G.; Tega, D. (2023). La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea costituente tra modelli storici e contesto politico. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1.
- Dal Canto, F. (2018). Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale. *Giurisprudenza costituzionale*, 3.
- De Nitto, S. (2023). *La proporzionalità nel diritto amministrativo*. Giappichelli. Torino.
- Del Gatto, S. (2023). Il principio di separazione dei poteri alla prova degli organi ausiliari. Il ruolo del Consiglio di Stato e della Corte dei conti nell'equilibrio tra poteri. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1.
- Dipace, R. (2012). L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo. *Diritto processuale amministrativo*, 4.
- Dipace, R. (2021). L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria. *Diritto e società*, 3, numero speciale su *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*.
- Di Capua, V. (2024). L'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato per sconfinamento nell'attività del legislatore e l'idealtipo del "giudice

- Ercole” (Corte di Cassazione, Sez. Un., ordinanza 12 ottobre 2022, n. 8153). *Il Processo*, 2.
- Donati, D. (1966). Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico (1910). In Donati, D. *Scritti di diritto pubblico*. Cedam. Padova.
- Fanti, V. (2012). *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*. Giappichelli. Torino.
- Feliziani, C. (2012). Oltre le colonne d’Ercole, Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?. *Foro amministrativo C.d.S.*, 2.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Editori Laterza. Bari.
- Ferrajoli, L. (1993). Il diritto come sistema di garanzie. *Ragion pratica*, I.
- Ferrara, R. (2014). L’incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitoria” della giurisprudenza. *Diritto amministrativo*, 4.
- Ferraro, F. (2021). Diritto dell’Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria? *Diritto e società*, 3, numero speciale su *La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*.
- Ferri, C. (1968). Limiti del controllo in Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato. *Rivista di diritto processuale*.
- Ferroni, V.M. (2005). *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*. CEDAM. Padova.
- Follieri, E. (2012). L’ingegneria processuale del Consiglio di Stato. *Giurisprudenza italiana*, 2.
- Follieri, E. (2015). Il sindacato della corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato. *Giustamm.it*.
- Fragale, N. (2023). Il controllo della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato: aggiornare o superare la teoria dello sconfinamento in danno di altri poteri?. *Diritto e processo amministrativo*, 2.
- Franchini, C. (2018). *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*. In Aa.Vv., *Il diritto amministrativo oltre i confini*. Giuffrè: Milano.
- Galetta, D.-U. (1998). *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*. Giuffrè. Milano.
- Gallo, C.E. (2012). I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento. *Diritto processuale amministrativo*, 1.

- Gallo, C.E. (2013). L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato. *Diritto e processo amministrativo*, 2-3.
- Gaverini, F. (2007). Il controllo della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione. *Foro Amministrativo C.d.S.*, 1.
- Giusti, A. (2012). La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. *Diritto processuale amministrativo*, 1, 293-328.
- Gola, M. (2021). Il Consiglio di Stato, l'Europa e le “concessioni balneari”: si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta? *Diritto e società*, 3, numero speciale su *La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*.
- Grasso, G.; Manfrellotti, R. (2007). Poteri e funzioni dello Stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale. *Historia constitucional*, 8.
- Grossi, P. (2020). *Oltre la legalità*. Laterza. Roma-Bari.
- Guastini, R. (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*. Giuffrè. Milano.
- Iacovone, G. (2021). Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione. *Diritto e società*, 3, numero speciale su *La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*.
- Lamarque, E. (2021). Le due sentenze dell'Adunanza plenaria... le gemelle di Shining?. *Diritto e società*, 3, numero speciale su *La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*.
- Lamorgese, A. (2014). *La giurisdizione contesa: cittadini e pubblica amministrazione*. Giappichelli. Torino.
- Lavagna, C. (1951). In tema di eccesso di giurisdizione del Consiglio di Stato. *Foro Amministrativo*, II.
- Lubrano, E. (2022). Le concessioni demaniali marittime ieri, oggi e domani: La tutela dei diritti fondamentali di tutti gli operatori del settore, mediante l'applicazione delle regole sulla concorrenza, secondo i principi del diritto europeo (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18). *Dirittifondamentali.it*, 1.
- Lucarelli, A.; De Maria, B.; Girardi, M.C. (a cura di). (2021). *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli.

- Luciani, M. (2014). Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale. *Rivista AIC*, 4.
- Luciani, M. (2023). *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Giuffrè Francis Lefebvre. Milano.
- Macchia, M. (2011). L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione. *Giornale di diritto amministrativo*, 12.
- Manfredlotti, R. (2008). *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*. Jovene. Napoli.
- Manfredlotti, R. (2021). La Corte di Cassazione e la Volpe del Deserto: Il ricorso per motivi inerenti la giurisdizione *ex art.* 111, ultimo comma, della Costituzione e la violazione del diritto dell'Unione europea. In Carnevale, P.; Castorina, E.; Grasso, G. (a cura di), *L'Europa dei tre disincanti: Liber amicorum per Giovanni Cocco*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Manfredlotti, R. (2023). *La problematica della causa dell'atto nella dottrina della funzione pubblica*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Maruotti, L. (2010). La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela. *Giustamm.it*.
- Mazzamuto, M. (2012). L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione. *Diritto processuale amministrativo*, 4.
- Mazzamuto, M. (2018). Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni. *Giurisprudenza italiana*, 3.
- Merusi, F. (2011). *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Moliterni, A. (2023). Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1.

Carlos González-Tormo

MARCO CONSTITUCIONAL DE LAS COMISIONES
DE INVESTIGACIÓN
EN EL SISTEMA PARLAMENTARIO ESPAÑOL:
UNA APROXIMACIÓN

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Parlamentarismo español y función de control. – 2.1. Funciones de las Cortes Generales: el control parlamentario. – 2.2. Las Comisiones de Investigación como medios de control parlamentario. – 3. Las Comisiones de Investigación en la historia constitucional española. – 4. Las Comisiones de Investigación en la Constitución de 1978 y su desarrollo reglamentario. – 4.1. Previsión constitucional. – 4.2. Las Comisiones de Investigación en el Reglamento del Congreso. – 4.3. Las Comisiones de Investigación en el Reglamento del Senado. – 4.4. Las Comisiones de Investigación en los parlamentos autonómicos. – 5. Comisiones de Investigación y Tribunal Constitucional. – 6. Conclusiones.

1. Introducción

Las Comisiones Parlamentarias de Investigación son instrumentos de control parlamentario a disposición del Congreso y del Senado, pudiéndose dar el caso de comisiones mixtas. Desde la óptica del reconocimiento constitucional, no lo tuvieron hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978: en ella, superaron las anteriores etapas de desarrollo reglamentario (LAVILLA ALSINA, 2019) para abrazar el pleno reconocimiento constitucional a través de lo dispuesto por el Título III, relativo a las Cortes Generales, artículo 76 CE. Más concreto todavía resulta el acotamiento temático del artículo 76.1 CE en cuanto a “cualquier asunto de interés público”, además de la regulación extensiva llevada a cabo a través de la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, junto con los reglamentos de las cámaras. De este modo, su previsión en la Cámara Alta se ubica en el artículo 49 y siguientes del *Reglamento del Senado*, mientras que en el *Reglamento del Congreso de los Diputados* se encuentra en el artículo 40 y siguientes.

Prosiguiendo en esta línea, el encaje de esta figura parlamentaria acostumbra a ser el de la lógica que el artículo 66.2 CE presenta: el control del Ejecutivo. De ello cabría concebir las Comisiones de Investigación como herramientas a disposición de las Cortes Generales para poder ejercer, de manera efectiva, el control sobre la acción gubernamental. Esto último alcanza mayor desarrollo si se comprende en conexión con lo dispuesto en el artículo 29.2 de la *Ley del Gobierno*, ahondando en la idea de que sean las Cortes Generales las que posean la facultad de controlar, políticamente, al Gobierno. En este sentido, esta relación dual de control se prevé, también, a escala autonómica a través de lo previsto por el artículo 152 CE, trasladando este esquema de fiscalización política a los parlamentos autonómicos en relación con las acciones y omisiones llevadas a cabo por los Gobiernos de sus respectivas comunidades autónomas.

Finalmente, existe en el seno de la doctrina el debate acerca de en cuál de las funciones parlamentarias deberían de clasificarse las Comisiones de Investigación¹. Con todo, si bien sus conclusiones no resultan vinculantes para los Tribunales según el art. 76.1 CE, no es menos cierto que la comparecencia es obligatoria y se trata de una investigación que, en según qué casos, puede suponer un juicio político; a ello contribuye que, a diferencia de lo que sucede con el control jurídico, al control político no solo le es propia la condición de subjetividad, sino que también lo es el reconocer como determinante para el ejercicio del control la oportunidad política (ARAGÓN REYES, 1986). En definitiva, el hecho de que sus trabajos puedan desarrollarse en paralelo con las labores judiciales ordinarias consolida las Comisiones de Inves-

¹ La mayoría de la doctrina española opta por clasificar las Comisiones Parlamentarias de Investigación dentro de los instrumentos de control parlamentario, como sería el caso de autores como MARAVALL (1947), ARAGÓN REYES (1986), JIMÉNEZ CAMPO (1987), LÓPEZ AGUILAR (1988), GARCÍA FERNÁNDEZ (1993), GARCÍA MORILLO (1994), GARCÍA MAHAMUT (1996), TORRES BONET (1998), NAVAS CASTILLO (2000), RUIZ ROBLEDO (2006) o MARCO MARCO *et al* (2017). Sin embargo, también existe la doctrina menos extendida de concebir dichas comisiones, esencialmente, como instrumentos parlamentarios de información y no tanto de control, siendo este el caso de LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (1986), que aun con matices coincide con SANTAOLALLA LÓPEZ (1984) al considerarlas instrumentos cualificados de información por su capacidad de trascender las relaciones con el Gobierno y afectar a terceras personas.

tigación como instrumentos con gran impacto sobre la agenda mediática y la opinión pública.

2. Parlamentarismo español y función de control

2.1. Funciones de las Cortes Generales: el control parlamentario

El artículo 66 CE recoge las funciones otorgadas a las Cortes Generales españolas. De ello se desprende el ejercicio de la potestad legislativa, la aprobación de los presupuestos, el control de la acción del Gobierno y las demás competencias que les atribuya la Constitución. Además, existen a lo largo de la extensión constitucional una serie de artículos que facultan a las Cortes Generales para toda una serie de funciones, además de las clásicas potestades legislativas, presupuestarias y de control.

Estas funciones comprenden nombramientos y autorizaciones previas: la elección de miembros de órganos constitucionales y de interés general², así como la autorización previa para que los poderes públicos puedan proceder a la firma de tratados internacionales, incluyendo la celebración de convenios de colaboración por parte de Comunidades Autónomas (RUIZ ROBLEDO, 2006). A todo lo anterior se sumaría, entre otros, la especialidad que posee el Congreso para autorizar el estado de excepción vía el artículo 116 CE y la convocatoria de un referéndum a tenor del artículo 92 CE, junto con la habilitación necesaria del Senado al Gobierno para la realización de la coacción estatal dirigida contra una Comunidad Autónoma a través de lo dispuesto en el artículo 155 CE.

Analizada en profundidad, la función de control se sitúa en el núcleo de la monarquía parlamentaria porque basa su existencia en la relación de confianza mutua entre el Parlamento y el Gobierno. Esta relación entre el poder ejecutivo y el legislativo puede estructurarse en dos vías de control: de oportunidad singular y de cotidianidad. La vía

² Destacando la capacidad de designación de miembros para el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, el Consejo General del Poder Judicial, el Defensor del Pueblo, la Junta Electoral Central o el Consejo de RTVE, entre otros.

singular, recogida en los artículos 99, 112, 113, y 114 CE, implica las mociones de censura, las cuestiones de confianza y el procedimiento de investidura. La vía de cotidianeidad, por su parte, haría referencia a las técnicas parlamentarias que habilitan a las Cortes para controlar al Ejecutivo en el desarrollo de su actividad habitual (RUIZ ROBLEDÓ, 2006).

Resumidamente, las vías de control habitual disponibles son: las preguntas e interpelaciones presentes en el artículo 111 CE, solicitudes de información y de presencia de los miembros del Gobierno a partir de los artículos 109 y 110 CE, las Comisiones de Investigación recogidas en el artículo 76 CE y, por último, las mociones y proposiciones no de ley, concebidas como instrumentos destinados a impulsar la acción gubernamental a partir del Título X del *Reglamento del Congreso*.

Sobre el hecho de que el control parlamentario, de entre todas las funciones parlamentarias, sea la que más procedimientos exclusivos posee, además de tratarse de la más presente en todos los procederes de la Cámara³, se pronuncia Aragón Reyes (1986), coincidiendo con Rubio Llorente (1985) en dos aspectos: la necesidad primordial del control parlamentario para que la ley no constituya voluntad prolongada del gobierno sino manifestación parlamentaria e independiente y, además, el refuerzo del Parlamento a fin de que funcione como lugar de crítica y no tanto como órgano de resonancia para el Gobierno y sus actos.

Así, la praxis de control suele ser ejercida casi totalmente por las formaciones contrarias a la mayoría de gobierno, toda vez que, como apunta Pasquino (1998), según es su naturaleza, la oposición está en posición de ser rival de quien controle el ejecutivo, hecho que invita al aprovechamiento de este tipo de herramientas parlamentarias para no solo fiscalizar al Gobierno, sino también para positivizarse como una alternativa viable frente a este⁴. No en vano el control de naturaleza

³ De ello se desprende que la función de control no queda únicamente ligada a una lista cerrada de procedimientos, sino que informa el total de la práctica parlamentaria.

⁴ Con todo, la oposición parlamentaria no puede ser considerada titular de la función de control; primero, porque no existe como tal un reconocimiento jurídico que en el ordenamiento lo establezca explícitamente; segundo, porque la atribución instrumental del control es orgánica, no distingue fracciones del Parlamento porque el

parlamentaria es entendido como control político (ARAGÓN REYES, 1986), susceptible de análisis jurídico por tratarse de una realidad material, más allá del detalle de poseer indudable naturaleza política.

El control parlamentario, pues, resultaría en una función que le es propia al Parlamento, en tanto en cuanto este es un sujeto orgánico de la relación fiduciaria existente. Esto lleva a comprender el ejercicio, también, en términos netamente orgánicos. Ahondando en dicha relación fiduciaria, cuya base descansa sobre el programa de gobierno a ejecutar por parte del titular del ejecutivo, una vez le es otorgada la confianza, todo instrumento de control es susceptible de ser clasificado en función de su utilidad de cara a ralentizar, incluso bloquear, la ejecución de dicho programa de gobierno.

En suma, un concepto de control sólido, como el de Rubio Llorente (1993), partiría de una naturaleza indudablemente política, con carácter permanente e instrumental, teleológico y cuyo ejercicio es a través de la forma orgánica. Además, descarta la necesidad de conectar control y sanción: la clave estaría en tomar como patrón de verificación la acción gubernamental cuya apreciación daría luego lugar a la debida responsabilidad. Por tanto, jurídicamente es posible concebir el control parlamentario como estima García Fernández (1994, 42):

“Es el conjunto de procedimientos e instrumentos de que dispone el Parlamento para dar permanencia o continuidad a la relación fiduciaria que ha instaurado con el titular de la Presidencia del Gobierno o con los titulares del mismo a través de la comprobación permanente del cumplimiento de los objetivos materiales del programa de gobierno comprometido por el órgano Gobierno”.

2.2. Las Comisiones de Investigación como medios de control parlamentario

El caso de las Comisiones de Investigación parlamentaria pone de relieve una paradoja que origina un debate en el seno doctrinal: si bien son instrumentos clásicos del Derecho parlamentario, se trata de he-

sujeto activo de la función de control es el órgano en sí. Asimismo, la necesidad política del concurso de la mayoría para el ejercicio del control parlamentario no implica la afirmación rotunda de que solo la mayoría pueda ejercerlo.

ramientas cuya finalidad es recabar información sobre un asunto a fiscalizar de interés determinado. Sin embargo, no tienen ninguna capacidad de sanción posterior, sucediendo no solo en el caso de las Comisiones, sino también en el de las preguntas e interpelaciones. Este hecho dificulta su clasificación dentro de los instrumentos parlamentarios típicamente asociados a la función de control, más allá de que la propia redacción del artículo 76 CE no deje clara su naturaleza específica.

Así, Santaolalla (1984) sostiene que, precisamente por su incapacidad sancionatoria, no es posible encuadrar las Comisiones, las preguntas y las interpelaciones dentro del conjunto de medios para ejercer la función parlamentaria de control. Esta teoría quedaría rebatida, entre otros, por la anteriormente citada posición de Rubio Llorente (1993), basada en no concebir como necesario que exista conexión entre control y sanción, en la misma línea que Aragón Reyes (1984), López Aguilar (1988), o García Morillo (1994).

Por sus rasgos y funciones, siguiendo la clasificación de García Fernández (1993), las Comisiones de Investigación encajarían tipológicamente como instrumentos parlamentarios de control que, si bien comportan un efecto valorativo inmediato sobre la acción del Gobierno, no cuentan con efectos materiales, es decir, su finalidad es la emisión de un juicio de valor, positiva o negativamente, cuya resolución estima una acción gubernamental.

El poder de investigación, sobre el que descansa la concepción de las Comisiones parlamentarias del mismo nombre, tiene su antecedente histórico en las Comisiones de encuesta, de cuya trayectoria resulta indisociable el conflicto latente entre el legislativo y el ejecutivo⁵ (TARDEAU, 1937; BIDEGARAY Y EMERI, 1973; TORRES BONET, 1998).

La función de las Comisiones se agotaría, pues, en el instante en que lograsen proporcionar al sujeto controlante los fundamentos requeridos, además de elementos de juicio precisos, para poder tener una opinión formada sobre la actuación del ejecutivo (MONTERO GI-

⁵ De manera que, en ningún caso, el reconocimiento de su existencia llevase implícita la dotación de una serie de poderes cuya atribución obligare a rebasar toda competencia previamente reconocida al Parlamento por el *corpus* constitucional. Así, lo habitual es que su desarrollo normativo partiese de la dimensión reglamentaria.

BERT Y GARCÍA MORILLO, 1984). Llegados a este punto, es relevante aclarar, como apunta Pérez Royo (2003), que las conclusiones de una comisión de investigación, precisamente por tratarse de efectos inmediatos de naturaleza puramente política, no son representativas de la verdad social, sino que deben considerarse como verdad parlamentaria⁶. Por ende, es a la función judicial a quien corresponde el definir aquello que se considere verdad social, siendo el detonante la lesión de un derecho o una disputa jurídica. Esta labor de definición no se da sino en concreto⁷, bajo el pretexto mencionado y la residencia de dicha disputa ante un juez o tribunal, que resuelve de forma vinculante cualquier duda surgida de la Ley. Así, el resultado de la sentencia es aquello que recibe consideración de verdad social definitiva.

En conclusión, la consideración de las Comisiones de Investigación como instrumentos de control del Gobierno no se fundamentaría en su capacidad de sancionar o, al menos, obstaculizar la acción gubernamental, toda vez que por sus atribuciones se trata de un instrumento incapaz de lograr dichos fines. Más bien, la clave estaría en la habilitación reglamentaria que reciben las Comisiones: al permitir que las conclusiones extraídas en comisión se puedan someter a debate en el Pleno, es posible abrir un espacio de juicio al Gobierno que afecte al vínculo de confianza y responsabilidad que se establece en el régimen parlamentario entre el ejecutivo y el legislativo.

Así pues, autores como Giménez Martínez (2015) señalan a las Comisiones de Investigación como uno de los medios destacables que tendría el poder legislativo para poder ejercitar sus funciones de control e información, por su capacidad de hacer que el Parlamento despliegue poderes especiales sobre asuntos de interés público y, con ello, hacer valer la voluntad de fiscalización sobre las acciones y omisiones políticas llevadas a cabo por el poder ejecutivo.

⁶ Si bien resulta innegable que son verdades políticas con efectos políticos, la Verdad procede de un proceso contradictorio, llevado a cabo por jueces y tribunales, imbricado de garantías constitucionales. Pese a ello, no se puede negar que las verdades parlamentarias, por su componente de verdad política, son susceptibles de cuotas más generales de alcance social que cualquier otra resolución (PÉREZ ROYO, 2003).

⁷ La definición en abstracto de la verdad de la sociedad corresponde en exclusiva a la Ley. Por ende, como sostiene PÉREZ ROYO (2003), “la verdad de la sociedad resulta de la combinación de la verdad legislativa y de la verdad judicial”.

3. Las Comisiones de Investigación en la historia constitucional española

Las encuestas políticas, como antaño se conocía a las Comisiones Parlamentarias de Investigación, se entendían como desprovistas de cualquier necesidad de previsión normativa: al ser un poder connatural e implícito al parlamento, su existencia quedaba justificada a raíz del derecho de iniciativa parlamentaria (ARÉVALO GUTIÉRREZ, 1995). Como se ha detallado anteriormente, los textos constitucionales no acostumbraban a hacer referencia a los órganos parlamentarios de encuesta, de manera que solían estar aparejados a las Comisiones especiales, en calidad de subtipo, dentro de los reglamentos. Con todo, la creación de encuestas parlamentarias en España era una realidad desde los tiempos del *Estatuto Real* de 1834 (TORRES BONET, 1998).

Desde el capítulo VII del *Reglamento para el Gobierno Interior de las Cortes Constituyentes*, de 24 de noviembre de 1810, las Comisiones de encuesta están presentes en el sistema jurídico español, incluso con anterioridad a la Constitución de 1812. Así, el *Reglamento para el Gobierno Interior de las Cortes*, de 14 de septiembre de 1813, en su Capítulo VII – artículos 79 y siguientes –, consolida un concepto que con el trienio liberal (1820-1823) vuelve a darse, en el *Reglamento del Gobierno Interior de Cortes y su edificio*, tras el retroceso causado por Fernando VII.

El lapso que comprende desde la muerte del Rey en 1833 hasta la Gloriosa Revolución de 1868, conocido también como periodo isabelino, da lugar al *Reglamento para el Régimen y Gobierno del Estamento de Procuradores a Cortes*, de 15 de julio de 1834, que contiene en su Título IV, precisamente en el artículo 51, la diferenciación entre comisiones de carácter ordinario y aquellas a clasificar como especiales⁸. Cuatro años más tarde, el *Reglamento del Congreso de los Diputados*, de 14 de febrero de 1838, recoge las secciones, de clara inspiración en la figura francesa de los «*bureaux*» (MARAVALL, 1947), además de ordenar las Secciones y Comisiones del Congreso; este sistema fue dado en herencia al posterior *Reglamento Interior del Congreso de los Dipu-*

⁸ Esto se completaría con la previsión, en el artículo 46 del mismo texto, de una Comisión de verificación de poderes y de otra Comisión encargada de presentar al Estamento el proyecto de contestación al discurso de apertura (TORRES BONET, 1998).

tados de 4 de mayo de 1847⁹, con la salvedad de reservar títulos diferentes para secciones y comisiones. El Reglamento interino de las Cortes constituyentes de 1 de diciembre de 1854 repite la organización sistémica y tipológica anterior, pero fusiona de nuevo comisiones y secciones en el Título VII; luego fueron desligadas, nuevamente, por el *Reglamento del Congreso de los Diputados* de 25 de junio de 1867, cuyo sistema recoge el legado de 1838 y estipula, como norma, duración limitada para comisiones especiales, dejando solo como excepción aquellas dotadas de permanencia (TORRES BONET, 1998).

En este punto se produce el primer antecedente normativo para la actual configuración de las Comisiones, en tanto en cuanto en el artículo 67, además de prever que comparezcan personas ajenas al Parlamento en las Comisiones, admite indirectamente la posibilidad de que existan Comisiones Parlamentarias de Investigación aparte de las Comisiones parlamentarias en general, independientemente de si estas son con vocación temporal o con vocación *ad permanentiam* (GARCÍA MAHAMUT, 1996; TORRES BONET, 1998). Existe, por tanto, una previsión expresa sobre el carácter específico de las Comisiones de encuesta en el derecho parlamentario español. La ruptura con el sistema de secciones y comisiones especiales vendrá dada por el Reglamento interino de las Cortes Constituyentes de 1873, donde Cuevas y Cuevas (1925) fija el antecedente de las Comisiones Permanentes en el Parlamento español, cuyo régimen quedó implantado en el Reglamento del Congreso de los Diputados de 1918.

Hasta este momento, el control parlamentario en comisión está en fase embrionaria y ninguna de las constituciones españolas del siglo XIX, exceptuando la de 1812, ha regulado aspectos relacionados con la organización y el funcionamiento interno de las Cortes Generales, dejándolo para los Reglamentos: allá donde existen comisiones parlamentarias, estas son estrictamente auxiliares y carecen, respecto de la Asamblea que las integra, de cualquier relevancia de naturaleza exterior (JIMÉNEZ CAMPO, 1987; GARCÍA MAHAMUT, 1996).

Con la Constitución republicana de 1931, las Comisiones de Investigación estuvieron, por primera vez en la trayectoria española, cerca

⁹ Reglamento cuya vigencia le sería restablecida en 1876 y perduraría en uso hasta 1918.

del reconocimiento constitucional. Es el caso del Anteproyecto de Constitución de la Segunda República Española, que en su artículo 36 constitucionalizaba las Comisiones de Investigación y que en el debate del articulado terminó desestimado a iniciativa de la Comisión Constitucional tras la retirada del artículo 57, que posibilitaba la elevación a rango constitucional de las Comisiones (PÉREZ SERRANO, 1932; GARCÍA MAHAMUT, 1996).

Prosiguiendo en esta línea, la entrada en vigor del *Reglamento Provisional de las Cortes Constituyentes*, de 18 de julio de 1931, recogía en su artículo 35.1 la posibilidad de, mediante la consideración subordinada a las Comisiones especiales, constituir Comisiones de Investigación, regladas por los preceptos del artículo 36. Así pues, las Cortes Constituyentes fueron testigo de dos Comisiones de Investigación: la *Comisión parlamentaria Investigadora de los sucesos acaecidos en Sevilla* y la *Comisión parlamentaria investigadora de los sucesos en Casas Viejas*.

En las Segundas Cortes Republicanas se creó la *Comisión especial investigadora de las importaciones de trigo decretadas en 1932*, pero esta se constituyó en 1934, de manera que la vigencia normativa corresponde con el *Reglamento del Congreso de los Diputados* de 1934. Este no reconoce expresamente las Comisiones de Investigación¹⁰, pero recoge el planteamiento del reglamento predecesor, el de 1931, y diferencia comisiones parlamentarias permanentes de aquellas denominadas como especiales. El detalle de su artículo 48, como advierte García Mahamut (1996), está en que introduce, además, una distinción en las Comisiones especiales, separando las destinadas al trabajo legislativo de aquellas con distinta temática. Este artículo, además, funciona como precepto abierto tanto para la relación tasada de comisiones como para a la definición de sus tareas. Curiosamente, esta flexibilidad queda apuntalada en cuándo los artículos 109.3 y 120 estipulan pertinente la creación de comisiones especiales¹¹.

¹⁰ Probablemente porque el establecimiento de una ordenación más completa exigiría, precisamente por propasar los límites reglamentarios, del establecimiento de una ley (HERRERO, 1935).

¹¹ Sostiene CILLÁN GARCÍA DE ITURROSPE (1985), al amparo de lo desplegado, que el término *comisiones especiales* podría camuflar comisiones que, *de facto*, eran de

En síntesis, las Comisiones de Investigación durante la Segunda República española contaban con autonomía y el consiguiente reconocimiento, encontrándose la motivación para su creación en la necesidad, inmediata y directa, de poner sobre investigación una serie de hechos delictivos gravosos para una parte relevante de la sociedad y que, además, pudieren ser imputables al Gobierno. De este modo, el *thelos* de la comisión resultaría en proporcionar la información necesaria para que las Cortes estimaran la necesidad o no de proceder con la debida exigencia de responsabilidades al ejecutivo por sus actos¹². Con todo, pese a la autonomía y reconocimiento referidos, no existía una clara remisión normativa en cuanto a la propia delimitación de sus funciones (GARCÍA MAHAMUT, 1996).

Tras la Guerra Civil española (1936-1939), el régimen de Francisco Franco instauró un sistema dictatorial en el que las Cortes, orgánicas, en absoluto ejercían labores de fiscalización política y, por lo tanto, quedaba estéril la capacidad de control del parlamento español (GARRORENA MORALES, 1977). Sin embargo, el artículo 15 II de la *Ley Constitutiva de las Cortes*, de 17 de junio de 1942, abría la ventana a la creación de Comisiones de Investigación: el caso Matesa fue objeto de una y esta, según Zafra Valverde (1973), fue creada para formular juicios críticos a la gestión pública del Gobierno a partir de serias anomalías, con un procedimiento de actuación improvisado y que sirvió de base para los artículos 102 a 105 del posterior *Reglamento* parlamentario de 1971.

Con la entrada de la Transición democrática, durante los dieciocho meses que duró la Legislatura Constituyente, las Comisiones de Investigación fueron empleadas de modo tal que no obedecían a su reserva para, en términos de Santaolalla (1982), el tratamiento de cuestiones de especial importancia. Con ello, se produjo una paradoja: si bien hubo un número ingente de comisiones, su regulación no se benefició

investigación. Desde 1934 a 1939, solo fue creada la mencionada *Comisión especial investigadora de las importaciones de trigo decretadas en 1932*.

¹² Si bien no se buscaba usurpar la esfera judicial, no es menos cierto que la actividad de las Comisiones de Investigación, precisamente por la falta de regulación en sus funciones, hacía de su facultad investigadora una herramienta de amplia capacidad judicial para llevar a cabo sus pesquisas.

de esa dinámica exponencial y, cualitativamente, la insuficiente regulación terminó por repercutir sobre los trabajos llevados a cabo.

Así pues, señala Gude Fernández (2000) que sus labores se ciñeron a una finalidad legislativa, informando acerca de sectores de interés, descartando fiscalizar la gestión gubernamental¹³. El resultado fue que las Comisiones de Investigación quedaron desprovistas de eficacia y, por ende, adquirieron una naturaleza accesorio, favorable a un rol más bien ornamental que las reducía, en la práctica, a meros instrumentos de la mayoría parlamentaria (PACE, 1973; GIMÉNEZ MARTÍNEZ, 2015).

Por último, la etapa entre 1977 y 1979 estuvo marcada por Comisiones de Investigación que, además de estar controladas por el Gobierno o la mayoría parlamentaria, se podrían agrupar, a partir del estudio de Giménez Martínez (2015), en tres destinos distintos: promoción de la política gubernamental, apoyo a la imagen de la mayoría parlamentaria de Gobierno en vista del momento electoral y, finalmente, el ocultamiento de aquellos asuntos que pudieren incomodar al Ejecutivo de cara a la opinión pública. En cualquier caso, resulta llamativo que, durante la configuración del artículo 76 CE, este solo recibiese por parte de los grupos parlamentarios enmiendas de naturaleza técnica, más bien orientadas a alterar su redacción o contenido para eliminar inconsecuencias o reiteraciones y no tanto para comprometer el texto a examinar. Así las cosas, el mantenimiento de su incapacidad para establecer conclusiones vinculantes para los tribunales, presente en los Reglamentos provisionales, terminó por solidificar una limitación evidente de los poderes de fiscalización de las Comisiones de Investigación (AMORÓS DORDA, 1989; GIMÉNEZ MARTÍNEZ, 2015).

¹³ Adquiriendo un estilo más cercano al de las *Royal Commissions* de Reino Unido, cuya complacencia con el ejecutivo discurre en paralelo con su plena dedicación al estudio de los aspectos característicos de los problemas a evaluar por el Parlamento (GIMÉNEZ MARTÍNEZ, 2015).

4. Las Comisiones de Investigación en la Constitución de 1978 y su desarrollo reglamentario

4.1. Previsión constitucional

En virtud del artículo 76 de la Constitución española de 1978, el Congreso de los Diputados y el Senado tienen la facultad de constituir Comisiones de Investigación parlamentaria sobre cualquier asunto concreto de interés público¹⁴, cuya trayectoria va en paralelo a su finalidad o a la legislatura en la que se crean (arts. 51 RC y 59 RS). Además, pueden crear, a raíz de lo dispuesto en el artículo 76.1 CE, Comisiones de Investigación conjuntas¹⁵. En suma, el eje orbita en torno al objeto de las Comisiones y dicha expresión constitucional se mantiene tanto en el Reglamento del Congreso como en el del Senado: cualquier asunto de interés público.

El funcionamiento de estas comisiones parte de la voluntad de una mayoría parlamentaria¹⁶ y cristaliza con la elaboración de un plan de trabajo, el nombramiento de ponencias y la solicitud de comparecencia de las personas que se consideren pertinentes¹⁷. Cada comisión de

¹⁴ El artículo 152 CE haría extensiva esta facultad, también, a los parlamentos autonómicos. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional reitera la necesidad, en su STC 39/2008, de 10 de marzo, de *evitar toda confusión entre la labor investigadora que puedan llevar a cabo las Asambleas autonómicas o las Cortes Generales y aquella que corresponde a los órganos integrantes del Poder Judicial*. Dicha previsión se hace evidente en los artículos 52.2 RC y 60.2 RS.

¹⁵ En este aspecto, el artículo 59.2 RS es claro en cuanto a la necesidad obvia de contar con la aprobación de ambas Cámaras. A ello se añade que, en caso de aprobarse la propuesta de creación en la cámara alta, esta debe informar de inmediato a la cámara baja. Existe también referencia a las Comisiones mixtas en el art.53 RC, además de la referencia reglamentaria de la Disposición Adicional Segunda del Reglamento del Senado.

¹⁶ Como apunta FERNÁNDEZ SARASOLA (2000), “la decisión mayoritaria impide a la minoría crear Comisiones de Investigación y, a la vez, le niega la posibilidad de oponerse a su formación cuando se pretende fiscalizar a la propia minoría”.

¹⁷ Pese a todo, como señala LAVILLA ALSINA (2019), el ámbito subjetivo de esta figura parlamentaria solo admite interpretación de acuerdo con su objeto y finalidad, ajuste que limita la capacidad de requerir la presencia al ámbito de actuación. Esto se hace especialmente importante en el caso autonómico.

investigación opera de manera distinta, no solo debido a la especificidad de los temas que aborda, sino también por la capacidad otorgada a la Presidencia para dictar las normas de funcionamiento específicas de cada comisión. Las decisiones dentro de las Comisiones se adoptan mediante voto ponderado.

Otro hecho diferencial que tiene este instrumento parlamentario reside en el artículo 76.2 CE y en el contenido de la LO 5/1984, de 24 de mayo¹⁸: quién puede ser llamado a comparecer en una comisión de investigación, además de precisar los requisitos necesarios para el cumplimiento del oficio de requerimiento. Así, en previsión de lo mencionado, puede convocarse a cualquier ciudadano, cargo público o funcionario; la asistencia es obligatoria, pues en caso de no presentarse la persona convocada incurriría en un delito de desobediencia grave. Todos los ciudadanos españoles, así como los extranjeros residentes en territorio español, están obligados a comparecer ante estas comisiones y no faltar a la verdad en ellas¹⁹, previa citación con quince días de antelación o, excepcionalmente, con un mínimo de tres días.

A su vez, las Comisiones no están obligadas a mantener una total transparencia y publicidad: las sesiones preparatorias, las deliberaciones internas, las reuniones de ponencia y los informes y documentos manejados no son públicos, salvo que la propia comisión disponga lo contrario o una ley lo especifique. En cuanto a los medios de comunicación, solo pueden retransmitir las comparecencias si no tratan sobre materias secretas o reservadas y no coinciden con actuaciones judiciales que no pueden ser públicas.

Prosiguiendo en esta línea, el artículo 76.1 CE establece que las conclusiones alcanzadas por la comisión, así como los votos particulares, son siempre públicos y se recogen en un dictamen, que resulta posteriormente sometido a la aprobación de la Cámara y que, en caso de aprobarse, sería tanto publicado en el Boletín Oficial del Estado

¹⁸ Conocida como la LOCI, es crucial para el funcionamiento de las Comisiones de Investigación y equilibrios como los existentes entre la obligación de comparecer y la protección de derechos fundamentales, aunque su impacto práctico quede condicionado por dinámicas de naturaleza netamente política.

¹⁹ Requerimiento que se plasma en los artículos 76.2 CE, 60.2 RS y 52 RC. Además, existe referencia directa en el artículo 502 del Código Penal español, concretamente en los apartados primero y tercero.

como puesto en conocimiento del Gobierno. La Mesa tiene un papel fundamental: garantizar el respeto al secreto profesional, la intimidad, el honor, la cláusula de conciencia y otros derechos constitucionales. Con todo, de este 76.1 CE huelga recalcar que “sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas”.

A lo dicho se añade el haber mantenido la atribución de la iniciativa del poder de investigar al Gobierno, hecho que es considerado, como destacan autores como Rubio Llorente, Fernández-Carvajal y Solé Tura (1990), un auténtico vestigio de las estructuras parlamentarias que tenían las Cortes en la etapa del franquismo. En esta línea profundizan Montero Gisbert y García Morillo (1984), advirtiendo que el carácter defectuoso de las Comisiones no es natural al ideal parlamentario, sino un síntoma de que este se encuentra viciado: prueba de ello es que las Comisiones de Investigación resultantes solo aciertan a ser aptas para congelar y demorar la solución de problemas, no tanto a cumplir con su función original de control. No solo eso, sino que en el parlamentarismo democrático español, el objeto de la mayoría de comisiones no se ha ajustado a la verificación del cumplimiento del programa de gobierno, sino más hacia cuestiones relacionadas con libertades públicas y derechos individuales (HOLGADO GONZÁLEZ, 2008).

A modo de detalle, hay autores que sostienen que, por su configuración a la hora de ser creadas, de entre todos los ejemplos europeos de régimen parlamentario, el caso español se trata del menos considerado con las minorías por cuanto a la regulación de este instrumento de control se refiere (MEDINA RUBIO, 1994). Esta situación, como han señalado Embid Irujo (1992) y Presno Linera (1999), no hace sino repercutir negativamente sobre el carácter de control que posee este instrumento, pero también sobre su finalidad misma.

4.2. Las Comisiones de Investigación en el Congreso de los Diputados

Tal y como señalan autores como Pérez Royo (2003), el desarrollo que el *Reglamento del Congreso de los Diputados*, de 10 de febrero de

1982, ha llevado a término en cuanto a las Comisiones de Investigación ha sido hacia una orientación restrictiva, toda vez que liga la puesta en marcha de la comisión a la existencia de una mayoría parlamentaria favorable. A consecuencia de ello, queda en manos de quienes van a ser objeto de la investigación²⁰ la decisión sobre si constituir o no dicha comisión.

En sí, las Comisiones de Investigación se regulan por el artículo 52 del *Reglamento del Congreso de los Diputados*, que fue modificado en la reforma aprobada el 16 de junio de 1994 sobre publicidad de las Comisiones de Investigación. De ello nace una redacción nueva de los artículos 63 y 64 del Reglamento, cuyo objeto es el establecimiento del régimen de publicidad de las sesiones del Pleno y las Comisiones. Esto incluiría, también, todo aquello facilitado a las Comisiones de Investigación como pudieran ser informes, documentos y demás datos necesarios para el desarrollo de su labor²¹. Por ende, no son públicas las sesiones según el 64.4 RC, siendo secretos los datos, informes y documentos cuando lo disponga la Constitución o la ley; cosa distinta es que a las sesiones que no son públicas sea posible que accedan representantes acreditados de los medios de comunicación.

Así pues, el artículo 52.1 del *Reglamento* deja, al respecto de cómo constituir la comisión, la iniciativa en manos del Gobierno, de la Mesa, de dos grupos parlamentarios o de una quinta parte de la Cámara. Además, a la tramitación de esta debe añadirse la posterior aprobación del Pleno.

El artículo 52.2 RC regularía el funcionamiento de la comisión, basado en establecer un plan de trabajo y nombrar ponencias, requerir testimonios, tomar decisiones por voto ponderado o recibir de la Presidencia de la Cámara el dictado de las normas procedimentales acorde con el 52.3 RC. La obligatoriedad de plasmar las conclusiones en un dictamen, así como los votos particulares rechazados, se recoge en el 52.4 RC. Además, se recoge también la posibilidad de dar traslado

²⁰ La mayoría parlamentaria y el Gobierno que de ella ha surgido.

²¹ Prueba de ello sería el contenido del Real Decreto-Ley 5/1994, de 29 de abril, en el que queda regulada la obligatoriedad de comunicar ciertos datos a las Comisiones Parlamentarias de Investigación si estas los estimasen oportunos para el desarrollo de sus trabajos.

de las conclusiones al Ministerio Fiscal cuando sea pertinente²², si bien se comparte con el Senado la incapacidad de que dichas resoluciones de los dictámenes resulten vinculantes para cualquier Tribunal o puedan afectar a las resoluciones judiciales.

4.3. *Las Comisiones de Investigación en el Senado*

En el caso del Senado, de 3 de mayo de 1994, cuya regulación parte de los artículos 59 y 60 de su Reglamento, se requiere que la propuesta de creación proceda del Gobierno de veinticinco senadores²³. El artículo 59 RS es claro a este respecto:

El Senado, a propuesta del Gobierno o de veinticinco Senadores que no pertenezcan al mismo Grupo parlamentario, podrá establecer Comisiones de Investigación o Especiales para realizar encuestas o estudios sobre cualquier asunto de interés público. Su constitución se ajustará a lo dispuesto en el artículo 52 RS.

En cualquier caso, los artículos 52 y 53 RS dejan clara la importancia de constituir la Comisión “dentro de los diez días siguientes a la terminación del plazo para la designación de sus miembros”, debiendo elegir una Mesa. A ello se añade lo previsto en el 60 RS: una vez constituidas, las Comisiones deben elaborar un plan de trabajo en el que consten actuaciones previstas y plazos marcados, incluyendo la obligación de informar a la Mesa sobre el cumplimiento progresivo del plan previsto. Además, huelga precisar que de entre las Comisiones de Investigación y las especiales, tan solo las Comisiones de Investigación están facultadas para requerir la presencia de cualquier ciudadano y que declare amparado por el 76.2 CE.

En cuanto a la asistencia de miembros acreditados de los medios de comunicación, en general está permitida al amparo de artículo 75 RS salvo en sesiones en las que se estudien suplicatorios, incompatibilidades y demás cuestiones que afecten a senadores o, en caso de no ser así, los miembros de la comisión decidan por mayoría absoluta que no se les permite asistir. Finalmente, si bien las conclusiones de las

²² 52.5 y 52.6 RC.

²³ Al igual que sucede con el Congreso, el Pleno es quien decide si se establece o no una comisión.

Comisiones se publican en cumplimiento del artículo 60.3 RS²⁴, estas no son vinculantes ni afectan a resoluciones judiciales a raíz de lo expresado en el mismo. Con todo, es posible comunicarlas al Ministerio Fiscal vía el 60.5 RS.

4.4. *Las Comisiones de Investigación en los parlamentos autonómicos*

La Constitución española de 1978 atribuye el control de las acciones de los gobiernos autonómicos a los parlamentos de las Comunidades Autónomas vía el artículo 152 CE. En él, se halla la disposición que hace responsables ante la asamblea, en términos netamente políticos, tanto a los presidentes de las autonomías como a sus miembros del ejecutivo. Sin embargo, no todos los estatutos de autonomía hacen referencia expresa a las Comisiones de Investigación: es el caso de País Vasco, Galicia, Navarra, La Rioja, Castilla y León, Madrid e Islas Canarias, cuyo desarrollo se ubica a nivel reglamentario²⁵.

En un estadio intermedio están los Estatutos catalán, balear, aragonés, asturiano, cántabro, extremeño y murciano, cuya previsión sí se encuentra en su contenido estatutario, pero solo enunciado. De este modo, la prescripción de cómo deben organizar sus trabajos corresponde a cada parlamento autonómico. Por último, hay una serie de estatutos que vinculan de un modo expreso las Comisiones de Investigación con la función de control político del Parlamento al Gobierno. Este sería el caso de la Comunitat Valenciana vía su artículo 32, de Andalucía y su artículo 106.3º y, por último, de Castilla-La Mancha en su artículo 19 del Estatuto de Autonomía.

Finalmente, cabe recalcar que uno de los rasgos comunes en todos los planteamientos autonómicos descritos es la exigencia de actuación, por parte de las Comisiones de Investigación, orientada a ejercer el

²⁴ El debate en Pleno del informe emanado de la comisión queda regulado por el artículo 60.3 RS.

²⁵ En cada Reglamento parlamentario autonómico es posible hallar una previsión: artículos del 59 al 61 en el caso vasco, artículo 50 en el caso gallego, artículo 62 en el navarro, artículo 48 en La Rioja, artículo 50 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León, artículo 76 en el caso madrileño y, por último, artículo 53 en el caso de Canarias.

control parlamentario sobre las acciones y omisiones que los Gobiernos autonómicos hayan llevado a término, entendido el ejecutivo como poder sometido al control del legislativo (LAVILLA ALSINA, 2019) también a nivel parlamentario autonómico español.

5. Comisiones de Investigación y Tribunal Constitucional

A lo largo del tiempo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de la delimitación del régimen jurídico de las Comisiones parlamentarias de información, especialmente hacia la protección, en el desarrollo de los trabajos parlamentarios, de los derechos fundamentales de las personas investigadas. Dicha jurisprudencia tiene, según Fernández Gutiérrez (2024), dos factores interrelacionados que aprovechan la centralidad informativa de este instrumento; el primero sería el incremento de su uso por la fragmentación parlamentaria originada en 2011 hasta ahora, con polarización aparejada; el segundo, alimentado por el primero, sería su praxis ligada a abusos y extralimitaciones, lo que lleva a priorizar el fin político sobre los medios y, en esa dinámica, a la erosión tanto del funcionamiento del sistema institucional como de la garantía de los derechos y libertades fundamentales.

Todo ello ha conducido a una práctica parlamentaria indeseable y no solo a nivel procedimental, sino también en cuanto a la determinación objetiva y subjetiva de la investigación: la extralimitación, rebasando el estado de sospecha y arrojando conclusiones políticas firmes, termina por ser contraria a la verdad judicial que, por sus propios *tempos*, emerge *a posteriori*. El resultado es que no existe, *de facto*, garantías procedimentales reales, toda vez que los miembros de la comisión, amparados por el carácter político de esta, son capaces de someter a los comparecientes a una estigmatización basada en acusaciones presuntamente delictivas, todo ello sin realmente tratarse de una actividad de control sobre las instituciones (PASCUA MATEO, 2020; MARAÑÓN GÓMEZ, 2023; FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, 2024).

Así, continuando con los motivos de la STC 133/2018, la STC 77/2023 delimita el régimen jurídico de las Comisiones parlamentarias, solidificando y ampliando las restricciones a la labor de investigación para que no actúen en calidad de órganos judiciales paralelos, lo que

Fernández Gutiérrez (2024) considera clave para deslindar los diferentes poderes del Estado y, en definitiva, impedir situaciones en las que un órgano político atribuye responsabilidades penales. Pese a ello, existe una importante dificultad para proyectar esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de manera efectiva, sobre la praxis parlamentaria de ambas cámaras.

6. Conclusiones

Las Cortes Generales, así como los parlamentos autonómicos, tienen la capacidad de establecer Comisiones de Investigación parlamentaria sobre asuntos de interés público, cuya creación requiere la aprobación por mayoría simple y puede ser propuesta, en el caso del Congreso, por el Gobierno, la Mesa de la Cámara, dos grupos parlamentarios o un quinto de los miembros, mientras que por parte del Senado la iniciativa recae sobre el Gobierno o veinticinco senadores. Estas comisiones elaboran un plan de trabajo y pueden solicitar la comparecencia de personas relevantes para el caso que se esté estudiando, funcionando de manera distinta según el tema y las normas que establezca la Presidencia. La asistencia a las Comisiones es obligatoria para todos los ciudadanos españoles y residentes extranjeros, bajo pena de desobediencia en caso de incomparecencia.

Aunque las Comisiones no están obligadas a ser completamente transparentes, las conclusiones y los votos particulares son públicos y se discuten en el Pleno de la Cámara. La Mesa tiene por labor la garantía del respeto a algunos de los derechos fundamentales, como son el secreto profesional y la intimidad. Las conclusiones de las Comisiones no son vinculantes para los tribunales, aunque pueden ser trasladadas al Ministerio Fiscal para posibles acciones legales.

Así las cosas, esta figura parlamentaria *ad hoc* es especialmente llamativa en el actual marco parlamentario español por varios aspectos. En primer lugar, por su clasificación dentro de las funciones parlamentarias clásicas: habitualmente ubicada en la función de control y no exenta de polémica por un sector de la doctrina, que la ubica más bien entre los instrumentos parlamentarios de información. En segundo lugar, por su capacidad, gracias a las atribuciones dadas, de desa-

rollar investigaciones que van en paralelo con el sistema judicial y que operan en el marco de la responsabilidad política, pudiendo difuminar la separación de poderes entre el legislativo y el judicial en según qué casos. A su vez, no es desdeñable el hecho de que, si bien pueden convocar a quien se estime oportuno para tomarle declaración, esta persona solo estaría obligada a asistir a riesgo de ser castigada en caso de no hacerlo vía el art. 502.1 CP, así como a no faltar a la verdad según el artículo 502.3 CP. Tampoco es baladí el hecho de que puedan actuar como órganos judiciales paralelos, desprotegiéndose los derechos fundamentales de los investigados y, en particular, la presunción de inocencia.

En tercer lugar, porque la posibilidad de hacer comparecer a quien se considere otorga a la comisión de investigación una indudable capacidad de impacto e influencia sobre la agenda mediática, la opinión pública y la competición política: precisamente por ello, podría sostenerse que se trata de una herramienta más de impacto político y mediático que de verdadero control parlamentario, resultando en juicio político. En cuarto lugar, y en sintonía con lo anterior, resulta complicado su encaje dentro de las funciones de control no solo por su falta de capacidad sancionatoria, sino por su propia existencia: la creación depende enteramente de la mayoría parlamentaria y por ende del Gobierno, hecho que difumina su tarea de fiscalización de las acciones y omisiones gubernamentales. Dadas las circunstancias, no parece inteligente por parte del Ejecutivo someter su gestión de los asuntos públicos a una exhaustiva comisión de investigación que, por el devenir de sus propios labores, podría erosionar su legitimidad gestora de cara a la opinión pública. Este escenario sería más evitable, si cabe, cuando se acercan citas electorales para las formaciones del Gobierno.

Por tanto, no podría, por su difícil acceso para las minorías, su carencia de publicidad en cuanto a sus sesiones y su muy relativa eficacia, sostenerse que las Comisiones de Investigación ocupan un puesto de relevancia de entre los instrumentos de control que presenta el parlamentarismo español. En palabras de Torres Muro (1998), mantenerlas tal y como están configuradas supone “una irresponsabilidad y traiciona claramente el espíritu, ya que no la letra, de nuestra norma suprema”. Con todo, no es menos cierto que su utilidad resulta mayor en entornos políticos susceptibles de una alta polarización y con fragmen-

tación significativa, si bien suscitan claras dudas en su praxis por cuanto a la presunción de inocencia de los comparecientes se refiere, su invasión de la esfera judicial y la posibilidad que ofrece de, por conveniencia política, emitir un veredicto político alternativo al judicial en asuntos de gran repercusión mediática. En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, ulteriormente en su STC 77/2023, siendo de especial observancia la dificultad de evitar perversiones prácticas en el devenir diario de unas comisiones parlamentarias alojadas en un sistema parlamentario fragmentado, inestable y polarizado que, por mala praxis, termina rebasando la esfera legislativa para invadir lo que debe ser, siempre, competencia exclusiva del poder judicial.

Referencias bibliográficas

- Amorós Dorda, F. J. (1989). «Artículo 76. Comisiones de Investigación», en Alzaga Villaamil, Ó. (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, tomo IV, pp. 559-593. Edersa. Madrid.
- Aragón Reyes, M. (1986). El control parlamentario como control político. *Revista de Derecho Político*, 23. UNED. Madrid.
- Arévalo Guitérrez, A. (1995). Las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 43, Enero-Abril.
- Bidegaray, C.; Emeri, C. (1973). Le contrôle parlementaire. *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, núm 2.
- Cillán García de Iturrospe, M. C. (1985). *Historia de los Reglamentos Parlamentarios en España. 1810-1936*. Tomo I. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid.
- Cuevas y Cuevas, M. (1925). Las Comisiones Permanentes en los Parlamentos de Francia y España. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 147.
- Embid Irujo, A. (1992). El control parlamentario del Gobierno y el principio de la mayoría parlamentaria. Algunas reflexiones. *Revista de las Cortes Generales*, núm. 25.
- Fernández Gutiérrez, M. (2024). Golpe de gracia a las Comisiones de Investigación: a propósito de la STC 77/2023. En *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm.27. DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.CM24.0111>

- Fernández Sarasola, I. (2000). El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.60.
- García Fernández, J. (1994). La función de control del Parlamento sobre el Gobierno. *Revista de las Cortes Generales*.
- García Mahamut, R. (1996). *Las Comisiones de Investigación en el Derecho Constitucional Español*. McGraw-Hill. Madrid.
- García Morillo, J. (1994). La responsabilidad política. *Claves de Razón Práctica*, núm.45, septiembre.
- Garrorena Morales, A. (1977). *Autoritarismo y control parlamentario en las Cortes de Franco*. Universidad de Murcia, Murcia.
- Giménez Martínez, M. A. (2015). Las Comisiones de Investigación en las Cortes Constituyentes (1977-1979). *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Núm.167, enero-marzo.
- Gude Fernández, A. (2000). *Las Comisiones Parlamentarias de Investigación*. Universidad de Santiago. Santiago de Compostela.
- Herrero, V. Sobre el nuevo Reglamento de las Cortes. *Revista de derecho Público*, núm.41.
- Holgado González, M. (2008). *El programa de Gobierno y sus sistemas de control*. Tirant lo Blanc. València.
- Jiménez Campo, J. (1987). Sobre el control parlamentario en comisión. *Política y Sociedad*. CEC. Madrid.
- Lavilla Alsina, L. (2019). Sobre las Comisiones Parlamentarias de Investigación. *Anales de la Real Academia de ciencias morales y políticas*. Ministerio de Justicia.
- Lucas Murillo de la Cueva, P. (1986). Las Comisiones de Investigación de las Cortes. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (10).
- Maravall, J. A. (1947). *Los Reglamentos de las Cámaras Legislativas y el sistema de Comisiones*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- Marañón Gómez, R. (2023). El derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal en las Comisiones de Investigación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2023, de 20 de junio. Recurso de amparo núm. 2646-2019 (BOE núm.176, de 25 de julio de 2023). *Revista de las Cortes Generales*, N.º 33.
- Marco Marco, J.; Martínez Otero, J.; Pérez-Gabaldón, M. (2017). *Sistema político español y libertades públicas*. Low Cost Books. València.

- Medina Rubio, R. (1994). *La función constitucional de las Comisiones Parlamentarias de Investigación*. Cívitas. Madrid.
- Montero Gisbert, J. R. y García Morillo, J. (1984). *El control parlamentario*. Tecnos. Madrid.
- Navas Castillo, F. (2000). *La función legislativa de control en comisión parlamentaria: Comisiones de Investigación y comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*. Colex. Madrid.
- Pace, A. (1973). *Il potere d'inchiesta delle Assemblee Legislative*. Giuffrè. Milán.
- Pascua Mateo, F. A. (2020). Nuevos (y necesarios) límites a las Comisiones de Investigación: competencias autonómicas y la inviolabilidad del Rey. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2019, de 2 de octubre (BOE núm.262, de 31 de octubre de 2019). *Revista de las Cortes Generales*, N.º 108.
- Pasquino, G. (1998). *La Oposición*. Alianza Editorial. Madrid.
- Pérez Royo, J. (2003). *Curso de Derecho constitucional*. Marcial Pons. Madrid.
- Pérez Serrano, N. (1932). La Constitución Española (9 diciembre 1931). Antecedentes, texto, comentarios. *Revista de Derecho Privado*. Madrid.
- Presno Linera, M. A. (1999). Sistema de partidos y control parlamentario. *Revista de las Cortes Generales*, núm. 46.
- Rubio Llorente, F. (1985). El control parlamentario. *Revista Parlamentaria de Habla Hispana*, 1. Publicaciones de las Cortes Generales Madrid.
- Rubio Llorente, F. (1993). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Rubio Llorente, F.; Fernández-Carvajal, R.; Solé Tura, J. (1990). «El futuro de la institución parlamentaria», en Garrorena Morales, Á. (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, pp. 377-394. Tecnos. Madrid.
- Ruiz Robledo, A. (2006). *Compendio de Derecho Constitucional español*. Tirant lo Blanch. València.
- Santaolalla López, F. (1982). *El Parlamento y sus instrumentos de información. (Preguntas, interpelaciones y Comisiones de Investigación)*. Edersa. Madrid.
- Santaolalla López, F. (1984). *Derecho Parlamentario Español*. Editorial Nacional. Madrid.
- Tardeau, A. (1937). *La profession parlementaire*. Flammarion. París.
- Torres Bonet, M. (1998). *Las Comisiones de Investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*. Congreso de los Diputados. Madrid.

- Torres Muro, I. (1998). *Las Comisiones Parlamentarias de Investigación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Zafra Valverde, J. (1973). *Régimen político de España*. Universidad de Navarra.

Raffaele Prettato

POLITICIZZAZIONE E MODALITÀ
DI NOMINA DEI CONSIGLI DI GIUSTIZIA:
IL CSM ITALIANO E IL CGPJ SPAGNOLO A CONFRONTO

SOMMARIO: 1. Stato di diritto, indipendenza della magistratura, Consigli di Giustizia. – 2. Il *tertium comparationis*. – 3. La composizione del CSM e del CGPJ a confronto. – 4. La politicizzazione e le modalità di nomina dei membri dei Consigli. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Stato di diritto, indipendenza della magistratura, Consigli di Giustizia.*

Lo “Stato di diritto” è un elemento imprescindibile tanto per la forma di Stato democratico e sociale, quanto per il processo di integrazione europea. Tuttavia, non vi è una definizione univoca di questo principio e l'individuazione dei suoi precisi confini appare pertanto una questione di difficile soluzione¹. Ove si consideri l'ampia dottrina in materia, è possibile notare che la concezione dello Stato di diritto ha assunto nel tempo diverse accezioni e configurazioni, evidenziando la sua natura polisemica. L'idea che ne è alla base si sviluppa tra il XVIII e il XIX secolo e indica, in linea generale, la finalità di controllare e limitare il potere statale e trova applicazione in contesti giuridici tra loro profondamente diversi, divenendo in tal modo oggetto di numerose declinazioni. Nel corso del tempo, la dottrina giuspubblicistica e gli atti normativi delle istituzioni europee e internazionali hanno consentito di individuare un contenuto minimo condiviso dello Stato di diritto. Sul piano dottrinale, ad esempio, si è affermato che il dato unificante di tutte le concezioni che si sono avute va trovato ne “l'idea dell'impersonalità dello Stato e della sottoposizione del potere, di

¹ Come è stato, infatti, notato, “the rule of law concept [...] has evolved to become a polysemous concept with multiple meanings allowing it to be applied in various contexts and legal systems. The literature still questions which rights and goods fall under the rule of law” (NATO, 2020, 1072).

qualsiasi potere anche di quello politico, al diritto” (PITRUZZELLA, 2018). Sul versante delle istituzioni, invece, fondamentale è stata l’opera del Consiglio d’Europa da un lato e dell’Unione Europea dall’altro. In particolare, la Commissione di Venezia e la Commissione UE hanno entrambe individuato una definizione di Stato di diritto, mediante l’elencazione degli stessi sotto-principi: i) il principio di legalità; ii) il principio di certezza del diritto; iii) il divieto di arbitrarietà da parte dei poteri pubblici; iv) il diritto di accesso alla giustizia (inteso come diritto a un giudice imparziale e indipendente); v) il rispetto dei diritti umani; vi) il principio di non discriminazione dinanzi alla legge; vii) la separazione dei poteri².

Come risulta chiaro da tale definizione, una delle componenti irrinunciabili per lo Stato di diritto è l’indipendenza del potere giudiziario. Infatti, se il dato unificante di tale principio è la sottoposizione al diritto di tutti i poteri, *in primis* quello politico, è necessario allora che ve ne sia uno che si incarichi di far rispettare la legge, soprattutto nei casi controversi³: questo è proprio il compito che spetta al giudiziario. Da questa funzione della magistratura discende la necessità che l’ordine giudiziario sia connotato da indipendenza. Principio questo che, pur trovando una prima formulazione nelle opere di Montesquieu (non a caso considerato il padre della teoria della tripartizione dei poteri statuali), acquista un’importanza ancora più spiccata con la nascita dello Stato sociale e democratico. Se nello Stato liberale il ruolo del giudice era idealmente limitato a quello di “*bouche de la loi*”, con l’affermazione della nuova forma di Stato, i membri del giudiziario si ritrovano ad essere i garanti di una “legalità complessa” (BLANCO VALDES, 2004). I giudici, cioè non devono più limitarsi a applicare

² I documenti che contengono tale definizione sono il Report della Commissione di Venezia sullo Stato di diritto CDL-AD(2011)003rev e l’Allegato I alla comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio COM(2014) 158 su “un nuovo quadro per rafforzare lo Stato di diritto” dell’11 marzo 2014. Tra i due documenti vi è un’unica ma significativa differenza: al quinto punto dell’elenco la Commissione di Venezia colloca il rispetto dei diritti umani, mentre la Commissione UE indica il principio di separazione dei poteri.

³ Sul punto, l’attuale *Chief Justice* della Corte Suprema statunitense ha infatti sottolineato che “If you have a system that is governed by the rule of law, you need to have someone to tell you what the law is” (ROBERTS, 2006).

nella maniera più meccanica e pedissequa possibile la legge, bensì devono interpretarla ed applicarla alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento, delle disposizioni costituzionali e delle normative internazionali ed europee⁴. Al giudice viene quindi chiesto di dare attuazione all'ordinamento costituzionale soprattutto nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, finendo a volte per svolgere un ruolo di supplenza nei confronti dello stesso legislatore, spesso assente in quanto incapace e/o non intenzionato ad affrontare determinate questioni. Il giudice si trova così a dover risolvere controversie aventi una natura più politica che giuridica, diventando così a tutti gli effetti un attore all'interno del processo di *law making* (PITRUZZELLA, 2018). In questo modo, l'esercizio della funzione giurisdizionale assume una maggior carica politica e l'indipendenza della magistratura diviene un aspetto ancor più cruciale⁵. Da un lato, ciò si verifica perché il potere politico avrà un interesse sempre maggiore a influenzare decisioni giudiziarie che potrebbero avere conseguenze politiche rilevanti (BALLESTER CARDELL, 2009), dall'altro perché a differenza del potere legislativo ed esecutivo, il giudiziario ha una legittimazione “no de origen, sino de ejercicio” (BARRERO ORTEGA, 2009, 280): la sua legittimazione deriva, cioè, dall'essere indipendente dagli altri poteri e non da un'investitura popolare⁶.

Per garantire in maniera effettiva l'indipendenza del potere giudiziario, non è però sufficiente la sua previsione in disposizioni giuridiche, siano esse di rango costituzionale o primario. È invece necessario che all'enunciazione di tale principio e dei relativi corollari si affianchino anche misure che li concretizzino (FERNÁNDEZ RIVEIRA, 2020a), tra le quali rivestono un'importanza fondamentale quelle relative alla *governance* della magistratura. Sul punto si possono distinguere tre modelli (MURILLO DE LA CUEVA, 1995): i) il modello esterno, nel quale le principali decisioni riguardanti lo statuto dei giudici sono

⁴ PITRUZZELLA (2018) descrive tale mutamento con le seguenti parole: “il potere giudiziario abbandona definitivamente lo schema montesqueiano del “potere nullo” per approdare al modello madisoniano del “terzo gigante”, che si affianca al potere esecutivo e a quello legislativo.”

⁵ Sul punto si parla di giudiziariizzazione della politica (VOLPI, 2020a).

⁶ PITRUZZELLA (2018) parla in tal senso di un principio aristocratico impersonificato dalle Corti.

adottate in sedi non giudiziarie; ii) il modello interno, il quale affida, originariamente o per mezzo di ricorso, tali decisioni ad organi giurisdizionali, come le alte Corti; iii) il modello istituzionale, che affida la *governance* della magistratura ad organismi creati *ad hoc*. In quest'ultimo caso, si può parlare di "*judicial self-governance*" (KOSAŘ, 2018), il quale è un termine che indica "a body with at least one judge whose primary function, entrenched in a legal norm, is to (a) decide about issues regarding court administration and/or the career of a judge, and/or (b) advise those who decide about such issues" (KOSAŘ, 2018, p. 20).

È proprio in questa definizione che rientrano i c.d. Consigli di Giustizia, ossia quegli organi appositamente istituiti per svolgere le summenzionate funzioni di *judicial self-governance* e che, nella maggioranza dei casi, hanno tra i loro fini principali anche quello di garantire l'indipendenza della magistratura. Che questo sia uno dei compiti primari di tali organi, oltre che uno dei motivi principali della loro istituzione e del loro successo, è stato reso ben chiaro dal *Tribunal Constitucional* (TC) spagnolo, quando afferma che il costituente, nel dotare l'ordinamento nazionale di un Consiglio di Giustizia, ha voluto "apartar al Gobierno de algunas de las funciones que más pueden servirle para tratar de influir sobre los Tribunales. De un lado el posible favorecimiento de algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con las inspecciones y la imposición de sanciones. La finalidad (...) es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado"⁷.

I Consigli di Giustizia, pur non essendo organi necessari, rappresentano quindi un utile strumento per tutelare l'indipendenza del giudiziario e conseguentemente lo Stato di diritto. La veridicità di tale affermazione è d'altronde desumibile anche da un dato fattuale. I Paesi nei quali oggi si è assistito in maniera più evidente al fenomeno della *Rule of Law backsliding*, di cui la *capture* del potere giudiziario rappresenta un elemento fondamentale, hanno tutti adottato riforme che hanno fortemente ridimensionato il mandato dei rispettivi Consigli di Giustizia o che hanno reso possibile una maggior influenza del potere

⁷ STC 108/1986, 29 luglio.

politico sulla composizione e sulle decisioni di tali organi (si pensi ai casi emblematici di Ungheria, Polonia e Turchia⁸).

È proprio per la fondamentale funzione di tutela dell'indipendenza della magistratura che i Consigli di Giustizia hanno goduto di un'ampia diffusione: ad oggi, tali organi sono stati istituiti in circa i due terzi dei Paesi membri del Consiglio d'Europa e in diversi Stati dell'America Latina. A tale dato va poi aggiunto che anche ordinamenti che non prevedevano veri e proprio Consigli di Giustizia si sono comunque dotati di organismi e autorità amministrative che esercitano competenze riguardanti l'organizzazione giudiziaria e la carriera dei giudici⁹. Nonostante quest'ampia diffusione del modello, oggi si è di fronte a una crisi, per lo più determinata dal c.d. fenomeno della politicizzazione di tale organo, con cui si indica la penetrazione di logiche politico-partitiche in alcuni Consigli, influenzandone la composizione e l'esercizio delle funzioni¹⁰. Fenomeno questo che ha assunto dimensioni notevoli soprattutto con riferimento al Consiglio Superiore della Magistratura (CSM) italiano e al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) spagnolo. Appare quindi interessante indagare e comparare le ragioni che hanno portato al verificarsi di tale fenomeno all'interno dei due Consigli di Giustizia sopracitati, ponendosi soprattutto un interrogativo: i principali responsabili di questa situazione patologica sono veramente la composizione e le modalità di nomina dei membri dei due Consigli, come spesso si sostiene tanto in dottrina quanto nell'opinione pubblica? Oppure le cause del fenomeno vanno ben al di là di tale aspetto?

⁸ Per una panoramica generale dei Consigli di Giustizia all'interno delle c.d. democrazie illiberali vedi MONTANARI (2020) e VOLPI (2020a). Per un'analisi approfondita delle situazioni dei tre Paesi si rimanda a PENASA (2020) per l'Ungheria, a MAZZA (2020) e GIANELLO (2020) per la Polonia e a DELLEDONNE (2020) per la Turchia.

⁹ Si pensi ad esempio alla Germania e agli Stati del Nord Europa (KOSAŘ, 2018; VOLPI, 2020a).

¹⁰ Ad esempio, come ricorda ROMBOLI (2020), vi è chi ha parlato del CSM italiano come di un "parlamentino dei giudici"

2. *Il tertium comparationis*

Prima di procedere all'analisi delle normative che disciplinano la composizione e le modalità di nomina dei membri del CSM e del CGPJ e di affrontare il tema della loro politicizzazione, appare necessario individuare il *tertium comparationis*¹¹, ossia un modello ideale di Consiglio di Giustizia che possa fare da parametro per l'individuazione di possibili lacune all'interno delle discipline nazionali, che potrebbero aver determinato, o quantomeno contribuito, all'emergere del fenomeno della politicizzazione. In tale prospettiva, è utile richiamare il concetto espresso nel paragrafo precedente, secondo cui il Consiglio di Giustizia rappresenta uno strumento per tutelare l'indipendenza del giudiziario e conseguentemente lo Stato di diritto. Inoltre, per individuare il profilo funzionale e analizzare comparativamente le due diverse esperienze, appare utile fare riferimento agli strumenti di *soft law* europei e internazionali che fissano gli standard in materia. Si noti che tali documenti sono per lo più adottati da organismi espressione degli stessi giudici (come il CCJE e il ENCJ), ma le regole in essi contenute divengono standard sovranazionali grazie al fatto che esse sono riprese da organismi quali il Consiglio d'Europa, la Commissione di Venezia, la Corte EDU e la Corte di Giustizia dell'UE.

Alla luce di tali testi normativi e delle decisioni delle due Corti europee è possibile indicare le caratteristiche “ideali” che un Consiglio di Giustizia dovrebbe possedere in merito alla sua composizione e alla nomina dei suoi membri. Tali caratteristiche sono: i) la composizione esclusivamente togata oppure mista¹²; ii) la provenienza della maggioranza o almeno della metà dei consiglieri dalle file della magistratura¹³;

¹¹ In tema di *tertium comparationis* si veda SCARCIGLIA (2021) e DE VERGOTTINI (2022).

¹² Si veda il punto 27 della Raccomandazione CM/Rec(2010)12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa “sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità”; il par. 3 del Compendio dell'ENCJ (2021).

¹³ Si veda il punto 27 della Raccomandazione CM/Rec(2010)12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa “sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità”; i punti 28 e 30 del parere n. 24(2021) del CCJE, intitolato “Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems”; il par. 3

iii) l'elezione della componente togata da parte degli stessi giudici, nel rispetto del pluralismo all'interno del sistema giudiziario¹⁴; iv) l'ammissibilità dell'elezione dei membri laici da parte del Parlamento, a condizione che essa avvenga per maggioranza qualificata, che siano previsti meccanismi per evitare situazioni di impasse (purché essi non consistano nella riduzione del quorum) e che tale elezione non avvenga per ragioni politiche, bensì sulla base del merito dei candidati¹⁵; v) l'ammissibilità dei membri di diritto solamente qualora essi non siano membri o rappresentanti del potere legislativo o del potere esecutivo¹⁶; vi) l'imparzialità del Presidente del Consiglio e la sua lontananza dai partiti politici (per cui è accettabile che tale carica sia rivestita dal Capo di Stato quando costui ha poteri solo formali; altrimenti è preferibile che il Presidente sia un giudice eletto dal Consiglio stesso)¹⁷.

Definito il *tertium comparationis*, è ora possibile procedere ad una breve analisi comparativa tra il CSM italiano e il CGJP spagnolo. È necessario, tuttavia, premettere che regole uguali non necessariamente

del Compendio dell'ENCJ (2021).

¹⁴ Si veda il punto 27 della Raccomandazione CM/Rec(2010)12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa "sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità"; i punti 28, 30, 31 e 32 del parere n. 24(2021) del CCJE, intitolato "Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems"; la sezione "Judicial Members" del Compendio del ENCJ (2021). Si vedano inoltre le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, ricorso n. 21722/11, del 27 maggio 2013 *Catană c. Moldavia*, ricorso n. 43237/13, del 21 febbraio 2023 e la sentenza della Corte di Giustizia UE *AK c. Krajo-wa Rada Sqdownictwa e CP e DO c. Sqd Najwyższy*, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, 19 novembre 2019.

¹⁵ Si veda il punto 28 e 33 del parere n. 24(2021) del CCJE, intitolato "Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems"; la sezione "Non-judicial Members" del Compendio del ENCJ (2021).

¹⁶ Si veda il punto 28 del parere n. 24(2021) del CCJE, intitolato "Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems"; la sezione "Non-judicial Members" del Compendio del ENCJ (2021). Si vedano inoltre le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, ricorso n. 21722/11, del 27 maggio 2013 *Catană c. Moldavia*, ricorso n. 43237/13, del 21 febbraio 2023.

¹⁷ Si veda il punto 35 del parere n. 24(2021) del CCJE, intitolato "Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems".

producono effetti simili e regole diverse possono produrre, invece, simmetrie, secondo principi consolidati nella dottrina comparatistica. Di conseguenza, il fatto che un ordinamento adotti o meno regole che si conformano agli standard sopra-citati non è garanzia di un buon funzionamento del Consiglio di Giustizia, così come l'adozione di regole differenti non determina automaticamente problemi in merito all'indipendenza del Consiglio. Oltre a questi indicatori, entrano infatti in gioco altri fattori, tra cui alcuni di natura extra-giuridica, che determinano il successo o il fallimento dell'operare dell'organo. Come si vedrà a breve, il caso italiano e quello spagnolo sono il plastico esempio di quanto appena detto.

3. *La composizione del CSM e del CGPJ a confronto*

Il CSM italiano e il CGPJ sono due organi che si caratterizzano per numerose similitudini, anche quanto alla loro composizione. Ciò è dovuto al fatto che il CSM ha nel tempo acquisito “un grado di legittimità e di autorevolezza tale da essere considerato come uno standard di qualità della giustizia” (PIANA & VAUCHEZ, 2012, 277), cosicché diversi ordinamenti europei hanno finito col fare riferimento all'organo italiano come modello da seguire (VOLPI, 2020a). Tra questi Stati vi è anche la Spagna. Al momento di scrivere la nuova Costituzione democratica, i costituenti spagnoli decisero infatti che al fine di garantire l'indipendenza della magistratura era necessario assicurare “un autogobierno efectivo de la judicatura mediante el injerto en suelo hispano de un Consejo General del Poder Judicial a semejanza del Consejo Superior de la Magistratura italiano” (PÉREZ ALONSO, 2018, 40). Tuttavia, va preliminarmente considerato che, mentre nel sistema italiano esiste un solo Consiglio, in cui siedono i magistrati sia requirenti che giudicanti, in Spagna, il CGPJ è affiancato da un apposito organo per i *fiscales* (pubblici ministeri), ossia il *Consejo Fiscal*. Quest'ultimo però ha un ruolo diverso e più limitato rispetto al CGPJ, dato che esso per lo più svolge attività consultiva a favore del Procuratore generale dello Stato¹⁸. Per tale ragione il presente lavoro si concentra solo sul CGPJ.

¹⁸ In Spagna, l'esistenza di due Consigli discende dal principio della separazione

Partendo dalle similitudini tra i due organi, va segnalato innanzitutto che tanto nell'ordinamento italiano quanto in quello spagnolo il Consiglio di Giustizia viene costituzionalizzato (rispettivamente nell'art. 104, comma 2 e nell'art. 122, comma 2) e strutturato secondo linee comuni. Un primo punto di congiunzione tra il CSM e il CGPJ è costituito dalla loro composizione mista. In ambo gli organi infatti siiedono tanto membri togati (20 per il CSM, 13 per il CGPJ) quanto laici (10 per il CSM, 8 per il CGPJ). Tale scelta è stata considerata necessaria al fine di evitare il rischio di corporativismo, ossia di una "chiusura [dei magistrati] in 'caste' autoreferenziali"¹⁹. Per scongiurare tale evenienza, si è quindi deciso di includere nei Consigli una componente tecnica non togata, in modo da creare un collegamento tanto con la società civile quanto con gli altri poteri dello Stato (ZANON, 2020). La prima delle due relazioni viene a crearsi grazie ai requisiti previsti per la nomina a consigliere laico: per accedere alla carica è necessario, infatti, essere un professore ordinario di Università in materie giuridiche o un avvocato con almeno 15 anni di esercizio della professione in Italia (art. 104, comma 3, Cost.) e un avvocato o un giurista di riconosciuta esperienza con più di 15 anni di esercizio della professione in Spagna (art. 122, comma 3 Cost.). Il collegamento con gli altri poteri dello Stato viene invece assicurato grazie al fatto che nei due ordinamenti è prevista l'elezione parlamentare dei membri laici: in Italia essi sono eletti dal Parlamento in seduta comune a maggioranza dei 3/5 (che scende a maggioranza dei 3/5 dei soli presenti dal terzo scrutinio)²⁰,

delle carriere. L'istituzione del Consejo Fiscal ha avuto l'effetto positivo di mitigare la gerarchizzazione dell'ufficio di pubblico ministero, ma la mancanza di potere decisivo non gli consente di incidere in maniera determinante sull'indipendenza di tale organo (DE GRAZIA, 2023). Permangono infatti dei problemi relativi alla sua indipendenza come lo stretto legame tra Procuratore generale e Governo e le importanti competenze del Ministro della giustizia in merito all'organizzazione interna, all'allocatione di risorse finanziarie, alla gestione della strumentazione e del materiale e del personale, e all'organizzazione della carriera dei pubblici ministeri (GONZÁLEZ, 2021).

¹⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 16 del 2011, punto 2 dei considerando in diritto.

²⁰ A riconferma dell'importante ruolo di garanzia nella tutela dell'indipendenza del giudiziario che è stato affidato al CSM dai costituenti, basti pensare che l'organo chiamato ad eleggere i membri laici è lo stesso che è designato all'elezione del Presidente della Repubblica e dei 5 giudici costituzionali di designazione parlamentare (DE GRAZIA, 2023; ERBANI, 2022).

mentre in Spagna la designazione dei membri laici spetta per metà al Senato e per metà al Congresso, sempre a maggioranza dei 3/5.

Altra similitudine tra i due Consigli è poi la presenza di membri di diritto: nel CSM italiano siedono di diritto il Presidente della Repubblica e due togati (il Primo Presidente della Cassazione e il Procuratore Generale della Cassazione), mentre nel CGPJ il Presidente del Tribunale Supremo. In entrambi gli ordinamenti, quindi, i membri non elettivi non provengono né del potere legislativo né di quello esecutivo.

Per quanto riguarda le differenze esse sono principalmente tre. La prima ha a che fare con la presidenza del Consiglio di Giustizia: i due ordinamenti, a causa della diversa forma di Stato, hanno optato per l'affidamento di tale ruolo a due soggetti distinti. La presidenza del CGPJ spetta infatti a un magistrato, ossia il Presidente del Tribunale Supremo, il quale viene di fatto scelto dallo stesso Consiglio, dato che a norma dell'art. 123, comma 2 della Costituzione spagnola il titolare di tale carica dev'essere nominato dal Re su proposta del CGPJ. In Italia, invece, si è deciso di affidare la presidenza del CSM al Presidente della Repubblica con l'intento di assicurare, da un lato, alla magistratura la maggior garanzia possibile contro influenze e interferenze esterne e, dall'altro, il mantenimento degli equilibri costituzionali (ERBANI, 2022; ZANON & BIONDI, 2024). Nonostante tale differenza va però notato che in entrambi gli ordinamenti si è scelto di affidare la presidenza a un soggetto imparziale e, almeno idealmente, lontano dai partiti.

Altra differenza, tra i due Consigli è poi rappresentata dal numero di membri: 33 per il CSM e 21 per il CGPJ, contando in entrambi i casi sia i componenti elettivi che di diritto. Ad essere diversa però è soprattutto la tecnica di definizione del numero di consiglieri: mentre in Spagna il numero totale dei membri del CGPJ (c.d. *vocales*) è previsto direttamente dall'art. 122, comma 3 della Costituzione, il costituente italiano ha solo stabilito che la proporzione tra membri togati e laici dev'essere pari rispettivamente a 2/3 e 1/3, lasciando al legislatore ordinario il compito di definirne il numero²¹. Sia in Italia che in Spagna viene comunque garantita la prevalenza dei togati sui laici.

²¹ Il numero totale dei membri elettivi è stato infatti più volte modificato dal legislatore ordinario: originariamente il numero totale era di 21 nel 1958 (14 togati e 7 laici), poi divenuto di 30 nel 1975 (20 e 10) e 24 nel 2002 (sedici e otto), per poi torna-

La differenza più rilevante tra le due esperienze però si riscontra nelle modalità di nomina dei membri togati. In entrambi gli ordinamenti la Costituzione lascia tale scelta al legislatore (ordinario nel caso italiano, organico in quello spagnolo), il quale ha percorso strade differenti: se in Italia l'elezione della componente togata è sempre stata rimessa agli stessi magistrati, in Spagna, ad eccezione della prima consiliatura del CGPJ, i *vocales* di estrazione giudiziaria sono sempre stati eletti dal Parlamento, così discostandosi sensibilmente dal *tertium comparationis*. Vi è anche in questo caso un dato comune, rappresentato dal fatto che la legge che stabilisce il sistema elettorale dei membri togati è stata più volte modificata tanto in Spagna quanto in Italia e in ambo gli ordinamenti questo è sempre avvenuto con la specifica intenzione di contrastare il fenomeno della politicizzazione dell'organo. È quindi interessante analizzare i cambiamenti normativi succedutisi nel tempo nei due ordinamenti.

4. La politicizzazione e la modalità di nomina dei membri dei Consigli

Di fronte a situazioni di malfunzionamento delle istituzioni, vi è spesso la tendenza a sottoporre a critica la legge che disciplina le modalità di elezione o di nomina dei membri dell'organo. Quest'ultima viene spesso considerata la principale responsabile di tutte, o quanto meno della maggior parte, delle carenze di cui soffrono le istituzioni, col risultato quindi che la riforma della normativa vigente viene presentata come una sorta di panacea per tutti i mali (ROMBOLI, 2020). Ragionamento questo che si basa sulla convinzione che la legge elettorale abbia di per sé la forza di modificare i comportamenti degli attori in gioco, cosicché la scelta della corretta disciplina elettorale implicherebbe la risoluzione di tutti i problemi in questione. I Consigli di Giustizia non sono sfuggiti a tale logica: tanto in Italia quanto in Spagna, la legge elettorale è stata considerata come la principale indiziata del fenomeno della politicizzazione del CSM e del CGPJ. Prova ne è il fatto che tale disciplinata è stata modificata più volte nel corso del tempo.

re nuovamente a 30 (20 e 10) nel 2022. In tema di riforme del numero totale dei membri elettivi, si veda GIUPPONI (2021).

Partendo dall'Italia, sono ben otto le modifiche legislative²², a cui vanno poi affiancati anche i due procedimenti referendari del 1986 e del 2000. La prima legge chiamata a disciplinare l'elezione di membri togati è stata la l. n. 195/1958, nella quale si era optato per un sistema maggioritario puro a collegio uninominale e a turno unico. In pratica, il territorio nazionale era suddiviso in quattro collegi per i magistrati di tribunale e quattro per quelli di appello, ai quali si affiancava il collegio unico nazionale per i magistrati di cassazione²³. Ogni collegio eleggeva un solo consigliere, ad eccezione del collegio della Cassazione che ne eleggeva sei. Gli aventi diritto potevano esprimere un massimo di due preferenze, le quali potevano essere rivolte solamente verso magistrati della loro stessa categoria. Tale sistema garantiva quindi una netta prevalenza della c.d. "alta magistratura" e una "concezione piramidale della magistratura, con la finalità di un controllo della medesima da parte del potere politico" (Romboli, 2020, p. 14).

Questa impostazione conservatrice iniziò a mutare con la l. n. 1198/1967, che determinò un superamento del sistema del voto separato per categoria: ogni elettore avrebbe potuto votare per ogni candidato, indipendentemente dalla sua categoria di appartenenza. Restava ferma però la ripartizione dei posti in Consiglio tra le diverse categorie. Il vero momento di rottura si ebbe con la successiva l. n. 695/1975. Questa legge sostituiva al maggioritario previgente, un sistema proporzionale, basato sul voto per liste concorrenti all'interno di un collegio unico nazionale. Inoltre, era previsto il voto di preferenza all'interno della lista prescelta e una soglia di sbarramento al 6%. Così facendo si adattò il sistema di elezione dei membri togati del CSM e la configurazione dell'organo ai mutamenti che erano avvenuti all'interno della magistratura. Infatti, in una prima fase della storia repubblicana (corrispondente grosso modo al primo decennio di vita del CSM), continua-

²² Si tratta delle leggi nn. 195/1958, 1198/1967, 695/1975, 1/1981, 655/1985, 74/1990, 44/2002 e 71/2022. Per un'analisi delle varie leggi elettorali si veda DE GRAZIA (2023), DAL CANTO (2020), ROMBOLI (2020).

²³ Nell'indicare i soggetti titolari dell'elettorato passivo, il testo originale dell'art. 23, l. n. 195/1958 parla genericamente di magistrati rendendo quindi possibile l'elezione a consigliere tanto di giudici quanto di pubblici ministeri. Sarà solo con la l. n. 44/2002 che questa differenza di funzioni assumerà rilievo in fase di elezione, mediante la previsione di collegi distinti e di seggi riservati alle due categorie.

va a prevalere una concezione gerarchica della magistratura e le divisioni interne che percorrevo l'ordine giudiziario si articolavano lungo la contrapposizione tra "alta magistratura" (che voleva mantenere la sua posizione di predominio) e "bassa magistratura" (che voleva scardinare il meccanismo della cooptazione su cui si fondava la carriera giudiziaria). Verso la fine degli anni '60, quando cioè i giudici iniziarono ad assumere quel ruolo nuovo richiesto dallo Stato democratico e sociale, alla precedente divisione tra alta e bassa magistratura si sovrappose una contrapposizione ideologica: i giudici iniziarono ad intendere il loro stesso ruolo nel sistema politico-istituzionale in maniera differente e fu così che nacquero veri e propri raggruppamenti all'interno dell'Associazione Nazionale Magistrati (ANM), che si fecero portatori di visioni ideologiche differenti (BIONDI, 2021). In altre parole, iniziarono ad acquisire un peso e un ruolo sempre maggiore quelle che sono definite come "correnti". È per dar ragione di tale cambiamento che si approvò la legge n. 695/1975: valorizzare il pluralismo associativo dell'ordine giudiziario e trasformare il CSM da un organo di tipo "categoriale-corporativo", che era riflesso dell'organizzazione gerarchica della magistratura, a un'istituzione di tipo "politico-ideologico" (FERRI, 2005), che potesse rispecchiare la varietà ideologica e culturale della magistratura²⁴.

È da questo momento che le correnti iniziarono ad assumere sempre maggior forza, portando all'emergere del fenomeno della politicizzazione del CSM. Ritenendo responsabile di ciò la legge del 1975, si decise di intervenire con alcuni correttivi che attenuassero l'impianto vigente. Dopo due interventi di modestissima portata²⁵, il legislatore adottò la l. n. 74/1990, che cercò di limitare il potere assunto dalle correnti tentando di creare un rapporto diretto tra candidato ed elettore: si alzò la soglia di sbarramento al 9% e si introdussero collegi elettorali più piccoli e la preferenza unica. La riforma fallì nel suo in-

²⁴ È proprio per consentire l'ingresso nel CSM anche delle correnti minoritarie che la l. n. 695/1975 incrementa il numero dei componenti elettivi (GIUPPONI, 2021).

²⁵ Si tratta della l. n. 1/1981 che modificò le modalità di distribuzione dei seggi tra le varie categorie di magistrati senza cambiare il sistema elettorale, e della l. n. 655/1985 che riduce a due il numero di consiglieri scelti tra i giudici di Cassazione e che elimina la distinzione tra la categoria dei giudici di tribunale e di appello.

tento: il nuovo sistema elettorale non temperò in alcun modo la politicizzazione del Consiglio.

Si ricorse quindi a una nuova riforma, che tentò di mettere al centro della competizione elettorale il singolo candidato eliminando la necessità di collegamento con le associazioni e conseguentemente con le correnti. Si tratta della l. n. 44/2002 che apportò due grosse novità: i) vennero previste due tipologie distinte di collegi, una per i magistrati giudicanti e una per quelli requirenti, oltre a quello per i giudici di Cassazione; ii) venne introdotto un sistema maggioritario basato su tre collegi unici nazionali (uno per ognuna delle tre categorie), in cui ogni elettore riceveva tre schede elettorali (una per ogni collegio unico nazionale) e doveva esprimere in ciascuna la preferenza per un solo candidato. Anche questo sistema però fallì, soprattutto perché era impensabile che un candidato potesse ottenere un appoggio a livello nazionale senza contare sul sostegno di gruppi organizzati, ossia le correnti, le quali continuarono a rivestire un ruolo di primo piano nella competizione elettorale²⁶ (DAL CANTO, 2020). E' stato infatti osservato che l'effetto della riforma fu quello di sostituire "un collegamento esplicito e palese con un 'apparentamento' non visibile a livello elettorale, tale da realizzare l'azione di gruppi organizzati quali 'poteri occulti'" (FERRI, 2005, 9-10) e che "la legge ha portato ad uno svuotamento della politicità, per determinare la necessità di aggregazioni non palesi e per la ricerca di una convergenza non sulla base del confronto tra idee diverse, ma di mediazioni più rispondenti alle esigenze particolari e specifiche di ciascun eletto e del suo elettorato" (GUGLIELMI, 2019, 66).

A fronte delle situazioni critiche venutesi a creare durante la vigenza della legge del 2002²⁷, si è deciso nuovamente di intervenire sul sistema di elezione della componente togata con la l. n. 71/2022 (c.d. Riforma Cartabia). Con tale riforma si alza il numero di consiglieri da 16 a 20 e si introduce un sistema elettorale misto basato su una nuova articolazione dei collegi elettorali, che ora sono strutturati come segue: i) un collegio unico nazionale per i due componenti provenienti

²⁶ Su proposta dell'ANM, alcune correnti cominciarono anche a selezionare i propri candidati attraverso delle elezioni primarie interne.

²⁷ Si veda ad es. la vicenda Palamara, di cui si tratta *infra* par. 5.

dalla Cassazione, in cui vengono eletti i due candidati più votati; ii) 2 collegi territoriali binominali maggioritari per 5 magistrati che esercitano funzioni requirenti, in ciascuno dei quali vengono eletti i due candidati più votati e il miglior terzo per percentuale di voti presi sul totale degli aventi diritto al voto; iii) 4 collegi territoriali binominali maggioritari per l'elezione di 8 magistrati giudicanti di merito, in cui vengono eletti i due candidati più votati; iv) un collegio unico nazionale, in cui si eleggono 5 magistrati giudicanti di merito mediante ripartizione proporzionale dei seggi. La speranza a questo punto è che, dato l'inefficacia tanto del sistema maggioritario quanto del proporzionale a contrastare il fenomeno della politicizzazione del CSM, un sistema misto possa riuscire a centrare l'obiettivo. Va però segnalato che ad oggi è stato presentato dal Governo il disegno di legge costituzionale A. C. 1917, nel quale si propone di sostituire l'elezione dei membri togati da parte della magistratura e l'elezione dei membri laici ad opera del Parlamento in seduta comune col meccanismo del sorteggio (GALLO, 2024), facendo sorgere il sospetto che l'intento ultimo del Governo sia quello di "far rivivere una concezione della magistratura come "corporazione" indifferenziata, nella quale non sono ravvisabili – e comunque non sono legittime – diverse idealità e diverse interpretazioni degli interessi professionali" (ROSSI, 2023).

Per quanto riguarda la Spagna invece, va notato che nel tempo si sono succeduti tre differenti sistemi di selezione della componente togata: i) quello corporativo; ii) quello parlamentare; iii) quello corporativo-parlamentare (ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, 2008; MIGUEL BARRIO, 2024). Il primo dei tre modelli venne istituito dalla *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ) n. 1/1980, la quale, continuando a seguire il tracciato delineato dal legislatore italiano, stabiliva che i 12 membri togati dovevano essere eletti da tutti i giudici e magistrati in servizio attivo²⁸. Era prevista un'unica circoscrizione elettorale e i 12 seggi venivano ripartiti tra magistrati del *Tribunal Supremo* (3), magistrati (6) e giudici (3): è quindi evidente che originariamente era prevista una sovra-rappresentazione a favore dell'alta magistratura, in maniera analo-

²⁸ La categoria dei magistrati e quella dei giudici non differiscono in quanto a funzioni: entrambi, infatti, esercitano con pienezza la giurisdizione. Ciò che distingue le due figure è solamente l'anzianità di servizio.

ga a quanto avvenne nei primi anni di attività del CSM italiano. A ciò va inoltre aggiunto che la candidatura alla carica di *vocal* era riservata solamente a quei giudici che ottenevano l'avvallo di almeno il 10% dell'elettorato oppure di almeno una associazione professionale validamente costituita. Tale sistema ebbe come risultato una prima formazione del CGPJ composta esclusivamente dal gruppo dirigente conservatore dell'*Asociación Profesional de la Magistratura*, la quale aveva stretti collegamenti con i vertici giudiziari dell'epoca franchista. Questo, unito al fatto che la maggioranza parlamentare di centro-destra scelse dei membri laici per lo più prossimi alla propria area politica, portarono ben presto a un allineamento ideologico del CGPJ con il Governo (IBÁÑEZ, 2021).

Non stupisce quindi che, a seguito della vittoria elettorale del partito socialista nel 1982, la nuova maggioranza parlamentare decidesse di riformare la legge organica. È così che vide la luce la LOPJ del 1985, la quale stravolse l'intero sistema, inaugurando la fase parlamentare: ai giudici venne infatti sottratta la possibilità di eleggere i membri togati del CGPJ, che fu affidata al Parlamento. In particolare, si stabilì che ogni Camera avrebbe dovuto eleggere, scegliendo tra magistrati di tutte le categorie, 6 *vocales* a maggioranza dei 3/5, ricalcando in tal modo le modalità di elezione dei membri laici. Tale scelta venne all'epoca giustificata affermando che nessun potere dello Stato può essere sprovvisto di una legittimazione democratica²⁹: essendo il Parlamento l'unico organo che gode di una "legittimazione democratica primaria" avrebbe dovuto spettare a lui la nomina dei membri del CGPJ (MURILLO DE LA CUEVA, 1995). La riforma venne quindi attuata all'insegna di una maggior democraticità del *Consejo*. Il risultato ottenuto fu però totalmente opposto, poiché fin dalla prima elezione dei membri togati il sistema elettorale si configurò non propriamente come parlamentare, bensì come partitocratico. Con ciò si intende che "los nombres de los futuros componentes del órgano no han salido nunca de las Cámaras, sino que han llegado a ellas regularmente en lis-

²⁹ Per un approfondimento del dibattito sull'opportunità che i membri togati del CGPJ siano eletti dal Parlamento o dagli stessi magistrati si veda BLANCO VALDÉS (2004).

tas cerradas desde las ejecutivas de las dos formaciones mayoritarias”³⁰ (IBÁÑEZ, 2021, 4). Anche lo stesso TC aveva d'altronde avvertito il legislatore di tale evenienza, ammonendolo che “ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial” (STC 108/1986). Come detto, quello che il TC aveva qualificato come rischio è diventato realtà.

Per arginare il fenomeno della politicizzazione del CGPJ si tentò ancora l'opzione della riforma legislativa: con la LOPJ del 2001 si introdusse il sistema corporativo-parlamentare. Questo modello elettorale, ancora oggi in vigore, prevede che le associazioni giudiziarie (o un numero di giudici e magistrati pari almeno al 2% di quelli in servizio attivo) propongano una lista di candidati in numero triplo rispetto ai *vocales* da eleggere (quindi 36). Il Parlamento, sempre secondo le modalità previste dalla LOPJ del 1985, dovrà poi eleggere i 12 membri togati tra quelli indicati nelle liste. Tale riforma non ha fatto altro che peggiorare ulteriormente la politicizzazione del CGPJ poiché con essa “se empieza a hablar también de sectarismo del órgano de autogobierno del Poder Judicial, en el que adquieren un papel relevante las asociaciones judiciales” (PÉREZ ALONSO, 2018). Anzi le associazioni finiscono per andare a stringere legami ancora più stretti coi partiti per concordare le nomine (BARRERO ORTEGA, 2009; IBÁÑEZ, 2021; MARTÍN GUARDADO, 2023). Le successive riforme della LOPJ, quella del 2013 e del 2018, nonostante il dichiarato intento di risolvere il problema della politicizzazione, non hanno fatto altro che apportare modifiche talmente minime al sistema del 2001, da non avere quasi al-

³⁰ Ciò è ad esempio dimostrato dalla vicenda dell'elezione del Presidente del CGPJ nel 2008 per la quale si rimanda a SERRA CRISTÓBAL (2013).

cun effetto³¹. Infine, è probabile che a breve vi sarà anche una sesta modifica della legge elettorale, dato che il 2 agosto del 2024 è stata approvata la LOPJ n. 3/2024, la quale all'art. 4 prevede che entro sei mesi il CGPJ dovrà approvare a maggioranza dei 3/5 dei *vocales* e inviare alle Camere e al Governo una proposta di riforma del sistema elettorale.

In conclusione, se è vero che Italia e Spagna sono accomunate dal fatto che le modalità di selezione dei membri togati sono state più volte modificate, al tempo stesso va notato che tra i due ordinamenti persiste una differenza fondamentale. Mentre in Italia le modifiche sono state per lo più tecniche ma non si è mai abbandonato il principio per cui sono gli stessi magistrati ad eleggere i consiglieri togati, in Spagna invece le riforme sono intervenute sul soggetto titolare del potere di nomina, tanto che nel Paese iberico si sono susseguiti tre sistemi completamente differenti.

5. *Riflessioni conclusive*

Per concludere, è possibile osservare come l'aderenza a un modello astratto di riferimento non implica necessariamente che l'analisi di due diverse esperienze – come quelle dei Consigli di Giustizia in Spagna e in Italia – consenta di rispondere alle domande di ricerca formulate all'inizio di questo scritto. Il passaggio da principi astratti all'analisi concreta della struttura dei due organi non ha consentito di ravvisare una garanzia sufficiente della loro indipendenza. In entrambi gli ordinamenti è infatti evidente il fenomeno della politicizzazione dei Consigli, che costituisce una vistosa deviazione dal modello. Se, dunque, a prevalere sono gli elementi differenziali, è opportuno definire quali siano questi elementi che contraddistinguono le due esperienze in tema di politicizzazione dei Consigli di Giustizia.

A marcare la principale differenza sembrano essere le modalità con cui il fenomeno si è manifestato. In Italia, le responsabilità maggiori sono sempre state attribuite alla stessa magistratura, nel senso che la

³¹ Per queste due ultime riforme si veda ROSADO IGLESIAS (2018) e GÓMEZ COLLOMER (2019).

politizzazione del CSM viene considerata come una conseguenza della degenerazione dell'associazionismo giudiziario in "correntismo", che ha fatto sì che le associazioni di categoria si trasformassero da "associazioni di idee" in "associazioni di servizi" (GROSSO, 2020). Ciò significa che originariamente tali formazioni nacquero per ragioni di affinità culturale: esse erano "libere, trasparenti associazioni di magistrati, strutturate con organismi direttivi, quote di adesione e strumenti di comunicazione, che si formano sulla condivisione di una concezione del sistema di giustizia e delle riforme da proporre" (BRUTI LIBERATI, 2020, 374). Il problema emerge quando, a partire dagli anni '80, le associazioni giudiziarie iniziano ad abbandonare la loro attività di stampo prettamente culturale e ideologico a favore di un modo di agire di tipo sempre più sindacale (VOLPI, 2020b). Esse hanno, cioè, cessato di essere un luogo di discussione e di elaborazione culturale e intellettuale, per assumere una funzione di tutela delle posizioni e delle aspirazioni dei propri iscritti. Le associazioni diventano, infatti, delle vere e proprie macchine elettorali per assicurare l'elezione dei propri iscritti e per garantire la nomina a incarichi direttivi e semidirettivi, secondo una logica di scambio opportunistico, il quale alimenta a volte anche fenomeni di collusione col mondo politico. Inoltre, ciò crea un vincolo di appartenenza e lealtà tra l'eletto e l'associazione che spesso rende il consigliere un mero rappresentante in Consiglio della volontà della propria formazione di appartenenza (GROSSO, 2020). Questo tipo di legame, d'altronde, si crea anche tra i membri laici e le forze politiche a cui devono l'elezione, dato che essi vengono scelti più per vicinanza ideologica coi partiti che per un effettivo merito (ZANON, 2020). A prevalere all'interno del CSM è quindi una logica corporativa (NAPPI, 2020)³². A riprova di ciò vi è il caso tristemente noto del consigliere e presidente dell'ANM, Luca Palamara: una vicenda di collusione tra mondo politico e mondo giudiziario ai fini dell'assegnazione delle cariche direttive e semidirettive.

Per quanto concerne la situazione spagnola, invece, il problema della politicizzazione del CGPJ si è manifestato attraverso la trasformazione del sistema di nomina dei membri elettivi da parlamentare a

³² Sul punto è stato notato che "sempre più frequentemente è il "merito sindacale" il titolo decisivo che premia l'ambizione dei concorrenti" (NAPPI, 2020, 3).

partitocratico: la politicizzazione in Spagna si esplica attraverso il potere di fatto dei partiti di selezionare i *vocales* del CGPJ tra coloro che possiedono la loro stessa sensibilità politica e ottenere poi la loro nomina (di fatto una ratifica) dalle Camere (GÓMEZ COLOMER, 2019)³³. La maggioranza qualificata richiesta per la nomina dei membri elettivi (laici e togati) non riesce poi a svolgere quella funzione di garanzia per la quale era stata originariamente prevista: le principali forze politiche, infatti, tendono a trovare accordi per potersi spartire le quote e superare l'ostacolo della maggioranza dei 3/5³⁴. Questo *modus operandi* è stato definito come “*lotización*”³⁵ e fa sì che vi sia una composizione del CGPJ che riproduce le logiche partitiche e che il CGPJ si converta in uno “strumento di confronto politico generale” (ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, 2014, 335). Il tutto anche grazie a un legame sempre più stretto ed evidente tra partiti politici e associazioni giudiziarie (CASTILLO ORTIZ & MEDINA, 2015; MARTÍN GUARDADO, 2023). Non a caso, infatti, c'è chi ha parlato del CGPJ come di una “correa de transmisión” di istanze esterne, provenienti dai partiti politici e dalle associazioni giudiziarie (LÓPEZ GUERRA, 1997, 27). Tutto ciò provoca inoltre continui ritardi nel rinnovo del CGPJ e rischia di innescare crisi costituzionali di notevole portata, come è avvenuto, ad esempio, tra la fine del 2022 e l'inizio del 2023: la *prorogatio* del CGPJ, protrattasi dal 2018 al 2024, ha determinato una situazione per cui a una maggioranza parlamentare socialista si accompagnava una maggioranza interna al CGPJ conservatrice e ciò ha causato ritardi nel rinnovo di un terzo dei giudici del *Tribunal Constitucional*³⁶, con conseguenti scontri

³³ A riprova di ciò vi è la famosa vicenda del messaggio Whatsapp inviato dal portavoce del Partido Popular (PP). Nel messaggio, il riparto dei membri elettivi del CGPJ veniva definito come una “jugada estupenda” che avrebbe permesso al PP di controllare “la sala segunda (TS) desde detrás”. Sul punto si veda CUESTA MARTÍNEZ (2023).

³⁴ Ciò è dimostrato dal fatto che, quando le forze politiche non trovano il giusto accordo sulla spartizione dei *vocales*, si creano ritardi nel rinnovo dell'organo, anche consistenti: si pensi al fatto che lo scorso CGPJ è rimasto in regime di *prorogatio* dal 2018 al 2024 (SANTAOLALLA LÓPEZ, 2010; MARTÍN GUARDADO, 2023).

³⁵ Sul punto vedi AGUIAR DE LUQUE (2016), MURILLO DE LA CUEVA (2017), FERNÁNDEZ RIVEIRA (2020a).

³⁶ In Spagna un terzo dei giudici costituzionali, ossia quattro, sono per metà no-

politici tra Governo e opposizione, i quali si sono tradotti in una questione di legittimità costituzionale risolta in maniera molto dubbia dal TC.

Di fronte al fenomeno della politicizzazione, sia il legislatore italiano che quello spagnolo hanno sempre ritenuto che la soluzione al problema risiedesse nella riforma del sistema elettorale: la scelta del giusto sistema elettorale sarebbe in grado di eradicare questa patologia del sistema. Nonostante questa ferma convinzione, però, l'analisi delle discipline elettorali introdotte nei due ordinamenti, e dei loro effetti, sembra invece dimostrare che questa normativa non possiede alcuna capacità salvifica. Anzi, l'esperienza dimostra che la riforma elettorale non è in grado di contrastare "un (naturale) fenomeno di adattamento degli attori politici, i quali "variano" le loro scelte in merito alle modalità di aggregazione in base al sistema elettorale con il quale avrà luogo la competizione": questo è proprio ciò che hanno dimostrato di fare i vari attori della politicizzazione (D'AMICO, 2020). Inoltre, va notato che al di là delle modalità di selezione dei membri dei Consigli, vi sono ulteriori fattori che concorrono a creare una tale situazione: ad esempio, il riparto di competenze in materia di ordinamento giudiziario tra i Consigli e il Ministro della Giustizia (GÓMEZ COLOMER, 2019), i criteri di nomina agli incarichi direttivi o semidirettivi che spesso lasciano troppo margine di discrezionalità (FERNÁNDEZ RIVEIRA, 2020A; DAL CANTO, 2020; MAMMONE, 2022), la selezione delle figure che coadiuvano i consiglieri come ad esempio i magistrati segretari del CSM (ZANON, 2020), i criteri di valutazione della professionalità dei giudici (MOROSINI, 2022), la presenza di incarichi fuori ruolo che avvicinano i giudici alla sfera della politica (DAL CANTO, 2020).

Al di là di questi elementi, tutti modificabili in via legislativa, va infine considerato che il fattore decisivo al fine di superare la politicizzazione dei Consigli è probabilmente quello culturale. A poco servono le riforme normative, se ad esse non si accompagna un vero e proprio

minati dal Governo e per metà eletti dal CGPJ. Data la regola del rinnovo per terzi i due giudici nominati dall'Esecutivo non possono entrare in carica, fino a quando il CGPJ non abbia provveduto anch'esso all'elezione dei giudici costituzionali di sua competenza. Per una ricostruzione dell'intera crisi si veda RUIZ & RUIZ (2022), VIDAL PRADO (2022), NAGLIERI (2023).

mutamento culturale sia da parte dei giudici (VIOLANTE, 2022; PATRONO, 2022), che da parte della sfera politica (MURILLO DE LA CUEVA, 1995)³⁷. Ciò significa che da un lato appare necessario che i politici comprendano a pieno l'importanza dell'indipendenza della magistratura e dei Consigli che la guidano (ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, 2013; MARTÍN GUARDADO, 2023). Dall'altro, sembra invece essenziale che anche i giudici cessino di prestarsi a qualsivoglia gioco partitico (GÓMEZ COLOMER, 2019). Fino a quando non interverrà questa "rivoluzione" culturale, l'idea della formula elettorale perfetta, che possa da sola porre rimedio al problema della politicizzazione, non sarà altro che un'irrealizzabile utopia.

Riferimenti bibliografici

- Aguiar De Luque, L. (2016), Continuidad y reforma en el régimen jurídico del Consejo General del Poder Judicial. In L. Aguiar De Luque (a cura di), *Independencia judicial y Estado constitucional. El gobierno judicial* (pp. 11-26). Tirant Lo Blanch.
- Ballester Cardell, G. (2009), El papel del Consejo General del Poder Judicial en defensa de la independencia de los jueces. In M. Revenga Sanchez (a cura di), *El poder judicial. VI congreso de la asociación de constitucionalistas de España* (pp. 155-236). Tirant Lo Blanch.
- Barrero Ortega, A. (2009), ¿Órgano de gobierno de los jueces o tercera cámara?. In M. Revenga Sanchez (a cura di), *El poder judicial. VI congreso de la asociación de constitucionalistas de España* (pp. 277-293). Tirant Lo Blanch.
- Biondi, F. (2021), Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio. *Quaderni Costituzionali*, 1.
- Blanco Valdés, R. L. (2004), I giudici: "bocca della legge" o potere dello Stato. In S. Gambino (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto* (pp. 153-154). Giuffrè. Milano.
- Bruti Liberati, E. (2020), Il Consiglio Superiore della Magistratura e le "cor-

³⁷ Ad esempio, secondo alcuni alla base di qualsiasi riforma del sistema elettorale e delle competenze del CGPJ si nasconde la volontà del legislatore spagnolo di controllare politicamente il CGPJ (GÓMEZ COLOMER, 2019).

- renti” dei magistrati. *Quaderni Costituzionali*, 4.
- Castillo Ortiz, P. J., Medina, I. (2015), El asociacionismo de las profesiones jurídicas en España: análisis de la lógica asociativa de jueces, fiscales y abogados. *Revista española de Derecho Constitucional*, 105.
- Cuesta Martínez, A. (2023), La degradación institucional del Consejo General del Poder Judicial. *Temas para el debate*, 337-338.
- Dal Canto, F. (2020), Le prospettive di riforma elettorale del Consiglio Superiore della Magistratura. *Gruppo di Pisa*, 1.
- D’Amico, G. (2020), I difetti dell’attuale sistema elettorale del CSM: una prospettiva per il futuro prossimo che non metta a rischia l’autonomia della magistratura. In B. Barnabei, P. Filippi (2020) (a cura di), *Migliorare il CSM nella cornice costituzionale*. CEDAM. Padova.
- De Grazia, L. (2023), *Le garanzie costituzionali dell’indipendenza della magistratura nell’esperienza francese, italiana e spagnola*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Delledonne, G. (2020), Il Consiglio superiore dei giudici e dei procuratori nell’ordinamento turco, fra alleanza repubblicana e derive illiberali. *DPCE Online*, 4.
- De Vergottini, G. (2022), *Diritto Costituzionale comparato*. CEDAM. Padova.
- Erbani, S. (2022), Il Presidente della Repubblica quale presidente del CSM. In R. Balduzzi (a cura di), *La riforma della legislazione sul Consiglio Superiore della Magistratura. Scritti per il quarantennale dell’Associazione*. EduCatt.
- Fernández Riveira, R. M. (2020a), ¿Cómo se nombra discrecionalmente el poder judicial? El Consejo General del Poder General y la Judicial Appointment Commission en el Reino Unido. *Revista de Derecho Político*, 107.
- Fernández Riveira, R. M. (2020b), Nuevos enfoques de la independencia judicial. Dos puntas de iceberg en la reforma de la ley orgánica del poder judicial: la comisión permanente del CGPJ y el Gabinete técnico del Tribunal Supremo. *Teoría y Realidad Constitucional*, 38.
- Ferri, G. (2005), *Magistratura e potere politico*. CEDAM. Padova.
- Gallo, D. (2024), Il ddl Nordio e le altre proposte di riforma costituzionale dell’assetto giurisdizionale. *Questione Giustizia*. <https://www.questionegiustizia.it/articolo/audizione-gallo-ddl-autonomia>
- Gianello, S. (2020), La riforma giudiziaria in Polonia: la minaccia allo Stato di diritto oltre i confini nazionali. *DPCE*, 2.

- Giupponi, T. F. (2021), Il Consiglio Superiore della Magistratura e le prospettive di riforma. *Quaderni Costituzionali*, 1.
- Gómez Colomer, J. L. (2019), Sobre el nombramiento del Presidente y de los vocales del Consejo General del Poder Judicial. Una reflexión desde el sentido común. *Teoría y Realidad Constitucional*, 44.
- González, I. (2021), Statuto, autonomia e autogoverno del pubblico ministero in Spagna. *Questione Giustizia*, 2.
- Grosso, E. (2020), Brevi note sulle possibili linee di una riforma della legge elettorale del CSM. *Questione Giustizia*. <https://www.questionegiustizia.it/articolo/brevi-note-sulle-possibili-linee-di-una-riforma-della-legge-elettorale-del-csm>
- Guglielmi, M. (2019), Crisi dell'autogoverno, crisi della magistratura: la necessità di ricostruire una forte identità collettiva. *Questione Giustizia*, 3.
- Ibáñez, A. (2021), El Consejo General del Poder Judicial: una institución destruida. *Questione Giustizia*. <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-consejo-general-del-poder-judicial-una-istitucion-disastrada>
- Íñiguez Hernández, D. (2008), *El fracaso del autogobierno judicial*. Aranzadi.
- Íñiguez Hernández, D. (2013), El autogobierno judicial, hacia una nueva edad del hielo. *Revista del Poder judicial*, 95.
- Íñiguez Hernández, D. (2014), La contrarreforma del Consejo General del Poder Judicial. *Teoría y Realidad Constitucional*, 34.
- Kosař, D. (2018), Beyond judicial councils: forms, rationales and impact of judicial self-governance in Europe. *German Law Journal*, 19(7).
- López Guerra, L. (1997), Modelos de gobierno de los jueces, *Revista Parlamento y Constitución*, 1.
- Mammone, G. (2022), Quale riforma per il Consiglio superiore della magistratura?. In R. Balduzzi (a cura di), *La riforma della legislazione sul Consiglio Superiore della Magistratura. Scritti per il quarantennale dell'Associazione*. EduCatt.
- Martín Guardado, S. (2023), Polarización política y crisis en la renovación del Consejo General del Poder General. *Revista de Derecho Político*, 117.
- Mazza, M. (2020), Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto. *DPCE Online*, 4.
- Montanari L. (2020), Stato di diritto e indipendenza del potere giudiziario: le sfide della democrazia costituzionale oggi in Europa. In A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, D. Pamelin (a cura di), *Per un costituzionalismo esigente. Scritti in onore di Alfonso di Giovine*. Franco Angeli. Milano.

- Morosini, P. (2022), L'impegno del magistrato in politica nel rispetto dell'indipendenza e dell'imparzialità della giurisdizione. In R. Balduzzi (a cura di), *La riforma della legislazione sul Consiglio Superiore della Magistratura. Scritti per il quarantennale dell'Associazione*. EduCatt.
- Murillo De La Cueva, P. L. (1995), El gobierno del poder judicial: los modelos y el caso español. *Revista de las Cortes Generales*, 35.
- Murillo de la Cueva, P. L. (2017), La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 40.
- Naglieri, G. (2023), Polarizzazione, giurisdizionalizzazione, delegittimazione. La crisi istituzionale spagnola tra regolarità ed anomalie. *Federalismi.it*, 4.
- Nappi, E. (2020), Crisi del CSM e crisi della magistratura. *Quaderni Costituzionali*, 4.
- Nato, A. (2020), Downsizing the EU rule of law at the time of the European welfare system retrenchment. *DPCE*, 4.
- Patrono, A. (2022), Le correnti della magistratura e il sistema elettorale per i componenti togati del CSM. In R. Balduzzi (a cura di), *La riforma della legislazione sul Consiglio Superiore della Magistratura. Scritti per il quarantennale dell'Associazione* (pp. 107-118). EduCatt.
- Penasa, S. (2020), L'amministrazione della giustizia in Ungheria: un sistema istituzionale "bicefalo" di derivazione "democratico-illiberale". *DPCE Online*, 4.
- Pérez Alonso, J. (2018), La independencia del poder judicial en la historia constitucional española. *Historia Constitucional*, 18.
- Piana, D., Vauchez A. (2012), *Il Consiglio superiore della magistratura*. Il Mulino. Bologna.
- Pitruzzella, G. (2018), Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?. *Diritti Comparati*, 3.
- Roberts, J. G. (2006), Constitution Day message from the Chief Justice [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=fRoNWcgzluQ>
- Romboli, R. (2020), Quale legge elettorale per quale CSM: i principi costituzionali, la loro attuazione e le proposte di riforma. *Questione Giustizia*. https://www.questionegiustizia.it/articolo/quale-legge-elettorale-per-quale-csm_25-05-2020.php
- Rosado Iglesias, G. (2018), La constitucionalización del gobierno judicial: cuarenta años de Consejo Genral del Poder Judicial, régimen actual y cuestiones pendientes. *Revista de Derecho Político*, 101.
- Rossi, N. (2023), Oltre la separazione delle carriere di giudici e pm.

- L'obiettivo è il governo della magistratura e dell'azione penale. *Questione giustizia*. <https://www.questionegiustizia.it/articolo/oltre-separazione-carriere>
- Ruiz, G. & Ruiz, R. (2022), ¿Réquiem por el Tribunal Constitucional? Comentario al último caso en el proceso de politización de la justicia constitucional en España (la atribución ilegítima de una competencia para el control preventivo de los actos del Parlamento). *DPCE Online*, 4.
- Santaolalla López, F. (2010), El problema de la renovación de los órganos constitucionales. *Revista de Derecho Político*, 77.
- Scarciglia, R. (2021), *Metodi e comparazione giuridica*. CEDAM. Padova.
- Serra Cristóbal, R. (2013), La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente. *Teoría y Realidad Constitucional*, 31.
- Vidal Prado, C. (2022), Crisi istituzionale in Spagna: il rinnovo frustrato del Consejo General del Poder Judicial e del Tribunal Constitucional. *Federalismi.it*, 34.
- Violante, L. (2022), Per un nuovo sistema di relazioni tra magistratura e politica. In R. Balduzzi (a cura di), *La riforma della legislazione sul Consiglio Superiore della Magistratura. Scritti per il quarantennale dell'Associazione*. EduCatt.
- Volpi, M. (2020a), Il governo autonomo della magistratura: una situazione complessa e dinamica. *DPCE Online*, 4.
- Volpi, M. (2020b), Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni. *Rivista AIC*, 2.
- Zanon, N. (2020), Un confronto tra modello astratto ed esperienza concreta: diario minimo di un membro laico del CSM (2010-2014). *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4.
- Zanon, N., Biondi, F. (2024), *Il sistema costituzionale della magistratura*. Zanichelli. Bologna.

Laura Daniela Useche Acevedo

TRAMITACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEDIANTE PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS: ANÁLISIS COMPARADO DE COLOMBIA Y ESPAÑA

SUMARIO: 1. Introducción – 2. El poder de reforma y su regulación en las constituciones española y colombiana – 3. Los límites procedimentales a la reforma constitucional – 4. El control de constitucionalidad formal de la reforma constitucional – 5. La tramitación de las reformas constitucionales mediante procedimientos legislativos abreviados – 6. Conclusiones.

1. Introducción

Las constituciones rígidas han optado por establecer un procedimiento de reforma constitucional distinto, especial y más exigente que aquel para la promulgación de leyes. Esta previsión de procedimientos constitucionales específicos implica que existen unos límites procedimentales que deben ser observados por el poder legitimado para reformar la Constitución. Sin embargo, la limitación procedimental del poder de reforma presenta importantes escenarios de indeterminación. Este es el caso de aquellos eventos en los que el parlamento, al llevar a cabo el procedimiento de reforma para el cual la Constitución le ha otorgado competencia, decide hacerlo utilizando procedimientos legislativos abreviados, cuya aplicación reduce los términos de la tramitación.

De este modo, el objetivo del presente trabajo es determinar si existe un límite procedimental que impida la tramitación de reformas constitucionales utilizando procedimientos abreviados, que permiten reducir el tiempo necesario para llevar a cabo el procedimiento de reforma inicialmente previsto por el constituyente, cuando la normativa que regula el procedimiento de reforma no se refiere expresamente a esta posibilidad. Como consecuencia de ello, si existe competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una eventual tramitación de la reforma constitucional que haga uso de mecanismos abreviados.

Para abordar ambas cuestiones, se realizará una comparación entre la reforma parlamentaria prevista en los ordenamientos jurídicos colombiano y español, en tanto en ambos ordenamientos existe (i) una regulación constitucional y normativa del trámite de reforma constitucional; (ii) ausencia de referencias normativas sobre la tramitación de reformas mediante procedimientos abreviados; (iii) una ausencia de límites materiales en el poder de reforma; y (iv) eventos en los que se llevaron a cabo trámites de reforma constitucional atendiendo a procedimientos abreviados.

2. *El poder de reforma en las constituciones española y colombiana*

En el presente apartado, y con el fin de sentar las bases teóricas que orientarán el debate posterior, se busca determinar a partir de la normativa el poder de reforma como un poder constituyente o constituido. Así mismo, se esbozarán las principales características comunes y diferenciales en la regulación de ambos ordenamientos.

En primer lugar, en ambos casos es posible identificar que el poder de reforma en cabeza del parlamento es entendido como un poder “derivado” que se diferencia del constituyente primario y como tal se encuentra limitado. En el caso español, la CE regula únicamente la reforma parlamentaria y consagra dos procedimientos a través de los que puede llevarse a cabo. Al respecto, para J. Tudela “resulta preciso señalar que *el poder de reforma se anuda, necesariamente, al poder constituido*. Un poder limitado por las disposiciones del poder constituyente, único auténticamente soberano y capaz de subvertir radicalmente un orden político con premisas totalmente nuevas” (énfasis añadido) (TUDELA ARANDA, J., 2018, 632).

Por el contrario, en el caso colombiano, el artículo 374 constitucional incluye la Asamblea Constituyente como una herramienta para *reformular* la constitución. Sin embargo, se regula únicamente su convocatoria y se señala expresamente que “la Asamblea adoptará su propio reglamento”. En consecuencia, no puede decirse que el ordenamiento colombiano ha equiparado el poder de reforma con el constituyente originario.

Esta distinción ha sido desarrollada por la Corte Constitucional en

la sentencia C-544/92, en la cual se demanda la inconstitucionalidad de un artículo permanente y uno transitorio de la Constitución, además de un artículo del Acto Constituyente n. 1 de 1991, mediante el cual se excluía de cualquier control judicial a los actos sancionados y promulgados por la Asamblea Constituyente. Frente a ello, la Corte se declara inhibida por considerar que carece de competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de actos que fueron *promulgados por el constituyente primario*. Como fundamento para su inhibición, la Corte señala que “las fuentes de legitimidad son diferentes en cada caso. Entre la [Asamblea] constituyente y el pueblo hay un nexo directo, mientras que entre el parlamento y el pueblo hay un nexo indirecto, ya que la relación se encuentra mediatizada por la existencia de una constitución” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-544/92 del 1 de octubre de 1992, F.J. 10).

Así, tanto en el caso colombiano como en el español, de la interpretación de las normas se ha encontrado que cuando el parlamento ejerce su poder de reforma constitucional lo hace de manera limitada, a diferencia de aquellos casos en los que el pueblo se manifiesta en ejercicio de su poder constituyente primario.

A partir de estos elementos propios de la teoría general de la reforma en ambos ordenamientos, en las regulaciones constitucionales de la reforma constitucional parlamentaria es preciso resaltar como principales diferencias: (i) la capacidad de iniciativa de reforma, en lo relativo a la iniciativa popular y la iniciativa de órganos especializados; (ii) la flexibilidad que se identifica del proceso previsto; y (iii) la previsión normativa de un control posterior a la reforma.

En primer lugar, en España se excluye la posibilidad de iniciativa popular en la reforma constitucional. Esta exclusión de la iniciativa popular ya se encontraba prevista en la constitución española de 1931,¹ y sobre sus orígenes la profesora P. Biglino identifica tanto causas de carácter técnico como político: “las causas que motivaron la exclusión de la iniciativa popular en este tema *fueron algunas de carácter técnico*. Así, P. DE VEGA ha puesto de manifiesto cómo resultaba superfluo atribuir iniciativa para la reforma de la Constitución a las

¹ “Artículo 125. La Constitución podrá ser reformada: a) A propuesta del Gobierno; b) A propuesta de la cuarta parte de los miembros del Parlamento”.

Asambleas de los territorios autónomos si se reconocía la iniciativa popular. (...). Pero *fueron motivaciones también políticas* las que incidieron en este fenómeno. J. PÉREZ ROYO, resaltando el carácter esencialmente representativo de nuestra democracia, considera que el problema real en estos momentos no es la dialéctica democracia representativa-democracia directa, sino incrementar el grado de madurez alcanzado por la sociedad civil para poder autodirigirse en el Parlamento” (BIGLINO CAMPOS, P., 1987, 110).

Estos dos argumentos, sin embargo, no tienen cabida en el caso colombiano. Por un lado, en Colombia no es excluyente que se prevea una iniciativa popular a las entidades territoriales y a la vez se permita al pueblo ejercer de manera directa esta facultad. Por otro lado, aunque en el caso colombiano la constitución no es el resultado de una transición desde la dictadura a la democracia, tampoco existía en la Constitución de 1886 una capacidad amplia de participación popular,² siendo incluso mayor esta capacidad en lo previsto por la Constitución española de 1931,³ por lo que no se puede decir que existiese en Colombia un mayor grado de madurez democrática.

En materia de iniciativa, también difiere el ordenamiento colombiano en tanto se previó para dos instituciones: (i) El Consejo de Estado, que actúa como tribunal supremo de lo contencioso-administrativo y cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, una facultad promovida activamente al interior de la Asamblea Constituyente y defendida por la doctrina al considerar que “resultaba indispensable, que en el desarrollo de una de las más importantes funciones estatales, como lo es la expedición de las leyes y la reforma a la Constitución, participaran, en colaboración con el Congreso, organismos especializados, de manera que la adopción de las medidas legislativas y constituyentes fuera el resultado de una juiciosa y seria reflexión, acompañada de conocimientos técnicos”; (Corte

² No se consagraba la iniciativa legislativa popular en el artículo 79, que señalaba “Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras, a propuesta de sus respectivos miembros o de los Ministros del Despacho”, ni se preveían las figuras de referendo o plebiscito.

³ Plebiscito autonómico previsto en el artículo 12 y referéndum legislativo e iniciativa popular previstos en el artículo 66.

Constitucional de Colombia, Sentencia C-535/12 del 12 de julio de 2012, F.J. 4.13) y (ii) El Consejo Nacional Electoral, en su calidad de máxima autoridad electoral en el país, en asuntos de su competencia.

En segundo lugar, de la normativa constitucional es posible identificar que la tramitación en la Constitución colombiana es más sencilla que aquella desarrollada por los artículos 167 y 168 de la CE. Ello porque la tramitación en el ordenamiento colombiano (i) plantea un único procedimiento, con la posibilidad de llevar a cabo un referendo cuando se trate de materias especialmente protegidas; (ii) establece como diferencia central entre el procedimiento de reforma y el procedimiento legislativo ordinario el trámite en dos periodos ordinarios y consecutivos; y (iii) impone dos límites a la tramitación en segundo periodo: la aprobación por mayoría absoluta de los miembros de cada cámara y el debate sólo de aquellas iniciativas presentadas en el primer periodo.

En este sentido, a diferencia del constituyente español, no se incluye (i) un procedimiento especial en caso de que no se alcance el acuerdo en las cámaras; (ii) el referendo facultativo para todos los casos de reforma; (iii) un procedimiento diferenciado y con un grado más alto de dificultad para los asuntos identificados como especialmente protegidos. Todo ello deja ver que el colombiano es un ordenamiento jurídico más abierto a la reforma del texto constitucional, y en este sentido, podría catalogarse como más flexible.

Además, de la regulación de la reforma en ambos ordenamientos también es posible identificar una diferencia que determinará el examen posterior: mientras que en el ordenamiento colombiano cobra especial importancia el requisito de trámite en dos periodos consecutivos, esto es, en ocho debates, como principal elemento diferenciador del procedimiento de reforma constitucional respecto al proceso legislativo ordinario;⁴ en el ordenamiento español la rigidez del procedimiento gira en torno a la consecución de unas mayorías más exigen-

⁴ Siguiendo la tradición del primer constitucionalismo liberal según el cual la reforma debía realizarse en dos legislaturas sucesivas para asegurarse de la bondad de sus frutos. Ver: (GARCÍA ROCA, J. [ed.], 2014, p. 17).

tes,⁵ aunque en ambos casos estos elementos centrales se acompañen de otros requisitos.

Finalmente, es importante reseñar una última diferencia relevante. Una vez promulgada la norma resultante de la reforma parlamentaria el constituyente colombiano en el artículo 379 consagró expresamente la posibilidad de control de la Corte Constitucional con dos limitaciones: (i) un límite en los vicios que se pueden analizar, pues la declaración de inconstitucionalidad solo es posible por la violación de los requisitos previstos en el título XIII, los cuales son relativos al *procedimiento*; y (ii) un límite temporal, pues la acción pública de inconstitucionalidad contra estos actos solo procede un año después de su promulgación. Por el contrario, la CE guardó silencio sobre la posibilidad de control jurisdiccional de la norma resultante de la reforma.

A pesar de estas diferencias, en su origen existe un importante punto en común: la construcción del texto constitucional como el resultado de un amplio consenso entre diferentes fuerzas sociales, lo cual deriva en la exigencia de mayorías parlamentarias más amplias para su reforma que actúe como reflejo de este amplio consenso original.

Existen además otras similitudes que propician la comparación: (i) tanto en la Constitución colombiana como en la CE, el constituyente ha optado por no limitar el contenido de la reforma, esto es, no existe en ninguno de los ordenamientos un límite material de la reforma constitucional;⁶ (ii) ambos textos constitucionales identifican elementos que, por su importancia, merecen una protección reforzada. La CE en su artículo 168 establece un procedimiento de reforma mucho más exigente para una reforma total, o aquellas reformas parciales que afecten determinadas partes de la Carta.⁷ La Constitución colombiana, por su parte, prevé la posibilidad de que, cuando la reforma afecta de-

⁵ Se exige mayoría de 3/5 en cada una de las Cámaras para la reforma según el artículo 167 CE y una mayoría de 2/3 en cada Cámara en el procedimiento previsto en el artículo 168 CE.

⁶ Ver: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1040/05 del 19 de octubre de 2005, F.J. 7.10.4, reiterado en las sentencias C-303/10 del 28 de abril de 2010, F.J. 11.3.1 y C-332/17 del 17 de mayo de 2017, F.J. 5; y STC 48/2003 del 12 de marzo de 2003, F.J. 7.

⁷ Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II.

terminados asuntos,⁸ el pueblo cuenta con la capacidad de convocar un referendo cuyo resultado puede derogar la reforma; (iii) en ambos ordenamientos jurídicos el fundamento de la soberanía se encuentra en el pueblo. Como reflejo de este principio, en ambas reglamentaciones se recurre al referendo como mecanismo para dotar de legitimidad la aprobación. Sin embargo, para ambos es posible reformar la constitución sin ninguna participación popular.

3. Los límites procedimentales a la reforma constitucional

Las normas de procedimiento pueden ser abordadas desde dos perspectivas: como un fin en sí mismo y como un medio para lograr objetivos de carácter sustancial. Ello, a su vez, evidencia la importancia que el diseño procedimental ocupa en el ordenamiento jurídico y ha dado lugar a que se considere, a partir de cualquiera de las dos posturas, que la no observancia del procedimiento tiene como consecuencia la exclusión del ordenamiento jurídico de la norma resultante.

Si las normas de procedimiento son consideradas como un fin en sí mismo, estas deben gozar de una jerarquía superior a las normas que son producidas conforme a sus postulados, como consecuencia lógica. Es decir, si existe en el ordenamiento jurídico una norma que indique el procedimiento conforme al cual se producirá aquello que se considera derecho, es el cumplimiento de este procedimiento lo que dotará de carácter jurídico a la norma resultante, y, por tanto, su no observancia impacta en la validez normativa. Estas consideraciones se derivan del planteamiento clásico de Hans Kelsen, quien considera que “una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico” (KELSEN, H., 1960, 112). Así mismo, autores como P. Biglino y A. Pizzorusso han hablado de una jerarquía normativa basada en una relación de instrumentalidad lógica, en la que las normas de procedimiento deben ocupar un rango superior a las demás (BIGLINO CAMPOS, P., 1988; PIZZORUSSO, A., 2011, 31).

⁸ Los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y sus garantías, a los procedimientos de participación popular o al Congreso.

A esta misma conclusión se llega si se considera al procedimiento como un medio para lograr objetivos sustanciales. Este ha sido el punto de vista adoptado por los órganos de control constitucional de España y Colombia a la hora de identificar si la inobservancia del procedimiento legislativo puede dar lugar a la inconstitucionalidad de las normas.

En el caso del TC, desde temprano en su jurisprudencia identificó que: “Aunque el artículo 28.1 de nuestra Ley Orgánica no menciona los Reglamentos parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la ley, no es dudoso que, tanto por la invulnerabilidad de tales reglas de procedimiento frente a la acción del legislador como, sobre todo, por el *carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político* (artículo 1 CE), la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley *cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad* en el seno de las Cámaras” (énfasis añadido) (STC 99/1987 del 26 de junio de 1987, F.J. 1(a)).

Sobre la obligatoriedad del procedimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, por su parte, el reglamento del Congreso adopta la forma de ley orgánica de acuerdo con el artículo 151 constitucional, una forma de ley especial que para su aprobación requiere la mayoría absoluta. Pero más allá de su categoría constitucional, la Corte Constitucional ha desarrollado la importancia de la observancia del procedimiento al considerarlo como un instrumento al servicio del Estado constitucional y democrático. En este sentido, la Corte ha planteado el *principio de instrumentalidad de las formas*.

De acuerdo con este principio, la regulación del procedimiento de formación de las leyes “pretende precisamente potenciar el principio democrático y preservar el contenido esencial del régimen institucional diseñado por el constituyente” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-737/01 del 11 de julio de 2001, F.J. 5). Así, “las formas procesales no tienen un valor en sí mismo y deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo” (*Ibid.*, F.J. 7). Esta visión frente a las normas de procedimiento impacta la evaluación que realiza la Corte sobre normas cuya constitucionalidad se cuestiona por desco-

nocimiento del procedimiento, pues se ha entendido que los “requisitos constitucionales y legales que regulan el proceso de formación de las leyes no tienen como finalidad obstruir o dificultar tal proceso, sino que *deben interpretarse al servicio del fin sustantivo que cumplen*” (énfasis añadido) (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-786/12 del 10 de octubre de 2012, F.J. 8.1), y en el mismo sentido, el juez constitucional no debe interpretar las normas de procedimiento con tal rigor que se conviertan en un obstáculo para la producción normativa.

De esta manera, en ambos ordenamientos se identifica que no cualquier desconocimiento procedimental da lugar a la invalidez de la norma resultante, por lo que el juez deberá tener en cuenta el impacto que sobre estos fines sustanciales tiene el error procedimental.⁹

La concepción del procedimiento como un medio para la garantía de fines sustanciales será la acogida en este trabajo, no solo porque es la visión predominante en la jurisprudencia de ambos ordenamientos jurídicos objeto de estudio sino porque además (i) refleja la importancia sustancial del procedimiento; (ii) reconoce al procedimiento como elemento relevante estrechamente relacionado con los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho; y (iii) permite diferenciar aquellos límites de procedimiento que resultan en vicios causantes de inconstitucionalidad de aquellos de menor entidad que no derivan en tal. Ello sin desconocer la importancia lógica que tiene la observancia del procedimiento como criterio de validez de la norma resultante.

Esta concepción del procedimiento como un medio para salvaguardar fines sustanciales adquiere una importancia mayor al tratarse de la reforma constitucional, dado que la previsión de un procedimiento agravado para la modificación del texto constitucional salvaguarda elementos identitarios de la forma de Estado constitucional, en

⁹ En la STC 99/1987, F.J. 2(c) el TC consideró que para identificar el vicio de inconstitucionalidad era necesario determinar si se había alterado “de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno del órgano parlamentario”. Del mismo modo, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-985/06, F.J. 3.4.4 estableció los elementos que debe tener en cuenta el juez constitucional para determinar si el error de procedimiento tiene importancia tal para afectar la constitucionalidad de la norma.

tanto con él se pretende (i) acoplar la constitución al cambio histórico; (ii) realizar el acoplamiento dentro de la continuidad jurídica formal del ordenamiento fundamental; y (iii) impedir que la constitución se coloque al servicio de una mayoría (DE VEGA, P., 1985, 87-88). Por ello, su observancia resulta incluso más exigible que en el caso del procedimiento legislativo ordinario y el análisis de aquellos yerros que dan lugar a la inconstitucionalidad deviene más estricto.

En este sentido, la observancia del procedimiento de reforma constitucional va a determinar la validez de la norma resultante. Así lo entiende I. Villaverde al establecer que “el Título X de la CE no regula una competencia del poder legislativo para reformar la CE, sino un poder de reforma constitucional que se sirve del legislativo para elevarlo a la condición de poder constituyente-constituido *capaz de producir normas constitucionales cuya validez deriva de su adecuación a los procedimientos de reforma regulados en el Título X de la CE*” (énfasis añadido) (VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., 2012, 494).

De la obligatoriedad general del procedimiento, se desprende que el poder de reforma se encuentra con unos límites explícitos contenidos en las normas. Así, son *límites procedimentales explícitos* al poder de reforma en ambos ordenamientos: (i) las normas constitucionales que regulan el procedimiento de reforma, incluyendo aquellas que aunque fuera del Título relativo a la reforma constitucional hacen referencia a ella; (ii) las normas que en el reglamento parlamentario regulan el procedimiento de la reforma constitucional de manera expresa; (iii) las normas que regulan el procedimiento legislativo ordinario y que por remisión son aplicables al procedimiento de reforma.¹⁰ La observancia de estos límites es de obligatorio cumplimiento para el poder de reforma.

Ahora bien, además de estos límites explícitos y siguiendo el planteamiento de Y. Gómez, existen *límites procedimentales implícitos* que se originan “de una interpretación sistemática de las normas constitucionales y parlamentarias que regulan el modo de producción legislativa, [de las cuales] pueden deducirse otras limitaciones que condicio-

¹⁰ En ambos ordenamientos existen cláusulas de remisión al procedimiento ordinario: (i) Artículos 146 y 147 del Reglamento del Congreso de los Diputados en España; (ii) Artículo 227 de la Ley 5 de 1992 en Colombia.

nan la tramitación parlamentaria de la revisión de la Constitución” (GÓMEZ LUGO, Y., 2019, 407). De lo desarrollado alrededor de este punto por la autora, puede inferirse que, por los presupuestos mismos del procedimiento de reforma, este resulta incompatible con algunos trámites del procedimiento legislativo ordinario.

Esta idea de unos límites procedimentales implícitos se encuentra respaldada, además, en el artículo 227 de la ley 5 de 1992, en las que se dice que “Las disposiciones contenidas en los capítulos anteriores referidas al proceso legislativo ordinario *que no sean incompatibles con las regulaciones constitucionales*, tendrán en el trámite legislativo constituyente plena aplicación y vigencia” (énfasis añadido). Así, se entenderán como límites procedimentales implícitos aquellos procedimientos propios del trámite legislativo ordinario que resultan incompatibles con los elementos fundamentales del procedimiento de reforma.

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos objeto de análisis se ocupan del cumplimiento de los límites procedimentales de maneras bastante disímiles. Por un lado, la Constitución colombiana establece, en dos artículos distintos,¹¹ la competencia de la Corte Constitucional de controlar la observancia del procedimiento seguido por parte del órgano legislativo cuando ejerce su potestad para reformar la constitución.

De estos dos artículos se identifica que: (i) el constituyente colombiano reconoce la importancia de establecer mecanismos que permitan asegurar el cumplimiento del procedimiento de reforma; (ii) el control de estos actos de reforma no es automático, por lo que depende de que algún ciudadano presente una demanda de constitucionalidad en su contra una vez promulgado; y (iii) restringe el ámbito de control únicamente al análisis de los vicios de procedimiento en su formación, por lo que se excluye cualquier limitación material al poder de reforma.

Contrario al derecho colombiano, en el derecho español la eventual configuración de vicios procedimentales en la reforma constitucional no se encuentra contemplada ni en la CE ni en la LOTC de manera expresa. Sin embargo, dado que el constituyente estableció dos procedimientos diferenciados para la tramitación de la reforma, la pro-

¹¹ Artículos 241 y 379 de la Constitución.

fesora Y. Gómez identifica la existencia de un límite procedimental en un doble sentido, al entender que: “Teniendo en cuenta que el art. 168 somete una serie de materias a la reserva procedimental prevista en dicha disposición constitucional, este mecanismo extraordinario de reforma actúa como un límite procedimental frente a las materias no reservadas a dicho cauce. Por otro, y como consecuencia de ello, el procedimiento ordinario del artículo 167 queda vedado para la modificación de las materias sometidas a la técnica más agravada prevista en el art. 168” (GÓMEZ LUGO, Y., 2019, 407).

En este sentido, también se ha pronunciado J. Tajadura al señalar que “ninguna duda cabe de que, como consecuencia de la previsión de un doble procedimiento de reforma en el Título X de la Constitución, pueden plantearse dos tipos de supuestos de inconstitucionalidad formal de una reforma. Por un lado, puede ocurrir que se utilice el procedimiento previsto en el art. 167 para reformar preceptos cuya modificación sólo es posible a través del art. 168. Por otro, puede suceder que la reforma se lleve a cabo (...) sin cumplir puntualmente los requisitos y condiciones exigidos en los correspondientes procedimientos” (TAJADURA TEJADA, J., 2018, 158).

A pesar de ello, no es claro cómo se garantiza la observancia de estos procedimientos. En cuanto a la posibilidad de control jurisdiccional, ni la CE ni la LOTC hacen ninguna mención, y dado que en el ordenamiento jurídico español no se le otorga al resultado de la reforma constitucional la categoría de “ley” en tanto no fue regulado dentro de la función legislativa, se descarta la aplicación del recurso de constitucionalidad y la cuestión de constitucionalidad en su contra.

Como consecuencia de esta previsión o ausencia de previsión de competencia respecto al control de la reforma constitucional, en ambos ordenamientos jurídicos los tribunales constitucionales han desarrollado diferentes estrategias a partir de las cuales asegurar la observancia de los límites procedimentales por parte del poder de reforma, las cuales serán brevemente reseñadas a continuación.

4. *El control de constitucionalidad formal de la reforma en el Tribunal Constitucional español y la Corte constitucional de Colombia*

Dado que la inobservancia de los límites procedimentales puede derivar en la invalidez de la reforma constitucional, es preciso plantear el papel de los órganos de control jurisdiccional constitucional a la hora de evaluar la conformidad de las reformas constitucionales con los procedimientos que para este efecto han sido previstos. Para ello se abordarán las consideraciones que alrededor del control procedimental de la reforma constitucional han sido planteadas en uno y otro órgano jurisdiccional constitucional.

Por un lado, como fue mencionado, en el caso español no existe ninguna norma que prevea la competencia del TC para el control de constitucionalidad de la reforma, ni siquiera en cuanto a un control estrictamente procedimental. Por ello, es a partir de las consideraciones de la jurisprudencia que se ha abordado esta posibilidad. De las tres reformas realizadas a la CE,¹² las dos primeras han sido objeto de pronunciamientos del TC, aunque por diferentes motivos:

(i) Sobre la primera reforma de 1992, el TC analizó la “constitucionalidad” del artículo 8 B (1) del tratado de Maastricht. El gobierno abogaba en favor de una integración de la Constitución con el Tratado sin necesidad de una reforma, es decir, por vía de una interpretación amplia del artículo 93 constitucional. Este argumento fue rechazado por considerar que “los enunciados de la Constitución no pueden ser contradichos sino mediante su reforma expresa (por los cauces del Título X)” (DTC 1/1992 del 24 de julio de 1992, F.J. 4). En este mismo sentido, el TC reitera que “ni el poder de revisión constitucional es una ‘competencia’ cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, *ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidos* y mediante la modificación expresa de su propio texto” (énfasis añadido) (*Ibid*).

¹² Reforma al artículo 13.2 en 1992, reforma al artículo 135 en 2011 y reforma al artículo 49 en 2024. Todas llevadas a cabo mediante el procedimiento ordinario previsto en el artículo 167 y todas tramitadas simultáneamente a través de los procedimientos de urgencia y lectura única.

(ii) La segunda reforma de 2011, mediante la cual se modificó el artículo 135 de la CE para introducir el principio de estabilidad presupuestaria, dio lugar al ATC 9/2012. Este auto se produce como respuesta al recurso de amparo parlamentario interpuesto en contra de varios actos de trámite, por considerar que (a) la reforma debió ser tramitada mediante el procedimiento del artículo 168; y, subsidiariamente (b) la reforma no debió ser tramitada utilizando simultáneamente los procedimientos de urgencia y lectura única.

En sus consideraciones, el TC considera que: (a) respecto a la tramitación mediante el artículo 167, “la Mesa del Congreso de los Diputados, con escrupulosa sujeción a lo dispuesto en los arts. 167 y 168 CE, únicamente podía calificar la reforma del art. 135 CE como objeto del procedimiento ordinario de reforma constitucional recogido en el art. 167 CE” (ATC 9/2012 del 11 de febrero de 2012, F.J. 2); (b) sobre la tramitación mediante el procedimiento de lectura única, “ni de la lectura del texto constitucional en su conjunto, ni de modo especial del título X dedicado por la propia Constitución a su posible reforma, ni del art. 146 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) se advierte que la aprobación de la reforma constitucional haya quedado excluida del procedimiento de lectura única”, así mismo, “en cuanto a la participación de los demandantes en el procedimiento y a las facultades integradas en el art. 23.2 CE, éstos han tenido la oportunidad de intervenir en la fase plenaria durante el trámite de toma en consideración y de oponerse mediante el oportuno voto a la misma, en la tramitación de la proposición mediante el controvertido procedimiento y, ulteriormente, en la propia aprobación de la iniciativa de reforma” (*Ibid.*, F.J. 3); y (c) en cuanto a la tramitación de urgencia, “aun en términos tan perentorios, la tramitación urgente no ha impedido a los recurrentes las facultades que les corresponden como Diputados en el seno del procedimiento legislativo” (*Ibid.*, F.J. 4).

De estos dos pronunciamientos del TC se extraen dos conclusiones. En primer lugar, el TC establece la obligatoriedad del procedimiento de reforma contenido en el Título X de la CE para que sea posible modificar cualquier precepto constitucional.¹³ En segundo lugar,

¹³ Este planteamiento, que puede deducirse de la DTC 1/1992, es explícitamente adoptado en la STC 103/2008, en la que el TC señala que la CE no contiene ningún

en la actualidad solo existe en el ordenamiento español una vía por la cual es posible cuestionar, al menos, el procedimiento seguido durante el trámite de la reforma constitucional: el recurso de amparo parlamentario.

Sin embargo, esta única vía presenta dos limitaciones. Por un lado, la evaluación en el marco de un recurso de amparo implica que no basta con que se evidencien infracciones al procedimiento, sino que además habría que demostrar que con esas infracciones se afectó de manera grave el ejercicio de los derechos parlamentarios. Por otro lado, la utilización del recurso de amparo condiciona los efectos del fallo, pues mediante el amparo no se podrá declarar la nulidad de una ley, ni mucho menos, de una reforma constitucional. Así lo ha manifestado el TC al señalar que “una declaración de inconstitucionalidad con efectos erga omnes es propia de un recurso de inconstitucionalidad, no de un recurso de amparo”. (STC 167/1986 del 22 de diciembre de 1986, F.J. 9).

A partir de estas dos conclusiones que se desprenden de los pronunciamientos del TC, es evidente que su conciliación es problemática: Si bien el TC es claro en señalar la importancia del procedimiento de reforma y la necesidad de su observancia por parte del legislador, no existe ningún recurso mediante el cual podría cuestionarse jurisdiccionalmente su incumplimiento. El recurso de amparo, aunque es el único mecanismo disponible para efectuar algún cuestionamiento, se muestra limitado. Por ello, son varios los doctrinantes que han planteado la necesidad de establecer un mecanismo autónomo que permita el control jurisdiccional de los vicios de procedimiento en la reforma constitucional (DE VEGA, P., 1985, 299-302; TAJADURA TEJADA, J., 2018, 157-158; GÓMEZ LUGO, Y., 2019, 417).

Por otro lado, en el caso colombiano y dado que allí sí existe una competencia expresa de la Corte Constitucional para conocer de la constitucionalidad formal de la reforma, del ejercicio de esta competencia es posible destacar: (i) los principios de consecutividad e identidad flexible como principales herramientas para evaluar la existencia de vicios procedimentales; y (ii) la identificación de un límite compe-

límite material a la reforma constitucional, “pero el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable”.

tencial implícito derivado del artículo 374 constitucional, lo que da lugar a la llamada “teoría de la sustitución”.

En primer lugar, del artículo 375 la Corte identificó dos límites al procedimiento de reforma: (i) la exigencia de que el trámite del proyecto suceda en *dos periodos ordinarios y consecutivos*, es decir 8 debates consecutivos; y (ii) la obligación de debatir en el segundo periodo *únicamente las iniciativas presentadas en el primero*.

A partir de estos dos condicionantes que trae el constituyente la Corte va a desarrollar dos principios para evaluar la existencia de vicios procedimentales: (i) el *principio de consecutividad*, que se garantiza cuando se llevan a cabo de forma sucesiva los 8 debates exigidos y el cual se desdobra en dos dimensiones: una relativa a “las condiciones para que pueda considerarse que en una determinada etapa del trámite se han cumplido las exigencias de votación y deliberación”, y otra que exige que “el tema objeto de debate legislativo sea examinado a lo largo del trámite en el Congreso, de forma que no se debatan y aprueben en etapas posteriores asuntos que no lo fueron en las etapas precedentes” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-373/16 del 13 de julio de 2016, F.J. 182); y (ii) el *principio de identidad relativa o flexible*, derivado del artículo 375 constitucional y relacionado estrechamente con la consecutividad, de acuerdo con el cual las modificaciones que se hagan del articulado del proyecto deben guardar conexión con los asuntos tratados en etapas previas, con lo que se exige preservar la unidad temática de la iniciativa (*Ibid.*, F.J. 184).

Una vez cristalizados los principios de consecutividad e identidad flexible la evaluación a partir de ellos ha sido consistente y poco debatida en la jurisprudencia constitucional. Este examen de los vicios procedimentales va frecuentemente acompañado del estudio de las votaciones y las mayorías requeridas en cada caso.

En segundo lugar, la Corte ha desarrollado la tesis del juicio de sustitución. Esta tesis se formula por primera vez en la sentencia C-551/03, en la cual, por tratarse de la primera vez que la Corte lleva a cabo un control automático sobre una de las modalidades de reforma constitucional, consideró pertinente determinar dentro de sus consideraciones el alcance de su propia competencia.

En esa providencia, la Corte al evaluar la noción de vicio procedimental, plantea que “tanto la doctrina como la jurisprudencia han se-

ñalado, de manera reiterada, que *la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia*, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable” (énfasis añadido) (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551/03 del 9 de julio de 2003, F.J. 22).

En consecuencia, la sentencia pasa a analizar el alcance de la competencia que ha otorgado el constituyente al parlamento para llevar a cabo una reforma al texto constitucional, respecto a lo cual la Corte resalta: “una cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado – lo cual está autorizado pues en eso consiste el poder de reforma cuando la Constitución no incluyó cláusulas pétreas ni principios intangibles de manera expresa, como es el caso de la colombiana – y otra cosa es que *so pretexto de reformar la Constitución en efecto ésta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente – lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder*” (énfasis añadido) (*Ibid.*, F.J. 33).

Para justificar la existencia de este límite en la competencia del poder de reforma, la Corte reconoce un *límite competencial implícito*, deducible a partir del artículo 374 constitucional, de acuerdo con el cual se otorga únicamente la capacidad de *reformular* el texto constitucional. A partir de la lectura de este artículo, la Corte señala lo que va a constituir el planteamiento central del juicio de sustitución:

“De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta puede ser *sustituida* por otra Constitución. Al limitar la competencia del poder reformatorio a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. *Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución. Y es que el título XIII habla de la “reforma” de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de su eliminación o sustitución por otra Constitución distinta, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario*” (énfasis añadido) (*Ibid.*, F.J. 34).

Así mismo, la Corte identifica que “el argumento precedente

muestra que un poder de reforma sin límites competenciales elimina también la distinción básica entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o de reforma”, (*Ibid.*, F.J. 37) pues “el poder de revisión constitucional, incluso si se recurre a un mecanismo de referendo, no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano, sino que *es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución, y por ello se encuentra necesariamente limitado, por la imposibilidad de sustituir la Carta*, ya que ello implicaría que el poder de reforma se erige en poder constituyente originario” (énfasis añadido) (*Ibid.*, F.J. 40).

De lo reseñado se evidencia que en ambos ordenamientos se parte de la necesidad de que exista una vía que permita el control jurisdiccional de la reforma constitucional. Sin embargo, cuando esta competencia no se encuentra establecida expresamente y mediante un recurso autónomo, el control se realiza desde escenarios que no permiten que se desarrolle de manera adecuada. Por el contrario, cuando sí existe tal competencia, el órgano jurisdiccional tiende a desarrollar teorías a partir del texto constitucional que incluso pueden exceder lo inicialmente previsto.

5. La tramitación de las reformas constitucionales mediante procedimientos legislativos abreviados

Una vez clarificado el panorama relativo a los límites procedimentales en la reforma constitucional y su tratamiento en los dos ordenamientos jurídicos bajo estudio, es preciso abordar lo relativo a los procedimientos legislativos abreviados y la posibilidad de su utilización en el trámite de las reformas constitucionales. Lo anterior, con el fin de determinar si (i) es posible identificar un límite procedimental implícito que impida la tramitación de la reforma a través de procedimientos legislativos abreviados; y (ii) si tal límite es sancionable jurisdiccionalmente al interior de los ordenamientos español y colombiano. Para empezar, es preciso resaltar que en ambos ordenamientos jurídicos existen mecanismos a través de los cuales se puede agilizar la tramitación de un proyecto o proposición de ley, siendo relevantes para la reforma constitucional los procedimientos de urgencia y lectura única en

el caso español, y urgencia y votación en bloque en el caso colombiano.

Así mismo, en Colombia se reformó la Constitución para integrar un procedimiento abreviado especial y transitorio para la tramitación de reformas constitucionales relacionadas con la implementación del Acuerdo Final de Paz en Colombia, en el cual se reduce a 4 el número de debates exigidos, debiendo contar la reforma con mayoría absoluta en las Cámaras y control automático de la Corte Constitucional.

A pesar de que en la normativa no se excluye de manera expresa la posibilidad de su uso en la tramitación de la reforma constitucional y por lo tanto no existe ningún límite procedimental explícito que lo impida, se ha planteado la existencia de un eventual límite procedimental implícito que excluya la tramitación simultánea de la reforma constitucional mediante procedimientos agravados y la utilización de procedimientos legislativos abreviados tanto en la práctica de los ordenamientos jurídicos bajo estudio como en la doctrina.

Las tres reformas constitucionales en España fueron presentadas por los dos grupos parlamentarios mayoritarios, por lo que la propuesta de tramitación directa y en lectura única fue aprobada por estas mismas mayorías. Sin embargo, al interior del parlamento se ventilaron las primeras objeciones a su uso. Pese a que en la tramitación de la reforma de 1992 no existió objeción al uso de procedimientos abreviados dado el amplio consenso parlamentario que al reforma suscitaba, en la segunda y tercera reforma sí se plantearon varios argumentos en contra de la reducción de los plazos.¹⁴

Como reflejo de estos argumentos, en 2011, el diputado Gaspar Llamazares y la diputada Nuria Buenaventura presentan un recurso de amparo en contra de actos de trámite durante la tramitación de la reforma del mismo año, el cual da lugar al ATC 9/2012 previamente referenciado. En el Auto se justifica la utilización de procedimientos abreviados en la reforma a partir de dos consideraciones:

(i) un análisis normativo, a partir del cual concluye que “ni de la lectura del texto constitucional en su conjunto, ni de modo especial

¹⁴ Ver: Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 2011, IX legislatura, núm. 269, p. 11; Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 2024, XV legislatura, núm. 17, 11 y 23.

del título X dedicado por la propia Constitución a su posible reforma, ni del art. 146 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) se advierte que la aprobación de la reforma constitucional haya quedado excluida del procedimiento de lectura única”. Además, incluso insinúa su aprobación tácita por el constituyente cuando encuentra que “no es un dato menor el que *la única especialidad procedimental vetada por la Norma Fundamental, en relación con la reforma constitucional, es la eventual atribución de la aprobación de la misma a una comisión legislativa permanente* (art. 75.3 CE), asegurando así, precisamente, la intervención del Pleno de la Cámara. *Intervención que sí se produce durante la sustanciación del procedimiento de lectura única* que tiene lugar exclusivamente en sesión plenaria” (énfasis añadido) (ATC 9/2012 del 11 de febrero de 2012, F.J. 3).

(ii) un análisis sustancial, a partir de la eventual afectación del derecho contenido en el artículo 23.2. En este punto, a partir de la limitación de su capacidad de participación alegada por los recurrentes, el TC afirma que “éstos han tenido la oportunidad de intervenir en la fase plenaria durante el trámite de toma en consideración y de oponerse mediante el oportuno voto a la misma, en la tramitación de la proposición mediante el controvertido procedimiento y, ulteriormente, en la propia aprobación de la iniciativa de reforma”. Además, dentro de un análisis más general, indica que “ni, en fin, la reducción del tiempo de tramitación tiene por qué traducirse en merma alguna de los principios constitucionales que han de informar el procedimiento legislativo en cuanto procedimiento de formación de la voluntad del órgano” (*Ibid*).

El análisis de estos dos elementos es opuesto al realizado por la Corte Constitucional. Para esa corporación, el uso de procedimientos legislativos abreviados en la reforma constitucional no es admisible, también a partir de un análisis normativo y sustancial. Desde el punto de vista normativo, de acuerdo con la sentencia C-222/97,¹⁵ el uso de estos procedimientos constituye una excepción al trámite legislativo general, y como tal su aplicación debe darse a partir de una interpretación estricta y taxativa. En este sentido, “son inaplicables, entonces, al

¹⁵ Reiterada en la Sentencia C-387/97 del 19 de agosto de 1997, F.J.4; y en la Sentencia C-1053/05 del 19 de octubre del 2005, F.J. 6.3.2.

trámite de reformas constitucionales los artículos 169 a 173 del Reglamento del Congreso [relativos a las sesiones conjuntas], válidos únicamente para los *proyectos de ley* allí contemplados” (énfasis añadido) (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-227/97 del 29 de abril de 1997, F.J. 2). En línea con este argumento, tampoco se considera válida la aplicación del artículo 163 de la Constitución colombiana, relativo al mensaje de urgencia, en tanto en esa disposición también se hace referencia a la tramitación de los *proyectos de ley*. Para la Corte, entonces, donde la norma hace referencia a la tramitación de *proyectos de ley*, debe entenderse que se excluye la tramitación de actos legislativos, en tanto al tratarse de una excepción, no es válido realizar una interpretación extensiva.

La Corte colombiana también ha tomado una posición distinta al evaluar el problema desde un punto de vista sustancial. En sus consideraciones, resalta que la Constitución “exige, para los proyectos de Acto Legislativo, un total de ocho debates, que *deben darse completos e integrales para que lo aprobado tenga validez*” (énfasis añadido), y más adelante continúa “lo dicho excluye, en consecuencia, la votación en bloque de todo un proyecto de ley o de Acto Legislativo compuesto por varios artículos, y por supuesto la votación fundada exclusivamente sobre la base de acuerdos políticos externos a la sesión misma, celebrados por grupos, partidos o coaliciones, con la pretensión de imponer una mayoría sin previo debate, *atropellando los derechos de las minorías o impidiendo el uso de la palabra o la discusión a los congresistas no participantes en tales formas de concierto previo*” (énfasis añadido) (*Ibid*).

Es importante tener en cuenta la naturaleza del recurso que se está resolviendo, pues mientras en España se trata de un recurso de amparo parlamentario, en el cual se busca determinar si existió o no vulneración al derecho de participación de los recurrentes, en Colombia se trata de un control abstracto de constitucionalidad. Partiendo de este contexto, el TC encuentra que aun cuando los plazos del procedimiento se reducen, ello no implica que se impida la participación de las minorías parlamentarias, por lo que no se configura una violación al derecho. Esto se enmarca, además, en el hecho de que el principal elemento de rigidez de la CE radica en la *consecución de las mayorías*, que bien pueden alcanzarse durante o incluso antes de la tramitación mediante procedimientos abreviados.

En el caso colombiano, por otro lado, el eje central del procedimiento agravado de reforma constitucional es el *número de debates exigidos*, que además de su mera celebración han sido interpretados por la Corte como dotados de un contenido especial que permite la correcta formación de la voluntad parlamentaria.¹⁶ Así, aun cuando el proyecto pueda tener un consenso tal que le permita la consecución de las mayorías necesarias en la votación, es fundamental que se lleve a cabo un debate en el que se permita la participación y deliberación de todas las fuerzas políticas.

Además de estas consideraciones, es preciso reseñar de manera especial el estudio que realizó la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2016. La Corte consideró que la consagración de un procedimiento abreviado para la tramitación de actos legislativos, luego de llevar a cabo el juicio de sustitución, es constitucional a partir de los siguientes argumentos:

“(i) su objetivo es lograr la paz, fin imperioso del orden constitucional a la vez que un modo de conservar su integridad, lo cual es a su turno lo que busca garantizarse con el principio específico de rigidez contemplado en la Carta de 1991; (ii) constituye un mecanismo especial, excepcional y transitorio de reforma, que adiciona un procedimiento a los previstos en las cláusulas de enmienda constitucional, que no son intangibles; (iii) dentro del marco de la reforma, los procedimientos de expedición de actos legislativos y de leyes se diferencian entre sí por sus distintos niveles de dificultad; y (iv) fuera del Acto Legislativo, el mecanismo especial de enmienda constitucional mantiene el nivel de resistencia al cambio de las normas constitucionales por encima del de las leyes, no petrifica las cláusulas de reforma de la Constitución, no suprime ni reduce la diversidad en los mecanismos de enmienda o sus formas de activación, ni tampoco equipara el poder constituyente a la competencia de revisión constitucional. *Estas variaciones en modo alguno rempazan por uno distinto el principio de resis-*

¹⁶ De acuerdo con la Corte Constitucional, “es inherente al debate la exposición de ideas, criterios y conceptos diversos y hasta contrarios y la confrontación seria y respetuosa entre ellos; el examen de las distintas posibilidades y la consideración colectiva, razonada y fundada, acerca de las repercusiones que habrá de tener la decisión puesta en tela de juicio”, Ver: Sentencia C-227/97 del 29 de abril de 1997, F.J. 2.

tencia constitucional relativa, variable, diversa y funcionalmente diferenciada. Por el contrario, se ajustan al marco constitucional preexistente. De manera que no encuentra la Corte un vicio de competencia por sustitución” (énfasis añadido) (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-699/16 del 13 de diciembre de 2016, F.J. 54).

La Corte resaltó además la importancia de que la implementación normativa del acuerdo se realizara de manera rápida. Así, recoge la Corte que “el mecanismo del cual forma parte la disposición demandada busca “agilizar y garantizar la implementación” del acuerdo final (ídem art 1). Lo cual se justifica en el marco de negociaciones de paz, según los antecedentes parlamentarios, *por cuanto otras experiencias comparadas han demostrado la necesidad de una implementación oportuna que no ponga en riesgo lo acordado*” (énfasis añadido) (*Ibid.*, F.J. 42).

Pese a esta declaración de constitucionalidad, posteriormente la Corte va a identificar dos postulados específicos de este mecanismo que resultan inconstitucionales. La Corte considera que, aunque reducir el trámite no resulta inconstitucional, sí lo es la competencia gubernamental contenida en los literales “h) Los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo *Final y que cuenten con el aval previo del Gobierno nacional*” (énfasis añadido); y “j) En la comisión y en las plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto, *con las modificaciones avaladas por el Gobierno nacional, en una sola votación*” (énfasis añadido), pues a su juicio estas previsiones “desvirtúan las competencias de deliberación y de eficacia del voto de los congresistas, las cuales conforman el núcleo esencial de la función legislativa” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-332/17 del 17 de mayo de 2017, F.J. 10, conclusión).

Lo anterior, pues cuando el presidente “concentra para sí las facultades de formular los proyectos del Congreso y tener el poder discrecional acerca de qué modificaciones pueden o no ser incluidas en las normas resultantes (...) se plantea una grave restricción de las competencias del Congreso, que inciden incluso en aquellas que integran el núcleo mínimo de la función legislativa” (*Ibid.*, F.J. 9).

Además, considera inconstitucional que se imponga la votación en bloque para todas estas iniciativas, pues la procedencia de este mecanismo depende de una evaluación del caso concreto en tanto “este

mecanismo supone la existencia de consensos sobre la iniciativa pero, en particular, la obligatoriedad de que se hubiera contado con la oportunidad de debatir, *la cual se hubiese declinado por parte de la mesa directiva ante la comprobación de dicho consenso*” (énfasis añadido) (*Ibid.*).

De estos pronunciamientos de la Corte se tiene que se admite la reducción del plazo en este caso por tratarse de un procedimiento excepcional y estrechamente ligado a la implementación del Acuerdo de Paz, un proceso que implicó un enorme esfuerzo del ejecutivo y un alto compromiso del poder judicial. Al considerar este contexto, la Corte reconoce que la rigidez derivada de la exigencia de los 8 debates no es intangible y puede adaptarse a la necesidad de transición, siempre que se conserve el núcleo esencial de la función parlamentaria.

A partir de estas consideraciones se intentará plantear una respuesta al interrogante planteado. Para empezar, no cabe duda de que el procedimiento de reforma establecido en la constitución y las normas que la desarrollan es de obligatorio cumplimiento para el ejercicio del poder de reforma. Sin embargo, el uso de procedimientos legislativos abreviados en la tramitación de la reforma no implica un desconocimiento de estos límites procedimentales explícitos, pues se desarrollan de manera simultánea a los procedimientos consagrados normativamente y su aplicación no afecta los dos elementos esenciales que caracterizan la rigidez: (i) en el caso colombiano, la aprobación en dos vueltas, es decir, ocho debates completos; (ii) en el caso español, la aprobación mediante una mayoría reforzada de 3/5 en cada cámara o de mayoría absoluta en el Senado y 2/3 en el Congreso.

Pese a esta aplicación simultánea que preserva los elementos esenciales de rigidez, se han expuesto importantes argumentos en contra de la utilización de los procedimientos legislativos abreviados en el trámite de la reforma constitucional en los dos ordenamientos jurídicos: en Colombia, la Corte Constitucional identificó la imposibilidad de hacer extensiva una norma que exceptúa el procedimiento legislativo ordinario y una afectación a los derechos de las minorías políticas, mientras que en España los grupos parlamentarios minoritarios al interior del Congreso han manifestado durante las dos últimas reformas constitucionales la inconveniencia para el debate político de la tramitación abreviada.

A partir de estas consideraciones, que además han sido desarrolladas por la doctrina española (ARANDA ÁLVAREZ, E., 2012, 400; GÓMEZ LUGO, Y., 2019, 409), es posible identificar dos argumentos principales a favor de la existencia de un límite procedimental implícito: (i) la imposibilidad de adecuar la reforma constitucional, que requiere de especial rigidez y complejidad, a los presupuestos propios de los procedimientos legislativos abreviados; y especialmente, (ii) la afectación que con la utilización de estos procedimientos se da al debate y la participación, especialmente de las minorías políticas.

De este modo, es posible concluir que la utilización simultánea de procedimientos legislativos abreviados con el trámite de reforma constitucional, aunque conserva los elementos esenciales de rigidez, conlleva una importante afectación al debate democrático deseado al interior del parlamento cuando se tramita una reforma constitucional, que por tratarse de la norma de mayor importancia dentro del ordenamiento jurídico debe ser modificada únicamente en circunstancias especiales y con un rigor especial al interior del parlamento. En consecuencia, puede hablarse de que existe, *por regla general*, un límite procedimental implícito que impide la tramitación de las reformas constitucionales mediante procedimientos legislativos abreviados.

Ahora bien, en ambos ordenamientos jurídicos existe una coincidencia importante: la inexistencia de cláusulas pétreas o principios intangibles. En este sentido, en ambos casos la ausencia de valores absolutos implica que, aun los elementos más sustanciales pueden verse afectados o reducidos cuando las circunstancias así lo ameriten, siempre que tal afectación se encuentre plenamente justificada y no conlleve la eliminación total de dicho elemento.

Esto se refleja en los casos puntuales en los que ambos ordenamientos han permitido una tramitación abreviada de reformas constitucionales atendiendo a las características especiales de su contexto. Así, en España no existió debate al interior de las Cortes Generales sobre la tramitación abreviada de la reforma de 1992, que introducía un cambio menor y necesario para la adopción del tratado de Maastricht y por tanto generaba un enorme consenso al interior del parlamento. Del mismo modo, en el ordenamiento colombiano, la Corte Constitucional encontró la admisibilidad del procedimiento abrevia-

do para la paz teniendo en cuenta las especiales circunstancias de su expedición, sus características propias y los fines que perseguía.

A partir de ello, se identifica que pueden darse ciertas circunstancias excepcionales que permiten e incluso exigen una reforma constitucional ágil. Ante tales eventos, es preciso que el texto constitucional cuente con una flexibilidad tal que le permita adaptarse a la realidad social, pues es este carácter flexible el que permite su estabilidad (GINSBURG, T., & MELTON, J., 2015, 687), y por tanto no debe ser imposible su adecuación a estas circunstancias.

En este sentido, los procedimientos legislativos abreviados son una herramienta útil para agilizar el trámite de la reforma cuando existen circunstancias que (i) generan un amplio consenso que incluye a todas las fuerzas parlamentarias y se refleja a nivel social, y que por tanto desaparecen cuestionamientos estructurales que hagan necesaria la negociación detallada; o (ii) exigen una tramitación rápida, pues existe una necesidad objetiva y comprobable de que se incorpore la enmienda al texto constitucional en el menor tiempo posible.

Esta flexibilización, sin embargo, tiene como límites: (i) los principios sustanciales que se protegen con la rigidez del procedimiento de reforma, esto es, el principio democrático y la supremacía constitucional, por lo que debe evidenciarse el apoyo de todas las fuerzas políticas de manera agravada respecto al procedimiento legislativo ordinario; y (ii) la naturaleza de poder constituido y limitado que tiene el poder de reforma, que en ningún caso podría igualarse al poder constituyente originario.

Estas consideraciones, que tienen un contenido sustancial, no implican una revisión material del contenido de la reforma sino una evaluación estricta de la observancia procedimental, entendido a partir de los fines sustanciales que protege el procedimiento de reforma y conforme a lo cual, solo cuando estos fines se afectan de manera considerable es posible hablar de una invalidez de la norma resultante.¹⁷ Esto teniendo en cuenta, además, que en la práctica es imposible aislar

¹⁷ Esta consideración se encuentra en línea con lo planteado en el capítulo segundo sobre la visión del procedimiento como un medio para la consecución de fines sustanciales.

completamente la corrección procedimental de su impacto en la sustancialidad de los valores protegidos.

En síntesis, se concluye que existe, por regla general, un límite procedimental implícito que impide la aplicación de los procedimientos legislativos abreviados al trámite de la reforma constitucional dado que (i) afecta la participación y el debate democrático en el parlamento; y (ii) resulta en principio incompatible con la naturaleza superior de la constitución.

Sin embargo, dada la imposibilidad de prever todos los escenarios fácticos que pueden dar lugar a la reforma constitucional y atendiendo a los dos ejemplos de los ordenamientos jurídicos bajo estudio, se reconoce que pueden ocurrir circunstancias excepcionales en las que sea necesaria una tramitación más ágil de la reforma constitucional. En estos casos, pese a la existencia de un límite procedimental implícito, el uso de procedimientos legislativos abreviados no daría lugar a un vicio procedimental que derive en la nulidad de la reforma siempre que con ello no se afecte de manera sustancial los elementos protegidos con el procedimiento agravado de reforma.

Ahora bien, para garantizar la observancia de este límite es recomendable que (i) exista un recurso jurisdiccional autónomo que permita el control procedimental de la reforma constitucional en cabeza del tribunal constitucional; y (ii) en su ejercicio, el tribunal constitucional no se limite a un análisis meramente formal del cumplimiento de la normativa pertinente, esto es, únicamente de los límites procedimentales explícitos.

Así, no basta con que normativamente se reconozca la competencia para conocer de los vicios procedimentales de la reforma, sino que además se exige un ejercicio activo de esta competencia por parte de los tribunales, que como tal son los encargados de, vía interpretación, proteger la voluntad del constituyente primario, pero a su vez adaptar los mandatos constitucionales a la realidad social. En este sentido, es a partir de esta actividad judicial que resultará posible la identificación y protección de los límites procedimentales implícitos de la reforma.

En materia de tramitación de la reforma constitucional mediante procedimientos legislativos abreviados, este control permitiría además: (i) de un lado, restringir su utilización en aquellos eventos en los que no resulte plenamente justificado, que serán la mayoría, y de esta ma-

nera exigir que se respete la plena deliberación en el parlamento; y (ii) de otro lado, identificar aquellos eventos excepcionales en los que la utilización de estos procedimientos no da lugar a que exista un vicio procedimental.

6. Conclusiones

En el presente trabajo se buscaba determinar la existencia de un límite procedimental implícito que impidiese la tramitación de reformas constitucionales utilizando procedimientos abreviados, pese a que en ninguna norma se encuentra tal prohibición. Así mismo, se planteó el rol de los órganos jurisdiccionales a la hora de controlar la observancia de tal límite. La respuesta, a su vez, estuvo enmarcada en los ordenamientos jurídicos de Colombia y España.

Para dar respuesta a estos cuestionamientos se encontró: (i) que el poder de reforma es un poder limitado explícitamente por la normativa que desarrolla el procedimiento de reforma constitucional, contenida tanto en la constitución como en las regulaciones parlamentarias; (ii) que, del análisis de esta normativa, así como de la naturaleza misma de la reforma, se pueden derivar límites procedimentales implícitos que, pese a no estar relacionados en el texto normativo, deben observarse por el poder de reforma; (iii) que el control jurisdiccional procedimental que recae sobre el procedimiento de reforma resulta en la práctica conveniente para hacer exigibles las limitaciones del poder de reforma.

A partir de estas conclusiones, se plantean las respuestas a las preguntas formuladas: (i) por un lado, se encontró que, por regla general, existe un límite procedimental implícito que impide la tramitación de la reforma constitucional utilizando procedimientos legislativos abreviados, aunque excepcionalmente pueda ser aceptado en aquellos casos en los que exista amplio consenso sobre la modificación o una urgencia manifiesta en su tramitación, siempre que se evite cualquier afectación sustancial de los principios protegidos a través del procedimiento; y (ii) es conveniente la existencia de un recurso jurisdiccional autónomo que permita el análisis constitucional del procedimiento de reforma. Además, en su labor interpretativa es aconsejable que el

tribunal actúe activamente en pro de la identificación de los límites procedimentales implícitos.

De estos dos elementos se desprende además que la adecuación o no del trámite mediante procedimientos abreviados requiere necesariamente de un análisis caso a caso en el que se evalúe la situación más allá del mero cumplimiento de los requisitos formales.

Bibliografía

- Aranda Álvarez, E., (2012), “La «sustancialidad» del procedimiento para la reforma constitucional” en *UNED. Teoría y realidad constitucional*, núm. 29.
- Biglino Campos, P., (1987), “La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal” en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 7., Núm. 19.
- Biglino Campos, P., (1988), “Los vicios en el procedimiento legislativo: La postura del Tribunal Constitucional en la sentencia 99/87” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Núm. 24.
- Carrillo Flórez, F., (1991), “La séptima papeleta al archivo de la historia” en *Gaceta Constitucional del miércoles 26 de junio de 1991*.
- Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 2011, IX legislatura, núm. 269.
- Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 2024, XV legislatura, núm. 17.
- De Vega, P., (1985), *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos Madrid.
- García Roca, J. [ed.], (2014), “Introducción”, en *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Aranzadi. Pamplona.
- Ginsburg, T. & Melton J., (2015), “Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty” en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, Núm. 3.
- Gómez Lugo, Y., (2019), “La tramitación de la reforma constitucional mediante procedimientos legislativos abreviados: un problema de límites procedimentales” en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43.
- Kelsen, H., (1960), *Teoría pura del derecho*, Cuarta edición, Eudeba. Buenos Aires.

- Pizzorusso, A., (2011), *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, Segunda edición. Zanichelli. Bologna. Società Editrice del Foro Italiano. Roma
- Tajadura Tejada, J., (2018), *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978* : Marcial Pons. Madrid.
- Tudela Aranda, J., (2018), “Una reflexión crítica sobre la regulación de la reforma constitucional” en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm.Extra 31.
- Villaverde Menéndez, I., (2012), “El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales ¿un oximorón constitucional? Comentario al ATC 9/2012” en *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 30.

Andrés Vilas Villamarín*

LIMITACIONES DEL SUFRAGIO
EN LAS «CONSULTAS CIUDADANAS»
Y ALGUNAS PROPUESTAS DE FUTURO SOBRE
LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA
EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Democracia semidirecta y la institución del referéndum en España. – 3. Democracia participativa y el desarrollo de las consultas no referendarias. – 3.1. Desafíos del sufragio en las consultas sectoriales. – 3.2. Algunas propuestas de *lege ferenda* sobre la democracia participativa. – 3.2.1. Consultas populares municipales. – 3.2.2. Consultas ciudadanas y encuestas locales o municipales. – 3.2.3. Consultas no referendarias mediante votación, ciudadanas o participativas a nivel autonómico. – 4. Conclusiones.

1. Introducción

El modelo parlamentario español es, *prima facie*, un régimen mixto¹ que garantiza, con «aparente neutralidad» (Expósito Gómez, 2013)², el derecho a participar en los asuntos públicos, ya sea directamente o por medio de representantes elegidos en las elecciones estatales, autonómicas o municipales. No obstante, la interpretación sistemática del art. 23.1 de la Constitución Española (CE) realizada por Tribunal Constitucional (TC), en relación con el art. 1 CE, se inclina cla-

* Universidade de Vigo.

¹ En respuesta a la defensa férrea de Fraga Iribarne al referéndum durante el debate sobre el Dictamen del Anteproyecto de la CE de 1978, Pérez-Llorca recordó que el régimen parlamentario es mixto, «pero si con carácter constitucional adjuntáramos al sistema parlamentario unos instrumentos de democracia directa o semidirecta, estaríamos haciendo un régimen híbrido, [...] y estaríamos haciendo un régimen extraordinariamente frágil» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 109, de 13 de julio de 1978, pp. 4207-4212).

² Para profundizar en el tema puede consultarse EXPÓSITO GÓMEZ (2013, 367).

ramente a favor de la primacía del gobierno representativo. El Alto Tribunal asegura que el constituyente ha diseñado un sistema de democracia parlamentaria matizado por la «presencia residual de algunas instituciones típicas de la democracia directa» (STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 10).

El referéndum español se configura así como una forma de participación política excepcional. Se define, *grosso modo*, como un instrumento – técnicamente, de democracia semidirecta – que se materializa a través de una consulta al electorado, expresada mediante el sufragio y asegurada con garantías electorales específicas (administrativas y jurisdiccionales). A través de esta consulta electoral, el sujeto político puede manifestar directamente su apoyo u oposición a una medida, propuesta por los poderes públicos o por iniciativa popular, o expresar su voluntad acerca de asuntos de interés público³.

El TC traza una distinción evidente entre este cauce de participación política y las restantes consultas populares, «que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en las de democracia directa, incardinándose más bien en un *tertium genus* que se ha denominado democracia participativa» (SSTC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2; 119/1995, de 17 de julio, FFJJ 3 y 6).

El Alto Tribunal incluyó inicialmente en este «tercer género de democracia» (Tardío Pato (2021)⁴ las prácticas de participación administrativa, como los trámites de información y audiencia públicas –

³ La doctrina utiliza un «concepto orgánico-procedimental» para definir esta especie del género «consulta popular». El objeto del referéndum se refiere estrictamente al parecer del conjunto de ciudadanos que tienen reconocido el derecho de sufragio activo en un determinado ámbito territorial, expresivo de la voluntad del pueblo, conformado y exteriorizado a través de un procedimiento materialmente electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido en el art. 23 CE (SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69; 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2). Para profundizar en el tema puede consultarse DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2019, 71) y CASTELLÀ ANDREU (2013, 132).

⁴ Para profundizar en el tema puede consultarse TARDÍO PATO (2021, 206).

previstos actualmente en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos del art. 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) – o la consulta previa del art. 26.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LGO). Más tarde, la jurisprudencia constitucional amplió el catálogo a raíz de sus pronunciamientos contra los desafíos independentistas de regiones con fuerte identidad nacionalista (*País Vasco* y *Cataluña*)⁵ y el intento *canario*⁶ de regular fraudulentamente un referéndum autonómico. Así, el TC extendió la democracia participativa a los sistemas de consulta popular desarrollados estatutariamente a partir del 2006 – entre otros, en los Estatutos *catalán* (art. 122 EAC), *aragonés* (art. 71. 27.^a EAAR), *andaluz* (art. 78 EAA), *extremeño* (art. 9.1.50 EAEX) y *canario* (art. 108 EACAN) –, y, en particular, a las denominadas «consultas no referendarias mediante votación» (también llamadas, «consultas ciudadanas»

⁵ Los gobiernos autonómicos del *País Vasco* y *Cataluña* han convocado ilegalmente referéndums – con diversos *nomen iuris* (consultas no vinculantes a la ciudadana, consultas no referendarias, etc.) –, amparándose fraudulentamente en sus respectivos ordenamientos regionales o en habilitaciones democratizantes derivadas de los arts. 1, 9.2 o 23.1 CE, a fin de lograr resultados prohibidos por nuestro sistema político. La doctrina constitucional considera que, tanto la modalidad *vasca* prevista en el Plan *Ibarretxe* (Ley 9/2008, de 27 de junio), como los referéndums independentistas *catalanes* – entre otras, la STC 31/2015, de 25 de febrero, declara parcialmente inconstitucional la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana de *Cataluña*; e, igualmente, la STC 51/2017, de 10 de mayo, anula parcialmente la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum –, constituyen auténticas consultas populares por vía de referéndum y de ámbito autonómico contrarias al ordenamiento constitucional. La adopción de decisiones ya resueltas por el constituyente no tiene cabida en el actual marco constitucional y, por tanto, es contrario al régimen de reforma previsto en el art. 168 CE. Para profundizar en el tema puede consultarse LASAGABASTER HERRARTE (2008, 15-54), LÓPEZ BASAGUREN, DION y ROMERO CARO (2024) y CORCUERA ATIENZA (2009, 303-341).

⁶ Véase SSTC 137/2015, de 11 de junio; 147/2015, de 25 de junio, contra el Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma de *Canarias* (Decreto 95/2014, de 25 de septiembre) y el Decreto del Presidente del Gobierno de *Canarias* 107/2014, de 2 de octubre, por el que se convoca consulta ciudadana mediante pregunta directa en el ámbito territorial de *Canarias*, respectivamente.

o «consultas participativas») de ámbito regional y local (STC 31/2015, de 25 de febrero, FJ 4).

El presente trabajo tiene como objeto precisamente el análisis del régimen legal de estas consultas *cuasi* electorales en el marco jurídico-constitucional español. Asimismo, se introduce un segundo enfoque metodológico que consiste en la referencia a algunas propuestas de *le-gis ferenda* sobre la «consulta popular municipal» del art. 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), el desarrollo legislativo básico del Estado sobre las «consultas ciudadanas» y «encuestas» (art. 70 bis.3 LRBRL) y los límites constitucionales de las consultas de ámbito autonómico.

El capítulo se centra en la «representación y participación política» como línea temática principal, y, dado su carácter transversal, aborda también «ciudadanía y migraciones» como línea secundaria. El desarrollo de consultas distintas al referéndum abre perspectivas para el fomento de la participación de diversos colectivos en diferentes fases del proceso de toma de decisiones, administrativas y políticas (MENÉNDEZ SEBASTIÁN, BALLINA DÍAZ, 2022)⁷. Esta posibilidad adquiere especial relevancia en relación con los colectivos infrarrepresentados (p. ej., extranjeros o menores de edad), quienes, en muchas ocasiones, tienen un acceso limitado o nulo al ejercicio del derecho de participación política en sentido estricto (RAMÍREZ NÁRDIZ, 2010)⁸.

2. Democracia semidirecta y la institución del referéndum en España

El origen la institución del referéndum se remonta a la concepción jacobina de democracia popular (AGUIAR DE LUQUE, 1984)⁹, en contraposición con el gobierno representativo surgido tras la Revolución Francesa, y es consecuencia de la aplicación de la teoría roussoniana de la soberanía popular a los regímenes liberales de la época (Rous-

⁷ Para profundizar en el tema de la «ciudadanía administrativa» puede consultarse MENÉNDEZ SEBASTIÁN, BALLINA DÍAZ (2022, 7).

⁸ Para profundizar en el tema puede consultarse RAMÍREZ NÁRDIZ (2010, 61).

⁹ Para profundizar en el tema puede consultarse AGUIAR DE LUQUE (1984, 791-798).

seau, 2014)¹⁰. En el siglo XX, se recupera, junto con la iniciativa popular, como medio de corrección técnica de la democracia parlamentaria y como forma de participación directa del electorado en la adopción de decisiones vinculantes para la comunidad. Carré de Malberg (2014)¹¹ defendió en su momento la compatibilidad de las instituciones de participación directa con el sistema representativo y señaló precisamente la necesidad de superar la visión absolutista del parlamento e integrar la institución referendaria, no como un sustituto, sino más bien como un complemento de los regímenes parlamentarios.

Durante el período de entreguerras, España y la mayoría de los Estados europeos constitucionalizaron el referéndum (GARRORENA MORALES, 1977)¹²; primero como manifestación del poder constituyente del pueblo (referéndum constitucional), y más tarde como elemento del proceso de creación jurídica, ya sea como mecanismo de ratificación o abrogación de normas (referéndum legislativo) o como vía de resolución de conflictos (referéndum de arbitraje) (IBÁÑEZ MACÍAS, 2005)¹³. Esta tendencia se consolida tras la Segunda Guerra Mundial,

¹⁰ «La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y ésta no puede ser representada; es ella misma o es otra; no hay término medio. Los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser, sus representantes; no son sino sus comisarios; no pueden acordar nada definitivamente. Toda ley no ratificada en persona por el pueblo es nula; no es una ley. El pueblo inglés cree ser libre: se equivoca mucho; no lo es sino durante la elección de los miembros del Parlamento; pero tan pronto como son elegidos es esclavo, no es nada. En los breves momentos de su libertad, el uso que hace de ella merece que la pierda». El texto constituye una reproducción literal de un pasaje del célebre libro de ROUSSEAU (2014, 146) – Capítulo XV, «De los diputados o representantes», del Libro III –.

¹¹ Para profundizar en el tema puede consultarse CARRÉ DE MALBERG, (2014, 291-305). Traducido del francés por Enrique Guillén López.

¹² Los arts. 72 a 76 de la Constitución alemana de Weimar sirvieron como paradigma constitucional para el resto de las constituciones europeas, incluida la Constitución española de 1931. Para profundizar en el tema puede consultarse GARRORENA MORALES (1977, 80-108).

¹³ En España, las primeras manifestaciones normativas del referéndum se dieron a nivel local. En particular, el Real decreto-ley de 8 de marzo de 1924 que aprueba el Estatuto municipal (Gaceta de Madrid, núm. 69, de 9 de marzo de 1924, pp. 1218-1302), reguló los referéndums facultativos y obligatorios municipales con la finalidad

pero reduciendo la institución a sus justos límites, como contrapunto a las teorías elitistas o formales de la democracia.

La aprobación de la Constitución española de 1978 supuso un retroceso en cuanto a las posibilidades de la democracia semidirecta en la península ibérica. Los principales motivos del escaso entusiasmo mostrado entonces en constitucionalizar el referéndum legislativo y abrogatorio fueron, por un lado, el rechazo provocado por la utilización autocrática de esta figura durante la dictadura franquista (LINDE PANIAGUA, HERRERO LERA, 1978)¹⁴, y, por otro lado, la necesidad de consolidar el papel de los partidos políticos dentro del sistema representativo y, consecuentemente, eliminar todo instrumento complementario a la supremacía legislativa y centralidad del Parlamento, propia de los regímenes democráticos-liberales (LINDE PANIAGUA, HERRERO LERA, 1980)¹⁵. El resultado de las enmiendas presentadas al proyecto de Constitución fue la eliminación de los referéndums legislativo y abrogatorio¹⁶, lo cual motivó al diputado Fraga Iribarne a denunciar lo

de «educar políticamente al pueblo y permitir el control popular de los representantes locales». Para profundizar en el tema puede consultarse IBÁÑEZ MACÍAS (2005, 86).

¹⁴ El régimen franquista transformó la figura referendaria en un mecanismo autoritario, cesarista y plebiscitario de legitimación del poder. Para profundizar en el tema puede consultarse *Linde Paniagua, Herrero lera* (1978, 87-106). No obstante, la Ley de 22 de octubre de 1945 por la que el Jefe del Estado podrá someter a referéndum aquellas Leyes que su transcendencia lo aconseje o el interés público lo demande («Ley de referéndum», BOE, núm. 297, de 24 de octubre de 1945, pp. 2522 a 2522), la Ley Fundamental del Estado (junto a la Ley de Cortes, Ley de 17 de julio de 1942 de creación de las Cortes Españolas, BOE, núm. 200, de 19 de julio de 1942, pp. 5301 a 5303), la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado (art. 10 de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, BOE, núm. 208, de 27 de julio de 1947, pp. 4238 a 4239) y las dos modalidades de referéndum previstos en la Ley para la Reforma Política (BOE núm. 4, de 5 de enero de 1977, 170-171) sirvieron de modelo en el Anteproyecto de Constitución.

¹⁵ Para profundizar en el tema puede consultarse *Linde Paniagua, Herrero lera* (1980, 83-105). Los constituyentes tenían presentes los dos referéndums legislativos celebrados en Italia el 11 de junio de 1978. *Vid.* Arias, J. (1978, 11 de junio). Italia decide hoy en referéndum el futuro de dos leyes muy controvertidas. El País. https://elpais.com/diario/1978/06/11/internacional/266364008_850215.html.

¹⁶ El art. 85 del Anteproyecto de Constitución (que ahora se conoce como el art. 92 CE) elaborado por la Ponencia de la Comisión Constitucional (BOC de 5 de enero de 1978) preveía los referéndums legislativos de ratificación y derogación («referén-

que describió como «el camino de servidumbre hacia la partitocracia»¹⁷.

En la actualidad, las modalidades de referéndum previstas en la Constitución son: a) referéndums de reforma constitucional (arts.

dum abrogatorio», análogo al art. 75 de la Constitución italiana). El Anteproyecto de la Constitución informado por la Ponencia (BOC de 17 de abril de 1978), tras la incorporación de los votos particulares y las enmiendas de los Grupos parlamentarios, modifica el precepto. El precepto se refiere ahora a las «leyes aprobadas por las Cortes y aún no sancionadas» (apartado 1) y elimina la iniciativa de las asambleas autonómicas en los referéndums consultivo y legislativo. También modifica ligeramente el apartado 5 y establece que «una Ley Orgánica regulará el ejercicio del referéndum legislativo y constitucional, así como el ejercicio de la iniciativa popular a que se refiere el apartado 3 de este artículo y la establecida en el artículo 80». Finalmente, el art. 86 del Anteproyecto de la Constitución (BOC de 1 de julio de 1978), una vez dictaminado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, elimina los referéndums legislativo y abrogatorio. El texto resultante se presenta sin cambios en el Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (BOC de 24 de julio de 1978) y con la introducción por el Pleno del Senado (BOC de 13 de octubre de 1978) de la «previa autorización del Congreso de Diputados». Finalmente, el dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado (BOC de 28 de octubre de 1978) redactaría el apartado 2 en los siguientes términos: «El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados».

¹⁷ El diputado Sole Tura contesta: «¿Qué servidumbre? ¿Qué servidumbre es fomentar el desarrollo de los partidos políticos? ¿Qué servidumbre es desarrollar el artículo 6 de nuestra Constitución, que establece que los partidos políticos expresan el pluralismo democrático, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son el instrumento fundamental para la participación política? Eso no es servidumbre; la auténtica servidumbre es la liquidación de los partidos, su desaparición. Ese sí que es un camino de servidumbre real, y bajo ese camino de servidumbre real hemos tenido experiencias trágicas que queremos eliminar de nuestro horizonte político. Queremos que los partidos se fortalezcan, que se desarrollen, que sean cada vez más representativos, más auténticamente representantes de las diversas formas de voluntad popular, combinando esto con una organización y un fuerte desarrollo de todo tipo de organizaciones de la población en los diversos niveles. Esa sí que es la auténtica concepción de la democracia, que no tiene nada de camino de servidumbre. Insisto en que la única servidumbre con la que la democracia no puede transigir es la desaparición de los partidos políticos y el desarrollo, por vía sustitutoria, de formas pseudo-participativas, como pueden ser los referéndums, que muy a menudo se convierten en plebiscitos» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 109, de 13 de julio de 1978, 4207-4218).

167.3 y 168.3 CE); b) referéndums estatutarios de ratificación, aprobación y reforma de los Estatutos de Autonomía (arts. 151); c) referéndum *navarro* de agregación al *País Vasco* (D.T. 4.^a CE); d) referéndum consultivo (art. 92 CE); e) así como la referencia implícita a los referéndums autonómicos prevista en el art. 149.1.32.^a CE (Aguiar de Luque, 1984)¹⁸. Estos instrumentos, junto con la iniciativa legislativa (art. 87.3 CE)¹⁹ y el Concejo Abierto (art. 140 CE), constituyen los únicos cauces de participación política *ex art.* 23.1 CE (SSTC 51/1984, de 25 de abril, FJ 2.1; 63/1987, de 20 de mayo, FJ 5; 119/1995, de 17 de julio, FFJJ 3 y 5; ATC 399/1990, de 12 de noviembre, FJ 2) y son las únicas formas de participación constitucionalmente protegidas a través del recurso de amparo (art. 53 CE).

Asimismo, el art. 92.3 CE recoge una reserva de ley orgánica encargada de regular las condiciones y el procedimiento de los referéndums previstos en la Constitución. Mas, una interpretación sistemática realizada por el Alto Tribunal, en relación con los arts. 81.1 y 23.1 CE, convierte a la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum (LOMR), no sólo en la garantía del cumplimiento de esta reserva específica, sino en la única norma constitucionalmente adecuada para cumplir, al mismo tiempo, con las reservas genéricas sobre el desarrollo de los derechos fundamentales y sobre el régimen electoral general (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69). Esto significa que sólo el legislador orgánico es competente para crear nuevas modalidades de referéndum. Además, conviene recordar lo dispuesto en la norma competencial del art. 149.1.1.^a CE, que atribuye al Estado la facultad exclusiva para regular las con-

¹⁸ Además de las modalidades de referéndum previstas en la Constitución, es posible incorporar la institución referendaria «al funcionamiento de los regímenes autonómicos como un elemento más de sus mecanismos de autogobierno». Para profundizar en el tema puede consultarse *Aguiar de Luque* (1984, 796-798).

¹⁹ La iniciativa legislativa autonómica – entre otras, la iniciativa legislativa popular prevista en el Estatuto de autonomía de *Cataluña* (art. 62) y regulada en la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de la Iniciativa Legislativa Popular de Cataluña – también «se incardina en el derecho fundamental de los electores reconocido en el art. 23.1 CE» (ATC 140/1992, de 25 de mayo, FJ 2; ATC 570/1989, de 27 de noviembre, FJ 2; STC 51/2017, de 10 de mayo, FJ 6).

diciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales.

La doctrina constitucional parece dejar un margen de discrecionalidad restringido y excepcional al legislador orgánico para establecer y regular otras modalidades de referéndum no previstas en la norma fundamental y que, en principio, entrarían dentro del ámbito de protección del derecho fundamental de participación política (arts. 23.1 CE, en relación con el art. 81.1). En sus términos, «si se admitiera que la ley puede ampliar los casos de participación directa, los supuestos habrían de ser, en todo caso, excepcionales en un régimen de democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución» (SSTC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 119/1995, de 17 de julio, FJ 3).

Así ha ocurrido con la consulta popular municipal, establecida en la Disposición Adicional de la LOMR, y regulada en el art. 71 LRBRL, así como en la normativa autonómica de desarrollo²⁰; sin perjuicio de la negativa de parte de la doctrina a calificar este instrumento como un auténtico referéndum municipal, referido a asuntos de interés local – pues la expresión «especial trascendencia» prevista en el art. 92 CE debe ser valorada únicamente en el «en el ámbito de los intereses del Estado, de ahí que el citado artículo solamente mencione la intervención de autoridades estatales y confíe a una ley estatal la regulación de las distintas modalidades de referéndum» (CARRASCO DURÁN, 2013)²¹.

El establecimiento de un referéndum de ámbito autonómico pre-

²⁰ Entre otras, la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de Regulación de las Consultas Populares Locales en *Andalucía*, o la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum de *Cataluña*.

²¹ Para profundizar en el tema puede consultarse CARRASCO DURÁN (2013, 18). Sea como fuere, la STC 51/2017, 10 de mayo [FJ 5 c)] parece admitir el carácter referendario de la consulta popular municipal regulada en el art. 71 LRBRL, a pesar de que la propia D.A. LOMR la excluya de su ámbito de aplicación, derivando su regulación a la legislación sobre Régimen Local. Asimismo, el TC entiende que la inexistencia de un mandato constitucional explícito que imponga la regulación del referéndum municipal en la LOMR, no puede vaciar el contenido de la única ley constitucionalmente adecuada para dar cumplimiento a las reservas de ley orgánica mencionadas anteriormente (la específica y las generales): LOMR [STC 51/2017, de 10 de mayo, FJ 5 c)].

senta un grado de conflictividad mayor. En principio, esta posibilidad se contempla en el art. 149.1.32.^a CE, que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la «autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum», dada la «la potencialidad centrífuga que esta institución podría desempeñar en alguna zona del país» (AGUIAR DE LUQUE, 1984)²². No obstante, el TC recuerda que sólo el legislador orgánico es competente para establecer y regular los referéndums territoriales. Por consiguiente, la competencia exclusiva del art. 149.1.32.^a CE no se limita a la simple autorización estatal, sino que se extiende a la entera disciplina de la institución, esto es, al establecimiento y regulación de nuevas modalidades de referéndum, asumiendo que la LOMR es la única constitucionalmente adecuada para cumplir tanto con la reserva específica del art. 92.3 CE como con las reservas genéricas previstas en los arts. 81.1 y 23.1 CE (SSTC 103/2008, de 29 de enero, FJ 3; 31/2010, de 28 de junio, FJ 69)²³.

Paradójicamente, hasta ahora, los Estatutos de Autonomía se han erigido como base jurídica suficiente para crear otras modalidades no previstas en la Constitución, como los referéndums de agregación o segregación territorial de municipios enclavados dentro de otras regiones (arts. 8 EAPV, D.T. 7.^a EACL y 10 EAAR, en desarrollo de lo prevenido en el art. 141.1 CE) y los referéndums de reforma estatutaria de las CCAA que accedieron por la vía del art. 143 CE (arts. 115 EAAR, 91 EAEX, 81 EACV y 200, 201 y 202 EACAN). En cambio, la LOMR no ha regulado ninguna modalidad de referéndum adicional a

²² Para profundizar en el tema puede consultarse AGUIAR DE LUQUE (1984, 796-798).

²³ LÓPEZ RUBIO (2019, 161-199) critica la exacerbada restricción del TC sobre la negativa a la creación autonómica de modalidades de referéndum, y la limitación de sus facultades normativas a simples aspectos complementarios. Añade que la extensión de la competencia estatal, en base a la reserva de ley orgánica de los arts. 92.3 CE, contradice, entre otras, la STC 5/1981, de 13 de febrero, en el sentido de que el art. 81.1 CE no otorga título competencial alguno en favor del Estado. Sea como fuere, el modelo español se diferencia claramente del italiano, que contempla expresamente la competencia de los estatutos regionales para regular el referéndum y establecer su naturaleza y objeto, como parte de la configuración de las reglas básicas de cada una de las regiones de la República (art. 123 de la Constitución Italiana) (Sentencia núm. 372, de 29 de noviembre de 2004, apartado 8)» (STC 51/2017, 10 de mayo, FJ 4).

las contemplados expresamente en la Constitución – y ha omitido, además, la ordenación de la regulación del referéndum de agregación de *Navarra* al *País Vasco*, previsto en la D.T. 4.^a CE.

Por añadidura, el modelo autonómico y descentralizado del Estado²⁴ ha aumentado la brecha conceptual entre la institución del referéndum y los instrumentos territoriales de democracia participativa (SSTC 63/1987, de 20 de mayo, FJ 5; 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 119/1995, de 17 de julio, FFJJ 3 y 6; ATC 399/1990, FJ 2). Los Estatutos de autonomía posteriores a 2006 – en particular, los Estatutos de *Cataluña* (art. 122 EAC), *Andalucía* [art. 78 EAA], *Aragón* (art. 71.27.^a EAAR), *Extremadura* (art. 9.1.50 EAEX) y *Canarias* [art. 108 EA-CAN] –, han creado sistemas de consulta popular (o «consultas no referendarias»), tanto en la esfera autonómica como local, con sus propios regímenes jurídicos y en la esfera de sus competencias y autogobierno (art. 148.1.1.^a CE).

En el siguiente epígrafe se analiza la naturaleza jurídica de estos instrumentos de democracia participativa.

3. *Democracia participativa y el desarrollo de las consultas no referendarias*

La sensibilidad hacia el fenómeno participativo es la «gran entelequia social y política de nuestro tiempo» (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2020)²⁵. Es un valor social emergente del que se ha hecho eco el art. 9.2 CE, como principio constitucional. Este precepto recoge un mandato general dirigido a los poderes públicos para que promuevan la participación efectiva de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Su introducción supone la necesaria evolución hacia posiciones democráticas vinculadas al principio social, es decir, la transformación progresiva del Estado liberal en Estado social (PIZZORUSSO, 1982)²⁶.

²⁴ Para profundizar en el tema puede consultarse GARCÍA ORTIZ (2023, 433).

²⁵ Para profundizar en el tema puede consultarse GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020, 86).

²⁶ Para profundizar en el tema puede consultarse PIZZORUSSO (1982, 518).

En la construcción jurisprudencial del concepto de «democracia participativa» (STC 119/1995, de 17 de julio, FFJJ 3 y 6) ha influido directamente la doctrina italiana iniciada por Zampetti (1973)²⁷. Análogamente, el art. 3 de la Constitución italiana también relaciona el principio democrático-participativo con la promoción de la libertad e igualdad plenas, reales y efectivas; con el objetivo de superar los obstáculos para garantizar la participación efectiva de todos los ciudadanos y, en definitiva, conocer la opinión de la ciudadanía y mejorar la calidad democrática en el proceso de toma de decisiones.

Conviene rescatar en este punto la dicotomía entre el individuo u hombre social (*uti singulus*) y el ciudadano u hombre político (*uti ci-ves*), pues los instrumentos de democracia participativa constituyen cauces de participación individual o colectiva (*uti socius*), esto es, a través de entidades de base asociativa o corporativa, en favor de cualesquiera categorías de personas o grupos sociales (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6). Según el TC, estas formas de participación se enlazan con las técnicas de representación de intereses, y no con las técnicas de representación de la voluntad política del art. 23.1 CE (Sánchez Morón, 1980)²⁸.

En este contexto, el término «consulta no referendaria» se refiere precisamente a esas formas de participación «no estrictamente políticas» (RAMÍREZ NÁRDIZ, 2010)²⁹ previstas en diferentes preceptos de la

²⁷ Para profundizar en el tema puede consultarse ZAMPETTI (1973, 1473-1488).

²⁸ Según Sánchez Morón (1980), las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales actúan en nombre propio y, por lo tanto, declaran una voluntad propia que, sin reemplazar la voluntad del representado-individuo, está dirigida a atender los intereses de este último. A diferencia de la representación de voluntad o representación política, el representante de intereses colectivos no ejerce poderes que pertenezcan al representado-individuo, sino que su actividad está dirigida al cuidado de los intereses colectivos, coincidentes con el individuo.

²⁹ La democracia participativa «consiste en la introducción de elementos de participación popular – referendos, iniciativas populares, revocaciones de mandato, etc. – en un sistema de democracia representativa con el fin de perfeccionarlo, controlarlo mejor desde la perspectiva ciudadana o, cuando menos, acercarlo a la ciudadanía». Abarca un conjunto de mecanismos que favorecen la participación de los ciudadanos en la vida pública, incluso más allá del ámbito político, y que forman un espectro mucho mayor que el estrictamente propio de la democracia directa. Para profundizar en el tema puede consultarse RAMÍREZ NÁRDIZ (2010, 89-94).

Constitución: formas sectoriales de participación en ámbitos como la enseñanza, la justicia o la protección de consumidores (p. ej., arts. 27.5 y 7, 51, 52, 105, 125 y 131.2 CE), o en relación con determinados colectivos (consumidores, trabajadores, mujeres, jóvenes, etc.). La doctrina constitucional vincula tempranamente estos cauces con la participación en las funciones administrativas y en la elaboración de normas y planes, conforme al art. 105 CE (SSTC 51/1984, de 25 de abril, FJ 2; 119/1995, de 17 de julio, FJ 4).

Con todo, el legislador autonómico ha ido más allá al desarrollar un sistema de consultas que no encaja del todo ni en las formas de democracia directa (Concejo Abierto) o semidirecta (referéndum e iniciativa legislativa), ni exclusivamente en las formas de participación administrativa (consulta, información y audiencia públicas)³⁰. El marco competencial previsto en los Estatutos permite establecer el régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la autoridad autonómica o local, en el ámbito de las competencias respectivas, de encuestas y consultas distintas al referéndum. Asimismo, las diversas leyes autonómicas de participación ciudadana – de carácter sectorial³¹, institucional³² y general³³ – no se limitan exclusivamente a desarrollar el régimen jurídico de las Administraciones públicas o el procedimiento administrativo (art. 149.1.18.^a CE), sino que transforman la participación ciudadana en un elemento integrante

³⁰ Sobre las formas de participación orgánica, funcional y cooperativa, puede consultarse GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020, 89-97).

³¹ P. ej., Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa de Galicia, Ley 6/2019, de 29 de marzo, de Participación y Promoción Juvenil de Asturias, o Ley 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y de la solidaridad entre generaciones de Canarias.

³² P. ej., Ley 1/2018, de 8 de febrero, de diálogo social y participación institucional en Aragón.

³³ P. ej., Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León; Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón; Ley 4/2023, de 13 de abril, de Participación Ciudadana y Fomento del Asociacionismo de la Comunidad Valenciana; Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid; y Ley 8/2019, de 13 de diciembre, de Participación de Castilla-La Mancha, entre otras.

de la organización de las instituciones de autogobierno (art. 148.1.1.^a CE), en una forma de participación en la toma de decisiones políticas. Por este motivo, IBÁÑEZ MACÍAS (2005)³⁴ entiende que el establecimiento de consultas populares distintas al referéndum es una competencia autonómica plena y no de desarrollo legislativo, con excepción de la sujeción a la legislación básica sobre régimen local (art. 71 LRBRL), en la que además se recoge la obligación en todos los municipios de establecer los reglamentos orgánicos en materia de participación ciudadana (art. 70 bis.1 LRBRL).

El problema es que el concepto jurisprudencial de consulta no referendaria abarca, entre otras, la «consultas populares no referendarias mediante votación» (arts. 3-39 de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana de *Cataluña*), también denominada «consulta a la ciudadanía» (art. 20 de la Ley 5/2010, de 21 de junio, *canaria* de fomento a la participación ciudadana), «consulta participativa» (arts. 33-50 Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de *Andalucía*) o «consulta ciudadana» (arts. 50-88 Ley 12/2019, de 12 de marzo, de consultas populares y procesos participativos de *Islas Baleares* y los arts. 25-28 Ley Foral 12/2019, de 22 de marzo, de Participación Democrática en *Navarra*). Este último término parece el más adecuado, ya que coincide con lo dispuesto en el art. 70 bis.3 LRBRL³⁵.

Su naturaleza jurídica se ubica entre la consulta popular municipal del art. 71 LRBRL y los restantes instrumentos de democracia participativa (encuestas y cualquier otra consulta distinta al referéndum). En todas ellas, la participación popular se articula a través del voto³⁶. Por

³⁴ Para profundizar en el tema puede consultarse IBÁÑEZ MACÍAS (2013, 132).

³⁵ «Asimismo, las Entidades Locales y, especialmente, los municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de *encuestas* y, en su caso, de *consultas ciudadanas*» (art. 70 bis.3 LRBRL).

³⁶ En *Cataluña*, se define como aquella consulta sectorial de ámbito autonómico o local dirigida, por razón de su objeto específico, a un determinado colectivo de personas, convocada por la autoridad competente en cada caso (presidente autonómico o provincial y alcalde), a propuesta de los poderes públicos o por iniciativa ciudadana, para que las personas legitimadas manifiesten mediante votación su opinión sobre una

consiguiente, la convocatoria de esta especie de consultas podría interpretarse como un fraude de ley para soslayar, por un lado, la reserva de ley orgánica para la creación de nuevas modalidades de referéndum autonómico o local (art. 92.3 CE), y, por otro lado, el requisito de autorización estatal (art. 149.1.32.^a CE) – que actualmente también se impone para la celebración de «consultas populares municipales» (D.A. LOMR y art. 71 LRBR) ³⁷.

3.1. Desafíos del sufragio en las consultas sectoriales

La cuestión central en relación con la ordenación de la «consulta ciudadana» es la existencia de vasos comunicantes entre la institución del referéndum y las consultas populares distintas al referéndum. La distinción se basa en la expresión recogida en el art. 149.1. 32.^a CE, que se refiere a las consultas populares por vía de referéndum; lo que permite entender, *a contrario sensu*, que existen consultas populares por otra vía distinta al referéndum. El Tribunal establece así una relación género-especie entre ambos conceptos (STC 103/2008, de 11 de

determinada actuación, decisión o política pública (art. 3 Ley 10/2014). En *Andalucía*, se entiende por consulta participativa, autonómica o local, el instrumento de participación ciudadana que tiene por objeto el conocimiento de la opinión de un determinado sector o colectivo de la población, mediante un sistema de votación de contenido no referendario, sobre asuntos de interés público que le afecten (art. 34.1 Ley 7/2017). En los mismos términos se expresa el art. 25.1 de la Ley Foral 12/2019, de 22 de marzo, de *Navarra*. Finalmente. El art. 50 Ley 12/2019, de 12 de marzo, de las *Islas Baleares*, recuerda que el resultado de una consulta ciudadana no es nunca vinculante ni puede ser interpretado como la expresión de la voluntad general de la ciudadanía.

³⁷ Además, la utilización del voto en esta especie de consulta provoca la desviación respecto a la conceptualización seguida en derecho tradicional español acerca del referéndum municipal. Tanto el Estatuto municipal de 1924 (Gaceta de Madrid, núm. 69, de 9 de marzo de 1924, 1218-1302) como la Ley Municipal de 1935 (Gaceta de Madrid, núm. 307, 3 de noviembre de 1935, 970-991), definían el referéndum municipal como aquella interpelación directa al pueblo sobre la ratificación o revocación de acuerdos municipales ya adoptados (no ejecutados). Por su parte, la Ley Municipal de Cataluña de 1933 (BOGC núm. 8, de 8 de enero de 1933, 85-101), distinguía entre el referéndum y la consulta municipales, definiendo esta última como la interpelación sobre cualquier cuestión relativa al Municipio «antes de adoptar acuerdo sobre dicha cuestión» (art. 148).

septiembre, FJ 2), definiendo la consulta popular como el «término genérico para designar los instrumentos de participación directa que permiten a los ciudadanos expresar su opinión sobre asuntos de interés público» (CARRASCO DURÁN, 2013)³⁸.

El referéndum es una especie de consulta popular que implica un llamamiento de los poderes públicos al conjunto de la ciudadanía (*apelatio ad populum*), a través de su más autorizado órgano de expresión: el cuerpo electoral. El concepto jurisprudencial (SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69; 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2; 119/1995, de 17 de julio) incluye: a) un elemento orgánico, referido a la expresión directa de la voluntad general del pueblo (en sus diferentes manifestaciones territoriales); y, b) un elemento procedimental, que implica un grado de formalización de la opinión materialmente electoral, lo cual se traduce en su celebración conforme a la legislación sobre régimen electoral (censo, administración y garantías electorales)³⁹.

En cambio, las restantes consultas se definen con carácter subsidiario y por exclusión del instituto del referéndum (RIDAO I MARTÍN, 2015)⁴⁰. Es decir, son aquellas modalidades en las que se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos distintos de los que califican a una consulta como referendaria (Expósito Gómez, 2021)⁴¹.

³⁸ Para profundizar en el tema puede consultarse Carrasco Durán (2013, 17).

³⁹ El art. 11.1. de la LOMR establece que los supuestos de referéndum previstos en el ordenamiento deben regirse por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en todo lo que sea de aplicación, como la definición del cuerpo electoral y los sujetos legitimados, la campaña electoral, el uso de medios de comunicación o tecnológicos, las papeletas, la votación o el escrutinio, entre otros aspectos.

⁴⁰ Para profundizar en el tema puede consultarse RIDAO I MARTÍN, (2015, 359.385).

⁴¹ Son derechos subjetivos de configuración legal que complementan los procedimientos e instituciones de la democracia representativa y directa o semidirecta privativos del ámbito político y permiten conocer las opiniones, juicios o deseos de la ciudadanía sobre una cuestión o cuestiones concretas de interés público. Para profundizar en el tema puede consultarse EXPÓSITO GÓMEZ (2021, 33). El ejercicio de estos derechos participativos no supone un llamamiento directo o indirecto al cuerpo electoral, ni tampoco una manifestación de la voluntad general. El protagonismo ciudadano se da en alguna fase del proceso que culmina con la toma de decisión, pero en el

En general, se denominan «consultas no referendarias» y abarcan desde los trámites administrativos de información y audiencia públicas hasta la «consulta ciudadana» – consulta popular no referendarias mediante votación o participativa – definida en los arts. 3 Ley 10/2014 de *Cataluña*, 34.1 Ley 7/2017 de *Andalucía*, 25.1 Ley Foral 12/2019 de *Navarra* y 50 Ley 12/2019 de *Islas Baleares*.

Estas últimas suponen un desafío constitucional evidente al introducir una variante no prevista por el legislador orgánico en el ejercicio del sufragio⁴², y que la doctrina constitucional resuelve restringiendo la técnica electoral mediante llamamientos de carácter sectorial. Es decir, acepta su constitucionalidad, siempre y cuando el sujeto consultado no sea el cuerpo electoral, sino determinados colectivos o grupos sociales dentro de la comunidad política⁴³.

Pese a todo, la operatividad de estas consultas en el sistema democrático español sigue siendo controvertida. En *Cataluña*, muchos decretos de convocatoria municipales incumplen sistemáticamente el requisito de la sectorialidad al delimitar las personas legitimadas⁴⁴; y, en

que la decisión final corresponde a las autoridades o instituciones competentes para ello. Para profundizar en el tema puede consultarse CASTELLÀ ANDREU, J. M. (2013, 205).

⁴² Es más, los legisladores *catlán* y *canario* permitieron la celebración ilegal de consultas de carácter general – «preguntas directas», según el art. 9 del Decreto 95/2014, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de las consultas a la ciudadanía de Canarias –, abiertas a todas las personas mayores de 16 años, residentes o no residentes, y extranjeras con residencia legal (art. 5 Ley 10/2014) – modalidades anuladas por SSTC 31/2015, de 25 de febrero; 147/2015, de 25 de junio, 137/2015, de 11 de junio.

⁴³ «Las consultas sectoriales son cauces de participación cuya regulación por el legislador autonómico catalán resulta posible, en consideración al título competencial establecido en el art. 122 EAC, pues como quedó dicho en la STC 31/2010, de 28 de junio, al juzgar este precepto estatutario: “caben, pues, consultas populares no referendarias mediante las cuales ‘se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos’ distintos de los que cualifican una consulta como referéndum” (FJ 69)» (STC 31/2015, de 25 de febrero, FFJJ 5 y 7)

⁴⁴ Para profundizar en el tema puede consultarse el listado de la Comisión de Control de las Consultas Populares no Referendarias de la Generalitat de Catalunya (2023). Listado consultas 2016-2022. Disponible en https://eleccions.gencat.cat/es/consultes_populars/consultes_populars/.

los casos apuestos, o bien el llamamiento resulta lo suficientemente amplio como para ser representativo y, por consiguiente, una manifestación directa del parecer del titular de la soberanía (RIDAO I MARTÍ, 2015)⁴⁵, o bien se incurre en una posible vulneración de los principios de igualdad y no discriminación (FERNÁNDEZ RAMOS, PÉREZ MONGUIÓ, 2019)⁴⁶.

En el siguiente epígrafe se recogen algunas propuestas de futuro sobre: a) la naturaleza de las consultas populares municipales (art. 71 LRBRL); b) el régimen jurídico de las consultas ciudadanas y encuestas locales o municipales (art. 70 bis.3 LRBRL); y, c) los límites de las consultas ciudadanas autonómicas.

3.2. Algunas propuestas de lege ferenda sobre la democracia participativa

3.2.1. Consultas populares municipales

La creación *ex novo* de formas y procedimientos de participación ciudadana (art. 69 LRBRL) no habilita a los entes locales, en ejercicio de su potestad de autoorganización, a introducir modalidades de consulta referendaria. El constituyente remite *ad calendas graecas* a una ley orgánica la cuestión sobre el referéndum municipal. Por ende, conviene preguntarse si la «consulta popular municipal» del art. 71 LRBRL⁴⁷, excluida del ámbito de aplicación de la LOMR, es un auténtico referéndum o una simple consulta no referendaria.

⁴⁵ Para profundizar en el tema puede consultarse *Ridao i Martín* (2015, 215-237).

⁴⁶ *Fernández Ramos y Pérez Monguió* (2019, 280) señalan que, salvo supuestos referidos por franjas de edad (p. ej., los menores de 30 años, o los mayores de 60 años, e incluso en estos casos la delimitación no deja de ser arbitraria), es realmente difícil no incurrir en una flagrante discriminación.

⁴⁷ El art. 71 LRBRL señala que, «de conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local».

En primer lugar, este instrumento sigue los esquemas del referéndum consultivo previsto en el art. 92 CE en cuanto al objeto, al someter a consulta asuntos de especial relevancia para los intereses de los vecinos, siempre limitado a materias de competencia propia municipal y de carácter local. La determinación de su carácter vinculante o consultivo es central, dado que la recomendación R(96)2 del Comité de Ministros, aprobada el 15 de febrero de 1996 en la 558.^a reunión de los Delegados de los Ministros, invita a los Estados a regular separadamente los referéndums de carácter decisorio y consultivo. Así, una parte de la doctrina (TUR AUSINA, 2013)⁴⁸ defiende que la existencia de un referéndum vinculante supondría trasladar la capacidad decisional definitiva a la ciudadanía, articulándose de este modo como un verdadero instrumento de democracia semidirecta, mientras que las restantes modalidades se incardinarían en la democracia participativa, careciendo de efectos vinculantes inmediatos.

En otras palabras, la consulta del art. 71 LRBR, en contra de la aparente visión señalada en la STC 51/2017, 10 de mayo [FJ 5 c)], se articula, o bien como un referéndum de carácter consultivo, o bien como una modalidad no referendaria, pues sus resultados no pueden menoscabar las facultades de decisión de los órganos representativos o gubernamentales⁴⁹, sin perjuicio, en todo caso, de la exigencia de motivación de la decisión definitiva adoptada por los poderes públicos [art. 35.1 c) LPAC]⁵⁰.

Por último, al margen de su carácter referendario o no, adquiere mayor relevancia la eliminación de la autorización estatal. Una interpretación teleológica del 149.1.32.^a CE sugiere que la inclusión de este requisito previo en la D.A. LOMR y en el art. 71 LRBR no constituye necesariamente una imposición constitucional. Dicha norma compe-

⁴⁸ Para profundizar en el tema puede consultarse TUR AUSINA (2013, 229).

⁴⁹ Son manifestaciones del fenómeno participativo que tanta influencia ha tenido en el proceso constituyente pero que obedecen a una ratio distinta al derecho de participación política directa en los asuntos públicos de art. 23.1 CE (SSTC 51/1984, de 25 de abril, FJ 2; 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2; 31/2010, de 28 de junio, FJ 69; 119/1995, de 17 de julio, FJ 4).

⁵⁰ El art. 8 Ley 10/2014 de *Cataluña* dispone que «los poderes públicos que las han convocado deben pronunciarse sobre su incidencia en la actuación pública sometida a consulta, en el plazo de 2 meses a partir de su celebración».

tencial está pensada para los referéndums de ámbito autonómico, con una finalidad clara: prevenir la celebración de referéndums secesionistas⁵¹, y no consultas ligadas a la autonomía local (art. 140 CE).

Esta reforma infraconstitucional tendría como efecto eliminar las posibles duplicidades en relación con aquellas consultas no referendarias, que, *de facto*, hayan sido convocadas sin respetar el carácter sectorial. En particular, la eliminación de la autorización del Gobierno de la Nación dejaría completamente inoperativa la «consulta ciudadana abierta de carácter local sobre políticas o decisiones públicas de especial relevancia» del art. 82 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de *Euskadi*, dado que ambas comparten el mismo objeto.

3.2.2. Consultas ciudadanas y encuestas locales o municipales

La LRBRL anticipa estos instrumentos de democracia participativa, al incluir, en su art. 70 bis.3, referencias explícitas a las «encuestas» y «consultas ciudadanas». No obstante, no regula ni define estos cauces expresamente; e impone a los Ayuntamientos la obligación de establecer en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local (art. 70 bis.1 LRBRL).

En este contexto, la Federación Española de Municipios y provincias (FEMP) elaboró en 2018 un Reglamento-Tipo de participación ciudadana⁵², en el que define las «consultas ciudadanas» como un instrumento empleado para recabar la opinión de la ciudadanía, bien en un determinado ámbito territorial inferior al Municipio, bien con carácter sectorial a un determinado grupo de interesados, sobre actuaciones o políticas públicas de competencia municipal. Esta terminología coincide, *grosso modo*, con la definición de los arts. 3 Ley 10/2014 de *Cataluña*, 34.1 Ley 7/2017 de *Andalucía*, 25.1 Ley Foral 12/2019 de *Navarra* y 50 Ley 12/2019 de *Islas Baleares*), a la que se suma la «consulta sectorial o de ámbito territorial limitado» del art. 81 de la Ley

⁵¹ Para profundizar en el tema puede consultarse GARCÍA ORTIZ (2023, 433).

⁵² FEMP. (julio de 2018). Reglamento-Tipo de Participación Ciudadana. Disponible en <https://www.femp.es/>.

2/2016 del *País Vasco*⁵³. El Reglamento-Tipo también señala que las Corporaciones deben promover la realización de sondeos, encuestas y estudios que permitan conocer la percepción y opinión de la ciudadanía sobre las políticas públicas, el funcionamiento de los servicios públicos y cualquier otra cuestión de interés local, de acuerdo con los criterios técnicos y científicos de las ciencias sociales.

En definitiva, sería conveniente que la legislación básica estatal introdujese una regulación de mínimos para estos mecanismos, ligados al control ciudadano *ex ante* y *ex post* de las decisiones y políticas públicas adoptadas por los gobiernos locales. Una referencia análoga es el art. 8.3 de la Ley sobre el ordenamiento de los entes locales de *Italia* (Gazzetta Ufficiale, núm. 227 del 28 de septiembre 2000)⁵⁴, que distingue entre el referéndum municipal y las «consultas de la población». Estas últimas constituyen un instrumento informal de composición mixta (individuos y asociaciones o entidades ciudadanas) que admite la interlocución telemática o presencial, mediante votación o a través de técnicas demoscópicas (sondeos y encuestas de opinión).

3.2.3. Consultas no referendarias mediante votación, ciudadanas o participativas a nivel autonómico

Al margen de la ordenación de referéndums autonómicos⁵⁵, en el

⁵³ En el *País Vasco* (art. 81 Ley 6/2016), los municipios pueden llevar a cabo consultas singulares que solo afecten a una parte de la ciudadanía, en función del tema sectorial a tratar (una parte de los residentes en el municipio) o, en su caso, del ámbito territorial en el que las mismas se despliegan (un barrio, entidad local menor o distrito).

⁵⁴ La legislación sobre régimen local *italiano* establece que los Estatutos comunales y provinciales deben regular formas de «consulta de la población» así como «instancias, peticiones y propuestas» de ciudadanos individuales o asociados. También están facultados para regular «referéndums», incluso a solicitud de un número adecuado de ciudadanos.

⁵⁵ El Alto Tribunal atribuye al Estado la facultad de establecer y regular nuevas modalidades de referéndum territorial (autonómico y local) y señala que los gobiernos y parlamentos autonómicos carecen de competencias para convocar al cuerpo electoral a través del instituto del referéndum, quedando esta posibilidad supeditada a su desarrollo mediante ley orgánica. CASTELLÀ ANDREU (2010, 315) asegura que, en el marco del funcionamiento y organización de los regímenes autonómicos, es posible

contexto de la democracia participativa, el legislador autonómico debe delimitar claramente las modalidades referendarias y no referendarias, regulando la figura de la «consulta ciudadana» como una manifestación de la opinión de la ciudadanía por cauces distintos al procedimiento electoral (CASTELLÀ ANDREU, 2013)⁵⁶. Esto implica desvincularla de cualquier referencia al titular de la soberanía.

Es crucial comprender la finalidad de la democracia participativa, en relación con el principio democrático-participativo del art. 9.2 CE. Este mandato constitucional, en contraposición a la lógica de la igualdad señalada por Alan Dahl (2022)⁵⁷, se orienta hacia una lógica de las desigualdades. Su objetivo es superar los obstáculos necesarios para la participación de todos los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, especialmente de los grupos o colectivos infrarrepresentados.

Por esta razón, la actual distinción del art. 5 Ley 10/2014 de *Cataluña* resulta constitucionalmente conflictiva y discriminatoria. El precepto exige, sin motivo alguno, diferentes criterios temporales de residencia mínima y continuada según el origen de las personas: 1 año para los ciudadanos de la Unión Europea y 3 años para los ciudadanos

crear un «referéndum consultivo» mediante su incorporación en el texto de la LOMR (con lo cual se les aplicaría el marco normativo general que esta ley establece). Durante el proceso constituyente, el grupo de senadores vasco presentó una enmienda, que no prosperó, en la que proponía la previsión constitucional de un referéndum autonómico sobre decisiones que afectaran a la comunidad autónoma. (BOC, núm. 157, de 6 de octubre de 1978, voto particular núm. 303, enmienda núm. 999, 3488). Todo ello sin perjuicio de su verdadera utilidad o funcionalidad en relación con la actual dinámica política y proceso decisional, véase MARTÍN NÚÑEZ (2019, 100). Por otro lado, IBÁÑEZ MACÍAS (2013, 128-132) apuesta por la inclusión de un referéndum legislativo o abrogatorio, aunque una ordenación distinta a la tipología constitucional podría entrar en colisión con el modelo residual español de democracia directa. En otras palabras, ¿cada región es libre de diseñar formas, métodos y criterios de participación popular en el proceso de control democrático de sus actos y decisiones? Se debe destacar la dimensión institucional del referéndum y la doctrina constitucional sobre la potestad de autoorganización (STC 247/2007, de 12 de diciembre).

⁵⁶ Para profundizar en el tema puede consultarse CASTELLÀ ANDREU (2013, 129-133).

⁵⁷ Para profundizar en el tema puede consultarse ALAN DAHL (2022:12).

de terceros países⁵⁸. Esto refleja una confusión conceptual entre participación ciudadana y participación política en sentido estricto.

Mientras que en un hipotético referéndum autonómico o local no se podría ampliar o desbordar la base electoral a quienes no tienen reconocido el derecho de participación política conforme al art. 2 LO-REG, en relación con el art. 23.1 CE (p. ej., mayores de 16 años o extranjeros), en el caso de las «consultas no referendarias», y particularmente en las «consultas ciudadanas», sí resulta posible, e incluso deseable, extender la legitimación a grupos y colectivos que trasciendan la concepción clásica de ciudadanía, vinculada a la nacionalidad y mayoría de edad. Por ende, lo que se escapa de cualquier lógica es el establecimiento de requisitos de participación distintos para menores de edad, nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de terceros Estados. Este tipo de diferenciación contradice los principios de igualdad y no discriminación que deberían regir cualquier forma de participación ciudadana.

4. Conclusiones

Las consultas ciudadanas son mecanismos valiosos de gobernanza local y regional en la procura de una mayor eficiencia y eficacia de la actuación pública. Por un lado, contribuyen a reforzar la legitimidad de las instituciones representativas y a fortalecer la confianza de los ciudadanos en la toma de decisiones⁵⁹. Por otro lado, ofrecen un marco idóneo para incluir a sectores que, de otro modo, querían excluidos de los procesos participativos (grupos infrarrepresentados y representantes de asociaciones y entidades ciudadanas), promoviendo una democracia más inclusiva.

Para garantizar su efectividad, es necesario incorporar una regula-

⁵⁸ No es suficiente que el artículo 5.3 exima a la autoridad convocante del cumplimiento de este requisito; es necesario que dicho requisito sea eliminado por completo.

⁵⁹ Así lo subraya la Recomendación (2023) 6 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre democracia deliberativa, aprobada el 6 de septiembre de 2023 en la 1473ª reunión de los Delegados de los Ministros.

ción básica estatal sobre las consultas ciudadanas y las encuestas (art. 70 bis.3 LRBRL), inspirada en el modelo italiano (art. 8 Ley sobre el ordenamiento de los entes locales); eliminar el requisito previo de autorización estatal previsto en la D.A. LOMR y art. 71 LRBRL; establecer criterios claros que distingan las modalidades referendarias y no referendarias, regulando estas últimas como mecanismos desvinculados de los procedimientos electorales; y, entre otros, ampliar el concepto de ciudadanía para incluir a colectivos o grupos vulnerables.

Referencias bibliográficas

- Alan Dahl R. (2022). *La democracia*. Ariel. Madrid.
- Aguiar de Luque, L. (1984). *Referéndum*, en González Encinar, J. J. (dir.). *Diccionario del sistema político español*. Akal. Madrid.
- Castellá Andreu, J. M. (2010). La competencia en materia de consultas populares por la vía del referéndum en la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. Extra 1 (Ejemplar dedicado a: Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006).
- Castellà Andreu, J. M. (2013). Democracia participativa en las instituciones representativas: apertura del Parlamento a la Sociedad, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5.
- Carrasco Durán, M. (2013). Referéndum versus consulta, en *Revista de estudios políticos*, núm. 160.
- Carré de Malberg R. (2014). Consideraciones teóricas a propósito de la relación del referéndum con el parlamentarismo, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 21.
- Corcuera Atienza, J. (2009). «Soberanía y autonomía. Los límites del “derecho a decidir”». Comentario a la STC 103/2008», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86.
- De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2019). Los referéndums y las consultas no referendarias de ámbito autonómico: algunas cuestiones controvertidas, en Garrido López, C. y Sáenz Royo E., *Referéndums y consultas populares en el Estado autonómico*. Marcial Pons. Madrid.
- Expósito Gómez, E. (2013). Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa, *Monografías de la Revista Arago-*

- nesa de Administración Pública, XIV.
- Expósito Gómez, E. (2021). *Deliberación y participación ciudadanas: derechos e instrumentos en el ordenamiento constitucional*. Marcial Pons. Madrid.
- Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J. M. (2019). *Vox populi: Consultas populares y procesos participativos*. Editorial Aranzadi. Madrid.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. y Fernández Rodríguez T. R. (2020). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, Civitas Thomson Reuters. Navarra.
- García Ortiz, A. (2023). Referéndum y consulta popular: precisiones terminológicas y competencias a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 52.
- Garrarena Morales, Á. (1977). *Teoría y práctica española del referéndum*, en *Anales Universidad de Murcia*, vol. XXXI, núm. 3-4.
- Ibáñez Macías, A. (2005). *El referéndum local en España: régimen jurídico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz. Cádiz.
- Ibáñez Macías, A. (2013). Los referendos regional y local en el Estado Autónimo. Sus bases y límites constitucionales, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 97.
- Linde Paniagua, E. y Herrero lera, M. (1978). El Referéndum: de las Leyes Fundamentales al Anteproyecto de Constitución, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 2.
- Linde Paniagua, E. y Herrero lera, M. (1980). Comentario a la Ley orgánica de modalidades de referéndum, en *Revista de Derecho Político*, núm. 6.
- López Basaguren, A, Dion, S. y Romero Caro, F J. (2024). *Condiciones de la Secesión en Democracia. Reflexiones a partir de la experiencia canadiense*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- López Rubio, D. (2019). La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de referendos autonómicos, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 114.
- Martín Núñez, E. (2010). Comentarios a la sentencia sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares (art. 122), en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. Extra 1 (Ejemplar dedicado a: Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006).
- Menéndez Sebastián, E. M. y Ballina Díaz J. (2022). *Sostenibilidad social y ciudadanía administrativa digital*. Editorial Reus. Madrid.

- Pizzorusso, A. (1982). Democracia participativa e attività parlamentare, en Amorth, A. (coord.). *Studi in onore di Antonio Amorth*. Giuffrè. Milán.
- Ramírez Nárdiz (2010). *Democracia participativa*. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- Ridao i Martín, J. (2015). La oscilante doctrina del Tribunal Constitucional sobre la definición de las consultas populares por la vía del referéndum. Una revisión crítica a través de cuatro sentencias, en *Estudios de Deusto*, vol. 63, núm. 1.
- Rousseau, J. J. (2014). *Contrato social*, Madrid: Biblioteca Nueva.
- Sánchez Morón, M. (1980). *La participación del ciudadano en la administración pública*. CEPC. Madrid.
- Tardío Pato, J. A. (2021). La denominada “democracia participativa” como género distinto de la democracia directa y de la democracia representativa, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 21.
- Tur Ausina, R. (2013). Leyes de participación ciudadana: las experiencias canaria y valenciana, en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 13.
- Tur Ausina, R. (2014). ¿Presencia-vigencia de la democracia identitaria en instrumentos participativos? Análisis a propósito de la experiencia mexicana, en *Rivista di Studi Iberoamericani*, vol. 6, núm. 2..
- Zampetti, P. L. (1973). Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa, en *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III. CEDAM. Padova.

LA ELECCIÓN DIRECTA DEL ALCALDE

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Constitución de 1978. – 3. El Concejo Abierto y su regulación. – 4. Antecedentes legislativos y propuestas de regulación legal. – 4.1. Proposición de Ley. Grupo Socialista. – 4.2. Informe del Consejo de Estado. – 4.3. Pacto Antitransfuguismo - 4.4. Proposición de Ley Orgánica 122/000267. – 5. La elección directa del alcalde en Italia – 6. Conclusiones.

1. Introducción

La globalización, el avance en los sistemas de comunicación, los problemas que afectan a la modificación de la democracia occidental han incrementado las propuestas dirigidas a los diversos sistemas de elección y representación política de los países con modelos políticos enraizados en la democracia liberal. Las reformas dirigidas a mejorar:

- La participación de los electores en los procesos políticos.
- La presencia activa de los ciudadanos en los procedimientos administrativos.
- La búsqueda del incremento de la legitimidad democrática de los mecanismos electorales.
- La perfección de los sistemas de representación para evitar la perversión de la voluntad popular por intereses personales o partidistas.
- La eficiencia y la racionalidad de los procesos administrativos con el incremento de la confianza ciudadana en sus instituciones, son objetivos de regeneración comunes en las teorías que persiguen fortalecer la democracia en los países occidentales.

La administración municipal y la figura del alcalde como representante de los vecinos va más allá de la cercanía en la gestión, se produce una identificación entre elector y elegido, así como una comunión en

los objetivos de mejora de un espacio territorial perfectamente definido, como es la ciudad, en la que palabras como convivencia adquiere una dimensión práctica.

El debate entre elección directa del alcalde por los vecinos o elección por el Pleno Municipal a través de los concejales siempre ha estado presente en la historia del constitucionalismo español y la elección de uno u otro sistema afecta también a otras dos figuras de la organización municipal, de carácter constituyente, como son: *la moción de censura y la cuestión de confianza*. En nuestros días este debate resurge con más fuerza empujado por quienes ven en la elección directa una mejora del sistema democrático y una regeneración de las instituciones propias de la representación liberal. Prestaremos especial atención en el estudio comparado, así efectivamente, los sistemas de elección directa han incrementado la participación, mejorado la opinión que los electores tienen de sus gobernantes y fortalecido el sistema institucional.

Algo hemos ganado en el transcurso de los años, se ha consolidado la opción de un municipio descentralizado y autónomo que decide la elección de su máximo representante frente a un poder central jerarquizado y omnímodo que designaba a los gobernantes de las administraciones “inferiores”.

La propuesta pretende modificar el sistema de elección del alcalde, mayoritario en el régimen municipal español, por los concejales constituidos en el pleno municipal, por un sistema de elección directa por los vecinos, como medio para:

1) mejorar la participación de los electores en el proceso y evitar pactos post electorales ajenos a los resultados.

2) Incrementar la confianza en el sistema electoral y el respaldo popular a la elección.

3) Obtener confianza en las instituciones, identificación entre votantes y elegidos.

4) Reducir el poder de los partidos políticos en el proceso electoral.

5) La mejora de los procesos de configuración de listas electorales.

La elección directa del alcalde por los vecinos no es ajena a la tradición municipalista y constitucional española, aunque históricamente la figura del alcalde ha estado marcada por la designación directa del

poder del rey o como una administración vinculada al poder ejecutivo. La irrupción de un poder ciudadano asentado en la burguesía y en las ciudades no tuvo su traslación a un sistema de elección del alcalde por los vecinos. Es la autonomía municipal y la aparición de las primeras constituciones las que marcan un alcalde vinculado a la decisión de los vecinos de su ciudad y en nuestra historia moderna elegido por los concejales. Este poder compartido, de Pleno de la Corporación y alcalde, persiste hasta nuestros días, es más, muchos autores se han manifestado por una progresiva parlamentarización del municipio con un Pleno que nombra y también destituye alcaldes a través de la moción de censura.

La tesis pretende demostrar también la necesaria evolución de la administración municipal a un sistema innovador de gestión en el que la eficacia y la eficiencia en la custodia de los recursos públicos abandone de forma progresiva unas decisiones políticas vinculadas a los concejales electos por una gestión cercana a los modelos gerenciales más cercanos a un sistema presidencialista con una fuerte impronta ejecutiva. No nos encontramos ante una progresiva parlamentarización sino ante un peso cada vez más acentuado del alcalde como poder ejecutivo y a la vez como referencia permanente de la gestión municipal y unos concejales delegados con funciones de gestión muy alejadas de sus perfiles políticos.

El municipio como organización administrativa o el ayuntamiento como espacio político electoral distingue dos planos diferentes desde su fundación. No es lo mismo gobierno que órgano de representación y esta dicotomía ha marcado desde sus inicios hasta la actualidad a los municipios españoles. Especialmente con la atención constitucional de la regulación municipal, y así, la Constitución de 1812, preocupada por la regulación electoral se configura como una auténtica ley organizadora del proceso, mientras que la actual de 1978 deriva a la legislación electoral y no a la específica municipal, la de la elección del alcalde.

No cabe duda que un alcalde elegido directamente por sus vecinos unifica en su figura recursos institucionales y políticos que fortalecen su liderazgo con los poderes formales (administraciones, burocracia) sino también con los poderes informales y su capacidad de persuasión

para ejecutar proyectos, programar a medio plazo, conseguir financiación ... (SWEETING, DAVID, 2018; 5)

2. Constitución de 1978

El artículo 140 de la Constitución Española se refiere a la elección de los concejales y el alcalde, remitiendo a la regulación legal. La elección de los concejales debe ser mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto. La propia Constitución establece en su artículo 140 un sistema abierto. Los vecinos eligen a los alcaldes y concejales conforme a las reglas establecidas en las leyes electorales. La forma de elección del alcalde puede ser directa o indirecta.

Hasta el momento ha sido la segunda la predominante, dejando la elección en manos de los concejales, en réplica del esquema parlamentario estatal y autonómico. No puede descartarse sin embargo la posibilidad de hacerlo en forma presidencialista, como en otros países, evitando así algunas distorsiones del principio proporcional puestas de manifiesto en la política municipal (RIVERO ORTEGA, RICARDO; MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, 2018; 241).

En el artículo 68 y para la elección del Congreso, la Constitución opta por criterios de representación proporcional regulados legalmente, sin embargo, en el caso de los alcaldes expresamente recoge la posibilidad de ser elegidos directamente por los vecinos. No parece que esta referencia sea debida exclusivamente a la tradición histórica vinculada a diversos municipios del norte de España, que desde época medieval solventan su organización municipal con los “concejos abiertos”. Voluntariamente el constitucional ha querido dejar el sistema de elección abierto, vinculado a la regulación legal y legitimado por la soberanía popular.

El artículo 19 de la Ley de Bases del Régimen Local¹ explicita la regulación constitucional y la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen

¹ Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Art. 19.2 “los concejales son elegidos mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, y el alcalde es elegido por los concejales o por los vecinos; todo ello en los términos que establezca la legislación electoral general”.

Electoral General (LOREG) en los artículos 176/200, en su título III regula las disposiciones especiales para las elecciones municipales, derecho de sufragio activo y pasivo, causas de incompatibilidad, sistema electoral, barreras de acceso, presentación de candidaturas, procedimiento electoral, elección del alcalde, moción de censura y cuestión de confianza.

La ley consagra, para la inmensa mayoría de los ayuntamientos, una elección indirecta del alcalde. Son los concejales los que eligen al alcalde, consagrando una elección indirecta que ha provocado numerosos problemas en aquellas corporaciones en las que las mayorías electorales no han sido claras y se han producido pactos postelectorales que, en numerosas ocasiones, han transmitido a los ciudadanos una impresión de falta de respeto a la voluntad popular.

La Constitución explicita la regulación por ley de las elecciones municipales, pero no concreta si debe ser una ley orgánica u ordinaria. El Tribunal Constitucional en STC 38/1983, de 16 de mayo (FJ2) se reserva a ley orgánica el régimen electoral general. En sus justos términos, no toda ley que aborde materia electoral debe ser orgánica, sino aquella que aborde cuestiones básicas del proceso electoral, así como la configuración del contenido del derecho fundamental residenciado en el artículo 23.1 de la Constitución. El Tribunal Constitucional también atribuye al Estado las competencias sobre elecciones locales, que emanan del artículo 81.1 CE. STC 32/83

Un sistema de elección mayoritaria y directa puede mejorar la participación política, evitar los pactos contrarios a la voluntad popular y acomodarse a una gestión municipal cada vez más gerencial con fuerte dependencia del liderazgo del alcalde y de la Junta de gobierno municipal, consagrado legalmente en los denominados “grandes municipios”.

3. El Concejo Abierto y su regulación

El concejo abierto ha llegado hasta nuestros días y está reconocido por nuestra Constitución, su pervivencia tiene una continuidad nominativa histórica, sin embargo, no podemos afirmar que tenga una continuidad como institución. El concejo abierto medieval, hace mil años,

no es comparable al concejo abierto recogido en la constitución de 1978. El concejo abierto medieval no es una institución diseñada para la elección del alcalde sino una asamblea destinada a la gestión de los asuntos del Concilium. Podemos afirmar que antes del siglo XI no existe el municipio jurídicamente hablando y no podemos entender el concejo como una correspondencia del ayuntamiento como elemento político organizativo.

La crisis del concejo abierto se produjo en los municipios medievales por “el indudable crecimiento y modernización de los núcleos de población, la pérdida del sentido democrático de la institución, el desmedido afán intervencionista y centralizador del poder real y la existencia de una nueva oligarquía urbana, la cual, al haber accedido a los oficios y cargos municipales, apoyaría siempre cualquier iniciativa monárquica centralista y anti autonomista que pudiera consolidar su poder” (CERDÁ RUIZ-FUNES, J. 1974; 180-181). El Ordenamiento de Alcalá de 1348 culmina la transición del Concejo abierto al Concejo cerrado y los regidores y corregidores como agentes reales. La política municipal es cada vez más centralizadora y antiautonomista con un intervencionismo claro del poder real.

“La primera constitución española (1812) huye de los privilegios y especialmente de los derivados de la aplicación de los fueros, la figura del Concejo Abierto va a ser ignorada, no los derogaban por imposibilidad material, pero tampoco le prestaban reconocimiento formal, relegándole al olvido. Los doceañistas rechazaban los sistemas señoriales y todo lo que supusiera privilegio por lo que generalizan los Ayuntamientos en todo el territorio español” (ORDUÑA REBOLLO, ENRIQUE 1988; 836).

A pesar del texto constitucional, los concejos abiertos continuaron celebrándose en las pequeñas aldeas, pero no como un sistema de elección o de participación sino por sentido común y para no arbitrar formulas absurdas o contraproducentes donde apenas hay diferencia entre representantes y representados y donde todavía muchos de los oficios municipales se reparten entre los habitantes del pueblo, por la escasez de medios de estos territorios.

El concejo abierto es la forma más antigua de organización del municipio, en los albores de la Edad Media, institución surgida del concillium vecinal en los siglos X y XI y nos encontramos ante la manifestación más viva de la democracia directa en su forma más pura. No

es una forma de organización exclusiva de Castilla y León, aparece en zonas de Pirineos, pero también, en municipios de Suiza, Austria, Portugal y Alemania, en todos estos países en comunidades reducidas o aldeanas.

El estatuto de Calvo Sotelo consagra el concejo abierto en el 50 por ciento de los municipios, aquellos que no excedan de 1000 habitantes. La Constitución Republicana otorga valor en la Carta Magna a esta organización municipal.

La Ley Electoral de 17 de julio de 1978 es fruto de una carrera que garantice el cambio en todas las instituciones del Estado y, por supuesto, los municipios como elemento central del mismo, a la vez que, se estaba redactando una nueva Constitución que debía presidir el nuevo marco normativo.

La legislación electoral municipal de 1978 tuvo un carácter pre-constitucional, aunque la Constitución de 1978 ratifica sus principios esenciales. En relación al Concejo Abierto la nueva Carta Magna incorpora, como ya hizo la Constitución de 1931 la figura del Concejo Abierto al texto constitucional.

Inicialmente, el Proyecto de Constitución Española publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 5 de enero de 1978, figura en el último párrafo del epígrafe primero del artículo 105 “La ley regulará las condiciones en las que procedan las reuniones de Concejo Abierto”.

El artículo 140 recoge la aplicación detallada del principio democrático de elección por sufragio directo y universal, derivando a la legislación electoral la fórmula de elección y no constitucionalmente como se recoge en el artículo 68.3 respecto a los diputados al Congreso un principio de representación proporcional, lo que facilita la adopción de sistemas mayoritarios como el existente en el Concejo Abierto.

Las referencias al concejo en la Constitución son para Piedad García-Escudero Márquez y Benigno Pendás García:

“Una fórmula deliberadamente amplia que pretende no solo recoger las tradiciones existentes, sino también facilitar la eventual extensión del sistema a otros municipios, en las condiciones que establezca la ley. A nuestro juicio no parece que este precepto constitucional pretenda específicamente su resurrección (que tampoco consiguió el artículo 9 de la Constitución de 1931) sino, más bien la pervivencia de una tradición

elogiable, pero actualmente marginal” (GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, PIEDAD; PENDÁS GARCÍA, BENIGNO, 1985; 96).

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral en su título III relativo a las Disposiciones Especiales para las Elecciones Municipales, en su capítulo IV Sistema Electoral, artículo 179.2 “La escala prevista en el párrafo anterior no se aplica a los municipios que, de acuerdo con la legislación sobre Régimen Local, funcionan en régimen de Concejo Abierto. En estos municipios los electores eligen directamente al alcalde por sistema mayoritario”.

La Constitución de 1978 mantiene la tradición histórica, incluso en los debates constitucionales en el Senado se intentó introducir una enmienda por el Senador Lorenzo Martín Retortillo que añadía a la función de los barrios este régimen de elección, fundamentado en su vitalidad política y la necesaria participación ciudadana de los movimientos vecinales. La enmienda fue rechazada (ORDUÑA REBOLLO, ENRIQUE, 1988; 845).

La Constitución de 1978, derivando a la regulación legal, aunque no especifica que sea legislación orgánica o electoral, supone contemplar el Concejo Abierto como un régimen diferente al ayuntamiento, y la elección por los concejales.

Estas dos tendencias se manifiestan en el debate constitucional entre los diputados Cisneros Laborda que, entiende régimen como respeto exclusivamente a la fórmula en la que funcionaban tradicionalmente y Fraga Iribarne que, entendía que relegarla a la fórmula tradicional sería una especie a extinguir y, sin embargo, no veía inconveniente a que un municipio regido por el sistema de ayuntamiento pasase a serlo por Concejo Abierto².

La Ley 7/1985 define, en el marco constitucional y las competencias de régimen local de las comunidades autónomas, la ley determina que todos los municipios españoles con menos de 100 habitantes tendrán el sistema de concejo abierto, además de los que tradicionalmente lo tuviesen o los que cumplan los trámites para conseguirlo. El artículo 49.2 b) incorpora la posibilidad para las entidades locales menores. Por último, el Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1987 en

² DS Comisión Constitucional, núm. 88, 14-6-1978. Págs. 3237 – 3239.

su artículo 2 define la forma de gobierno del concejo abierto “una asamblea integrada por todos los electores existentes en el municipio y por el alcalde elegido directamente por ellos.

La regulación de la Ley Orgánica 2/2011, de modificación del Régimen Electoral General y la regulación del Concejo Abierto nos retrotrae a las normas aplicables en la Ley de Régimen Local de 1955 (Decreto de 24 de junio de 1955 que aprueba el Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local del 45 y del 53) y el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales de mayo de 1952.

En las mismas se preveía la aplicación del régimen de Concejo Abierto sólo en los municipios en que tradicionalmente vinieran funcionando (art. 72 de la Ley). Ver art. 215 y siguientes del Reglamento. El art. 5.2 de la Ley de Elecciones Locales suma a los municipios en que vinieran funcionando a los de menos de 25 habitantes.

La nueva regulación ha eliminado el tope de habitantes en su art. 29, de forma que puede establecerse el régimen de Concejo Abierto en donde lo sea por tradición o donde se establezca atendiendo a la mejor gestión de los intereses locales. Para establecerse hacen falta determinados requisitos. La aprobación por la comunidad autónoma y, ha de hacerse conforme al procedimiento que disponga la ley autonómica de régimen local. Habría que ver, por tanto, cada ley autonómica. La de Aragón, por ejemplo, establece que sólo podrán aprobarse para municipios de hasta 99 habitantes.

La Comunidad Autónoma de Castilla y León entiende que los municipios que venían obligados a funcionar en régimen de Concejo Abierto y decidieron funcionar como Ayuntamiento de tres concejales pueden volver a optar a funcionar en régimen de Concejo Abierto puesto que el artículo 29.4 de la Ley de Bases de Régimen Local sigue en vigor y no es una disposición transitoria para las elecciones municipales de 2011.

“El informe de la Dirección de Administración Local de la Consejería de Presidencia, en relación a los municipios de las distintas provincias de Castilla y León en las que se tiene constancia de que funcio-

nan en régimen de Concejo Abierto, tras las últimas elecciones municipales del año 2019 reduce el número de municipios a 26”³.

En la actualidad son 104 municipios en toda España los que funcionan en régimen de Concejo Abierto según los datos del Ministerio de Política Territorial e Interior, habiéndose convertido en un régimen absolutamente residual.

Si defendemos un sistema electoral por su funcionamiento en una sociedad específica y su arraigo tradicional, podemos afirmar que la elección del alcalde de forma directa, se encuentra en la construcción de las normas consuetudinarias de la historia española.

La determinación del número de habitantes de los municipios que pueden someterse al régimen de concejo abierto y que el artículo 29 de la Ley de Bases de Régimen Local, fija en una cifra inferior a 100, es indudablemente básica, pues marca los espacios de cada uno de los sistemas de gobierno municipal, el común y general del ayuntamiento, y el especial de concejo abierto.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la competencia para regular el concejo abierto es claro en la STC 210/2014 “El concejo abierto es un sistema de organización municipal en el que pequeños municipios y otras entidades locales que no alcanzan un número significativo de habitantes se rigen por un sistema asambleario, la asamblea vecinal, que hace las veces de pleno del Ayuntamiento al que sustituye, en una aproximación a un sistema de democracia participativa directa. Se trata de un sistema jurídico de organización tradicional en España, que aparece recogido, como garantía institucional, en el artículo 140 CE, aunque sin un desarrollo en su regulación, puesto que el precepto constitucional se ha limitado a establecer

una reserva de ley en relación con las condiciones que proceda su aplicación, pero sin que haga referencia al establecimiento de un marco competencial, de ahí que la atribución legislativa a favor del Estado o de las Comunidades Autónomas habrá que localizarla en el marco de las reglas generales contenidas en el artículo 149 CE, así como en los estatutos de autonomía. A las Comunidades Autónomas corresponderá, por tanto, la competencia para legislar libremente el desarrollo de

³ Informe Dirección General de Administración Local de Castilla y León 22/02/2022.

la normativa estatal, dentro del respeto a las condiciones básicas establecidas por esta.

El Tribunal concluye que la regulación del artículo 29 LBRL es norma básica y corresponde a la legislación estatal su regulación y tutela un sistema “en que se hace depender siempre de los vecinos el acogimiento del sistema, se unifica voluntariedad y tradición, nunca de las instituciones de gobierno.

4. Antecedentes legislativos y propuestas de regulación legal

Históricamente las propuestas legislativas destinadas a consagrar un sistema de elección directa del alcalde no consiguieron entrar en vigor:

- “La legislación municipal de 1856, enmarcada en la alternancia entre moderados y progresistas y la lucha entre un alcalde elegido por los vecinos o por el monarca opta por la elección directa del alcalde, aunque debemos enmarcarlo en un contexto histórico de voto censitario y limitado”⁴.

- “El Proyecto de Ley presentado por el ministro de Gobernación, Manuel de Burgos y Mazo, presentado en el Senado el 14 de noviembre de 1919 que regulaba la vida municipal en las grandes ciudades y regula la elección del alcalde mediante sufragio universal directo”⁵.

- La legislación republicana publicada en la Gaceta de Madrid el 31 de octubre de 1935, contiene el régimen de elección del alcalde en las secciones segunda y primera de los capítulos I y II del Título II, artículos 51 y 72 y siguientes, optando por un sistema dual, proceloso y complicado para la elección directa por los vecinos y similar al actual cuando la elección se produce por los concejales. Esta legislación nunca entró en vigor.

⁴ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de 24 de junio de 1856, Núm. 414 – 14537.

⁵ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de 24 de junio de 1856, Núm. 414 – 14537.

En la reciente etapa democrática esta cuestión se viene sucediendo a lo largo del tiempo, algunos autores (RIDAO, JOAN; GARCÍA, ALFONS, 2015) hablan de reivindicación histórica de una elección directa por parte de los vecinos.

El primero en plantear el gobierno de la lista más votada en el ámbito municipal es Felipe González en su debate de investidura (ORDUÑA REBOLLO, ENRIQUE, 1988; 845). Sin embargo, la LOREG estableció un sistema mixto y recuperó la tradición generalizada de elección de los alcaldes de forma indirecta por los concejales del pleno.

4.1. Proposición de Ley. Grupo Socialista

En 1998 el Grupo Socialista del Congreso en la VI legislatura, presenta una Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

En la proposición se presenta el sistema de elección directa como un incremento de la democracia (sic), pensado para fortalecer la participación incrementándolas, fruto de la consolidación, tras veinte años de democracia de los partidos y las instituciones democráticas.

La justificación política y organizativa está en las competencias municipales dentro del marco de descentralización y subsidiariedad Unión Europea, Estado, Comunidades Autónomas.

Reforzar las atribuciones del alcalde y su equipo como organización política/administrativa. Deslindar la función de gobierno de la función de control.

Fruto de la propuesta de un sistema mayoritario. Las razones son la búsqueda de una mejor gobernabilidad, una mayor identificación del alcalde con los electores. Y un reforzamiento de la institución para prestar mejor sus servicios.

La proposición plantea la modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General modificando el sistema electoral, la vinculación de candidatos a partidos y la conexión de la elección del alcalde con los restantes miembros del ayuntamiento (concejales).

Elección del alcalde en dos vueltas salvo que en la primera vuelta alguno de los candidatos obtenga la mayoría absoluta.

Artículo 196.2. El candidato que obtenga la mitad más uno de los votos válidos emitidos será proclamado alcalde conforme al procedimiento establecido en esta Ley.

Artículo 196.3. “Si ningún candidato obtuviera la mitad más uno de los votos válidos emitidos se celebrará una segunda votación el decimocuarto día posterior a la primera votación. Solo podrán concurrir a la segunda vuelta los candidatos que hubieran obtenido al menos el 15% de votos válidos. En la segunda vuelta es proclamado alcalde el que obtiene más votos”.

Una urna está destinada a la elección de alcalde y otra a la elección de concejales y justificado en garantizar la gobernabilidad y la pluralidad, los candidatos a alcalde encabezan a su vez la lista de concejales y, por tanto, pueden ser elegidos miembros del Pleno y la lista del elegido alcalde recibe una prima de concejales otorgándole una mayoría del cincuenta y cinco por ciento de los mismos. La Proposición justifica esta prima en el derecho comparado y las elecciones de Italia, Francia o Portugal. La candidatura del elegido alcalde recibe un número de concejales de la totalidad del Pleno establecido en una escala según el número de habitantes y en los municipios con más de 100.000 habitantes, en todo caso, el cincuenta por ciento de los concejales.

4.2. Informe del Consejo de Estado

El informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de Modificación del Régimen Electoral General de 24 de febrero de 2009⁶ afirma que pese a las diferencias todas las fuerzas políticas convergen en seis modificaciones del Régimen Electoral, entre ellas modificaciones diversas en el sistema de las elecciones locales y en particular del sistema de elección de alcaldes.

En el apartado VI del informe sobre la Elección de los alcaldes, el Consejo de Estado plantea las propuestas guiado por el reforzamiento de la representatividad democrática del Presidente de la Corporación Local y la incorporación al discurso de la reforma del transfuguismo y la dificultad para la formación, o las modificaciones, de las mayorías

⁶ Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General. Pág. 8- 24 de febrero de 2009.

del Pleno Municipal y las dificultades añadidas a la gobernabilidad. Diversas propuestas:

- Elección directa del alcalde en elección diferente pero simultánea a los concejales
- Elección directa del alcalde como cabeza de la lista más votada por número de población y atribuir la mitad más uno de los concejales a la lista más votada y el resto de los concejales distribuidos con carácter proporcional.
- Garantizar el Gobierno de la lista más votada.
- Elección directa del alcalde como medio para incentivar la participación.

El informe del Consejo de Estado se fija en las reformas operadas en el sistema electoral italiano a nivel local, en los años 90, se produce un cambio de un sistema proporcional a un sistema mayoritario, mesocrático o presidencialista.

Inglaterra también dispone de un procedimiento de elección directa del alcalde. Con dos candidatos se elige por mayoría simple y el elector dispone de un único voto, con dos candidatos o más, el elector tiene dos votos, uno principal y una segunda opción. Es elegido el candidato que obtenga mayoría absoluta y sino el que obtenga mayor número de votos preferenciales de entre los dos que tengan un mayor número de votos directos. Con igualdad se produce sorteo.

Bulgaria y Rumania. Sistema de elección directa del alcalde por mayoría absoluta a doble vuelta.

El informe del Consejo de Estado concluye que una modificación del sistema de elección del alcalde directamente por los electores, aporta un refuerzo a la legitimidad democrática o representatividad y un plus de gobernabilidad a las corporaciones municipales, al obtener su presidente un mayor respaldo electoral, otorgando un sistema de prima a la lista más votada.

Creación de un sistema presidencialista, anclado en la madurez de un sistema democrático que primo en la transición a los partidos políticos y daría respuesta al déficit existente en el papel de los candidatos.

La reforma se plantea como un freno al transfuguismo y refuerza la independencia que las diversas sentencias del Tribunal Constitucional otorgan al concejal, como representante de los ciudadanos, frente a su disciplina partidaria.

Todos los sistemas planteados, a una vuelta, doble vuelta o el del Local Government Act del año 2000 parecen adecuados y hay que resolver la cuestión que plantea la elección de los concejales y la lista que acompaña al alcalde para elegir los concejales del Pleno. El sistema proporcional se impone en el derecho comparado y es adecuado para el modelo nacional, la duda es la convivencia con la elección directa del alcalde y si se reduce a los municipios de gran población por sus características organizativas o se extiende al resto de los ayuntamientos. De esta ecuación se excluyen los concejos abiertos.

La progresiva parlamentarización de la organización municipal ha caminado en la dirección de solventar las dificultades técnicas que impedían una configuración presidencialista de la alcaldía municipal, la diferencia con las funciones del Pleno, allanando el camino a la reforma electoral planteada.

4.3. Pacto Antitransfuguismo

Los partidos políticos alcanzan el pacto antitransfuguismo como reacción a las sentencias del Tribunal Constitucional que garantizaba la propiedad del escaño al concejal electo. Esta sentencia tuvo consecuencias en algunos ayuntamientos, por el abandono de la disciplina de partido, por aquellos que disientían de la dirección de éstos. En los años 80 surge el fenómeno del transfuguismo con su alteración de mayorías, cambios de alcaldía, descrédito ante los electores. El 7 de julio de 1998, se firma el primer acuerdo sobre el transfuguismo por las principales fuerzas políticas y se sientan las bases de acuerdos de modificación de la Ley de Régimen Electoral General para limitar las posibilidades de presentación de mociones de censura, así como la figura del concejal no adscrito que verá limitado el acceso a recursos públicos.

El acuerdo de 23 de mayo de 2006 incorpora en la cláusula séptima apartado c) no presentar como candidatos a cualquier elección a los concejales declarados tránsfugas, sea cual sea el partido al que hubiesen pertenecido. Esta medida será efectiva a partir de las elecciones locales y autonómicas de mayo de 2007, incluidas estas.

Las reuniones del pacto antitransfuguismo y su vinculación con las corporaciones locales, son decisivas para crear un clima de acerca-

miento entre las fuerzas políticas proclives a las modificaciones de la legislación electoral para corregir las situaciones escandalosas derivadas del fenómeno tráfuga y la vulneración de la voluntad popular en las elecciones. Desgraciadamente algunas de estas actuaciones también están unidas a situaciones de corrupción en ayuntamientos, especialmente en la época de la burbuja inmobiliaria y los macro desarrollos urbanísticos.

Los denominados nuevos partidos, incorporaron a sus propuestas electorales las medidas de “Regeneración Democrática” y algunas de ellas proponían la elección directa de los alcaldes, así, el acuerdo de febrero de 2016 entre PSOE y CIUDADANOS, denominado Acuerdo para un Gobierno Reformista y de Progreso (...). En su apartado V Impulsar reformas del sistema democrático para reforzar los derechos y libertades, asegurar la igualdad entre hombres y mujeres y el compromiso contra la violencia de género, mejorar la calidad de las instituciones y luchar contra la corrupción⁷.

Capítulo 3. Reforma de los partidos políticos: Más democracia interna y más transparencia, plantea regular la selección de las candidaturas a la presidencia de los gobiernos nacional y autonómicos y a las corporaciones locales (a partir de una determinada población) mediante sufragio directo y secreto de las personas afiliadas del ámbito territorial correspondiente. Los estatutos de los partidos establecerán el procedimiento, pudiendo abrir la participación a quienes no están afiliados. Se establece una supervisión independiente de esas elecciones primarias.

En el capítulo 6 relativo a la reforma del sistema electoral plantea establecer para la elección de diputados y diputadas un sistema de listas desbloqueadas que permita a los electores una mayor influencia sobre la elección final de sus representantes e incentive una rendición de cuentas más personalizada entre la ciudadanía y sus representantes parlamentarios. La misma propuesta se extiende a las elecciones municipales.

En el marco de la negociación para el acuerdo de investidura de Mariano Rajoy se suscribe el documento 150 Compromisos para mejo-

⁷ https://www.ciudadanos-cs.org/var/public/sections/page-home/acuerdo-gobierno-reformista-y-de-progreso-2016.pdf?__v=204_0

rar España (...) entre el Partido Popular y Ciudadanos. En su acuerdo número 97 “Impulsar, en el marco del Pacto de Estado por la Regeneración y la Calidad de la Democracia, una reforma del régimen electoral que aborde, desde el consenso parlamentario, entre otras cuestiones, la mejora de la proporcionalidad, la elección directa de los alcaldes, el desbloqueo de las listas electorales, la implantación de sistemas electrónicos en la votación, la mejora del procedimiento del ejercicio del derecho al voto de los residentes en el extranjero, la reducción de la duración de las campañas y los límites de los gastos electorales.

El Partido Popular se reserva la posibilidad de presentar iniciativas que permitan garantizar el Gobierno de la fuerza más votada⁸.

Por primera vez se incorpora como compromiso de gobierno una reforma electoral dirigida a la elección directa del alcalde desde un postulado de centro derecha, cuando esta reivindicación estaba históricamente vinculada a las propuestas de izquierda. Autores como García Fernández, Javier, 2001; 205-245 vinculan la elección directa del alcalde a propuestas progresistas superadoras del caciquismo y la nueva organización política de los ayuntamientos para dar respuesta a la asunción de políticas descentralizadas y sociales.

4.4. *Proposición de Ley Orgánica 122/000267*

Hay que destacar que la Proposición de Reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para la modificación de las disposiciones relativas a las elecciones municipales, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso es una propuesta fruto de la reacción a las coaliciones de gobierno en los plenos de investidura de las elecciones municipales de 2015. El Partido Popular fue desbancado en importantes alcaldías (Vitoria, Badalona, Gandía). Como en la propuesta socialista, analizada anteriormente, subyace una deslegitimación de los pactos post electorales a las que denomina gobierno de los perdedores y una relativa superioridad moral de un sistema mayoritario. En este caso, no se justifica en la legitimidad, sino en la gobernabilidad y la obtención de premios de mayo-

⁸ https://www.pp.es/sites/default/files/documentos/16.08.28_150_compromisos_para_mejorar_espana.pdf.

ría que garanticen mayorías absolutas. La propuesta, en síntesis, plantea lo siguiente:

Elección del alcalde de forma directa por los electores. En primera vuelta si se obtiene la mayoría absoluta o alcanzado el 35 por ciento y se supera en cinco puntos a la siguiente opción asignando a esta opción la mayoría absoluta de concejales. También se obtiene mayoría absoluta superando el 30 por ciento y una distancia de diez puntos a la siguiente candidatura.

- Segunda vuelta electoral para todos los candidatos que hubieran superado el 15 por ciento de los sufragios elevando la barrera electoral para participar en la segunda vuelta. esta elevación se justifica en la Sentencia del Tribunal Constitucional respecto de lo recogido en el Estatuto de Autonomía de Canarias.

- En la segunda vuelta una candidatura con el 40 por ciento de los votos válidos escrutados y una diferencia de 7 puntos porcentuales sobre la siguiente también tendría una plena para la obtención de la mayoría absoluta.

- Mantiene el suelo electoral del 5 por ciento actual para el acceso al Pleno Municipal y el reparto de escaños de forma proporcional y Ley D-Hondt para la composición del Pleno Municipal.

Esta propuesta adolece de diversos miedos, el primero la aparición de diversas listas electorales y la fragmentación del voto, por lo que prima en exceso a los candidatos. En principio y por análisis histórico de los datos electorales, favorece a los dos principales partidos. Miedo a la crítica por gasto electoral de consagrar, de forma permanente, una segunda vuelta y los problemas derivados de organizar demasiadas jornadas de votación y los efectos que estas tendrían en los electores. Miedo al rechazo de la izquierda de la reforma, la necesidad de alcanzar consenso y plantearla en los mismos términos que las presentadas por partidos de izquierda en Europa, Grecia e Italia. Miedo a los pactos post electorales y el progresivo distanciamiento de una democracia de consenso a una política de bloques.

El debate en el Congreso de la proposición de ley mostró un rechazo generalizado a la propuesta tachándola de inoportuna al estar muy cercanas unas elecciones municipales y no ser conveniente modificar el sistema electoral. La existencia en el momento del debate de una subcomisión dedicada a la reforma de la ley electoral y el rechazo

unánime de los grupos minoritarios a la tramitación de la proposición por entender que un sistema proporcional tiene una mayor calidad democrática. La iniciativa fue rechazada, aunque la mayoría de los grupos sí se manifestaron a favor de desbloquear las listas para la elección de los concejales y terminar con el bloqueo de las mismas y la gran influencia de los partidos en su elaboración.

5. La elección directa del alcalde en Italia

Los motivos que suscitan el debate sobre la modificación del sistema de elección del alcalde en España son sustancialmente los mismos que se producen en Italia previamente a la Ley número 81, de 25 de marzo de 1993, sobre elección directa del alcalde, del presidente de la provincia, del consejo comunal y del consejo provincial.

Una acentuada crisis institucional fruto de la alta corrupción política en el contexto de una importante crisis económica, una creciente inestabilidad política con una desconfianza creciente de los ciudadanos hacia los partidos políticos como protagonistas del proceso electoral y de los acuerdos post-electorales.

Los debates dirigidos a la reforma del Senado, la modificación de las condiciones de inmunidad parlamentario o la configuración de listas abiertas para la elección de los representantes, incluso la necesaria limitación de mandatos como instrumentos de regeneración democrática se producen de forma paralela en ambos países. Aunque las reformas en Italia tienen un marcado carácter constitucional, la presión ciudadana ha permitido alcanzar los acuerdos parlamentarios que no se han producido en España para lo que podemos denominar una “segunda transición”.

La reforma italiana otorga una gran importancia a la figura del alcalde en el proceso electoral, una clara personalización con la intención de disminuir la importancia que tenían los partidos políticos en el sistema anterior.

En los municipios con más de 15.000 habitantes, el votante tiene varias posibilidades:

- a) Emitir un voto único para el alcalde y la lista que le apoya.
- b) Emitir un voto exclusivamente para el alcalde.

c) Votar de forma diferente al alcalde y la lista al consejo comunal.

Es elegido alcalde el que obtiene la mayoría absoluta en primera vuelta o relativa en segunda.

Para garantizar la estabilidad se establece el “premio *maggioranza*” que otorga el 60% de los escaños del consejo comunal a las listas coaligadas con el alcalde electo y el resto de escaños se reparten entre las demás listas.

El votante dispone también de un “voto di preferenza” en los candidatos de la lista comunal, lo que produce una apertura de las listas bloqueadas y una competencia por el voto de los candidatos al consejo comunal.

La legislación italiana resuelve el conflicto de la moción de censura con la convocatoria de nuevas elecciones para cargos unipersonales y colegiados.

El carácter presidencialista del alcalde y la previsible cómoda mayoría que le otorga el sistema de elección, se encuentra compensado con la limitación de mandatos, imposibilitando la elección durante más de dos mandatos consecutivos, no sólo al alcalde sino también, a los miembros del consejo comunal, lo que garantiza un cierto equilibrio en el ejercicio del poder y una garantía de regeneración y renovación de cargos electos.

La reforma italiana incorporó plenamente a la mujer en la participación política, proceso que en el caso español ya estaba resuelto en anteriores modificaciones electorales, suscitadas desde la legislación para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Ley Orgánica 3/2007).

Existen claras similitudes entre la actual legislación italiana y las planteadas por los partidos mayoritarios españoles en el Congreso de los Diputados mediante proposiciones de ley:

- Elección diferente del alcalde y del pleno.
- Elección a doble vuelta si no se produce una mayoría absoluta en la primera votación.
- Premio de mayoría para garantizar la estabilidad del sistema.

En el caso español se mantendrían las listas cerradas y bloqueadas para la elección del Pleno Municipal, la posibilidad de construir mayorías alternativas mediante moción de censura y no se plantea la limitación de mandatos.

La aplicación práctica de la nueva ley electoral local italiana ha conseguido varios de los objetivos propuestos:

“El régimen local italiano ha experimentado ya gran parte de la renovación que deberá seguir a nivel estatal o constitucional. Solamente por ello la Ley de 25 de marzo de 1993 número 81 sobre Elección Directa de Alcaldes y Presidentes Provinciales ha de considerarse un hito importantísimo en el derecho público italiano (y puede que en el futuro, sea señalada como el comienzo del fin de la Primera República)” (BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL, 1993; 583-600).

Es interesante la diferencia por número de habitantes, más o menos de 15.000 habitantes, en España sólo se contempla para los pequeños municipios desde el punto de vista electoral, no para los denominados municipios de gran población, aunque sí se distinguen peculiaridades en la organización administrativa y la concentración de competencias en el alcalde (Ley 57/3003, de 16 de diciembre, Ley de Grandes Ciudades o de Medidas para la Modernización del Gobierno Local).

La incorporación de nuevas reglas y reformas electorales aporta diversos valores (RENEWICK, ALAN, 2010; 39).

El primero asociado a la democracia en la nueva distribución de sitios y poder incrementando la responsabilidad de los políticos, el segundo es la estabilidad y el tercero es la mejora de la eficiencia y la lucha contra la corrupción.

En la reforma electoral italiana también subyace incrementar la independencia del gobierno local de las estructuras políticas regionales y nacionales con el popular eslogan “localismo contra la partitocracia”, así como incrementar la eficiencia y la eficacia derivada de una mejora en la estabilidad institucional. (BALDINI, GIANFRANCO, 2002; 364-379).

Después de 30 años de aplicación, el reconocimiento generalizado a la reforma en las elecciones locales italianas reside en la mejora de la libertad que el sistema aporta al votante y constituye, sin duda, un buen modelo para las reformas pendientes en España. (CAROLA FRESCHI, ANNA; METTE, VITTORIO, 2020; 271-290)

6. Conclusiones

1.- La elección directa del alcalde por un sistema mayoritario a una o dos vueltas, incrementa la legitimidad del elegido y refuerza dos aspectos esenciales, la gobernabilidad, eliminando la moción de censura, así como dificulta el transfuguismo. García Fernández plantea la posibilidad de un ticket electoral para garantizar la sucesión del alcalde por circunstancias tasadas (dimisión, fallecimiento...).

2.- Es necesario diferenciar en dos listas la elección, por un lado, el alcalde y por otro los concejales del pleno que mantendrían el sistema proporcional para garantizar la representación de todas las corrientes existentes en el municipio. Para incrementar la representación es conveniente la reducción de la barrera electoral del 5 al 3 por ciento.

3.- El exceso de poder del alcalde en el ejercicio del gobierno y como personalidad legitimada por los electores frente al partido político, hace conveniente pensar en limitar el mandato como en los sistemas presidencialistas a un máximo de dos mandatos, ocho años en el caso español.

4.- La actual regulación de los municipios de gran población, con unas competencias reforzadas del alcalde, hacen innecesario nuevas modificaciones de la organización administrativa municipal.

5.- La propuesta de elección directa del alcalde se encuentra en la tradición histórica española y en nuestra Constitución, por lo que la reforma legal es posible y sencilla. Es necesario, como en cualquier reforma de la Ley Electoral, el máximo consenso. Como hemos analizado Partido Socialista, Partido Popular y Ciudadanos lo han planteado en algún momento de sus propuestas electorales y programáticas.

6.- Un sistema electoral por la elección del alcalde de elección directa, mayoritario y presidencialista unificaría la decisión de los vecinos y el ejercicio del poder municipal.

7.- La experiencia italiana aporta estabilidad al gobierno municipal y pérdida de influencia de los partidos políticos tradicionales, aunque se produce un peligroso crecimiento de opciones electorales vinculadas a intereses particulares o gremiales.

Referencias bibliográficas

- Arenilla Sáez, Manuel (Coord.) (2020). *Fundación Democracia y Gobierno Local. La elección directa del alcalde. Reflexiones, efectos y alternativas*.
- Astarloa Huarte-Mendicoa, Ignacio (2017). *El parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*.
- Baldini, Gianfranco (2002). *The direct election of mayors: An asserment of the institutional reform following the Italian municipal elections of 2001*. *Journal of Modern Italian Studies*, 7 (3).
- Belda Pérez-Pedrero, Enrique (2000). *Los representantes locales en España*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Beltrán de Felipe, Miguel (1993). La nueva ley electoral local italiana (Ley de 25 de marzo de 1993 n° 81 de elección directa de los alcaldes y presidentes provinciales). *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n° 259,
- Carola Freschi, Anna; Mette, Vittorio (2020). *The electoral personalization of Italian mayors. A study of 25 years of direct election*. *Italian Political Salience Review*.
- Cerda Ruiz-Funes, J. (1974). *Hombres buenos, jurados y regidores en los municipios castellanos de la Baja Edad Media" I Simposium de Historia de la Administración*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid.
- Delgado del Rincón, Luis E. (2012). La parlamentarización de la forma de gobierno local: la reforma de la LOREG sobre la confianza local y su incidencia en el derecho de los concejales a ejercer un cargo público representativo. *Revista de Administración Pública* núm. 189.
- Delgado Sotillos, Irene; López Nieto, Lourdes (2011) *Actores y Comportamiento Político*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid
- García, María Jesús (2011). *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm 91.
- García-Escudero, Piedad; Pendás García, Benigno (1985). *El nuevo régimen local español: Estudio sistemático de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local*. Editorial Praxis, S.A.
- García Fernández, Javier (2001). *La elección directa de los alcaldes: Contexto político y problemática jurídica*. *Revista de Derecho Político*. Núm. 52.
- García de Valdeavellano, Luis (1968). *Curso de Historia de las Instituciones Españolas*. Editorial: Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid.

- Muñoz Machado, Santiago (2018) (ed) *Comentario mínimo a la Constitución Española*. Editorial CRÍTICA. Noviembre.
- Nohlen, Dieter (2018). *Gramática de los Sistemas Electorales. Una introducción a la Ingeniería de la Representación*. Editorial Tecnos.
- Orduña Prada, Enrique. *Ordenanzas municipales de convivencia ciudadana, sanciones y democracia local*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Orduña Rebollo, Enrique (1988). *La evolución del concejo abierto y su reconocimiento constitucional*. *Revista de estudios de administración local y autonómicas* n 237. Enero-Marzo.
- Orduña Rebollo, Enrique (1988). *La evolución del concejo abierto*. REALA. *Revista de Estudios de Administración Local* núm. 237.
- Presno Linera, Miguel Ángel (1993) (1994). *La Reforma Electoral en Italia (Comentario a las Leyes núms. 276 y 277, de 4 de agosto de 1993, sobre elección del Senado de la República y para la elección de la Cámara de Diputados, respectivamente; y la Ley núm. 81, de 25 de marzo de 1993, sobre elección directa del alcalde, del presidente de la provincial, del consejo comunal y del consejo provincial)*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, Núm. 40. Enero-Abril 1994.
- Renwick, Alan (2010). *The Politics of Electoral Reform: Changing the Rules of Democracy*. Cambridge University Press 2010.
- Ridao i Martin, Joan; García i Martínez, Alfons (2015). *La elección directa del alcalde por los vecinos. Criterios para un régimen presidencialista en los gobiernos municipales*. REALA. *Revista de Estudios de Administración Local* núm. 3, enero-junio.
- Rivero Ortega, Ricardo (2018) *Comentario mínimo a la Constitución Española*. Muñoz Machado, Santiago (Coord.). Editorial Crítica. Noviembre. Art. 140.
- Salazar Benítez, Octavio (2007). *El sistema de gobierno municipal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Sweeting, David (2018). *Directly elected mayors in urban governance. Impact and practice*. Policy Press 2018.

*Giovanni Matteo Centore**

PER UNA NUOVA FASE COSTITUENTE
DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA
NELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Il partito politico nelle dinamiche del costituzionalismo multi-livello: aspetti concettuali, cause storiche e processi in atto. – 2. Il ruolo dei partiti politici come fattore di integrazione dell'Unione Europea: inquadramento storico e linee di tendenza nei Trattati e nelle fonti regolamentari. – 3. Il rapporto tra i partiti politici europei ed i gruppi nel Parlamento Europeo. – 4. Verso una rappresentanza politica dei partiti di tipo europeo per connettere diritti, partecipazione e democrazia. Incentivi normativi ed un auspicio costituente.

1. Il partito politico nelle dinamiche del costituzionalismo multilivello: aspetti concettuali, cause storiche e processi in atto

La tematizzazione della funzione del partito politico non può che inserirsi nel contesto della più ampia crisi della rappresentanza politica, che si presenta come uno degli snodi fondamentali, se non decisivi, della democrazia contemporanea. Il suo studio presuppone un'analisi che tenga conto delle profonde trasformazioni intervenute e della prospettiva dentro la quale essa si colloca sul piano ordinamentale. In questo contributo, si assume quella sovranazionale ed europea come la necessaria dimensione per esaminare la sua parabola, la sua evoluzione ed il suo sviluppo.

La progressiva erosione della sovranità nazionale¹ e la moltiplicazione ultra-statale dei centri decisionali hanno riscritto le categorie ed i confini dell'esercizio del potere politico. Ne risulta compresso, se non dissolto, quello spazio ove, nel Novecento, si sono espresse appieno le potenzialità dello Stato costituzionale e le forme della partecipazione politica, determinandone di fatto la crisi. Il fenomeno è stato oggetto

* Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

¹ LANCHESTER F. (1998), 413 ss. Cfr. anche LUCIANI M. (2009), 24.

di plurime chiavi interpretative, a partire da quella che si focalizza sui cambiamenti profondi dell'ordinamento politico che si riflettono sul nucleo storico e concettuale del costituzionalismo², con la conseguente dissoluzione del legame che ha unito il complesso dei congegni di garanzia e di protezione contro il potere alla costruzione del diritto pubblico dello Stato nazione. Si tratta di elaborazioni teoriche che tendono a declinare in positivo l'originalità e la complessità giuridica dell'Unione europea³, superando le tradizionali categorie dogmatiche legate alla statualità⁴. Di notevole interesse è la proposta teorica di «*costituzionalismo multilivello*»⁵, inteso come tentativo di concettualizzare il costituzionalismo europeo oltre lo Stato, in direzione di una comprensione di un'entità politica e giuridica plurale ed in divenire. Questa posizione declina il concetto di Costituzione in un contesto «*post-nazionale*», gettando le basi per la teoria del «*multilevel constitutionalism*», che introduce una sorta di *tertium genus* nella tensione tra dimensione statale e dimensione internazionale. In tal senso, la dottrina del costituzionalismo multilivello – attenuata la conflittualità generata dalla natura dualistica del regime giuridico europeo – riconosce la dimensione costituzionale dell'Unione e da questa sviluppa la propria analisi, perseguendo l'obiettivo di definire, nel contesto «*inedito*» del processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo, i contorni della legittimità del potere pubblico europeo e i limiti posti in essere al suo esercizio⁶. I soggetti legittimanti dell'ordinamento europeo diventano i cittadini europei «*the masters of the Treaties, if any, can only be the citizens, not the Member States*» (Pernice, 2002, 519)⁷, i quali sono, ad un tempo, cittadini dell'Unione e cittadini nazionali ed è pro-

² RIDOLA P. (2018) o, più ampiamente, ID. (1997), *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino; ID. (2010), *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino.

³ DE VERGOTTINI (2009).

⁴ GUAZZAROTTI (2017), 629 ss.

⁵ Cfr. PERNICE (2002), 511 e ss.; ID. (2009), *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, in Colum. J. Eur. L., 3, 349 ss; ed inoltre ID. (2015), *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in Eur. Const. Law Rev., 11, 541-562.

⁶ CONTI (2014), 24.

⁷ PERNICE (2002), 519; HÄBERLE (1997), 20.

prio questo doppio *status* ad indicare la radice di legittimazione comune tra Stati membri ed Unione europea.

Queste succinte premesse teoriche consentono di concentrare l'attenzione sulle dinamiche che interessano i processi di democratizzazione; in particolare, il controllo sul potere attraverso apposite procedure costituzionali e l'esistenza di un sistema rappresentativo, capace di veicolare e strutturare la sovranità popolare all'interno delle Istituzioni. In questo senso, proprio a cominciare dalla democratizzazione e dal ruolo dei partiti, è possibile esaminare il caso specifico dell'Unione europea. Un così problematico itinerario teorico conosce non pochi punti di contatto con quelle tesi che accolgono come concause del debole funzionamento della democrazia il progressivo declino del sistema tradizionale dei partiti. In particolare, è Mair ad osservare come, andando oltre i partiti, la democrazia oltrepassi anche il coinvolgimento ed il controllo popolare⁸. Lo studioso assume come punto di partenza il contenuto di più risalenti ed autorevoli riflessioni⁹ sull'inimmaginabilità di una democrazia senza partiti e, spingendosi fino alla sua logica conclusione, giunge ad ammettere che, di fronte ad un crollo dei partiti, la stessa democrazia diverrebbe inconcepibile o impraticabile. In assenza di un sistema partitico forte e strutturato, ci si ritrova con una versione della democrazia costituzionale o madisoniana, fortemente ridotta, o con una versione post-popolare come quella del sistema di governo repubblicano in cui i cittadini sono esclusi¹⁰, o ancora, di fronte a quei moderni sistemi di gestione della cosa pubblica che cercano di combinare la partecipazione delle parti interessate con un efficiente processo di risoluzione dei problemi¹¹. Su questo terreno, un robusto contributo è offerto dalla elaborazione della nozione di "*qualità*" della democrazia di Morlino. L'Autore, ai fini del successo del processo di consolidamento democratico, pone l'evidenza sulla necessità di "*ancore*"¹², se la legittimità del regime democratico è limitata. All'opposto, laddove la legittimità del regime

⁸ MAIR (2013), 16.

⁹ Cfr. SCHATTSCHNEIDER (1942).

¹⁰ Cfr. PETTIT (1998, 303).

¹¹ Cfr. KOHLER – KOCH B. (2005).

¹² Cfr. MORLINO L. (2013), 98.

democratico è inclusiva, le “*ancore*” assumono ancora maggior rilievo, ma solo per comprendere quali processi di consolidamento si siano realizzati. Tra queste, lo studioso assegna particolare importanza alle organizzazioni partitiche, che esprimono le potenzialità per proporsi come strutture intermedie in grado di contribuire alla qualità democratica, anche sul piano della responsabilità e dei diritti. Ciò nella consapevolezza che la complessità delle democrazie attuali richiedono un approccio plurimo alla qualità democratica, il che significa rivitalizzare la funzione dei partiti politici, attraverso modelli deliberativi ed incoraggiando leadership di qualità, nel quadro di una complessa operazione atta a trasferire il piano di queste possibili soluzioni dentro una dimensione sovranazionale e, per molti versi inedita rispetto ai canoni tradizionali, come il sistema politico dell’Unione europea.

2. Il ruolo dei partiti politici come fattore di integrazione dell’Unione Europea: inquadramento storico e linee di tendenza nei Trattati e nelle fonti regolamentari

Il quadro teorico che si è tentato di comporre fin qui è funzionale al buon esito della ricerca di elementi idonei ad indagare il modo con cui i principi della democrazia rappresentativa innervano l’ordinamento sovranazionale dell’Unione europea ed il modo con cui essi si realizzano. Il confronto è ruotato per molto tempo intorno alla possibilità di trasporre su un piano sovranazionali congegni, istituti e paradigmi che sostengono lo sviluppo delle democrazie nazionali. Su tale sfondo, si colloca l’obiettivo di compiere una disamina sul partito politico di livello europeo, quale principale soggetto della rappresentanza, e sugli strumenti giuridici che possono incentivarne una compiuta affermazione, necessaria per consolidare un sistema autenticamente democratico rappresentativo¹³. Occorre preliminarmente osservare come la nascita e lo sviluppo dei partiti a livello europeo costituiscano uno degli aspetti di maggiore criticità del complesso processo di integrazione europea. La loro natura è di associazioni di associazioni, strutturalmente collegate ai rispettivi partiti nazionali. Questa natura ha in-

¹³ Cfr. BIN (2014), 3; PATI (2014), 2.

dubbiamente condizionato la loro evoluzione ed impedito la formazione di veri e propri partiti politici, come si sono affermati nella dimensione nazionale. Nei primi decenni del percorso di integrazione, tali soggetti hanno scontato un ruolo alquanto marginale. Per giungere ad un primo riconoscimento, occorre attendere la stesura del Trattato di Maastricht¹⁴, che porta all'art. 138A. Ma è con il Trattato di Nizza che il ruolo dei partiti trova un'apprezzabile valorizzazione. In particolare, l'art. 191 recita: «*I partiti politici a livello europeo sono un importante fattore per l'integrazione in seno all'Unione. Essi contribuiscono a formare una coscienza europea e ad esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, determina lo statuto dei partiti politici a livello europeo, in particolare le norme relative al loro finanziamento*». Tale previsione si propone di garantire ai partiti politici a livello europeo un più efficace fondamento costituzionale ed una più idonea base giuridica¹⁵ ed è il frutto di un percorso accidentato, indirizzato a definire la disciplina dei partiti politici europei nell'ambito della riforma del Trattato di Maastricht, avvenuta con il successivo Trattato di Amsterdam. Un percorso preceduto da un'attività preparatoria composta da due contributi fondamentali: la Relazione della Commissione per gli Affari Istituzionali del Parlamento Europeo del 1996 «*sulla posizione costituzionale dei partiti politici europei*», che prende il nome del suo relatore Tsatsos¹⁶ e la Relazione speciale della Corte dei conti n. 13 del 2000, «*relativa alle spese dei gruppi politici del Parlamento Europeo, corredata delle risposte del Parlamento Europeo*». La Relazione Tsatsos è considerata uno degli sforzi più importanti per condensare il dibattito sui partiti politici a livello europeo e per tratteggiare le loro linee evolutive¹⁷. Tale documento colloca i partiti politici al centro del processo di democratizzazione dell'Unione Europea, collegando la presenza di un sistema partitico funzionante allo sviluppo di «*una vera cittadinanza europea in grado di seguire, discutere e influenzare la formazione della*

¹⁴ Cfr. JANSSEN (1998); COMAN (2004), 134; JOHANSSON; RAUNIO T. (2005) 521-522).

¹⁵ Cfr. GRASSO (2008), 615.

¹⁶ Cfr. anche TSATSOS (1995), 16.

¹⁷ JOHANSSON, RAUNIO T. (2005), 521 - 552.

volontà politica a livello europeo», in modo complementare al ruolo esercitato dai partiti politici nazionali e dai gruppi politici costituiti nel Parlamento Europeo. Inoltre, si sottolinea che *«la posizione costituzionale dei partiti politici, inclusi i partiti europei, comporta non solo dei diritti ma anche dei doveri che corrispondono ai diritti dei cittadini nei confronti dei partiti. Tenuto conto del diritto fondamentale dei partiti alla libertà di azione politica, tali doveri consistono essenzialmente in vincoli imposti alla struttura organizzativa dei partiti politici europei»*. Sembra quindi emergere la consapevolezza di come il diritto di partecipazione politica¹⁸ dei cittadini all'interno dei partiti assuma centralità, implicando l'esigenza di introdurre norme pubblicistiche finalizzate a disciplinare l'organizzazione interna dei partiti europei, anche mediante vincoli alla loro libertà associativa. Per quanto riguarda l'altro documento, il Rapporto Speciale della Corte dei conti europea raccomanda al Parlamento Europeo di valutare la definizione di una normativa trasparente da applicare ai partiti politici europei, imprimendo un significativo impulso al varo del Regolamento 2004/2003 del Parlamento Europeo e del Consiglio¹⁹, che introduce una disciplina inerente allo statuto ed al finanziamento dei partiti politici a livello europeo.

Un punto di svolta nella costruzione di un sistema rappresentativo dell'Unione Europea è segnato dall'adozione del Trattato di Lisbona²⁰, nel quale, il riconoscimento dei partiti politici europei si arricchisce di un'ulteriore e significativa definizione, nella parte dedicata ai principi democratici. La funzione dei partiti politici europei, nel concorrere alla formazione di una coscienza politica e all'espressione della volontà dei cittadini dell'Unione, va ad affiancarsi alle forme di azione politica della cittadinanza al contributo *“attivo”* dei Parlamenti nazionali. Questo approccio può essere colto dall'art. 10 del TUE, che stabilisce espressamente che *“il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa”*. La disposizione ha il merito di introdurre un doppio binario di legittimazione democratica dell'Unione: uno indiret-

¹⁸ MARSOCCHI (2016).

¹⁹ Per approfondire lo sviluppo del quadro normativo, si vedano PORCHIA (2014), 615 ss.; ID. (2017), *Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale*, in *Nomos*. 1, 1-15.

²⁰ CANNIZZARO (2008), 8 ss.; DONATI (2014), 8 ss..

to, derivante dalla legittimazione democratica dei governi rappresentati nel Consiglio europeo; un altro diretto, espresso attraverso il Parlamento, rappresentativo di tutti i cittadini europei. In questo contesto, si colloca l'introduzione del sistema degli *Spitzenkandidaten*²¹ adottato per l'elezione del Presidente della Commissione europea nel 2014²², tentativo teso a ridurre il distacco tra cittadini ed Istituzioni europee, cercando di riprodurre, anche mediante i partiti europei, alcune delle caratteristiche dei modelli di democrazia rappresentativa nazionali, sotto il profilo dei rapporti tra Esecutivo e maggioranze parlamentari²³. In tale prospettiva, un altro aspetto da valutare con attenzione, nell'ottica dello sviluppo dei partiti politici europei, è quello legato al sistema elettorale che regola il rinnovo del Parlamento Europeo. Si tratta di un elemento capace di influire significativamente sul sistema dei partiti, alla luce della connessione esistente tra forma di governo, sistema elettorale e ruolo dei partiti²⁴. Val la pena ricordare come l'art. 223 TFUE attribuisca al Parlamento Europeo il potere di elaborare un progetto di atto normativo *«volto a stabilire le disposizioni necessarie per permettere l'elezione dei suoi membri a suffragio universale diretto, secondo una procedura uniforme in tutti gli Stati membri o, secondo principi comuni a tutti gli Stati membri»*. Esiste quindi una base giuridica che, tuttavia, neppure approcci più prudenti hanno potuto tradurre in un sistema elettorale in grado di uniformare o, anche più realisticamente, armonizzare le norme per l'elezione dei rappresentanti al Parlamento Europeo. A conferma di come volontà politica e basi giuridiche siano condizioni destinate inesorabilmente ad incontrarsi per produrre risultati apprezzabili ed avanzamenti riconoscibili.

Elemento portante della disciplina dei partiti europei può oggi considerarsi il Regolamento UE 1141/2014, relativo allo statuto e al

²¹ Sulla genesi degli *Spitzenkandidaten*, cfr. ampiamente PRIESTLEY; PEÑALVER GARCÍA (2015).

²² Una prassi introdotta attraverso la raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2013, sul *“rafforzamento dell'efficienza e la democrazia nello svolgimento delle elezioni del Parlamento europeo”* (2013/142/UE); nonché, attraverso la risoluzione del Parlamento europeo del 4 luglio 2013 sul *“miglioramento delle modalità pratiche per lo svolgimento delle elezioni europee del 2014”*.

²³ Come sottolineato da SCUTO (2017), 235.

²⁴ Cfr. GIUPPONI (2005), 3; DE MARCO E. (2009), 39 ss.

finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee, in attuazione di quanto sancito dal citato art. 10 par. 4 TUE e dall'art 12 par. 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, secondo cui i partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza politica europea e a esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione²⁵. A tal fine, il Regolamento²⁶ conferisce ai partiti politici europei e alle fondazioni politiche ad essi affiliate uno *status* giuridico europeo che prevede l'attribuzione della personalità giuridica europea. I partiti politici europei – in base al Considerando n. 27 – *«dovrebbero essere in grado di finanziare le campagne condotte nel contesto delle elezioni del Parlamento europeo, mentre il finanziamento e i massimali delle spese elettorali per i partiti e i candidati a tali elezioni dovrebbero essere disciplinati dalle norme applicabili in ciascuno Stato membro»* e quindi devono poter ricevere un finanziamento a carico del bilancio dell'Unione, nonché essere destinatari di donazioni private, a condizione che non finanzino, né direttamente né indirettamente, altri partiti politici, in particolare, partiti politici o candidati nazionali, né campagne referendarie. Un dato che merita di essere subito sottolineato è relativo alla mancata competenza riconosciuta ai partiti politici europei di designare candidati alle elezioni nazionali ed a quelle del Parlamento europeo, prerogative che restano pertanto assegnate in modo esclusivo ai partiti politici nazionali. La fonte regolamentare mira, dunque, a rafforzare l'identità dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche ad essi collegate, in quanto strumenti importanti per la democrazia rappresentativa nell'Unione²⁷; ma, allo stesso tempo, non incide sul rapporto di subalternità dei partiti politici europei rispetto agli omologhi nazionali, dalla cui aggregazione essi sono composti. Il Regolamento in esame delinea pertanto un quadro legale per i partiti politici europei più approfondito e stringente rispetto a quello del 2003. Ed è proprio su questo terreno che è possibile registrare un avanzamento, mediante l'adozione di norme sull'organizzazione in grado di favorire una maggiore strutturazione dei partiti po-

²⁵ Cfr. PALLOTTA (2018), 1-8.

²⁶ Per un approfondimento puntuale sui contenuti del Regolamento, cfr. ALLEGRI (2019), PÉREZ VILLALOBOS (2021).

²⁷ BALAGUER CALLEJON (2020).

litici europei. Va notato infatti come il Regolamento offra una prima indicazione rispetto alla qualificazione di partito politico europeo, identificandolo come *«un'alleanza politica che persegue obiettivi politici ed è registrata presso l'Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee»* ed alla qualificazione di fondazione politica europea, come *«entità formalmente collegata a un partito politico europeo»*, che ne sostiene e ne integra gli obiettivi. Rilevante risulta la disposizione relativa all'ottenimento dello *status* di partito politico europeo o di fondazione politica europea, che prevede un obbligo di iscrizione in un apposito registro pubblico, assumendo quindi una diversa connotazione rispetto agli ordinamenti nazionali per cui il modello europeo appare dotarsi, in questa prospettiva, di un carattere di maggiore rigidità. In assenza di registrazione, un'alleanza politica di partiti nazionali non è qualificabile come partito politico europeo, ma resta semplicemente una forma di cooperazione strutturata tra partiti politici e/o cittadini priva di uno specifico status giuridico. Sotto il profilo delle condizioni previste per la registrazione, afferenti, a livello europeo, sia ai partiti politici europei sia alle fondazioni politiche formalmente collegate ai primi, c'è un requisito fondamentale, in base al quale, l'alleanza politica europea che aspiri alla registrazione come partito politico europeo, è chiamata ad osservare nel suo programma e nella sua attività i valori su cui è fondata l'Unione Europea, e quindi a rispettare la dignità umana, la libertà, la democrazia, l'uguaglianza, lo stato di diritto e i diritti dell'uomo, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. A riguardo, va sottolineato che, nonostante l'art. 3 faccia riferimento esplicito all'azione – quindi all'attività concreta di partiti e fondazioni – e non soltanto agli enunciati programmatici, la verifica da parte dell'Autorità indipendente appositamente istituita per permettere l'iscrizione nel registro è di tipo esclusivamente documentale-formale. Nello specifico, sui partiti che intendono iscriversi al registro grava l'obbligo di sottoscrivere una dichiarazione di adesione ai valori appena richiamati e previsti dall'art. 2 del Regolamento. Il che lascerebbe pensare ad una sorta di presunzione iniziale circa l'adesione del partito richiedente al nucleo valoriale dell'Unione Europea. In relazione alla democrazia nell'organizzazione interna, il Regolamento contiene un nucleo minimo di indicazioni che riguardano le procedure per l'ammissione, le dimissioni e l'esclusione dei

membri; le procedure per l'attribuzione e la revoca di incarichi diretti-
vi negli organi interni del partito nonché delle competenze di rappre-
sentanza amministrativa, finanziaria e legale; le procedure per lo svol-
gimento dei processi decisionali interni, in particolare le procedure di
voto e i requisiti in materia di quorum. Un'impostazione simile è adot-
tata rispetto alle procedure di revisione dello statuto ed in materia di
trasparenza propria di ciascun partito, laddove si prescrive che lo sta-
tuto del partito espliciti «*la sua concezione della trasparenza, in partico-
lare per quanto riguarda contabilità, conti e donazioni*»; ciò comporta,
pertanto, che un partito possa limitarsi, nell'esprimere per via statuta-
ria la sua “*concezione della trasparenza*”, agli elementi essenziali e non
per questo essere penalizzato nell'attribuzione dello *status* di partito
politico europeo. L'esame delle domande di registrazione, la verifica
dei requisiti necessari, la tenuta del registro e le decisioni sull'even-
tuale cancellazione dal registro, nonché le decisioni in merito al finan-
ziamento di partiti e fondazioni e all'ammissibilità delle donazioni pri-
vate, sono di competenza di un'Autorità monocratica indipendente. Le
verifiche dell'Autorità sui requisiti di idoneità dei partiti politici euro-
pei non sono temporalmente limitate alla fase iniziale, al momento del-
la presentazione della domanda di iscrizione al registro, ma effettuate
“*ad intervalli regolari*”. L'esito di tali verifiche può perciò comportare,
con decisione motivata, la revoca della registrazione del partito politi-
co europeo o della fondazione politica europea. Il contrappeso previ-
sto per le decisioni dell'Autorità è il controllo di legittimità affidato al-
la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Per quanto attiene alla per-
sonalità giuridica, infine, le disposizioni previste dal Regolamento
comportano per partiti e fondazioni il riconoscimento giuridico e la
capacità giuridica in ciascuno degli Stati membri dell'Unione Europea.
Nello specifico, si stabilisce anzitutto che sulle materie non coperte da
previsioni regolamentari vige la disciplina dello Stato membro in cui
ha sede il partito o la fondazione.

3. Il rapporto tra i partiti politici europei ed i gruppi nel Parlamento Europeo

La ricostruzione del quadro normativo dei partiti politici europei consente di affrontare con maggiore cognizione di causa il rapporto esistente tra questi ed i gruppi costituiti nel Parlamento Europeo. Per comprendere in quale modo la rappresentanza politica si esprima nel disegno istituzionale dell'Unione²⁸ e per coglierne le maggiori criticità, sembrano indispensabili alcune premesse. Va osservato innanzitutto come quest'organo sia il primo di natura sovranazionale in cui la rappresentanza non è fondata sull'appartenenza agli Stati di provenienza, ma in base ad affinità ideologiche²⁹, secondo i criteri fissati dal Regolamento interno del Parlamento Europeo. Sul punto, occorre rilevare come, dopo una prima fase improntata ad un'interpretazione estensiva del criterio dell'affinità politica, dalla V Legislatura, il requisito politico ha assunto la natura di condizione essenziale per la legittimazione di un Gruppo. Esempio paradigmatico è il voto di inammissibilità da parte del Parlamento Europeo del "Gruppo tecnico dei deputati indipendenti", formazione dalle caratteristiche tipiche di un gruppo misto e priva di legami ideologici tra i suoi membri; decisione confermata dal giudizio del Tribunale di primo grado dell'Unione Europea³⁰. Dalla lettura del Documento regolativo della vita interna del Parlamento, è possibile ricavare la determinazione di un doppio requisito quantitativo per la costituzione di un gruppo, articolato in una soglia minima ed in un vincolo nazionale: la richiesta deve essere presentata da almeno venticinque parlamentari, eletti in almeno un quarto degli Stati membri. A cui si accompagna un'eccezione, nel caso in cui la consistenza numerica di un gruppo scenda, in corso di legislatura, al di sotto della soglia richiesta. Al verificarsi di tale ipotesi, può essere concessa una deroga dal Presidente del Parlamento europeo con la quale si autoriz-

²⁸ Una delle tesi di maggior successo in letteratura è quella che indica nell'Unione Europea una democrazia "*composita*". Cfr. FABBRINI (2004), 1; PINELLI (2016), 639 ss.; GUASTAFERRO (2006), 195.

²⁹ SPINIELLO (2019); WALINE (1961), 1173.

³⁰ V. la sentenza di primo grado del Tribunale nelle cause riunite T-222/99, T-327/99, T-329/99 del 2.10.2001.

za lo stesso ad esistere fino alla successiva seduta costitutiva dell'Assemblea elettiva, a condizione tuttavia che i membri del gruppo continuino a rappresentare almeno un quinto degli Stati membri e che lo stesso esista da almeno un anno. Una caratteristica peculiare del sistema dei gruppi è la previsione del carattere facoltativo dell'iscrizione del singolo parlamentare. A chi sceglie di non aderire ad alcun gruppo costituito, si applica una normativa differenziata, che esclude la possibilità di fruire del supporto amministrativo e delle risorse economiche, con conseguenti svantaggi nella partecipazione ai lavori e nella pianificazione dell'agenda. La *ratio* è agevolmente intuibile nella volontà di incentivare una razionalizzazione del sistema politico ed una maggiore spinta all'aggregazione. L'autonomia dei gruppi politici del Parlamento europeo nei confronti dei partiti politici nazionali cui appartengono i propri membri e il condizionamento esercitato dalle forze politiche sul processo decisionale interno al Parlamento Europeo possono essere misurati in rapporto ad alcuni indicatori nazionali³¹. Tra questi, quello della concentrazione: più è consistente la rappresentanza di un partito nazionale all'interno del gruppo, maggiore il condizionamento che potrà esercitare; quello della frammentazione: quanto maggiore è il numero complessivo dei partiti nazionali che compongono il gruppo, tanto più alta sarà la sua libertà da ogni tipo di condizionamento; quello dell'inclusività: quanto maggiore è il numero di delegazioni nazionali interne al gruppo, tanto più alta risulterà la probabilità di una differenziazione rispetto agli interessi nazionali, tale da rendere possibile la creazione di un'identità politica transnazionale; quello della coesione: più compatta è la disciplina di voto dei membri del gruppo, indipendentemente dall'appartenenza alla singola delegazione nazionale, più unitaria risulterà essere l'azione del gruppo stesso all'interno dell'Assemblea Parlamentare; quello, infine, della multinazionalità: più alto è il numero di Stati membri rappresentati nel gruppo, più alta sarà la probabilità di realizzare una vocazione transnazionale dello stesso. Un altro aspetto da considerare riguarda il rapporto che intercorre tra l'organizzazione centrale dei partiti politici europei ed i rispettivi gruppi. Sul punto, può rilevarsi come gli organi decisionali dei partiti comprendano – per previsione statutaria – rappresentanti dei gruppi.

³¹ Cfr. ALLEGRI (2013).

Ciò appare coerente con il ruolo dei partiti politici europei, consistente nell'organizzare i propri membri nei gruppi, nel disciplinare il loro comportamento nell'Assemblea parlamentare, nel guidare processi di agenda *setting*, nel predisporre quindi un'infrastruttura a supporto dei lavori del Parlamento europeo.

Il percorso evolutivo dei rapporti tra partiti politici europei e gruppi offre lo spazio per qualche ulteriore considerazione che tende ad evidenziare come il più significativo limite dei partiti politici europei sia da ricercare nel momento genetico, nell'essersi formati come proiezione europea di federazioni politiche internazionali, piuttosto che come aggregazione spontanea dei cittadini. Fino ad anni recenti, è noto come ai gruppi nel Parlamento europeo sia stato attribuito un ruolo centrale nella costruzione della rappresentanza politica di livello europeo, in via prioritaria rispetto ai partiti politici transnazionali. Una linea di tendenza che conosce una prima correzione con il Trattato di Maastricht e poi con la progressiva estensione della procedura di co-decisione legislativa³² – assunta a rango di procedura ordinaria con il Trattato di Lisbona – che accresce il ruolo dell'Assemblea parlamentare e potenzialmente quello dei partiti politici in essa presenti³³. Si riconosce in questa innovazione lo spazio per innescare un circolo virtuoso in grado di rendere più dinamica l'evoluzione della forma di governo europea, in cui l'Istituzione parlamentare acquista maggiore peso politico ed autorevolezza, presentandosi come un vero e proprio colegislatore. Come rilevato in dottrina, *«rappresentanza politica, dialettica maggioranza-opposizione, partiti politici sono i pilastri storici del modello parlamentare»*, in assenza dei quali pare complesso immaginare il potenziamento del ruolo politico dell'Istituzione eletta. Il ruolo dei partiti politici si dimostra cruciale nella costruzione di qualunque sistema di governo, tanto più *«in una struttura istituzionale multilivello, ove le connessioni funzionali si snodano non solo sul piano orizzontale*

³² Sul ruolo del Parlamento Europeo e sulle procedure decisionali, cfr. TIZZANO (1998), 298 ss.; Cfr. anche COSSIRI (2008).

³³ Per approfondimenti sui nuovi poteri legislativi del Parlamento Europeo, si veda DE WITTE; TRESCHSEL; DAMJANOVIC; HELLQUIST; HIEN; PONZANO (2010); FASONE; LUPO, (2012), 356; CANNIZZARO (2008), 5.

tra i vari organi fra loro, ma anche verticalmente fra i diversi livelli territoriali interessati» (NINATTI, 2004, 1395 ss.)³⁴.

4. *Verso una rappresentanza politica dei partiti di tipo europeo per connettere diritti, partecipazione e democrazia. Incentivi normativi ed un auspicio costituente*

Incentivi normativi

In attesa che si creino le condizioni per determinare una profonda ridefinizione delle funzioni fondamentali dell'ordinamento europeo, sarebbe utile esplorare le potenzialità ancora insite nel Trattato di Lisbona. Un primo campo cui rivolgere uno sguardo interessato e strategico potrebbero essere, realisticamente e con qualche probabilità di successo, quello elettorale. Il funzionamento del sistema politico parlamentare pare dimostrare come si possa intravedere in questa Istituzione i segni di un sistema di competizione politica, che, superando i particolarismi nazionali, possa stimolare un protagonismo delle politiche europee e, soprattutto, incentivare un più convincente percorso di democratizzazione dell'Unione³⁵. A Trattati invariati, la strada percorribile sembrerebbe essere anzitutto quella che può condurre ad una riforma della legislazione elettorale. Dentro questa cornice, si verrebbe a creare un più significativo spazio anche per i partiti politici europei, nel quale approfondire quell'indispensabile legame di rappresentanza e responsabilità politica tra questi soggetti ed i cittadini europei. Una riforma che portasse all'istituzione di una circoscrizione elettorale transnazionale costituirebbe, in questo senso, un primo forte incentivo per campagne elettorali effettivamente sovranazionali, nella prospettiva di formazione di un'arena europea di confronto tra diverse ed opposte visioni sui destini dell'Unione e dei suoi interessi nel mondo. Su questo terreno, di rilevante significato è stato, da ultimo ed alla luce delle risultanze della Conferenza sul futuro dell'Europa, la Risoluzione

³⁴ NINATTI (2004), 1395 ss.

³⁵ CARAMANI (2015).

approvata dal Parlamento Europeo³⁶ – nella scorsa legislatura – che pone con forza il tema della riforma della procedura elettorale, con l'obiettivo di costruire norme minime comuni. Un atto che ribadisce quanto sia essenziale che i partiti politici e le associazioni di elettori, sia europei che nazionali, nonché altre entità elettorali europee, adottino procedure democratiche, informate e trasparenti per la selezione dei candidati al Parlamento europeo, garantendo la partecipazione diretta dei singoli cittadini iscritti ai partiti.

Pur nella consapevolezza della parzialità dello strumento giuridico rispetto a nodi problematici ancora irrisolti, che richiedono uno sforzo anzitutto di ordine politico e dal basso, la leva normativa può offrire interessanti possibilità per consolidare tendenze e fissare regole vincolanti. Sotto questo profilo, l'obiettivo di un potenziamento delle basi democratiche dell'ordinamento eurounitario può essere più efficacemente ricercato attraverso dei soggetti della intermediazione rappresentativa, come i partiti politici, chiamati a strutturarsi intorno a principi e regole che possano incoraggiare la formazione di processi decisionali interni trasparenti e democratici, quale presupposto per migliorarne anche la proiezione esterna ed il grado di rappresentatività. In questa ottica, sarebbero auspicabili interventi tesi a correggere i limiti di una disciplina regolamentare ancora timida ed accorta a non invadere lo spazio di autonomia dei partiti politici ed influenzata da un'esperienza storica in cui i partiti politici europei sono stati considerati, per lo più, come delle semplici aggregazioni di partiti politici nazionali. Una più forte responsabilizzazione del loro ruolo passa anche in un miglior funzionamento della democrazia al loro interno, sostenuta da un impianto di regole statutarie trasparenti, esigibili, rigorose, in grado di rafforzare prassi virtuose di partecipazione e di decisione; l'ambito delle tutele dei diritti; ed uno spazio crescente e centrale per la *membership* individuale. Il tema della democrazia interna si incontra con l'altro rilevante tema del finanziamento, che può diventare una formidabile spinta per incentivare il potenziamento dei partiti politi

³⁶ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo 2022/0129 del 3 maggio 2022 sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, che abroga la decisione del Consiglio (76/787/CECA, CEE, Euratom).

europei. Nel quadro legale fissato dal Regolamento 1141 del 2014, è auspicabile un intervento in grado di ampliare gli strumenti e le fonti di raccolta delle risorse finanziarie al fine di irrobustire e meglio radicare le strutture organizzative e le attività proprie del partito politico, come la formazione delle classi dirigenti, la disseminazione delle proprie idee, regolari incontri con gruppi di cittadini. Allo stesso tempo, l'obiettivo di costruire un solido sistema partitico non può prescindere dalla presenza di soggetti ispirati da definite identità politiche, programmatiche e culturali. Un ruolo decisivo, in tale direzione, può essere svolto dalle fondazioni, che trovano un primo significativo riconoscimento nel Regolamento, che attribuisce loro personalità giuridica. Tali istituzioni possono essere, come in alcuni Paesi membri – si pensi anzitutto alla Germania –, coesenziali al consolidamento di culture politiche europee, attraverso un'intensa attività di elaborazione di pensiero. In tale prospettiva, indicative di una nuova sensibilità delle Istituzioni europee appaiono le proposte di riforma avanzate nel corso della Legislatura 2019-2024. Un'importante Relazione approvata dalla Commissione Affari Costituzionali del Parlamento Europeo³⁷ può, per il suo contenuto, costituire una solida base per sviluppare i termini di una riforma complessiva. Il Documento, infatti, parte da una puntuale ed approfondita valutazione degli effetti applicativi del Regolamento 1141, evidenziando alcuni fattori di assoluto rilievo: innanzitutto, come il finanziamento dei partiti, proprio in quanto entità imparziali nell'ambito della competizione politica, non può essere ricondotto alla dimensione delle spese di natura non politica; riconosce altresì alle fondazioni politiche europee la funzione di accrescere la consapevolezza politica e di contribuire al dibattito sulle questioni politiche afferenti all'UE e sul processo di integrazione europea, e che in tale contesto le fondazioni sviluppino offerte non rivolte esclusivamente ai membri o agli elettori di un determinato partito, ma aperte a tutti a condizioni di parità. Al contempo, la Relazione valorizza la funzione che i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee svolgono

³⁷ Relazione sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) n. 1141/2014 relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee (2021/2018(INI)), Commissione Affari Costituzionali, Relatori: Charles Goerens e Rainer Wieland.

nella promozione delle politiche dell'UE nei paesi vicini nel quadro della politica estera e di sicurezza comune nonché delle relazioni esterne dell'Unione. Si intuisce come ciò suggerirebbe di aprire alla possibilità di prevedere un procedimento di adesione di partiti o singoli di tali paesi ed essere autorizzati a ricevere contributi da parte loro. Sul sistema di finanziamento, la Relazione presenta il pregio di sollevare alcuni problemi emersi in fase di applicazione del Regolamento: indica infatti la necessità di rendere più precisa e semplice la definizione dei finanziamenti indiretti forniti dai partiti politici europei e dalle fondazioni politiche europee alle controparti e ai membri nazionali, al fine di non ostacolare la cooperazione nel campo della promozione delle politiche unionali, nonché la loro interazione con i cittadini dell'UE; segnala come la previsione di un divieto di finanziare campagne referendarie relative a questioni afferenti all'Unione si ponga in contraddizione con la finalità dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee; solleva l'esigenza di garantire che i criteri di registrazione e di adesione prevedano una rappresentanza inclusiva ed effettiva dei partiti politici attivi a livello dell'Unione, evitando nel contempo di ostacolare la rappresentanza democratica dei partiti politici più piccoli a tale livello. Da qui muove la Relazione per avanzare alcune proposte: riconoscere diverse categorie di appartenenza ai partiti, alle fondazioni e ai partenariati di ricerca con le fondazioni; consentire l'adesione di membri provenienti da Stati del Consiglio d'Europa e da altri paesi europei; istituire una categoria di partner di ricerca per le fondazioni, nonché autorizzare i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee a riscuotere quote di adesione sulla base di un ordine generale dei contributi da applicare equamente a tutti i loro membri; valutare o esaminare la possibilità di utilizzare sistemi di finanziamento basati sul voto per i partiti politici europei, quale previsione in grado di incentivare l'affluenza degli elettori e promuovere un ambiente politico più pluralistico a livello dell'Unione. Un complesso di suggerimenti e indicazioni recepito dalla Commissione Europea in sede di formulazione della Proposta di Regolamento relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee che persegue alcuni obiettivi fondamentali: i) aumentare la sostenibilità finanziaria dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee; ii) agevolare le interazioni con i partiti nazionali che

ne sono membri, cosicché i partiti politici europei possano partecipare più facilmente alle campagne nazionali su tematiche riguardanti l'UE; iii) colmare le lacune rimanenti in materia di fonti e trasparenza dei finanziamenti (in particolare le donazioni e i finanziamenti provenienti da paesi terzi); iv) ridurre gli oneri amministrativi eccessivi e v) aumentare la certezza del diritto.

Un auspicio costituyente

Molteplici e variegate possono essere le condizioni storiche e culturali, in grado di favorire la formazione di una comunità e la maturazione di un consenso intorno ad un determinato sistema politico ed istituzionale. Partendo da questo assunto, appare di non dubbia consistenza quell'indirizzo dottrinale³⁸ che attribuisce ad un'inadeguata dimensione di partecipazione politica per i cittadini – in forme dirette o per il tramite di formazioni intermedie – il ruolo di concausa della crisi di legittimazione che attraversa l'Unione Europea. Si è quindi in presenza di una sfida inedita, che suggerisce la ricerca di alcuni paradigmi dello stato costituzionale che incoraggino anche in sede europea la dotazione dello strumento fondamentale della rappresentanza, quale fattore di legittimazione democratica delle decisioni pubbliche. Giova ricordare come queste ultime si fondino, nel moderno costituzionalismo, intorno a due elementi centrali: quello della rappresentatività delle Istituzioni e quello, non meno rilevante, della responsabilità degli attori istituzionali. Negli ordinamenti dei Paesi membri, queste due esigenze hanno trovato nel partito politico un'efficace risposta, quale soggetto di intermediazione e di sintesi dei multiformi interessi della società, per determinare l'indirizzo politico delle Istituzioni. La concezione del partito politico negli ordinamenti costituzionali è naturalmente il frutto del contesto storico. Il Novecento è stato il secolo che più ha esaltato la partecipazione delle masse alla vita pubblica e consolidato il ruolo delle formazioni partitiche all'interno dello stato - nazione. Da tempo, quello spazio è in crisi. Le rapide e incisive trasfor-

³⁸ Cfr. CIANCIO (2016), 3, COSSIRI (2018) 276 ss.; LIPPOLIS (2002), 943 ss.; FOLLESDA, HIX (2006), 533 ss.; PALADIN (1996), 1031 ss.; PINELLI (2008), 925 ss.

mazioni della globalizzazione hanno rafforzato l'esercizio di poteri sovranazionali riducendo lo spazio politico statale. La sfida per i partiti politici, assumendone la indispensabilità nella costruzione della decisione pubblica, è dunque farsi interpreti della contemporaneità, ripensando le forme del proprio agire dentro una dimensione globale e sovrastatale. Di qui, l'esigenza di collocare anche l'elaborazione scientifica sul partito politico dentro una proiezione europea. E, all'interno di essa provare, in forme nuove, a connettere partecipazione e politica, rappresentanza e diritti, partiti e pratiche costituenti. *«E puntare così, su queste inedite basi, a convertire forme e contenuti del processo di integrazione europea su un terreno autenticamente democratico e costituzionale»* (DE FIORES, 2018, 250)³⁹. Da questo punto di vista, va riconosciuto al Trattato di Lisbona il merito di aver valorizzato alcune apprezzabili innovazioni, suscettibili di migliorare l'ordinamento eurounitario, attraverso il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo e degli istituti di partecipazione. Il riconoscimento, a livello dei Trattati, dei partiti politici di livello europeo sembra ricalcare quella fase di *“incorporazione”* giuridica dei partiti politici che aveva determinato, a livello nazionale, nella prima metà del XX Secolo, *“il consolidamento dello Stato costituzionale rappresentativo”* (RIDOLA, 1982, 66)⁴⁰: esiste dunque, tanto a livello statale quanto a livello europeo, una stretta correlazione tra *“processo di costituzionalizzazione”* e *“processo di democratizzazione”* che si manifesta con un progressivo riconoscimento, sul piano giuridico, dei partiti politici, intesi quali mediatori privilegiati del rapporto cittadini-istituzioni e quindi come elementi strutturanti della legittimazione democratica dell'autorità⁴¹. È, nello specifico, il contenuto dell'art. 10 TUE a delineare i contorni *“costituzionali”* ed a definire le basi di legittimità democratica dell'ordinamento eurounitario, mentre i meccanismi della democrazia partecipativa⁴² e quelli della democrazia diretta rientrano in una dimensione *“procedurale”* del sistema. Esso identifica nell'insieme dei cittadini europei la comunità politica su cui si fonda il funzionamento dell'Unione Europea e asse-

³⁹ DE FIORES (2018), 250.

⁴⁰ Cfr. RIDOLA (1982), 66.

⁴¹ Sul punto, cfr., CONTI (2014), 16.

⁴² FERRI (2011), 329; DE TOGNI (2014).

gna ai partiti politici di livello europeo le cruciali funzioni di concorrere alla formazione della coscienza politica dei cittadini europei e di operare quali soggetti intermedi tra la società politica europea e le Istituzioni dell'Unione, dando forma e sostanza al criterio della rappresentanza. Allo stato, risulta innegabile come il circuito democratico-rappresentativo europeo soffra della mancanza di un assetto strutturale in grado di definire per i partiti politici europei un ruolo autonomo rispetto ai partiti nazionali. La debolezza dei partiti politici europei⁴³ appare concorrere al mancato sviluppo di un'adequata forma di governo dell'Unione; e, al tempo stesso, proporsi come una delle conseguenze di un sistema istituzionale incompiuto in cui il modello della democrazia rappresentativa si rivela ancora fragile⁴⁴. In questi anni, non sono mancate proposte di riforma dell'ordinamento dell'Unione Europea tese ad elevare il suo tasso di democraticità e l'incidenza delle sue competenze; ed a realizzare una maggiore connessione tra elettori e organo esecutivo. Un rafforzamento dei poteri e delle competenze del Parlamento, a cominciare da un'autonoma iniziativa legislativa, presupporrebbe, per esempio, un parallelo processo di rafforzamento del ruolo dei Partiti politici quale garanzia di una dimensione autenticamente politica dei conflitti e degli interessi da comporre in sede parlamentare. Dentro un modello che vedrebbe l'organo intergovernativo come una sorta di Seconda Camera, quale strumento di confronto e di dialogo in cui a tutti gli Stati fosse data voce e possibilità di rappresentare le proprie istanze⁴⁵. Anche i testi che hanno accompagnato i lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa⁴⁶ sembrano assumere tali que-

⁴³ La fragilità dei partiti politici europei è stata generalmente riscontrata in dottrina, anche fuori dall'Italia: cfr. DONNELLY, JOPP (2009), 70; LOPEZ DE LA FUENTE (2014), 250 - 251.

⁴⁴ Cfr. GRIMM (2014).

⁴⁵ Cfr. CARAVITA (2017), 14.

⁴⁶ La Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2020 sulla posizione del Parlamento europeo in merito alla conferenza sul futuro dell'Europa (2019/2990(RSP) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0010_IT.html; La Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo ed al Consiglio "Dare forma alla Conferenza sul futuro dell'Europa" del 22 gennaio 2020 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/txt/pdf/?uri=celex:52020dc0027&qid=1580202864611&from=it>; Il non paper italiano sulla Conferenza sul futuro dell'Europa (2020-2022)

stioni come prioritarie. Ma, nel contesto dato, risulta più arduo che in passato ricorrere alle categorie classiche del diritto pubblico per definire i contorni di una riforma complessiva dell'Unione che sappia superare il quadro di incertezza che condiziona i passi del processo di integrazione rendendone, molte volte, confusa e non univoca la direzione. Se la direzione da intraprendere senza esitazioni fosse quella federalista, come in questa sede si auspicherebbe e non per mere ragioni fideistiche o ideologiche, la conseguenza di metodo non potrebbe che tradursi in un concorso di azioni, da innestare sul processo politico ed istituzionale.

In conclusione, la posta in gioco per l'integrazione europea si presenta nitida e decisiva. Si tratta, in altre parole, di restituire senso all'esperienza politica democratica, a cominciare dal tema centrale della rappresentanza, che – nella sua contemporanea dimensione di complessità – non è che la ricerca della sede di elaborazione del progetto politico dell'Unione Europea, la cui unità passa per una costruzione di una dimensione che non sia più di tipo indirettamente politico, come avviene – in base al principio di sussidiarietà, all'interno di alcuni ordinamenti nazionali –, ma squisitamente come tale⁴⁷. Un processo che impone il superamento della separazione della sfera istituzionale da quella della società, ossia dalla fonte primaria di unità politica da realizzare.

Riferimenti bibliografici

- Allegri M. R. (2013), *I partiti politici a livello europeo fra autonomia politica e dipendenza dai partiti nazionali*, in *Federalismi*.
- Antpöhler C. (2015), *Enhancing European Democracy in Times of Crisis? The Proposal to Politicise the Election of the European Commission's President*, in Fabbrini S. (a cura di), *What Form of Government for the European Union and the Eurozone*, Hart, Oxford and Portland.

elaborato dal Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione
https://www.esteri.it/mae/resource/doc/2020/03/paper_conf_tr.pdf.

⁴⁷ PIZZOLATO F., (2013, 371).

- Balaguer Callejón F. (2020), *La democracia representativa y la Unión Europea*, en Pérez Miras, A.; Teruel G. Lozano M.; Raffiotta, E. C. y Iadicicco M. P. (dirs.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, en vol. I: Balances y perspectivas en la Europa constitucional, BOE–CEPC, Madrid.
- Bin R. (2014), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*.
- Cannizzaro E. (2008), *La riforma costituzionale dell'Unione europea e il Trattato di Lisbona*, in *Costituzionalismo.it*.
- Caramani D. (2015), *The Europeanization of Politics: The Formation of a European Electorate and Party System in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Caravita B. (2017), *Le trasformazioni istituzionali in 60 anni di integrazione europea*, in *Federalismi*.
- Christiansen T. (2016), *After the Spitzenkandidaten: fundamental change in the EU's political system?* in *Western European Politics*.
- Ciancio A. (2015), *Sistema europeo dei partiti e integrazione politica nell'UE*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- Cossiri A. (2018), *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale. I fattori normativi*, FrancoAngeli, Milano.
- De Fiores C. (2018), *Dai partiti politici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*.
- D'Ettorre L. (2015), *I partiti politici europei: una ricostruzione del quadro normativo*, in *La comunità internazionale*.
- De Vergottini G. (2009), *Forma di governo dell'Unione Europea*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani.
- De Witte B.; Treschsel A.; Damjanovic D.; Hellquist E.; Hien J.; Ponzano P. (2010), *Legislating after Lisbon, New Opportunities for the European Parliament*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Fiesole.
- Fasone C.; Lupo N., (2012) *Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno*, in *Studi sull'integrazione europea*.
- Grasso G. (2008), *Partiti politici europei*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino.

- Grasso G.; Tiberi G. (2015), *Il nuovo Regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti e delle fondazioni politiche europee*, in *Quaderni costituzionali*.
- Guazzarotti A. (2017), *Sovranità e integrazione europea*, in *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Atti del XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Napoli.
- Häberle P. (1997), *La cittadinanza come tema di una dottrina europea della Costituzione*, in *Rivista di diritto costituzionale*.
- Lanchester F. (1998), "L'erosione della sovranità nazionale", in *Rassegna Parlamentare*.
- Luciani M. (2009), *Integrazione europea, sovranità statale e sovranità popolare*, in XXI Secolo, Treccani.
- Mair P. (2013), *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, Il Rubbettino, Soveria Mannelli.
- Manzella A. (2015), *Il parlamentarismo europeo al tempo della globalizzazione*, in *Federalismi*.
- Morlino L. (2013), *Qualità democratica tra leader e partiti*, Il Mulino, Bologna.
- Ninatti S. (2004), *La formula parlamentare europea dagli esordi al Trattato costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*.
- Pernice I. (2015), *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*.
- Pérez Villalobos M.C. (2021), *Estatuto y financiación de los partidos políticos europeos*, in "Respuestas jurídicas frente a la corrupción política. (Ensayos penales)", Dykinson, Madrid.
- Pinelli C. (2008), *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rassegna parlamentare*.
- Pizzolato F. (2013), *Rappresentanza politica e Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*.
- Porchia O. (2014), *Partiti politici europei*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, Giuffrè, Milano.
- Priestley J.; Peñalver García N. (2015), *The Making of a European President*, Palgrave MacMillan, London.
- Raffiotta E. (2019), *Gli Spitzenkandidaten e il necessario rafforzamento politico dell'UE*, in *Federalismi*.
- Ranalli C. (2021), *I partiti politici a livello europeo: verso una complessa genesi dell'organizzazione democratica interna*, in www.dpceonline.it,

- Ridola P. (1982), *Partiti Politici*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, XXXII.
- Ridola P. (2018), *Il costituzionalismo e lo stato costituzionale*, in Atti del Convegno «Passato, presente, futuro del costituzionalismo e dell'Europa», Roma, 11-12 maggio 2018, in *Nomos. Le attualità nel diritto*.
- Schattschneider E.E. (1942), *Party Government*, Farrar & Rinehart, New York.
- Spiniello C. (2019), *I Gruppi parlamentari dell'Unione europea. Un tentato passo verso l'integrazione politica*, in *Foro Europa, Rassegna giuridica comunitaria di diritto europeo*.
- Tsatsos D. (1995), *European Political Parties? Preliminary Reflection on Interpreting the Maastricht Treaty (Article on Political Parties 138° of the EC Treaty)*, in *Human Rights Law Journal*.

DEL ESTADO-NACIÓN A LA UNIÓN EUROPEA:
EL GASTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO PARA
LA CONSTRUCCIÓN DE UN FEDERALISMO FISCAL EUROPEO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La teoría del federalismo fiscal. – 3. La fiscalidad europea: estabilidad, coordinación y límites. – 4. Los fondos *Next GenerationEU*: un cambio de paradigma hacia un federalismo fiscal en la Unión Europea y una nueva dirección política europea a través del gasto público. – 5. Conclusiones.

1. Introducción

La dirección política por excelencia se concibe como un “núcleo esencial y originario del poder” (SALMONI, 2024, 57), consistente en la determinación, por parte de los órganos competentes, de las directrices generales de la acción estatal. La dirección política económica de un Estado se refiere a las decisiones estratégicas que adoptan los gobiernos para influir en la economía con el objetivo de lograr el bienestar de sus ciudadanos, garantizar la estabilidad económica y promover el crecimiento sostenible (CASAGRANDE, DALLAGO, 2022, 487).

Esta dirección está íntimamente relacionada con las competencias que los Estados poseen en materia económica, fiscal y financiera y con su capacidad para intervenir en distintos sectores de la economía. De esta manera, el reparto de competencias afecta de manera directa a la orientación de la política económica, particularmente en lo referente a los ingresos y gastos públicos, convirtiéndose en uno de los pilares fundamentales de la Constitución (RUIZ ALMENDRAL, 2017, 30). La Constitución financiera en un Estado descentralizado incorpora reglas sobre el reparto del espacio fiscal y la coordinación entre la acción legislativa de los diversos entes, en la que coexisten acuerdos que promueven más unidad junto a otros que fomentan una distribución ver-

* Universidad de Granada.

tical del poder, así como la adaptación de ambos en función del grado de bienestar social que se pretenda alcanzar (RUIZ ALMENDRAL, 2017, 31).

En todos los sistemas políticos, las competencias clave en materia económica son desarrolladas en dos ámbitos. Por un lado, a través de la política fiscal, definida como la capacidad de los Estados para generar ingresos a través de la potestad impositiva, y el poder de gasto – debido a la influencia del constitucionalismo estadounidense se conoce como *el spending power* –. La potestad recaudatoria incluye “la facultad de endeudarse si las finanzas públicas (temporalmente) requieren una fuente adicional de financiación” (HINAREJOS, SCHÜTZE, 2023, 1). La capacidad de gasto no debe reducirse a la mera gestión de la cantidad de recursos financieros, sino que supone también la distribución de dicho gasto para que el Estado pueda ejercer sus funciones falta y su distribución entre los distintos niveles subnacionales y locales. Por otro lado, la política monetaria se refiere a la posibilidad de intervenir en la oferta monetaria y los tipos de interés. Finalmente, existen otras políticas con un impacto transversal, como las referentes al mercado laboral, comercial e industrial.

De hecho, solo en el siglo XX el poder público de recaudar impuestos y gastar asumío los roles fundamentales que desempeñan en los gobiernos modernos de hoy; pues “el Estado de bienestar moderno debe movilizar enormes recursos para poder cumplir con las tareas públicas vitales que las sociedades modernas demandan, incluida la de una economía organizada y justa” (HINAREJOS, SCHÜTZE, 2023, 1).

Desde esta perspectiva interna, resulta necesario proyectar el análisis hacia el plano supranacional, donde la integración económica europea redefine las bases clásicas del constitucionalismo y la cuestión de la dirección política adquiere renovada relevancia. El proceso de integración europea y las sucesivas crisis económicas han modificado este poder económico estatal. En el ámbito europeo, las líneas trazadas para el gobierno de las finanzas en el Estado-nación se han delimitado a través de los sucesivos acuerdos y reformas de los tratados. Sin embargo, hasta la fecha, la división entre una política monetaria europea y una política fiscal que corresponde a los Estados está creando inconvenientes para diseñar políticas redistributivas, y de estabilización así como producir bienes públicos europeos. Solo puede comprenderse si

se parte de que la Unión Europea nace del rechazo de una posible “Federación de Estados europeos – los Estados Unidos de Europa” (BAR CENDÓN, 2013, 99), es decir, de la falta de reconocimiento de una unión política como tal. Las transformaciones que ha experimentado han estado marcadas por los desafíos a los que se ha enfrentado, lo que ha permitido que, sin ser formalmente un Estado, se haya convertido en una “entidad política supranacional” (BAR CENDÓN, 2013, 109), donde ciertos Estados han cedido parte de su soberanía. La interrelación de estas competencias y el ámbito de actuación de los Estados se ha definido en función del principio de atribución.

No obstante, la política fiscal ha sido una de las áreas donde persisten más reticencias para una integración completa. Este ámbito se consideraba el principal mecanismo de “gestión macroeconómica” (TORRES, 2018, 33) en manos de los Estados Miembros, diseñado para “incidir sobre la coyuntura y hacer frente a eventuales choques” (TORRES, 2018, 33). En este modelo de gobernanza económica, el principio de subsidiariedad guía la distribución de competencias al centrarse en qué nivel de gobierno garantiza “una mejor asignación de los recursos” (LASA LÓPEZ, 2013, 163), lo que ha llevado a que sean los Estados quienes gestionen sus presupuestos, aunque sujetos por normas de coordinación y estabilidad financiera. Partiendo del supuesto de que, a través de esta arquitectura, sería el mercado con la libre competencia y la estabilidad de precios lo que permitiría la “localización de los agentes productivos” (LAGOS RODRÍGUEZ, 2020) de forma eficiente y equitativa.

Estas normas, concebidas desde una perspectiva técnica y económica, producen efectos significativos para la distribución del poder y la capacidad de los Estados de orientar sus políticas hacia un mayor gasto público. De ello se deriva que la política fiscal en manos de los Estados, como ocurrió durante la crisis de deuda soberana en 2010, no desempeñó “el papel contracíclico que se esperaba” (TORRES, 2018, 33). Así, la progresiva profundización en los mecanismos de coordinación económica a nivel europeo – enfocados en la contención de la deuda y los déficits públicos –, y las restricciones de gasto público a nivel de los Estados – con su endurecimiento tras el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG) –, marcadas por el principio de equilibrio presupuestario, limitaban la capacidad de actuación de los Estados en su política fiscal.

Estas políticas restrictivas del gasto, especialmente durante la crisis

de la deuda, generaron consecuencias negativas en los Estados de bienestar europeos, sobre todo del sur de Europa. En la crisis del Covid-19, se produjo un cambio en la respuesta, principalmente, en la capacidad de gasto frente a la crisis anterior. Entre los temas que emergieron en el debate público, destaca la discusión sobre la reorganización de la política fiscal y aumentar el gasto público europeo, es decir, diseñar un marco de gobernanza fiscal en la Unión Europea que asegure la sostenibilidad fiscal a largo plazo, al mismo tiempo que permite “implementar políticas contracíclicas adecuadas” (BARNES, 2022, 21) y mantener un gasto que permita a la economía europea inversiones y reformas. No obstante, a nivel europeo, es una tarea compleja ya que las presiones políticas a menudo conducen a “una visión a corto plazo” (BARNES, 2022, 21). Además, la diversidad económica dentro de la Unión, incluso dentro de la zona euro, complica la posibilidad de un cambio político más profundo.

Sin embargo, el nuevo contexto geopolítico hace más que necesaria la integración fiscal. En el Informe Draghi se señalaba que las recetas hasta la fecha en política económica no permitirían avanzar en un entorno económico internacional más competitivo, en los siguientes términos:

“nuestra respuesta ha sido limitada porque nuestra organización, toma de decisiones y financiación se diseñaron para el mundo de antes – antes del Covid-19, antes de Ucrania, antes de la conflagración en Oriente Próximo, antes del retorno de la rivalidad entre grandes potencias –. Pero necesitamos una Unión que esté a la altura del mundo de hoy y de mañana. Y por eso lo que propongo es un cambio radical – porque un cambio radical es necesario” (DRAGHI, 2024)¹.

El propósito de este capítulo es analizar la evolución que se produce tras la crisis del Covid-19 en la gobernanza económica europea y su reconfiguración desde el estudio del federalismo fiscal. Para ello, se adopta un enfoque jurídico que permite identificar las transformaciones institucionales derivadas de la integración económica y la condicionalidad financiera desde la teoría clásica del federalismo fiscal. De

¹ Discurso de Mario Draghi en la Conferencia de Alto Nivel sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales (Bruselas, 16 de abril de 2024). Recuperado de: <https://geopolitique.eu/en/2024/04/16/radical-change-is-what-is-needed/>.

esta forma, se profundiza en la transformación de las competencias fiscales europeas, en concreto, la mayor capacidad de gasto europea mediante la emisión de deuda y las transferencias no reembolsables. Han reforzado los mecanismos financieros de condicionalidad europea como se mecanismos encuadrables encuadra dentro de las funciones fiscales clásicas.

2. La teoría del federalismo fiscal

El método adoptado consiste en analizar las funciones fiscales clásicas de un modelo de federalismo fiscal, teoría que se encarga de la distribución de las distintas capacidades de gasto e ingresos, y que permite comprender y articular, en clave territorial, el poder impositivo y el poder de gasto.

Las tres funciones principales (MUSGRAVE, 1989, 6) que se esperan de una política fiscal son: la de distribución entre las regiones con menores ingresos; la función de asignación, es decir, proveer bienes públicos; y la función estabilizadora cuyo objetivo en tiempos de crisis económica es mantener el equilibrio macroeconómico y promover el crecimiento económico estable, que posibilite transferencias netas desde un posible Gobierno de la Unión en caso de recesión o crisis, para proteger a los Estados y, concretamente, a los ciudadanos, evitando que se produzcan efectos *spillover* en el resto de las regiones (BAJO RUBIO, VERGARA FIGUERAS, 1998).

La teoría clásica del federalismo fiscal prevé un gobierno a varios niveles en que cada nivel desarrolle distintas funciones fiscales de acuerdo con la capacidad de eficiencia. La función de asignación parte del principio de descentralización de Oates que establece que “dependiendo del alcance espacial de los beneficios, de modo que la provisión sea decidida y el costo sea asumido por los residentes del área particular” (MUSGRAVE, 1971, 10). En este sentido, la división funcional se basa en que el gobierno nacional proporcione bienes públicos nacionales y los gobiernos descentralizados deben proporcionar los servicios públicos locales. De esta forma, en un sistema fiscal federal, los niveles descentralizados de gobierno están en posición de determinar los niveles de producción de dichos bienes de acuerdo con “las

preferencias locales y costos” (OATES, 2008, 314). Tal diferenciación en la producción local de servicios públicos promete ganancias en el bienestar económico en comparación con un resultado centralizado que implique niveles más uniformes (TIEBOUT, 1956).

La función de distribución se preveía como una función estatal, ya que era necesaria la conjunción de una “redistribución centralizada” (MUSGRAVE, 1971) orientada a la igualación fiscal, que permitiera ajustar las diversidades de ingreso a través de la política central, siendo esta una de las mayores responsabilidades del nivel federal. Estos mecanismos debían atender a las disparidades de ingresos entre las regiones ricas y pobres (MUSGRAVE, 1971). Estas subvenciones se concebían para igualar el rendimiento fiscal a una tasa impositiva común (MIESZKOWSKI, MUSGRAVE, 1999).

Este modelo plantea transferencias desde jurisdicciones de nivel inferior – estados o provincias – con altos ingresos per cápita hacia aquellas con menores ingresos (MIESZKOWSKI, MUSGRAVE, 1999). En este sentido, el gobierno central debería introducir subvenciones intergubernamentales de contrapartida que sirvan para internalizar los beneficios externos. De esta manera, en los modelos de federalismo fiscal se hace necesaria determinada capacidad fiscal (WOŹNIAKOWSKI, 2023, 2018), entendida como el proceso por el que cierto nivel de gobierno (supranacional, federal o central) amplía su poder para generar sus propias fuentes de ingresos, y al hacerlo, reduce el nivel de desequilibrio fiscal vertical (WOŹNIAKOWSKI, 2018).

A partir de los años noventa, al menos en la doctrina estadounidense, existe claramente una nueva corriente en la teoría del federalismo fiscal, pero se habla de una “segunda generación del federalismo fiscal” (WEINGAST, 2009). Esta nueva generación del federalismo fiscal tiene sus raíces en una serie de crisis fiscales que, en cierta medida, pusieron en cuestión la capacidad de autogobierno de los niveles descentralizados de gobierno². De este modo, parte de dos presupuestos: por un lado, el comportamiento del sistema federal y sus disfuncionalidades (WEINGAST, 2009); y por otro, el nuevo entorno de la economía capitalista, que ha alterado el comportamiento de los actores y los ha enfrentado a nuevos re-

² Entre ellas, las crisis fiscales de los gobiernos locales en Estados Unidos durante la década de 1970 y 1980.

tos, en gran medida como resultado del proceso globalizador. Las soluciones que propone esta segunda generación son la introducción de incentivos y de controles al endeudamiento federal.

Teóricos como Janos Kornai influyeron significativamente en este ámbito. Kornai introdujo el concepto de “restricción presupuestaria blanda” (KORNAI, 1986, 3), analizando cómo las empresas estatales no temían la quiebra, incluso en casos graves de desequilibrio financiero, ya que podían contar con el rescate de las autoridades superiores. Este fenómeno también se observa en el contexto de las transferencias federales y la financiación mediante deuda, que pueden provocar un relajamiento de las restricciones presupuestarias (OATES, 2008). En aquellos países que no disponen de recursos suficientes, los entes subestatales dependen en gran medida de las transferencias desde instancias superiores, generando de mayor riesgo de endeudamiento y la expectativa de recibir ayuda en tiempos difíciles (KORNAI, 1986).

3. La fiscalidad europea: estabilidad, coordinación y límites

En este contexto, la experiencia de la Unión Europea ofrece un ejemplo paradigmático de los límites y tensiones que surgen al intentar crear un federalismo fiscal en un sistema de gobernanza multinivel. Las funciones propias del federalismo fiscal clásico no se han trasladado al Derecho de la Unión; por tanto, no existe una competencia fiscal centralizada en materia redistributiva ni estabilizadora. Las razones por las que esta centralización de la política fiscal en la Unión Europea no ha ocurrido se deben a la resistencia, por parte de los entes soberanos, que ven amenazado su poder fiscal, y también de los niveles subestatales y locales, los cuales se oponen a que ello suponga una re-centralización de la política fiscal (BAJO RUBIO, VERGARA FIGUERAS, 1998, 8). Desde la perspectiva de la segunda generación del federalismo fiscal, sí se han incorporado los límites al endeudamiento, aunque sin el acompañamiento de incentivos adecuados, como las transferencias. Estos han condicionado la capacidad de respuesta de la Unión durante la crisis económica, mostrando que las reglas fiscales europeas de equilibrio presupuestario han dificultado la capacidad de los Estados para ejercer las funciones redistributiva y estabilizadora.

En este marco, pueden analizarse las funciones clásicas del federalismo fiscal en el caso europeo. La primera de ellas, la función de redistribución carece de una política desarrollada, ya que el sistema impositivo progresivo – que debería ser el instrumento para redistribuir entre las rentas más bajas y más altas – no se ha consolidado. No obstante, sí existe una política incipiente de transferencias a través de los fondos de cohesión (BAJO RUBIO, VERGARA FIGUERAS, 1998, 12). La política de cohesión, cuyo objetivo es ayudar a las zonas menos desarrolladas de la Unión y reducir las disparidades económicas dentro de su territorio, se ha llevado a cabo principalmente a través de “los fondos estructurales, como el Fondo Social Europeo o el Fondo Europeo de Desarrollo Regional” (DELHOMME, HERVEY, 2022)³. Sin embargo, su impacto se ha visto condicionado por el *impasse* político para que tengan un mayor alcance. De esta forma, la posibilidad de crear una verdadera política fiscal y de implementar mecanismos de igualación se vio limitada desde los inicios. En el Tratado de Maastricht, donde se estableció la Unión Económica y Monetaria, en su redacción, no se llegó a negociar una integración positiva a través de instituciones de política fiscal comunes. Asimismo, la consolidación del mercado único impulsó procesos de reconversiones industriales y privatizaciones que aumentaron los niveles de desempleo (CLIFTON, COMÍN, DÍAZ-FUENTES, 2006). De estos procesos surgieron los fondos de cohesión, que en muchos casos resultaron insuficientes (RODRÍGUEZ-POSE, FRATESI, 2002), de modo que los desajustes fiscales se produjeron sin las transferencias necesarias para paliar sus efectos.

En segundo lugar, la función de estabilización se ha centrado en el establecimiento de restricciones presupuestarias, obviando la necesidad de transferencias y mecanismos de aseguramiento. En el ámbito de la Unión Europea, esta dinámica ha sido especialmente relevante, ya que los tratados reflejaban el temor de ciertos Estados – en particular, Alemania – de que la deuda de un Estado pudiera obligar a los demás a rescatarlo, lo que, según la teoría de Kornai, podría conducir a un comportamiento fiscal irresponsable debido a la expectativa de

³ DELHOMME, HERVEY, (2022), 48–82.

un rescate⁴. Durante la redacción de dichos tratados, se consideró que la ausencia de dicho incentivo promovería una política fiscal más responsable. Desde esta nueva perspectiva, los tratados intentan limitar la expectativa de una “organización de apoyo” (OATES, 2008, 319) dispuesta a asumir sus pérdidas financieras.

Por esta razón, se introdujo la cláusula de *no-bailout* y la prohibición de rescates en el art. 125 del TFUE⁵, así como la necesidad de disciplina presupuestaria establecida en el art. 136 del TFUE. Esta disposición se reforzó con la inclusión del principio de estabilidad presupuestaria en el Tratado de Maastricht y en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) de 1997⁶. Cambiar por lo anterior supone la fijación de límites un límite al déficit y a la deuda, de tal forma que “no podrá superar el 60 por 100 de volumen de deuda pública respecto del PIB, expresado en términos nominales – no de mercado –, o el que se establezca por la normativa europea” (GARCÍA ROCA, 2013, 77).

Sin embargo, esta cláusula tiene graves implicaciones para el funcionamiento del modelo monetario común, como lo evidenció la crisis de deuda de 2008. En el marco de una Unión Monetaria, y ante la incapacidad de los Estados de utilizar medidas como la “flexibilidad de precios y salarios” (BAJO RUBIO, VERGARA FIGUERAS, 1998, 7) o la “movilidad del trabajo” (BAJO RUBIO, VERGARA FIGUERAS, 1998, 7), una perturbación asimétrica, como la que ocurrió, podía suponer una quiebra de la viabilidad de la Unión Monetaria. Así, las autoridades nacionales solo disponían de su política fiscal para hacer frente a la

⁴ O la posibilidad de acceso al sistema bancario en caso de que requieran absorber sus emisiones de deuda.

⁵ El antiguo artículo 103 TCE. El artículo dice textualmente: “1. La Unión no asumirá ni responderá de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados Miembros” (art. 125 TFUE)

⁶ El Pacto de Estabilidad y Crecimiento fue aprobado en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria. Este constaba de la resolución del Consejo adaptado en 1997 y dos reglamentos: el Reglamento (CE) n.º 1466/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas. Por otro lado, el Reglamento (CE) n.º 1467/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

crisis soberana, pero comprobaron que este papel estabilizador estaba restringido por los instrumentos de equilibrio presupuestario.

La problemática derivada de la imposibilidad de rescate o mecanismos de ayuda estatal se agravó por la ausencia de un presupuesto común. La teoría de las “áreas monetarias óptimas” (BAJO RUBIO, VERGARA FIGUERAS, 1998, 7), defendida desde los inicios de la Unión Económica y Monetaria, abogaba por la “centralización de una parte de los presupuestos nacionales a nivel de la UM” (BAJO RUBIO, VERGARA FIGUERAS, 1998, 7), ya que ello constituiría el mecanismo ideal para permitir la llamada función de redistribución propia de los sistemas federales, en particular la redistribución de rentas en caso de perturbaciones graves de las economías nacionales.

Esta crisis abrió el debate no únicamente sobre la posibilidad y necesidad de una mayor centralización fiscal y de la creación de mecanismos de nivelación, igualación y estabilidad, sino también sobre la conveniencia de avanzar hacia una auténtica hacienda federal europea. No obstante, ante la ausencia de un consenso político, no se vislumbraba una posible reforma de los tratados; los cambios que se produjeron derivaron, más bien, de una reinterpretación de los mismos.

Durante la crisis de deuda soberana, la respuesta fue tardía y se adoptó “a marchas forzadas” (AZPITARTE SÁNCHEZ, 2020, 5) y, en buena medida, “fuera del orden jurídico de la UE mediante el uso de acuerdos intergubernamentales” (FABBRINI, 2022), dirigida principalmente a los Estados que compartían la moneda común. A diferencia de lo ocurrido en la crisis del Covid-19, no se permitió flexibilizar las reglas fiscales; por el contrario, estas se endurecieron, lo que agravó la situación. Ante este escenario, el Banco Central Europeo se vio obligado a adoptar medidas para posibilitar una respuesta financiera, mientras que, paralelamente, se creó el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), concebido como un instrumento de estabilización financiera que funciona “para encarrilar las crisis y en tiempos de normalidad han de quedar adormecidos” (AZPITARTE SÁNCHEZ, 2020, 5). Estos mecanismos solo se activaron cuando la situación amenazó la estabilidad del conjunto así: “la intervención se activa en el momento en el que el problema individual pasa a ser colectivo” (AZPITARTE SÁNCHEZ, 2020, 5), mostrando que no hay un principio redistributivo de ayuda.

Además de la limitación en la disponibilidad de fondos, el presupuesto europeo no funcionó como un verdadero mecanismo de redistribución ni de estabilización, ya que se orienta principalmente a la inversión y presenta una marcada inflexibilidad debido a los techos de gasto. Esto se debe a que sus ingresos proceden, en su mayor parte, de las contribuciones de los Estados miembros y no de recursos propios o independientes (WOŹNIAKOWSKI, 2023)⁷. En cambio, el enfoque se centró en el control del gasto público, lo que se tradujo en un reforzamiento de las normas de equilibrio presupuestario. Así, la gestión de la crisis profundizó en una dirección económica europea basada en la consolidación fiscal, reforzada posteriormente mediante el Semestre Europeo, el Pacto Fiscal, la supervisión bancaria y el Fondo Único de Resolución (SALMONI, 2024).

La necesidad de dar una respuesta distinta a la crisis de 2008, marcada por la implementación de mecanismos que impusieron reglas muy estrictas de disciplina fiscal – con graves consecuencias para los Estados de bienestar del sur de Europa –, provocó una crisis de legitimidad en la Unión Europea. Un proyecto europeo cada vez más deslegitimado tuvo que hacer frente a una nueva crisis sanitaria – y posteriormente económica – provocada por la pandemia de la Covid-19. Esta situación reforzó la importancia de avanzar hacia una nueva dirección económica europea basada en la solidaridad, concebida como la única vía sostenible para garantizar la cohesión interna en un entorno internacional cada vez más competitivo.

4. Los fondos Next GenerationEU: un cambio de paradigma hacia un federalismo fiscal en la Unión Europea y una nueva dirección política europea a través del gasto público

La pandemia de la Covid-19 y sus consecuencias económicas han provocado un cambio significativo en la manera en que la Unión Europea ha respondido tanto política como económicamente, configurando una clara dirección económica y política orientada a impulsar el gasto público e incentivar las inversiones para superar la crisis. En este

⁷ WOZNIAKOWSKI, (2023), 73–81.

contexto, es importante destacar que las crisis pueden convertirse en una oportunidad para transformar ciertos aspectos de la estructura de la Unión Europea. Como indica el profesor Olesti Rayo: “La virulencia de la crisis sanitaria, social y económica, su carácter general, implicando a todos los sectores económicos y a todos los países, y la naturaleza exógena de su origen que era independiente de las acciones económicas desarrolladas por los Estados Miembros (EM) son factores que han incidido en la respuesta de la UE y sus EM” (OLESTI RAYO, 2023, 727).

Las propuestas que surgieron a raíz de la Covid-19 buscaban precisamente restaurar cierto margen fiscal para los Estados Miembros. De esta manera, se ha profundizado en la integración fiscal en una de las áreas donde la Unión Europea había tenido más “ambiciones institucionales” (LEINO-SANDBERG, RUFFERT, 2022)⁸, pero que, en parte no habían sido llevadas a cabo por la necesidad de reformas de los tratados. En este contexto, nueve países firmaron una carta dirigida al presidente del Consejo Europeo, Charles Michel, proponiendo un enfoque diferente para interpretar la crisis sanitaria (FABBRINI, 2022, 69). Las razones se debían a que la pandemia representaba una crisis simétrica, pero con “efectos asimétricos (algunos países, especialmente los del sur, resultaron más afectados que los del norte)” (FABBRINI, 2022, 69), de la cual ninguno podía considerarse responsable.

Las devastadoras consecuencias socioeconómicas de la pandemia llevaron a que la UE acordara en 2020 establecer instrumentos innovadores como un sistema de reaseguro de desempleo de 100.000 millones de euros llamado “SURE”⁹ y un fondo de recuperación de 750.000 millones de euros, conocido como *Next Generation EU*, en adelante NGUE. Este último, en particular, facultó a la Comisión para recaudar fondos mediante la emisión de deuda común en los mercados financieros, para transferir esas cantidades a los Estados Miembros en forma de subvenciones y préstamos (FABBRINI, 2023, 55).

La forma en que se ha encuadrado legalmente, sin necesidad de re-

⁸ LEINO-SANDBERG, RUFFERT, (2022), 433-472.

⁹ Reglamento (UE) n.º 2020/672 del Consejo de 19 de mayo de 2020 relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de Covid-19.

formar los tratados, es a través del Reglamento por el que se establece un instrumento de recuperación conocido como IRUE¹⁰, adoptado mediante procedimiento del Consejo recogido en el artículo 122 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Las dos características de este instrumento regulatorio son, por un lado, que permiten a la Unión a semejanza de la teoría clásica del federalismo fiscal, movilizar fondos para adoptar medidas en forma de reformas e inversiones para desarrollar el crecimiento, en línea con la función de estabilización clásica. La segunda es que parte de estos recursos no constituyen préstamos, sino transferencias a los Estados sin una obligación de reembolso, lo que supone un componente redistributivo.

Este instrumento establece el marco financiero global del NGUE y la asignación general de recursos entre sus diversos programas. El IRUE se completa con el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, conocido como MRR¹¹, que regula los objetivos del macroprograma de reformas e inversión, estableciendo una serie de programas de reformas en áreas clave, alineadas con los objetivos de dirección política de la actual Comisión, especialmente en lo que respecta a la transición ecológica y digital. El MRR se adopta en forma de un reglamento del Parlamento Europeo (PE) y del Consejo, basado en el art. 175 del TFUE, estrechamente conectado a la política de cohesión económica, social y territorial. Desde la perspectiva clásica, este instrumento refleja una función de asignación y estabilización, al canalizarlos hacia bienes y servicios con valor añadido europeo, pero también estabilizadora compensando los efectos de la crisis económica hacia un gasto coordinado.

Por otro lado, el NGUE depende de la nueva Decisión sobre Recursos Propios (DRP¹²), adoptada por el Consejo sobre la base del art. 311 del TFUE, que establece los ingresos del presupuesto de la UE,

¹⁰ Reglamento (UE) n.º 2020/2094 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020, por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la Covid-19.

¹¹ Reglamento (UE) n.º 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

¹² La Decisión (UE, Euratom) n.º 2020/2053 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020, sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea y por la que se deroga la Decisión 2014/335/UE, Euratom.

esta incrementa los límites de gasto y autorizando a la Comisión a emitir préstamos en los mercados de capital en nombre de la Unión (FABBRINI, 2022), al mismo tiempo, habilita la financiación de todo el Marco Financiero Plurianual (MFP) 2021-2027¹³. De esta forma el NGUE está vinculado al MFP 2021-2027, configurando un presupuesto complementario¹⁴.

Desde un punto de vista jurídico, se producen dos cambios a través de la introducción de estos nuevos mecanismos que avanzan hacia la creación de un federalismo fiscal: el primero, la ampliación de competencias fiscales a través de la reinterpretación de los tratados y, el segundo, la capacidad de “redistribución del dinero público entre los Estados miembro” (LEINO-SANDBERG, RUFFERT, 2022, 439). Para ello, la Unión se basó en dos fundamentos jurídicos, los arts. 122 y 175 del TFUE.

El primer gran cambio que trae consigo el NGUE es el establecimiento de una redistribución a gran escala, a través de transferencias de dinero público. Estas transferencias, que suponen un gasto público de gran magnitud entre los Estados Miembros, presentan la novedad de que no están vinculadas a su devolución *a posteriori* (LEINO-SANDBERG, RUFFERT, 2022, 452). Esta política de distribución, a semejanza de los mecanismos existentes en el federalismo fiscal, en concreto a una función de la política fiscal igualadora, se ha anclado en la política de cohesión, en el art. 175 TFUE. Esto puede suponer una ampliación de competencias de la política de cohesión; para ello, la Unión ha hecho un uso expansivo de sus competencias, considerando que, en principio, no posee tales capacidades redistributivas para apoyar a los Estados Miembros (DELHOMME, HERVEY, 2022). En este sentido, el art. 175.3 del TFUE ha permitido emprender acciones fuera de los fondos estructurales de cohesión (como el FEDER o FSE) mencionados previamente, los cuales ya poseían cierta naturaleza redistributiva. De este modo, no solo se podría ampliar su alcance, sino

¹³ Su artículo 5(1)(a) DRP establece que “la Comisión estará facultada para obtener fondos en los mercados de capital en nombre de la Unión por un importe de hasta 750.000 millones de euros a precios de 2018”.

¹⁴ Reglamento (UE, Euratom) n.º2020/2093 del Consejo, de 17 de diciembre de 2020, por el que se establece el marco financiero plurianual para los años 2021 a 2027.

también crear nuevos fondos específicos si fueran necesarios para determinadas áreas. De hecho, de acuerdo con el Reglamento del MRR, el 70% de los fondos se asigna en función de criterios de cohesión (por ejemplo, la población, PIB per cápita inverso y tasa de desempleo relativa), mientras que solo el 30% depende de factores que, en principio, pueden verse afectados por la pandemia (ejemplo de ello, la variación agregada del PIB real para 2020) (OLESTI RAYO, 2022).

La otra vertiente que abren los fondos NGUE es la posibilidad de emisión de deuda pública a gran escala, lo cual supone que la UE tenga la capacidad de pedir dinero y que será reembolsado posteriormente. El art. 122 TFUE permite, además, otorgar al Consejo y a la Comisión un papel muy relevante frente al Parlamento Europeo para la creación de estos mecanismos de financiación (DE WITTE, 2021). De esta manera, la Comisión Europea asume un papel de autoridad y dirección económica al controlar también cómo los Estados están implementando estos recursos (DE WITTE, 2021). Por otra parte, viene a contradecir, en cierto sentido, lo dispuesto en el art. 310 TFUE, que establece que “los ingresos y gastos consignados en el [presupuesto de la Unión] estarán en equilibrio” (GRUND, STEINBACH, 2024), que se interpretaba como cláusula de cierre para la posibilidad de que la Unión Europea se endeudara a gran magnitud.

La otra cuestión es el control democrático de esta nueva política económica y la influencia que el Parlamento Europeo pudo ejercer. En esta crisis, el PE influyó más, sobre todo, en la adopción del Reglamento MRR y en los objetivos de esta dirección económica. Así, se señaló que fue “incomparable con su limitada participación formal en los Reglamentos IRUE y SURE” (FASONE, 2022). Es cierto que el PE jugó un rol decisivo en el MRR hacia una respuesta más solidaria y unitaria; al conectar los diversos procedimientos, dicha respuesta permitió al “Parlamento inyectar insumos democráticos y aportar mayor transparencia al proceso de toma de decisiones, incluso en aquellos casos en los que, en principio, podría haber sido excluido” (FASONE, 2022). Sin embargo, ese liderazgo europeo en la dirección económica ha recaído mayoritariamente en la Comisión y el Consejo.

Formalmente, las herramientas financieras implementadas para abordar la Covid-19 se diseñaron para ser temporales. No obstante, el NGUE y el SURE proporcionaron un modelo que la UE volvió a utili-

zar rápidamente cuando enfrentó la guerra en Ucrania contra la agresión de Rusia (FABBRINI, 2023, 55). Estas ayudas, especialmente tras la implementación del NGUE, han funcionado como instrumentos que impulsan una mayor productividad y capacidad de gasto, en un contexto marcado por la necesidad de reformar el presupuesto de la Unión Europea y la falta de una verdadera armonización fiscal.

5. Conclusiones

Los fondos NGUE han supuesto una ampliación de las competencias de la Unión Europea y de su capacidad de influencia en la política fiscal de los Estados Miembros. De manera similar al federalismo fiscal, la Unión Europea respondió a la crisis del Covid-19 con un fondo que cumple una función estabilizadora para aquellos territorios que hayan sufrido peores consecuencias, y que a largo plazo busca mantener un objetivo redistributivo en las regiones donde los desequilibrios fiscales sean más pronunciados.

Los NGUE tienen implicaciones importantes para la construcción del constitucionalismo europeo. Por un lado, representan una respuesta orientada a la solidaridad entre Estados, mediante un mecanismo redistributivo que complementa el funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria, al permitir que la Comisión Europea y el Consejo, a través del art. 122 del TFUE, tengan la autoridad y los medios para llevar a cabo una respuesta estabilizadora. De este modo, los NGUE marcan una diferencia con la respuesta a la crisis del euro, donde el mecanismo de estabilización, el MEDE, llegó tarde y su condicionalidad restringió el gasto público, debilitando los sistemas sociales de los países que necesitaron ayuda.

La adopción de los NGUE a través de los arts. 122 y 175 del TFUE no solo demuestra que los Tratados son susceptibles de ser interpretados a la luz de las circunstancias cambiantes, sino que también revela la posibilidad de una mayor capacidad fiscal de la UE. Así, se pasa de una lógica de control fiscal hacia un federalismo fiscal más propio del modelo clásico, que claramente apostaba por una función redistributiva en los territorios y confiaba en las transferencias entre territorios como mecanismos de solidaridad interterritorial que permi-

tieran superar los desequilibrios territoriales. Este proceso permite, por tanto, una revisión del modelo de gobernanza de la UE. Los problemas siguen estando presentes, como la falta de una verdadera competencia fiscal en los tratados, pero los NGUE avanzan en ese proceso de federalización y, sobre todo, significan dotarlo de una “capacidad fiscal” (FABBRINI, 2022, 46).

Esta capacidad fiscal de dirigir la economía a través del gasto público está posicionando a una institución en particular, la Comisión Europea no solo como responsable de supervisar el cumplimiento de los requisitos para la entrega del NGUE, sino también como la entidad que, en situaciones como la guerra de Ucrania, lidera las iniciativas de gasto y puede solicitar la emisión de deuda conjunta. Esto podría provocar un reequilibrio de poder con los gobiernos nacionales. En este contexto, surge la necesidad de futuros estudios que analicen el papel que les queda a los parlamentos nacionales, que en nuestras democracias representativas eran los encargados de controlar los presupuestos, así como el rol de los parlamentos y gobiernos subestatales.

No obstante, sigue siendo necesario profundizar en la política fiscal europea, ya que es fundamental asegurar la función de estabilización y la existencia una política redistributiva a nivel europeo. Esto implica evitar que el ciclo económico sorprenda a la Unión, permitiendo la creación de un margen durante los períodos de expansión que pueda utilizarse en las recesiones, especialmente en crisis graves como la crisis financiera global y la reciente crisis sanitaria (ALLOZA, BURRIEL, KATARYNIUK, PÉREZ, VEGA, 2021).

Referencias Bibliográficas

- Alloza, M.; Burriel, P.; Kataryniuk, I.; Pérez, J. J.; Vega, J. L. (2021). The Reform of the European Union's Fiscal Governance Framework in a New Macroeconomic Environment. *Banco de España Occasional Paper*.
- Azpíarte Sánchez, M. (2020). Crisis económicas: un problema constitucional: A propósito de la Covid. *Icade Revista de la Facultad de Derecho*, 110.
- Bajo Rubio, O. y Vergara Figueras, D. (1998). “Federalismo Fiscal y Unión Monetaria en Europa”, papeles de trabajo *Revista del Instituto de Estudios Fiscales*, serie economía, núm. 10.

- Bar Cendón, A. (2013). La Unión Europea: De la economía a la política, pasando por el Derecho. *Teoría y realidad constitucional*, 32.
- Barnes, S. (2022). EU fiscal governance reforms: A perspective of independent fiscal institutions. *Intereconomics*, 2022, 57, 1.
- Casagrande, S.; Dallago, B. (2022). Socio-economic and political challenges of EU member countries: grasping the policy direction of the European semester. *Comparative Economic Studies*, 64, 3.
- Clifton, J.; Comín, F.; Díaz Fuentes, D. (2006) Privatizing public enterprises in the European Union 1960–2002: ideological, pragmatic, inevitable?, *Journal of European Public Policy*, 13, 5,
- Delhomme, V.; Hervey, T. (2022). The European Union’s response to the Covid-19 crisis and (the legitimacy of) the Union’s legal order, *Yearbook of European Law*, 41.
- De Witte, B. (2021). The European Union’s COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift. *Common Market Law Review*, 58, 3.
- Fabbrini, F. (2022). Next Generation EU: Legal structure and constitutional consequences. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 24.
- Fabbrini, F. (2023). Funding the War in Ukraine: The European Peace Facility, the Macro-Financial Assistance Instrument, and the Slow Rise of an EU Fiscal Capacity. *Politics and Governance*, 11, 4.
- Fabbrini, S. (2022). Going beyond the pandemic: “next generation eu” and the politics of sub-regional coalitions, *Comparative European Policy*, 21, 1.
- Fasone, C. (2022). Fighting back? The role of the European Parliament in the adoption of Next Generation EU. *The Journal of legislative studies*, 28, 3.
- García Roca, J. (2013). El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento. *Crónica presupuestaria*, 1, 40-93.
- Grund, S.; Steinbach, A. (2024). Debt-financing the EU. *Common Market Law Review*, 61, 4.
- Hinarejos, A.; Schütze, R. (2023). *EU Fiscal Federalism: Past, Present, Future*. Oxford.
- Kornai, J. (1986). The soft budget constraint. *Kyklos*, 39, 1.
- Lasa López, A. (2013). Gobernanza económica europea y modelo territorial de distribución del poder. *Revista Vasco de Administraciones públicas*, 96.
- Leino-Sandberg, P., Ruffert, M. (2022). Next Generation EU and its constitu-

- tional ramifications: a critical assessment. *Common Market Law Review*, 59, 2.
- Lagos Rodríguez, M. G. (2020). *Federalismo Fiscal: teoría y realidad*. Aranzadi.
- Mieszkowski, P.; Musgrave, R.A. (1999). Federalism, grants, and fiscal equalization. *National Tax Journal*, 52, 2.
- Musgrave, R. A. (1971). Economics of fiscal federalism. *Nebraska Journal of Economics and Business*.
- Olesti Rayo, A. (2022). El programa Next Generation EU y el presupuesto de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 73.
- Oates, W. E. (2008). On the evolution of fiscal federalism: Theory and institutions. *National tax journal*, 61, 2.
- Rodríguez-Pose, A.; Fratesi, U. (2004). Between development and social policies: The impact of European Structural Funds in Objective 1 regions. *Regional Studies*, 38, 1.
- Ruiz Almendral, V. (2017). Poder tributario autonómico y Derecho de la Unión Europea: consecuencias de un federalismo fiscal inacabado. *Revista Española de Derecho Europeo*, 64.
- Salmoni, F. (2024). Indirizzo politico economico e forma di governo, *Rivista AIC*, 1.
- Torres, R. (2018). Política fiscal europea: situación y perspectivas de reforma. ICE, Revista De Economía, 903.
- Weingast, B. R. (2009). Second generation fiscal federalism: The implications of fiscal incentives. *Journal of urban economics*, 65(3).
- Woźniakowski, T. P. (2018). Why the sovereign debt crisis could lead to a federal fiscal union: the paradoxical origins of fiscalization in the United States and insights for the European Union, *Journal of European Public Policy*, 25, 4.
- Woźniakowski, T. P. (2023). No borrowing without taxing? Fiscal solidarity of the Next Generation EU in light of the American experience. *Politics and Governance*, 11, 4.

Gesualdo Della Corte *

L'EQUILIBRIO DI BILANCIO IN COSTITUZIONE
E L'APPLICAZIONE DEL NOVELLATO ART. 81 COST.:
UNA LEGGE ORGANICA PER L'ITALIA?

*Al mio Maestro
Chiar.mo Prof. Michele Scudiero.
Ineguagliato esempio di sapienza
Eloquio sagace e garbo.
Con imperituro affetto e riconoscenza*

SOMMARIO: 1. *Ley Orgánica* e sistema delle fonti: tracce di un itinerario. – 2. Controversi tentativi di introduzione della *Ley Orgánica* nell'ordinamento italiano. – 3. Le contrastanti posizioni della dottrina tra tentativi ricostruttivi e proposte di riforma. – 4. Coefficienti di riuscita della circolazione e verifica della trasportabilità del modello della *Ley Orgánica*.

1. *Ley Orgánica* e sistema delle fonti: tracce di un itinerario

Ortega Y Gasset osserva nelle “*Meditaciones del Quijote*” come un qualsiasi bosco non sia semplicemente la somma degli alberi che lo compongono ma sia “*mucho mas atrás de todo eso*”. Secondo Ortega Y Gasset “*El bosque en si no consiste en los diferentes árboles que haya sino que el bosque en si está mucho mas atrás de todo eso y si nos adentramos por una vereda iremos caminando ye iremos contemplando el mismo paisaje, siempre el mismo tipo de árbol aunque sean distintos*” (1914). Per il filosofo, gli alberi sono le vicende della vita umana, che attribuiscono all'esistenza, quale concetto implicito, non svelato, invisibile, quella specificità che la caratterizza. E tuttavia, è proprio questa condizione di “invisibilità” (del bosco come esistenza) che agevola il cambiamento, facilita la trasformazione, consente l'emergere di una realtà dai tratti assolutamente originali. E come il bosco non è la somma di tanti alberi, ma “*mucho más atrás*”, così la mera osservazione del modo in cui, all'interno di un sistema, si organizzano ed interagiscono

* Università degli Studi Federico II.

i vari centri di produzione del diritto non ne stabilisce i caratteri. La stessa osservazione sincronico/diacronica, pur essenziale, per cogliere le dinamiche di un fenomeno che, nell'ordinamento spagnolo, si arricchisce del rapporto fra presente e storia, non ne esaurisce allora le implicazioni, a meno che non si accresca di un ulteriore momento quello, per dir così, applicativo.

In quest'ottica lo studio della *Ley Orgánica* mostra come questo strumento normativo sia stato importato dalla Francia, ed adattato alle esigenze dell'ordinamento spagnolo, non senza creare più problemi di quanti ne abbia, in concreto, risolti. Fa da sfondo all'introduzione della *Ley Orgánica* nell'ordinamento spagnolo l'unicità di un processo costituente in cui l'esigenza di dar vita ad un sistema democratico, connotato da un elevato livello di stabilità e di tutela dei diritti, doveva combinarsi con un'articolazione territoriale assolutamente originale.

Sarebbe, però, parziale limitare l'osservazione all'analisi degli sviluppi che ha avuto il fenomeno in esame, senza indagare le ragioni che hanno sollecitato il costituente spagnolo a guardare all'esperienza francese. La comparazione diacronica e sincronica diventa dunque essenziale per cogliere la diversità di tratto della *Ley Orgánica*, nel divenire degli ordinamenti di riferimento e pone le premesse per verificare se il legislatore italiano abbia tenuto presente le potenzialità dello strumento *de quo* allorché è intervenuto in tema di riforma dell'art. 81 Cost. introducendo il principio dell'equilibrio di bilancio¹ (DE VERGOTTINI, 1999, 35 ss.; PEGORARO, 1990, 213 ss.).

¹ Così recita l'art. 81 Cost., come riformato dalla L. Cost. 1/2012 "Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico.

Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali.

Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte.

Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo.

L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi.

Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a mag-

Come è noto, il motivo per cui il costituente spagnolo ha attinto all'esperienza francese della "*Loi Organique*" si lega al prestigio goduto da un modello costituzionale che, pur aprendo alla rigidità, era stato in grado di fornire uno strumento che combinasse, appunto, rigidità ed esigenze di evoluzione della Costituzione.

E, tuttavia, il prodotto che è stato trasfuso nell'art. 81 CE non consente di ragionare in termini di simmetria fra le due figure. Le vicende che hanno condotto al "recepimento" della *Ley Orgánica* nell'ordinamento spagnolo evidenziano come il costituente spagnolo si sia mosso in un contesto culturale già predisposto a dare sistemazione giuridica a tale "nuova" figura (DEBRÉ, 1959, 14). La rigidità della Costituzione, sottratta in quanto tale ai "capricci" di maggioranze variabili, è esigenza che si è coniugata, qui, con la necessità di individuare strumenti che ne garantissero lo sviluppo. Il dato di partenza, come evidente, risiede nella consapevolezza che la Costituzione non è realtà statica, ma strumento dinamico di governo delle condotte collettive. L'affermarsi di nuovi valori ne impone, dunque, un costante adeguamento.

Ciò significa riconoscere che le Costituzioni, in quanto "organismi viventi" (BOGNETTI, 2009, 8) mutano. Ma ciò significa, altresì, subordinarne la revisione ad un preciso procedimento che renda complessa (ma non la neghi) la modifica di scelte a suo tempo compiute. La funzione della *Ley Orgánica* è, tuttavia, diversa. Ferma l'eccezionalità del procedimento di revisione costituzionale, essa risponde alla necessità di prevedere strumenti normativi in grado di occuparsi dello sviluppo di determinati precetti o contenuti costituzionali. Tanto il costituente francese che quello spagnolo fanno propria questa esigenza.

Ma se obiettivo fondamentale è mantenere costantemente aperto il dialogo con la realtà politico/sociale, è anche vero che ciò non può che passare attraverso la definizione di uno strumento destinato a governare "*l'arbitraire*", tanto governativo quanto parlamentare. Uno strumento normativo, in qualche modo speciale, perché connotato da un più lungo periodo di riflessione e da un accresciuto potere di controllo ri-

gioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale".

messo al Parlamento a scapito dell'Esecutivo (GROSSO – DI GIOVINE – CAVINO, 2010; LANDRY, 2012; GROSSO, 2010, 179 ss.)².

In Italia, la verifica del modo in cui il costituente ha tentato di temperare flessibilità e rigidità del modello costituzionale, come fondato su una particolare procedura, trova luce nei lavori della Costituente italiana e, in particolare si desume dall'analisi dell'emendamento proposto da Mortati, nella Commissione Ruini. Il dibattito fornì allo stesso legislatore spagnolo non pochi spunti di riflessione. La previsione di un meccanismo normativo che temperasse la rigidità della Carta fondamentale assicurando, al tempo stesso, la partecipazione delle minoranze nelle scelte di particolare importanza, trasse alimento proprio dal dibattito italiano, confluendo nella formulazione del comma 2 dell'art. 81 CE (BISCARETTI DI RUFFIA, 1977, 22-24). Diversa la scelta del costituente italiano del 1948 che, invece, decise di non dare seguito a quelle suggestioni scaturenti dall'emendamento Mortati per ragioni che hanno a che vedere con la scelta di un sistema parlamentare a bicameralismo perfetto. Tanto per le ragioni di cui di seguito si dirà.

2. *Controversi tentativi di introduzione della Ley Orgánica nell'ordinamento italiano*

Nell'arricchire il sistema delle fonti normative, la problematica della *Ley Orgánica* rinvia al tema più generale del rapporto fra forma di stato e forma di governo. Stabilire, infatti, una maggioranza assoluta o un procedimento aggravato per l'approvazione di una legge non è solo una questione procedimentale, ma incide sull'essenza stessa di questa categoria normativa e sulla funzione che essa è chiamata a svolgere nel sistema.

Sebbene l'espressione legge organica non fosse del tutto ignota

² Questa esigenza ha condotto in Francia alla riforma costituzionale del 2008. In vero però, già con la revisione costituzionale 2003 la *Loi Organique* aprendosi inaspettatamente alle autonomie locali mostra di ampliare il proprio ambito materiale.

all'esperienza italiana³, ad essa si era fatto ricorso in assenza di una Carta costituzionale rigida e, dunque, in un contesto in cui il ricorso all'espressione "organica" ora serviva ad indicare il modo di dare sistemazione ad una determinata materia, ora valeva a connotare l'argomento trattato, vale a dire, la disciplina di determinati organi.

Il discorso mutò con la Costituzione del 1948. La scelta di non affidare ad una nuova figura normativa lo sviluppo della Costituzione traspare dai contenuti del dibattito svoltosi nella Commissione dei 75 e si lega all'idea di Costituzione come prodotto compiuto non immutabile, certo, ma neppure in uno stato di perenne evoluzione.

L'esigenza di prevedere uno strumento normativo che, attraverso una particolare procedura, potesse soddisfare interessi specifici, fu avvertita dal legislatore italiano. Il procedimento, infatti, si fa strumento, veicolo di attuazione di determinati interessi, mutando forma, in dipendenza degli obiettivi da perseguire. Leggi che recepiscono accordi, deleghe del potere legislativo, leggi adottate solo dal *plenum* di ciascuna Camera, leggi assoggettabili a *referendum*, disegni di legge in materia costituzionale, pur nell'impossibilità di riconduzione ad una categoria unitaria, denunciano, in vero, l'impossibilità di prevedere un unico modo di procedere all'approvazione della legge, a fronte di una molteplicità di interessi da perseguire (RUGGERI, 1987, 189 ss.; nonché PACE, 1987, 404 ss.; LA PERGOLA, 1961, 276 ss.; CRISAFULLI, 1960, 790 ss.; SPAGNA MUSSO, 1966, 26 ss.; PALADIN, 1998, 163 ss.; GIOCOLI NACCI, 1968, 431 ss.).

³ Legge organica e disposizioni diverse concernenti le scuole pratiche, speciali e superiori di agricoltura: le Stazioni di prova, agrarie e speciali / Ministero di Agricoltura Industria e Commercio. Direzione Generale dell'Agricoltura, del 1888; Il progetto di codice sanitario presentato al Senato del Regno dal Presidente del Consiglio e Ministro dell'Interno Agostino Depretis: relazione alla Reale Società italiana di igiene; Progetto di legge organica per l'amministrazione della sanità del 1887; Legge organica sul riordinamento della Pubblica Istruzione approvata con R. Decreto 13 novembre 1859; Legge organica del 17. febbraio 1861 per l'ordinamento giudiziario delle provincie napoletane; Legislazione positiva degli archivi del Regno contenente la legge organica del 12 novembre 1818 e gli annessi regolamenti ... / raccolte dal marchese Angelo Tranito; Legge organica dell'ordine giudiziario e tariffa delle spese giudiziarie nelle materie civili e criminali pel regno delle Due Sicilie al di qua e al di là del faro aggiuntovi; Legge organica dell'ordine giudiziario, 1836.

Ciò che distingue questi strumenti, tutti appartenenti al *genus* "legge" (SORRENTINO, 1970, 49 ss.; MODUGNO, 1973, 891 ss. *Contra*, ZAGREBELSKY, 1990, 66 ss.), sembra essere ora il procedimento seguito per l'approvazione ora, in una prospettiva funzionale, la materia trattata ovvero, ancora, entrambi i profili. Non emergono, in siffatto contesto, elementi di apertura verso un ulteriore tipo: la legge organica, appunto.

Sul rifiuto italiano verso questa speciale figura normativa sembrerebbero aver influito una serie di fattori, non ultimo dei quali la scelta di un sistema bicamerale perfetto e, dunque, l'indirizzarsi deciso del costituente del 1948 verso una particolare forma di Stato, connotato da un sistema parlamentare che considerava il bicameralismo paritario come la alta garanzia democratica nel corretto svolgersi della funzione legislativa e della fiducia all'esecutivo.

L'osservazione che precede consente, allora, di comprendere perché, progressivamente affacciatasi l'esigenza di dare spazio anche alle autonomie, si sia proceduto – con la prima Bicamerale per le riforme costituzionali – ad un tentativo di ammodernamento dell'impianto costituzionale del 1948, in qualche modo recuperando, sul piano delle fonti, il riferimento ad un sistema normativo più articolato, in risposta ai mutamenti della realtà sociale (MENCARELLI, 1999, 1111; FERRARA, 1984, 9 ss., INGRAO, 1984, 60). Nelle esperienze delle Commissioni Bicamerale Bozzi, De Mita-Iotti, D'Alema, (BALDINI, 2000, 22 ss.) ciò che affiora è la tendenza ad un uso strumentale della legge organica, rinforzata o aggravata, quale strumento normativo differenziato, idoneo a servire una riscrittura del testo costituzionale in chiave di, più o meno, spiccata dimensione regionalista⁴. Nulla, dunque, a che vedere con la complessità funzionale che assume la legge organica nel sistema spagnolo.

Il tentativo di introduzione di una legge che non può definirsi au-

⁴ Il riferimento è alle Commissioni D'Alema, Seduta del 15 aprile 1997 nonché alla Commissione De Mita-Iotti, XI Legislatura, A.C. n. 3597 e A.S. n.1789, si prevedeva che i progetti di legge organica (attraverso i quali si fissano i principi fondamentali delle funzioni che attengono alle esigenze unitarie) fossero presentati al Senato federale e che potesse anche prevedersi un *referendum* abrogativo di legge organica, su richiesta di cinque Consigli comunali, non risulta che analoga attenzione sia stata riservata al profilo procedimentale.

tenticamente “organica” – anche se adottata con un procedimento speciale ed espressione di maggioranze qualificate – si coglie nella prospettiva di una riforma delle Autonomie Locali che vede nel Senato un organo “federale”.

In concreto, tuttavia, essa non riesce ad assumere quei caratteri autentici che possano differenziarla da una legge-quadro o da una legge-cornice. Il tentativo di frantumare l'unitario concetto di legge restituisce, piuttosto, l'idea di un legislatore che corre dietro alle mode e che si affanna a forgiare (o a trovare) soluzioni in grado di rinchiudere la complessa realtà sociale, senza accorgersi che il problema non è nell'etichetta da applicare, ma nella capacità del “vecchio” strumentario a vestire le esigenze del pluralismo sociale ed istituzionale. I tentativi di adattamento dello strumento *de quo* alle specifiche esigenze dell'ordinamento italiano ne mutano i caratteri, facendone uno strumento molto diverso dall'originale. Un originale che non riesce a penetrare veramente in un sistema il quale non ne conosce le potenzialità ed i limiti, non lo modella adeguatamente, non sa servirsene e, dunque, pur sentendosi attratto dal nome, finisce piuttosto con il respingerlo alla frontiera.

3. Le contrastanti posizioni della dottrina tra tentativi ricostruttivi e proposte di riforma

Le incertezze dei lavori delle varie Commissioni Bicamerali per le Riforme Costituzionali sono state colte largamente dalla dottrina che non ha mancato di individuare le cause del fallimento degli interventi riformatori nell'incapacità dei partiti politici di liberarsi di un'ottica “sostanzialmente di parte” (SCUDIERO, 1985, 219; STAIANO, 1985, 150 ss.). Ciò che appare chiaro dal dibattito della dottrina in tema è l'emergere della consapevolezza che la “riscrittura” del sistema delle fonti si lega strettamente ad una riorganizzazione del Parlamento e, ancora di più, alla ricerca di un rapporto di equilibrio fra poteri dello Stato: Parlamento e Governo (BOZZI - FERRARA, 1984, 13; FERRARA, 2002). La legge organica è richiamata come esempio di legge bicamerale, una legge i cui ambiti dovrebbero essere fatti oggetto di previa individuazione. Ma l'impianto normativo in cui si inserisce questa previsione è debole.

La conferma è nel fatto che la Relazione finale della Commissione Bozzi, in seconda stesura, non farà più neppure riferimento alla legge organica⁵. Ciò che fa da sfondo all'approssimazione riformatrice è l'esigenza di operare comunque una riforma dell'ordinamento normativo per soddisfare esigenze di razionalizzazione e semplificazione, definitivamente doppiando l'esperienza di Testi Unici (di qui in avanti T.U.) e di codificazioni di settore. In questo senso, nell'ordinamento italiano, la funzione della legge organica andrebbe cercata in esigenze di stabilizzazione e razionalizzazione di un ordinamento normativo complesso, in cui il ricorso a siffatto strumento risiede nella possibilità di prevedere una fonte normativa intermedia tra il livello costituzionale e quello ordinario che, su determinate materie, imponga di rispettare le indicazioni contenute nella legge organica (ISLE, 2008, 743).

Se, tuttavia, il contesto in cui collocare la riflessione intorno all'opportunità di introdurre nell'ordinamento italiano il modello della legge organica è quello di individuare dei meccanismi in grado di attribuire ad atti legislativi una capacità di resistenza maggiore per soddisfare esigenze di semplificazione e di razionalizzazione, ma anche di stabilità nella disciplina della materia, si deve ritenere che tale obiettivo può essere perseguito senza far ricorso a nuove figure, il riferimento è a leggi rinforzate e atipiche (su cui FERRARI, 1956, 356 ss. che a sua volta si richiamava alle note posizioni di ESPOSITO, 1964, 165 ss.). Ma, altresì, il discorso pare possa ripetersi per quelle "leggi periodiche" (legge finanziaria, comunitaria, di semplificazione) che si distinguono per la capacità di realizzare una più completa disciplina della materia,

⁵ Così, ancora, nella Commissione Bozzi, è singolare che nulla sia detto in merito alle modalità da seguire per l'approvazione della legge organica e si taccia addirittura della definizione di regole per la risoluzione di eventuali conflitti fra gli organi che "controllano" l'approvazione della legge *de qua*. Dimenticanza, questa, tanto più colpevole ove si rifletta sul fatto che la legge organica era intesa quale espressione di un potere normativo esercitato da un Parlamento Bicamerale. Ed, ancora, non è quasi mai stata chiara – sia pure con talune eccezioni – ai vari legislatori che si cimenteranno nell'ambizioso proposito delle riforme, con l'obiettivo di dare ad esse veste giuridica, la dinamica che sottende la legge organica in Spagna, ove essa è la risultante di un combinato (e delicato) gioco di competenza e gerarchia che però mai crea confusioni con l'Esecutivo, attesa la previsione che vieta al Governo, per le materie coperte da riserva, di far ricorso a deleghe o a procedimenti d'urgenza.

sebbene solo la legge comunitaria sembrerebbe assumere una posizione privilegiata nell'ordinamento (MENCARELLI, 1999, 324 ss.; STAIANO 1985, 158).

Così, le leggi atipiche, rinforzate, periodiche, ma anche le leggi cornice in materia di competenza concorrente (PALADIN, 1958, 142 ss.; ANZON, 2001, 2782 ss., e più dettagliatamente sulla possibilità che la legge utilizzata per riconoscere l'autonomia differenziata sia in grado di resistere anche ai tentativi di modifica o abrogazione provenienti da fonti costituzionali, ZANON, 2001, 58 ss.; *contra*, RUGGERI, 2013), ovvero le leggi che concorrono alla definizione dei regimi di autonomia degli enti territoriali *ex art.* 116, comma 3 Cost., o le leggi che fissano i cd "livelli essenziali di assistenza" (in ambito sanitario) sono, appunto, espressione di limiti che possono condizionare l'attività futura del legislatore, senza che, per approdare ad un medesimo scopo, sia necessario richiamarsi a figure allogene, la cui utilità pratica sarebbe assolutamente minima.

Se, infatti, obiettivo è quello di prevedere strumenti attraverso i quali perseguire l'obiettivo di un riassetto normativo generale, il ricorso, ad esempio, ad univoche clausole di abrogazione di eventuali disposizioni contrastanti ben potrebbe servire allo scopo. Il tema, come noto, si inserisce nel dibattito più ampio relativo all'ammissibilità di vincoli al legislatore futuro mediante richiesta di clausole di sola abrogazione espressa, ovvero sia di leggi che possono essere derogate solo attraverso l'espressa abrogazione delle proprie disposizioni (CARNEVALE, 2000, 5 ss.). Tema, senza dubbio, complesso che si lega all'ammissibilità, sul piano logico-teoretico, di vincoli futuri che il legislatore pone a sé stesso. La tendenza ad ammettere una sorta di "autorinforzo" di talune leggi non è, d'altra parte, sconosciuta all'ordinamento italiano.

Talvolta essa assume toni eccessivi, al punto – come nel caso della L. 212/2000 – di far ritenere che, per operare una qualche modifica, si debba "procedere paradossalmente all'approvazione di un nuovo ed organico statuto legislativo dei diritti del contribuente, quand'anche si volesse mantenere intatta la vigenza di molte altre sue disposizioni" (MENCARELLI, 1999, 1108).

Nell'ottica di un effettivo riassetto normativo inteso a riconoscere a tali strumenti normativi una resistenza maggiore all'abrogazione (forza

passiva), solo ove si provvedesse il T.U. o il codice di una posizione normativa sovraordinata, sarebbe possibile evitare che una legge ordinaria disponga in ambiti fatti oggetto di un intervento speciale del legislatore (cfr. Codice Consumo, art. 144; Statuto del Contribuente; T.U. Enti Locali etc.; in dottrina RIZZA, 2003, 837 ss.; SERGES, 2000, 298 ss.)⁶. Né, in teoria, il discorso sembrerebbe destinato a svolgersi diversamente per le leggi cornice, sulla tesi un tempo prevalente che assegnava alla legge-cornice il compito di fissare i principi delle singole materie (PALADIN, 1958, 140 ss.). Più di recente si è però osservato – nonostante la previsione di cui all’art. 117 Cost. e la legge 282/1970 in tema di Provvedimenti finanziari per l’attuazione delle Regioni a statuto ordinario – come tale modello non si sia tradotto nella pratica, a vantaggio dell’affermazione di una mera preferibilità delle leggi-cornice, cosa che ha fatto decorrere di sgretolamento delle stesse, (BIN, 2001, 142 ss.). Esigenze di semplificazione e efficienza dell’ordinamento normativo potrebbero trovare soddisfazione nella previsione di una legge organica, cui le leggi ordinarie sarebbero tenute ad attecchire, immaginandosi che, per le materie in cui maggiore è l’esigenza di stabilità, il ricorso alla legge organica riesca a svolgere una funzione di “argine” al potere di riforma e di intervento del legislatore ordinario in determinati ambiti (MENCARELLI, 1999, 1104).

Nell’ottica del procedimento, l’unico tentativo di offrire una corretta declinazione della legge organica sembra allora potersi individuare nel progetto di L. Cost. n. 2452⁷ (FERRARA, 2002, 31 ss.). Ma, anche qui, a dispetto della maggiore attenzione che si riserva alla collocazione di siffatto strumento normativo nel nostro ordinamento, non sfugge come l’istituto sia recepito senza una effettiva valutazione di come, nel sistema spagnolo, sia il collegamento gerarchia-competenza a conno-

⁶ Così recita l’art. 144 del Codice del consumo: “Ogni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute”.

⁷ Progetto di legge costituzionale Camera Deputati IX Legislatura del 16 gennaio 1985, n. 2452, degli on. Ferrara, Rodotà, Bassanini, in materia di Revisione del Titolo I della Parte II della Costituzione concernente la riforma unicamerale del Parlamento, del sistema delle fonti legislativo, l’istituzione del referendum propositivo e l’attribuzione al Parlamento e al corpo elettorale per garantire il diritto alla pace.

tarne l'essenza. La critica investe altresì la scarsa attenzione a quei profili che, anche in Spagna, hanno compromesso l'utilizzo corretto dell'istituto *de quo*, il quale, pur pensato come strumento di contenimento delle maggioranze semplici, sembra funzionare bene solo in contesti parlamentari ove vi è un sostanziale equilibrio fra le forze politiche.

Non altrettanto potrebbe sostenersi in presenza di una forte maggioranza in grado di condizionare l'approvazione di siffatte leggi. Inoltre, il problema del recepimento di una fonte di questo tipo, la cui collocazione nel sistema delle fonti non sia chiarito in rapporto alla legge ordinaria (sia in senso gerarchico che in quello delle materie ad essa riservate) creerebbe sul piano dei rapporti tra fonti numerosi problemi la cui risoluzione non risulterebbe agevole. Proprio per ovviare a questi rischi, parte della dottrina ritiene essenziale – a conferma di quanto sistema delle fonti e riorganizzazione del Parlamento siano collegati – il ritorno ad un contesto monocamerale che recupererebbe alla logica del confronto e, dunque, del consenso, le dinamiche di approvazione della legge (FERRARA, 2002, 44-46)⁸.

Ma la dimensione monocamerale non riesce veramente a superare i pericoli di “controllo” delle maggioranze politiche e, piuttosto, l'esigenza di far ricorso ad una legge organica si collega alla preoccupazione di attribuire una tutela effettiva “agli interessi dei cittadini”. Tanto, soprattutto in materie coperte da riserva di legge assoluta e che, in più, concernono l'esercizio dei diritti politici e di libertà, regolano l'organizzazione e il funzionamento degli organi costituzionali, definiscono i meccanismi elettorali, disciplinano la giurisdizione, attengono ai rapporti con le confessioni religiose, approvano gli Statuti regionali, etc.

Al fondo di queste posizioni, vi è l'idea che la ridefinizione del sistema delle fonti comporti una connotazione della stessa legge organica, quale strumento più modulabile per l'esercizio della funzione di indirizzo politico della maggioranza. La scelta di introduzione della legge organica si inserirebbe, allora, in un quadro generale di sistema

⁸ La struttura Bicamerale del Parlamento fu conseguenza consapevole e motivata, all'esito del dibattito in Assemblea Costituente, dell'esigenza di assicurare l'integrazione della rappresentanza politica e generale del corpo elettorale con quella degli interessi; aspetti dei quali si rese portavoce Mortati. Per un'analisi ragionata sulla necessità di riforma del Parlamento in chiave monocamerale,

delle fonti volto ad evitare di sbilanciare lo stesso, attraverso la creazione di corsie preferenziali al Governo, giacché sarebbe la posizione centrale riservata alla procedura parlamentare ad assicurare la trasparenza del dibattito e l'uso di un potere legislativo rapido ed efficace.

In realtà, come si è visto, l'apertura alla legge organica nell'ordinamento italiano sembra poter riposare anche sulla necessità di mettere al riparo da modifiche continue determinate materie, ad opera di successive leggi ordinarie. Ma, come si diceva, il rischio di una "destrutturazione" del sistema delle fonti è nella perdita, appunto, di una visione di sistema, in cui vengano garantiti chiari meccanismi di controllo e di produzione delle stesse.

4. Coefficienti di riuscita della circolazione e verifica della trasportabilità del modello della Ley Orgánica

A questo punto risulta necessario analizzare se le esigenze di ammodernamento delle fonti, conseguenti all'embricarsi di valori costituzionali, aspetti economici e sociali, non possano ritenersi soddisfatte del tutto dall'esistente architettura costituzionale delle fonti (FERRARA, 1984, 15). In questo caso si dovrebbe ritenere che la Costituzione avrebbe già posto le premesse per l'articolarsi di un sistema normativo in cui, a seconda degli obiettivi da realizzare, l'approvazione della legge è, ora, costituzionalmente subordinata al rispetto di specifici requisiti, ora ne viene delimitato l'ambito sì da creare una sorta di separazione *ratione materiae*, ora se ne opera una dissociazione in relazione alla sua forza di resistenza attiva o passiva (BIN - PITRUZZELLA, 2010, 346 ss.; CRISAFULLI, 1993, 233). L'intima coerenza del sistema delle fonti sarebbe così affidata alla sua capacità di adattamento, complice, altresì, un elevato coefficiente di cooperazione fra fonti che non renderebbe utile il ricorso a più complesse riscritture del sistema (MODUGNO, 1995, 160 ss.). In questo contesto, si potrebbero cogliere le ragioni per l'affermarsi di figure particolari quali leggi atipiche, rinforzate, cornice, periodiche, etc. il ricorso alle quali (se pur non previste in Costituzione), si rende necessario per il perseguimento di obiettivi economici, politici, religiosi, ideologici e così via.

E invero tutta la vicenda dottrinale che ha condotto alla distinzio-

ne fra fonti atipiche (LA PERGOLA, 1961, 180 ss.) e fonti rinforzate (FERRARI, 1956, 225 ss.) fa emergere, di là dalle tassonomie che ne sono derivate per riempire di contenuti l'una o l'altra formula, lo sforzo di spiegare come il "prodotto" legislativo sia non raramente la risultante della necessaria combinazione, per un verso, di regole di procedimento e, per l'altro, di un'attenta definizione degli ambiti di competenza, al fine di dar vita ad uno strumento che possa "vestire" adeguatamente gli interessi pubblici.

Quanto premesso dovrebbe indurre a concludere che non v'è spazio nel sistema per una categoria di legge organica, in qualche modo paragonabile alla funzione che essa svolge in Spagna.

Il banco di prova delle riflessioni che si stanno svolgendo sembrerebbe essere offerto dalla L. Cost. 1/2012, nonché dalla legge 24 dicembre 2012 n. 243 recante disposizioni per l'attuazione del principio dell'equilibrio di bilancio. Se si mette da parte il fatto che la riforma prende spunto dalla necessità di rafforzare l'impegno italiano a risanare la finanza pubblica, in attuazione dei vincoli posti dal patto *Euro-plus* del marzo 2011 e del *"Six pack"* nell'ottobre 2011 dal Consiglio ECOFIN (successivamente ribaditi nel "Fiscal Compact" del gennaio 2012), non v'è dubbio che sulle novità introdotte dalla Legge Costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 di modifica dell'art. 81 Cost., pesino non poche perplessità (BRANCASI, 2012; ID., 2012, 7-18).

Né queste attengono esclusivamente a questioni di politica economica e finanziaria. Il punto, allora, è proprio questo. Nell'edificio istituzionale che è stato costruito nel 1948, è parso che solo la revisione della Costituzione, modificando il regime della legislazione nazionale, potesse assicurare (con la riforma dell'art. 81 Cost.) la necessaria "forza" di attuazione alle scelte politiche-economiche. Scelte la cui osservanza, in quanto promosse da una Legge Costituzionale, ben sarebbe stato compito del giudice far rispettare (LUCIANI, 2012). Ciò ha, inevitabilmente, offerto nuova linfa al dibattito sulla natura giuridica della legge di bilancio che quel divieto di "imporre nuovi tributi e nuove spese", di cui all'art. 81 nella sua vecchia formulazione, sembrava aver definitivamente concluso. Se si mettono da parte questioni più specifiche che involsero i principi dell'annualità di bilancio, dell'obbligo di rendicontazione nonché dell'unità e unitarietà del bilancio, la discussione che si svolse in Assemblea Costituente (seconda Sottocommis-

sione, seduta del 24 ottobre 1946, e seduta del 17 ottobre 1947), in merito all'art. 81 Cost. mise immediatamente in luce come il problema centrale fosse quello dell'equilibrio fra Governo e Parlamento, atteso il principio della esclusività della competenza del Governo, in relazione alla predisposizione ed alla presentazione alle Camere del disegno di legge di bilancio⁹. Il dubbio che quella di bilancio fosse davvero una legge meramente formale affiorò da un dibattito che si comporrà nel prevalere della tesi favorevole all'attribuzione di eguali poteri alle due Camere anche in materia finanziaria, sí da attribuire al Parlamento l'esercizio di una funzione di controllo. Certo, sulla conclusione peserà non poco la scelta per un sistema bicamerale perfetto; un peso non marginale che evidenzia però come si intendesse rimettere la disciplina del bilancio ad un processo e non dovesse, il bilancio, intendersi nei termini di una decisione¹⁰. E, tuttavia, sarà il terzo comma ("Con la legge di approvazione del bilancio non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese") che, nel mettere vincoli alle determinazioni assumibili con la legge di bilancio, porrà termine al dibattito sulla natura meramente formale della legge *de qua*.

Vano anche il tentativo di riforma dell'art. 81 da parte della Commissione Bozzi. Sarà solo la Commissione De Mita-Iotti del 1993 a prevedere, per l'attuazione dell'articolo 81, una riserva di legge "rinforzata", ossia una legge che non avrebbe potuto essere abrogata o modificata dalle leggi di bilancio, né dalle leggi di spesa o di entrata.

Per la dottrina, comunque, proprio il divieto di stabilire in bilancio

⁹ Come noto, l'uso del plurale "bilanci" creò non pochi problemi interpretativi, per il contrasto che si veniva a creare con il principio della sua unità e unitarietà e fu risolto nel senso di intendere obbligo di redigere un bilancio articolato al suo interno in partizioni corrispondenti ai singoli ministeri.

¹⁰ Un discorso diverso si deve fare per gli altri commi dell'art. 81 Cost. Anche qui l'analisi del dibattito, questa volta in Assemblea Costituente, si arricchirà dell'apporto delle diverse forze politiche. Così il comma 2 dell'originario art. 81 Cost., sull'esercizio provvisorio fu introdotto in conseguenza di un emendamento proposto dall'on. Bertone (e che ricevette l'approvazione di Ruini) volto a rendere possibile l'esercizio provvisorio anche per periodi inferiori a quattro mesi. La rigidità dell'originaria proposta che si esprimeva nei termini di una concessione dell'esercizio "una sola volta e per un periodo non superiore a quattro mesi" dava, infatti, luogo ad equivoci perché, così come formulato, sembrava non offrire la possibilità di un esercizio provvisorio per un periodo inferiore a quattro mesi.

nuovi tributi segnava l'atipicità della legge, una atipicità resa significativa dal fatto che ad essa non era riconosciuta alcuna forza attiva, tanto da doversi collegare ad altri strumenti, per consentire l'attuazione di manovre di politica economica (BIN – PITRUZZELLA, 2010, 349).

La Legge Costituzionale 1/2012, modificando l'art. 81 Cost. – rimasto non modificato per decenni – ha dato nuova linfa al dibattito sulla possibilità di ritenere che – a seguito delle intervenute modifiche – potesse dirsi introdotta anche nel nostro ordinamento la figura della “legge organica”.

A tanto sembrerebbe condurre una lettura della L. 243/2012 incentrata su talune clausole che verrebbero a rinforzare una legge la quale, sotto il profilo delle competenze, avrebbe un ambito ben delimitato (LUPO, 2011, 108 ss.).

Il dibattito che ha fatto seguito all'introduzione della legge *de qua* prova come, lungi dall'essere sopita, la questione del riconoscimento, a talune fonti, di una forza di resistenza maggiore continui ad animare la dottrina, che non sempre, tuttavia, approda a risultati coerenti. Partendo proprio dall'art. 1 della L. 243/2012 si è osservato che l'introduzione della regola secondo cui tale legge, attuativa dell'art. 81, comma 6, Cost., “può essere abrogata, modificata o derogata solo in modo espresso da una legge successiva approvata ai sensi dell'art. 81, sesto comma, della Costituzione”, assegnerebbe funzione di “attuazione costituzionale” alla legge *de qua*; una funzione vieppiù confermata dalla lettura del sesto comma dell'art. 81 Cost., a norma del quale il contenuto della legge di bilancio “è stabilito con legge approvata a maggioranza assoluta” (DICKMANN, 2013).

Unico esemplare di un'originale tipologia di fonti legislative rinforzate, la Legge 243/2012 sarebbe esempio di come, sotto il profilo costituzionale, si sia inteso provvedere la legge di bilancio di una particolare procedura. La previsione di una maggioranza qualificata (*ex* art. 81, comma 6 Cost.), pur nel rispetto del procedimento di cui all'art. 72 Cost., non sarebbe però una assoluta novità. Piuttosto si tratterebbe di previsione che intende operare un rafforzamento della procedura – in maniera non dissimile da quanto già accade, ad esempio, con l'art. 64 Cost., comma 3, Cost. – per la necessità di prevedere rinforzi a tutela della competenza, specie in relazione all'approvazione di atti ritenuti di particolare rilievo (DICKMANN, 2013). Così, in materia di legge di

concessione di amnistia e indulto *ex art.* 79 Cost. dove, pur non determinandosi una deviazione del procedimento dalla regola di cui all'art. 72 Cost., la previsione della maggioranza dei due/terzi sarebbe a garanzia dell'attenzione nella concessione del provvedimento.

Ed è ancora l'attenzione al profilo del procedimento che si realizza nelle fattispecie di cui agli artt. 116; 132 - 133 Cost. (e che investe sia la fase della formazione della legge, che la sua approvazione), a far dire alla dottrina che il ricorso ad uno speciale procedimento "rinforzato" è in qualche modo indicativo del rilievo assunto da determinate materie. Proprio l'analisi dei rinforzi ha così condotto questa parte della dottrina a ritenere che la L. 243/2012 debba ritenersi una legge rinforzata in senso politico, dotata, in quanto tale, dei parametri della norma interposta (DICKMANN, 2013). Non si tratterebbe però di una legge organica. Piuttosto il rafforzamento andrebbe inteso come collegamento fra rinforzo della procedura e fini, cosa che confermerebbe dell'eccezionalità di siffatti procedimenti i quali, *ex adverso*, ribadirebbero la centralità della regola generale di cui all'art. 72 Cost.

In senso opposto si è però detto – al fine di sostenere che l'art. 5 L. Cost. 1/2012 introdurrebbe la legge organica nel nostro sistema – che non sarebbe decisivo il parallelo con le leggi di amnistia e indulto e, neppure, con le leggi che prevedono forme di autonomia regionale differenziata, per ragioni che andrebbero cercate, nel primo caso, nella competenza limitata delle leggi di amnistia e, nel secondo, nel fatto che, a differenza della previsione di cui all'art. 116 Cost., la legge di bilancio si applicherebbe a tutto il territorio nazionale. Ciò che varrebbe a qualificare come organica una legge sarebbero una serie di caratteri, individuati i quali, ne discenderebbe la conclusione che anche il nostro ordinamento, sulla falsariga delle esperienze spagnola e francese, avrebbe recepito l'istituto della legge organica.

Il punto di partenza è dato dal fatto che l'analisi della *Ley Orgánica* in Spagna sembra farne emergere taluni tratti distintivi, rappresentati oltre che dal procedimento, dalla sua necessaria distinzione rispetto alla legge ordinaria che varrebbe ad attribuirle una particolare resistenza passiva, nonché dal fatto che la Costituzione spagnola ad un siffatto strumento riserva una serie di materie vedi art. 81.1 e 149 CE (PEGORARO, 1990, 217 ss.; LUPO, 1994, 5 ss.). Le argomentazioni adottate per provare che a seguito della L. Costituzionale 1/2012 anche

nell'ordinamento italiano è stata introdotta questa figura, per la necessità di valersi di una fonte che dia attuazione al dettato costituzionale, si fondano su una serie di rilievi che, tuttavia, non convincono. Non certo il profilo procedimentale di cui all'art. 81 comma 6 Cost. può essere considerato paradigmatico di un rafforzamento delle procedure, tale da determinare una forte analogia con la previsione di cui all'art. 81.2 CE. Diverso, in Spagna, è il procedimento di cui parte sostanziale è la qualificazione come "organica" della legge, ad opera della "*Mesa del Congreso*". Tanto meno la circostanza che addirittura si prevedesse l'approvazione a maggioranza dei due/terzi (a cui si è poi preferita la soluzione della maggioranza assoluta per evitare eccessivi irrigidimenti) nei lavori della Commissione (A.C. XVI Legislatura n. 4620) è realmente significativo. Se, infatti, da questo profilo si volesse far discendere uno degli elementi che confermano del carattere organico della legge, bisognerebbe osservare che, in Spagna, non è certo l'approvazione della legge a maggioranza assoluta ad attribuirle il carattere di legge organica. Sì che, nel nostro sistema, la previsione di una speciale maggioranza (assoluta) dice solo che si è voluto assicurare, in tema di bilancio, una più vasta partecipazione e un più ampio consenso, in considerazione del collegamento fra bilancio e diritti e doveri del cittadino.

Tanto meno l'ampiezza delle materie che governa l'ambito della riserva attribuito alla legge organica in Spagna è profilo da trascurare. Perché, all'opposto, proprio la funzione svolta dalla legge organica nel sistema spagnolo, ove accanto a competenze specifiche essa opera anche come strumento di "*desarrollo*" della Costituzione, ne rende evidente una complessità funzionale che è parte stessa della sua dimensione normativa; complessità che la versione "italiana" della legge organica non riesce ad interpretare. Né va taciuto che in Spagna è nell'*iter* di approvazione al "*Congreso de los Diputados*" che si qualifica una legge come organica, sì che proprio il fatto di rimettere agli organi di questa Assemblea la valutazione circa l'opportunità o meno di intervenire con siffatto strumento spiega come il costituente abbia inteso pensare ad uno strumento flessibile, la "*Ley Orgánica*", per assicurare risposta ai mutamenti sociali. Laddove nulla di analogo prevede il costituente italiano, tanto che la dottrina propensa a ritenere che tale recepimento si sia realizzato, si trova poi costretta a riconoscere che "oc-

correrebbe procedere ad una modifica dei regolamenti parlamentari per stabilire a chi spetti qualificare come organica ogni iniziativa legislativa” (LUPO, 2011, p. 112). Non pare però sia possibile, per spiegare il recepimento della legge organica, forzare il dato esistente senza considerare che in Spagna il funzionamento della legge organica si radica nel complesso e articolato gioco di gerarchia, competenza e procedimento. Né è vero che l’ordinamento italiano non possenga gli strumenti (anche dogmatici) per approdare – ove necessario in determinate materie – a garantire alla legge una forza speciale tale da assicurarle una posizione diversa rispetto ad altra legge ordinaria.

E se è vero, come diceva Saleilles, che “la scienza del diritto comparato nel senso giuridico del termine ha come oggetto il ricavare dall’insieme delle istituzioni particolari una base comune, o quanto meno punti di contatto capaci di mettere in luce l’unità fondamentale della vita giuridica universale” (SALEILLES, 1900, 383-405), è anche vero che, se nulla impedisce di trovare concordanze e profili comuni, bisogna comunque tener presenti quelle “differenze più o meno profonde negli strati meno visibili dell’ordinamento” (SACCO, 1992, 7), soprattutto allorché queste investano la Costituzione.

Una Costituzione che la Spagna ha voluto aperta, affidandone gli sviluppi a strumenti normativi che lasciassero sopravvivere un’architettura costituzionale diversa da quella italiana, piuttosto pensata come un prodotto concluso di valori.

Riferimenti bibliografici

- Anzon, A. (2001). Flessibilità dell’ordine delle competenze legislative e collaborazione fra Stato e Regioni. In Ruggeri e Silvestri (cur.). *Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Giuffré. Milano.
- AA.Vv., *Trasformazioni della funzione legislativa, II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffré. Milano.
- Baldini, V. (2000). *La riforma del bicameralismo*. In Scudiero e Staiano (cur.). *La riforma della Costituzione nei lavori della Bicamerale*, Jovene. Napoli.
- Bin, R.; Pitruzzella, G. (2010). *Diritto Costituzionale.*, Giappichelli. Torino.
- Bin, R. (2001). *Le potestà legislative regionali, dalla Bassanini ad oggi*. In Ruggeri e Silvestri (cur.). *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova*

- identità*. Giuffré. Milano.
- Biscaretti di Ruffia, P. (1977). *I disegni di legge in materia costituzionale di cui all'art. 72, comma 4 Cost.* In AA.VV. *Scritti in onore di C. Mortati* (vol. IV p. 22-24). Giuffré. Milano.
- Bognetti, G. (2009). *L'oggetto e il metodo*. In Carrozza, Di Giovine, Ferrari (cur.). *Diritto costituzionale comparato*, LaTerza. Bari.
- Bozzi, A.; Ferrara, G. (1984). Le risultanze della Commissione Bozzi: un giudizio. *Democrazia e diritto*.
- Brancasi, A. (2012). Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione. Consultato il 2 gennaio 2024 in <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/561-a-brancasi>, fasc. 2.
- Brancasi, A. (2012). La disciplina costituzionale del bilancio: genesi, attuazione, evoluzione, elusione. In AA.Vv., *Costituzione e pareggio di bilancio. Il Filangieri. Quaderno 2012*. Giuffré. Milano.
- Carnevale, P. (2000). Il caso delle leggi contenenti clausole di “sola abrogazione espressa” nella più recente prassi legislativa. Per un tentativo di rimeditazione organica anche alla luce della problematica degli auto vincoli legislativi. In Modugno (cur.). *Trasformazioni della funzione legislativa. I “Vincoli” alla funzione legislativa*. Giuffré. Milano.
- Crisafulli, V. (1993). *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1, Le fonti normative*, Cedam. Padova.
- Crisafulli, V. (1960). Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti. *Riv.trim.dir.pubbl.*
- Debré, M. (1959). La nouvelle constitution. *Revue Française de Science Politique*.
- CAR, J.C. (1999). *Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 4 octobre 1958* (p.13 ss.), Economica. Paris.
- De Vergottini, G. (1999). *Diritto costituzionale comparato*, 5ed., Cedam. Padova.
- Dickmann, R. (2013). Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della legge 24 dicembre 2012, n. 243, di attuazione del principio costituzionale del pareggio dei bilanci pubblici. Consultato il 3 marzo 2024 in www.federalismi.it, n.6.
- Esposito, C. (1964). *La validità delle leggi*. Giuffré. Milano.
- Ferrara, G. (2002). *L'altra riforma nella Costituzione*, Il Manifesto Edizioni. Roma.
- Ferrara, G. (1984). *Le risultanze della Commissione Bozzi: un giudizio. Democrazia e diritto*.

- Ferrari, G. (1956). *Gli organi ausiliari*. Giuffrè. Milano.
- Giocoli Nacci, P. (1968). Leggi rinforzate o solo procedimento legislativo rinforzato? (di una pretesa gerarchia delle fonti nell'ambito delle leggi ordinarie). In *Scritti in onore di Tesauro* (vol. I). Giuffrè. Milano.
- Grosso, E. (2009). Francia. In Carrozza, Di Giovine, Ferrari (cur.). *Diritto costituzionale comparato*. La Terza. Bari.
- Grosso, E.; Di Giovine, A.; Cavino, M. (2010), *La V Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Giappichelli. Torino.
- Ingrao, P. (1958). Crisi e riforma del Parlamento. *Democrazia e diritto*.
- ISLE (2008). *Una nuova fonte del diritto: la legge organica. Esercitazione del XX Corso di Studi legislativi 2007-2008*. Rassegna Parlamentare .
- Landry, C. (2012). *La Loi Organique dans la revision constitutionnelle du 2008. L'utilisation stratégique d'un instrument juridique*, Edition Universitaire Européenne. Saarbrücken.
- La Pergola, A. (1961). *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Giuffrè. Milano.
- Luciani, M. (2012). *Costituzione, bilancio e diritti e doveri dei cittadini*. Consultato il 10 marzo 2024 in www.astridonline.it.
- Lupo, N. (2012). La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti. In AA.Vv., *Costituzione e pareggio di bilancio. Il Filangieri. Quaderno 2012* . Giuffrè. Milano.
- Mencarelli, A (1999). La legge comunitaria tra vincoli di attuazione del diritto comunitario e autovincoli legislativi dei procedimenti di recepimento. In Modugno (cur.). *Trasformazioni della funzione legislativa*, (vol. I). Giuffrè. Milano.
- Mencarelli, A. (1998). *Leggi organiche e autovincoli legislativi: davvero la legge non può limitare se stessa?*. Giuffrè. Milano.
- Modugno, F. (1995). *Riflessioni sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*. In AA.Vv., *Studi in onore di Manlio Mazzioti di Celso* (p. 160 ss.), Cedam. Padova.
- Modugno, F. (1973). Legge in generale. *Enc. dir.* (vol. XXIII.). Giuffrè. Milano.
- Ortega Y Gasset, J. (1914). *Meditaciones del Quijote*, Alianza Editorial. Madrid.
- Pace, A. (1987). Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore. *Studi in memoria di Bachelet, III, Amministrazione e economia* .
- Paladin, L. (1998). *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam. Padova.

- Paladin, L. (1958). *La potestà legislativa regionale*, Cedam. Padova.
- Pegoraro, L. (1990). *Le Leggi Organiche Profili comparatistici*, Cedam. Padova.
- Rizza, G. (2003). Statuto del contribuente, autovincoli legislativi, certezza del diritto. *Quaderni costituzionali*, n° 4.
- Ruggeri, A. (2013). *Neoregionalismo, dinamiche della formazione, diritti fondamentali*. Consultato il 9 settembre 2024 in <http://www.federalismi.it>
- Ruggeri, A. (1987). Norme tecniche e costituzionali sulla produzione giuridica. *Pol.dir.*.
- Sacco, R. (1992). *Introduzione al diritto comparato*, UTET. Torino.
- Saleilles, R. (1900). Conception et objet de la science du droit comparé, Contributo all'International Congress of Comparative Law of 1900. *Bulletin de la Société de Legislation Comparé*.
- Scudiero, M. (1985). Realtà e prospettive della legge organica nel sistema italiano delle fonti. *Il Parlamento nella prospettiva delle riforme istituzionali* (p. 219 e ss.). Atti del Convegno Napoli 15 aprile 1984. *Democrazia e diritto*.
- Serges, G. (2000). *Norme sulla normazione e limiti all'interpretazione autentica (Brevi riflessioni a margine del recente «Statuto dei diritti del contribuente»*. In Modugno (cur.). *Trasformazioni della funzione legislativa. Crisi della legge e sistema delle fonti*, t. n. 2, Giuffrè, Milano.
- Spagna Musso, E. (1966). *Costituzione rigida e fonti atipiche*, Jovene. Napoli.
- Sorrentino, F. (1970), *Corte costituzionale e Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, I, Giuffrè. Milano.
- Staiano, S. (1985). Riformare il Parlamento (p. 150 ss.). *Democrazia e diritto*.
- Zagrebelsky, G. (1990). *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, UTET. Torino.
- Zanon, N. (2001). Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V. *Problemi del federalismo*, Giuffrè. Milano.

Stefano Rotolo

LA COMPLESSA TRANSIZIONE ITALIANA IN MATERIA DI BILANCIO E IL NUOVO PATTO DI STABILITÀ E CRESCITA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disarticolazione della legislazione di bilancio italiana. – 3. Il Patto di stabilità e crescita: tra rottura e continuità. – 4. L'impatto delle innovazioni del PSC sul sistema nazionale e il necessario ripensamento della legislazione di bilancio. – 4.1. L'adeguamento alle innovazioni del Patto europeo. – 4.2. La valorizzazione degli strumenti esistenti: tra controllo parlamentare e risorse informative.

1. Introduzione

La legislazione di bilancio italiana è contraddistinta da una complessa transizione che, nonostante lo scorrere degli anni, sembra non aver trovato ancora soluzione. Tale faticosa ricerca d'equilibrio del sistema è complicata da una molteplicità di fattori come la delicatezza dell'oggetto legislativo, le complesse dinamiche fattuali che lo compongono e l'intarsio di fonti mai veramente compiuto.

Partendo dall'oggetto della legislazione bisogna ricordare che il bilancio costituisce un'infrastruttura giuridica fortemente tipizzata, fondamentale per il funzionamento della democrazia rappresentativa (DE IOANNA, 2019, 15) ed espressione del massimo grado di politicità in quanto vengono effettuate le scelte impositive, allocative e redistributive a garanzia dei diritti nel controllo delle risorse finanziarie (RIVOLSECCHI, 2020, 4-5).

Guardando alle complesse dinamiche fattuali si scorge che il livello di discrezionalità legislativa è conformato da vari livelli di complessità tecnica sulla conoscenza delle grandezze numeriche di bilancio. Ma vi è di più, nell'allocazione discrezionale delle risorse finanziarie convivono spinte opposte e simmetriche tra Governo e Parlamento, mag-

¹ Università degli Studi di Perugia.

gioranza e opposizione, interessi settoriali e intersettoriali, e infine tra interessi euro-unitari ed interessi nazionali (LUPO, 2020 a, 247 ss.).

Proprio su quest'ultimo ambito l'intera materia di bilancio riflette questa vivace interazione tra fonti giuridiche europee e nazionali in quello che viene definito un vero e proprio intarsio delle fonti (LUPO, 2007, 77 ss.). Il quadro giuridico europeo in materia finanziaria si presenta molto stratificato risultando composto da un nucleo originario (Trattato di Maastricht, Patto di Stabilità e Crescita del 1997 e relative modifiche del 2005) e dal successivo insieme delle fonti del diritto europeo della crisi finanziaria (*Six pack*, *Two pack* e il trattato del 2012 sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance c.d. *fiscal compact*). Il quadro giuridico nazionale è composto dalle specifiche disposizioni costituzionali (artt. 81, 97, 117 e 119 Cost.), dalla l. cost. n. 1/2012, dalla l. n. 243/2012, dalla legge di contabilità nazionale¹ e, infine, dai regolamenti parlamentari.

La materia di bilancio va criticamente riletta in base alle sollecitazioni provenienti dal versante nazionale e da quello europeo.

Difatti nel primo ambito oltre all'inerzia del sistema italiano rispetto ad una compiuta integrazione con la *governance* UE, si sono acuiti storici malfunzionamenti nella legislazione di bilancio, tali da comportare una profonda disarticolazione nel sistema delle fonti e la mutazione dei rapporti di forza nella forma di governo parlamentare. A ciò si aggiungono sul versante europeo le crisi pandemica e energetica che hanno rimesso in discussione i rigidi parametri di bilancio della *governance* UE, in parte reinterpretati da un mutato atteggiamento del *Next generation EU* e dai PNRR dei singoli Stati membri (SCIORTINO, 2021, 235 ss.). Il nuovo Patto di Stabilità e Crescita, entrato in vigore il 30 aprile 2024, potrà influire significativamente sul sistema italiano, potendo, in prospettiva, spingerlo ad un superamento delle criticità sistemiche e ad un più compiuto funzionamento in una materia così delicata.

Per tali considerazioni le pagine che seguiranno si occuperanno dapprima della disarticolazione della legislazione di bilancio italiana, successivamente analizzeranno il contenuto del nuovo Patto di Stabilità e Crescita, per poi concludersi sull'impatto di tali novità nel sistema nazionale e le possibili proposte *de jure condendo*.

¹ L. n. 196/2009 poi aggiornata dalla l. n. 163/2016.

2. La disarticolazione della legislazione di bilancio italiana

Dando uno sguardo più ravvicinato alla sessione di bilancio e alla legislazione finanziaria, la dottrina ha sottolineato come si è passati da quello che in teoria doveva essere un sistema auto-risolto (razionale, prevedibile e garante di un esame parlamentare ordinato), ad un vero e proprio diritto provvisorio al bilancio, legato alle contingenze politiche e irrispettoso della legalità costituzionale (BERGONZINI, 2021, 68 ss.). Non è un caso che la giurisprudenza costituzionale (ord. n. 17/2019 e ord. n. 60/2020) sia intervenuta sulla sessione di bilancio, evidenziando non solamente il classico antagonismo tra Governo e Parlamento a livello deliberativo, ma dovendo tenere conto del delicato equilibrio tra istanze UE e istanze nazionali nel procedimento complessivo, avallando disinvolture procedurali². In tale contesto si intrecciano diverse

² Le due ordinanze citate consacrano sostanzialmente il monocameralismo di fatto. Come stigmatizza FABRIZZI (2024), 60-61: «In un passato neanche troppo lontano (il riferimento è alla sentenza n. 32 del 2014), era possibile leggere parole dei giudici costituzionali che, stigmatizzando l'utilizzo della questione di fiducia nei due rami del Parlamento, specificavano come la seconda lettura avrebbe potuto almeno consentire di rimediare alle carenze nella discussione in prima lettura. Nelle ordinanze n. 17 del 2019 e n. 60 del 2020, invece, la lettura di una sola delle due Camere – quando non addirittura della sola Commissione Bilancio di una delle due Camere – è valutata come esaustiva e tutto sommato sufficiente a garantire la partecipazione al processo decisionale. Nell'ordinanza n. 17, in particolare, si afferma che il ricorso non tiene conto del fatto che «il disegno di legge originario era già stato esaminato alla Camera dei deputati e ivi votato in commissione e in assemblea e che su di esso era in corso l'esame al Senato» e che «il nuovo testo recepiva almeno in parte i lavori parlamentari svoltisi fino a quel momento». E in modo ancora più marcato, nell'ordinanza n. 60 sono diversi i passaggi nei quali è evidente l'intento di mostrare come, nel complesso, il testo approvato fosse «sostanzialmente noto e istruito», non essendo mancate occasioni per la presentazione di istanze emendative, tanto in commissione quanto in aula. «Nel complesso» – si ripete – perché i giudici sottolineano come «in nessun caso sarebbe sindacabile da questa Corte la questione di fiducia ai fini dell'approvazione senza emendamenti di un disegno di legge in seconda lettura» (corsivo nostro). La specifica della «seconda lettura» non sembra essere del tutto casuale: la funzione legislativa esercitata «collettivamente» dalle due Camere è qui saltata, nel senso che è saltato quel duplice vaglio che in modo identico prevede gli stessi passaggi, in entrambi i rami, per giungere all'approvazione del medesimo testo: lo scopo sembra essere raggiunto mettendo insieme parti separate».

criticità (cattiva interazione delle fonti, destrutturazione delle procedure di bilancio e malfunzionamento della forma di governo) che si influenzano reciprocamente, ma che per comodità espositiva verranno trattate separatamente. Come evidenziato in dottrina (LUPO, 2020b, 257 ss.) l'intarsio tra fonti non può dirsi riuscito dal momento che i regolamenti parlamentari si sono mostrati inerti al calendario comune di bilancio e alla crescente integrazione del procedimento euro-nazionale. A dimostrazione di ciò i regolamenti non si sono adeguati compiutamente al Semestre europeo (LUPO, 2022 a, 73-76), non hanno disciplinato la funzione di controllo della finanza pubblica pur prevista dall'art. 5 della l. cost. n. 1/2012, non hanno tipizzato la funzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nelle procedure parlamentari (LUPO, 2020 b, 258-259) ed infine non si sono adeguati opportunamente ad alcuni elementi della legge di contabilità nazionale sulla votazione dei capitoli di bilancio su missioni e non su elementi micro-settoriali. In questo quadro di intarsio giuridico non riuscito, si evidenzia un rapporto di forza ribaltato tra Governo e Parlamento nella forma di governo. L'esecutivo, ormai divenuto signore delle fonti (CARTABIA, 2011, IX ss.), esercita il proprio dominio sulla materia di bilancio grazie al suo ruolo di interlocutore privilegiato delle istituzioni UE nei tavoli negoziali. A ciò si aggiunge il suo monopolio informativo sulle grandezze numeriche di bilancio grazie al contributo della Ragioneria generale dello Stato che rende la posizione delle Camere ancora più subalterna nell'allocazione delle risorse (ROTOLO, 2025, 473 ss.). In tale solco la destrutturazione delle procedure di bilancio risalta ancor di più il ruolo egemonico del Governo, in modo tale da realizzare una vera e propria deformazione della sessione di bilancio (GIANNITI, 2023, 38 ss.).

La prima criticità consiste nel sistematico ritardo con cui i documenti di bilancio vengono presentati dal Governo al Parlamento, con la conseguenza di un soffocamento del ruolo deliberativo delle Camere per mancanza del tempo necessario ad un esame approfondito (BERGONZINI, 2024, 12 ss.). Molto spesso l'esecutivo addebita il ritardo della presentazione alla dialettica con le istituzioni europee, in questo favorito da un ordito procedurale nei regolamenti parlamentari obsoleto e non in linea con le scadenze del Semestre europeo. La definizione delle politiche di bilancio tra singolo Stato con l'UE può protrarsi

anche per molto, determinando aggiustamenti e innovazioni in corso d'opera, persino durante le fasi finali di discussione parlamentare del disegno di legge presentato dal Governo. Al fine di adempiere gli obblighi europei il Governo spesso utilizza accorgimenti procedurali con conseguenze deteriori per il dibattito parlamentare (GRIGLIO, 2021, 60 ss.). La necessaria convergenza degli obiettivi economico-finanziari nazionali ed europei, unita all'inderogabile rispetto della tempistica nell'approvazione del bilancio produce ripetute distorsioni procedurali e svuota le ragioni stesse del dibattito, riducendo il ruolo del Parlamento a quello di mero organo ratificatore.

Infatti osservando la prassi, nella necessità di approvare il disegno di legge entro termini prestabiliti, uno dei due rami del Parlamento esamina, modifica e approva il testo presentato dal Governo, mentre l'altro è costretto a discutere il testo senza reali possibilità di modifiche (monocameralismo di fatto o monocameralismo alternato)³, nel timore di far scattare l'esercizio provvisorio con tutte le conseguenze speculativo-finanziarie che ne possono derivare (BERGONZINI, RIVOSECCHI, 2017, 239 ss.).

Al fine di accelerare ulteriormente l'*iter* legislativo, il Governo fa un sistematico ricorso alla questione di fiducia posta su maxi-emendamenti al disegno di legge di bilancio, spesso interamente sostitutivi del testo sino a quel momento discusso. L'effetto di tali prassi è quello di accantonare l'esame parlamentare dei contenuti della manovra e di precludere ogni altro argomento di discussione sull'allocazione

³ Come sottolinea RUGGERI (2024), p. IX: «La sostanziale collocazione delle Camere ai margini del circuito decisionale ha, poi, una delle sue maggiori manifestazioni, forse proprio quella di più consistente spessore, nel modo con cui viene varata la manovra di bilancio, in occasione della quale è dato assistere non soltanto ad uno stacco evidente nel posto detenuto da Parlamento e Governo in seno alla trama istituzionale ma anche ad uno squilibrio accentuato nei rapporti tra le due Camere: testimonianza e conferma di quel *monocameralismo di fatto* che costituisce una delle più rilevanti torsioni del figurino costituzionale di cui si ha riscontro ormai da tempo nell'esperienza. Né consola l'argomento per cui lo squilibrio in parola può giocare a beneficio ora dell'uno ed ora dell'altro ramo del Parlamento; di contro, questa constatazione rende ancora più grave e vistoso il *vulnus* recato alla legge fondamentale della Repubblica, dal momento che se ne ha la riproduzione ogni volta che si tratta di varare la manovra finanziaria».

delle risorse, dal momento che il testo sostitutivo viene redatto al di fuori dell'Assemblea. Lo stesso strumento della questione di fiducia è usato strumentalmente da parte del potere esecutivo al fine di evitare non solo l'ostruzionismo da parte dell'opposizione, ma anche qualsiasi attività di integrazione legislativa da parte della maggioranza, inchiodandola alla conferma del legame fiduciario (DI COSIMO, 2019, 207 ss.).

Infine le degenerazioni in atto nelle procedure di bilancio mettono in rilievo una sorta di "fuga" dalla legge parlamentare che investe gli interi processi di produzione normativa (LONGO, 2017, 3 ss.). In tal senso la si inserisce la consolidata prassi di non rispettare il contenuto proprio della legge di bilancio, con una vera e propria frammentazione della legislazione finanziaria da parte della decretazione d'urgenza (decreti-legge in materia fiscale e/o decreti-legge "proroga termini") (BERGONZINI, 2024, 12 ss.). Tutto ciò limita progressivamente, fino a precludere, l'apporto sistematico ed organico dei singoli parlamentari e più in generale del Parlamento alla decisione di bilancio, distruttura ulteriormente le procedure di bilancio e determina, ancora una volta, la definizione generale delle scelte allocative da parte del Governo.

3. *Il Patto di stabilità e crescita: tra rottura e continuità*

In questo contesto la riforma del patto di Stabilità e Crescita, discussa in sede europea, influirà significativamente sull'intarsio delle fonti riguardanti la finanza pubblica.

Le diverse sfide registratesi nel corso degli ultimi anni (di natura finanziaria, sanitaria, energetica e geopolitica) hanno spinto ad una riflessione sul modello di *governance* economica europea e ad un dibattito su una possibile ridiscussione. Nella *Comunicazione sugli orientamenti per una riforma del quadro della governance economica dell'UE*⁴ presentata dalla Commissione europea il 9 novembre 2022, sono illustrati i limiti applicativi del PSC del 1997, sottolineando la necessità di un riassetto complessivo del sistema. Di seguito il 26 aprile 2023 la

⁴ Si veda in tal senso <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022DC0583>.

Commissione ha presentato un pacchetto di tre proposte legislative per riformare il quadro di regole della *governance* economica dell'UE, seguenti procedure di approvazione diverse in considerazione della differente base giuridica di riferimento⁵. Dopo un *iter* di discussione e approvazione istituzionalmente articolato, è possibile rinvenire i contenuti qualificanti del nascente PSC, contraddistinto da un approccio rinnovato alla materia della sostenibilità del debito. Il 30 aprile 2024 sono stati pubblicati sulla *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione europea e sono entrati in vigore, in esito a un lungo e travagliato processo, i testi dei tre atti normativi che normalmente sono richiamati, nel loro insieme, come il "nuovo Patto di stabilità e crescita". Il pacchetto normativo, per il c.d. "braccio preventivo", prevede un regolamento interamente nuovo: il Regolamento (UE) 2024/1263 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2024, relativo al coordinamento efficace delle politiche economiche e alla sorveglianza di bilancio multilaterale e che abroga il regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio. Con il Regolamento (UE) 2024/1264 del Consiglio, del 29 aprile 2024, recante modifica del regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi si modifica il c.d. "braccio correttivo", arricchito solo da ulteriori novelle, dopo quelle che vi erano state introdotte nel 2005 e nel 2011. Il pacchetto si conclude con un ulteriore intervento novellatorio, ad opera della Direttiva (UE) 2024/1265 del Consiglio, del 29 aprile 2024, recante modifica della direttiva 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri⁶.

⁵ Nel pacchetto richiamato sono presenti: la proposta di regolamento (COM(2023)240), che sostituisce e abroga il regolamento (CE) n. 1466/97 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche (cd. "braccio preventivo" del Patto di stabilità e crescita); la proposta di regolamento del Consiglio (COM(2023)241), che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi ("braccio correttivo" del Patto di stabilità e crescita); la proposta di direttiva (COM(2023)242), avente come base giuridica l'art. 126, paragrafo 14, comma 3, del TFUE, che modifica la direttiva 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri nazionali di bilancio.

⁶ I regolamenti che riformano il braccio preventivo e quello correttivo del PSC sono direttamente applicabili agli Stati membri ai sensi dell'art. 288 del TFUE. Per

Nel nuovo assetto permangono i parametri pilastro dell'UEM, ossia il disavanzo del 3% del PIL ed il rapporto debito/PIL del 60%⁷, tuttavia mutano gli strumenti con cui raggiungere tali indicatori numerico finanziari. Il raggiungimento dei parametri deve essere un percorso graduale, adeguato e credibile di riduzione del debito *verso* il 60% del PIL, in un quadro di *governance* economica che sia favorevole ad una crescita sostenibile ed inclusiva.

Per assolvere agli impegni europei, ogni Stato membro presenterà il *Piano strutturale di bilancio nazionale* a medio termine (4 o 5 anni), dal quale deve risultare il percorso di aggiustamento fiscale, le riforme e gli investimenti pubblici. Il Piano è unico e sostituirà sia i Programmi nazionali di riforma (PNR) che i Programmi nazionali di stabilità (PNS).

Nella fase di elaborazione del Piano, ogni Stato avvierà un dialogo tecnico con la Commissione, al fine di garantirne la coerenza con le raccomandazioni specifiche per Paese e con le ulteriori indicazioni contenute nel Semestre europeo. Ciascun Piano sarà affiancato da una traiettoria della spesa primaria netta con una proiezione temporale di 4 anni (che a certe condizioni può essere prorogata di altri 3), in grado di garantire un percorso di riduzione del debito che “plausibilmente” possa mantenersi o avvicinarsi (entro la fine del periodo di aggiustamento) al di sotto del valore di riferimento del 3% del PIL a medio termine. Sembra così superato il criterio dell'obiettivo di medio termine (OMT)⁸ specifico per Paese il cui raggiungimento viene valutato all'interno del Semestre europeo (DICKMANN, 2023, XII).

Ne consegue un'impostazione innovativa volta alla realizzazione

contro, le modifiche alla Direttiva relativa ai requisiti per i quadri di bilancio nazionali, dovranno essere recepite nella normativa interna entro il 31 dicembre 2025.

⁷ I parametri rimangono invariati dal momento che la modifica implicherebbe la più gravosa procedura *ex art.* 126 par. 14 del TFUE di modifica del Protocollo n. 12 annesso ai Trattati.

⁸ L'Obiettivo di Medio Termine (OMT) è il valore di riferimento del saldo di bilancio strutturale (deficit strutturale) che ciascun paese deve conseguire e mantenere nel tempo. Gli obiettivi sono definiti paese per paese e sono rivisti ogni 3 anni tenendo conto di fattori quali la volatilità passata del Pil, la sensibilità del bilancio alle fluttuazioni del Pil, il livello di debito e le tendenze di lungo periodo della finanza pubblica relative ai fattori demografici.

del percorso di aggiustamento del debito quasi “sartoriale”, sulla base delle peculiarità della situazione di ciascuno Stato, ma che al contempo responsabilizza i singoli Paesi sul percorso scelto⁹.

Nell’ambito del Semestre europeo, la Commissione e il Consiglio continueranno la “sorveglianza economica” che si baserà sulle relazioni sullo stato di avanzamento dei piani nazionali presentate annualmente dagli Stati membri, andando a valutare la congruità dell’andamento della spesa primaria netta effettiva con i piani approvati. Gli eventuali scostamenti dell’aggregato di riferimento rispetto ai piani concordati, saranno registrati in un apposito conto di controllo. Dal punto di vista numerico al rapporto debito/PIL è prevista una riduzione media annua dell’1% per i Paesi dove il relativo valore è superiore al 90% e dello 0,5% annuo per quelli dove il debito vale tra il 60% e il 90% del PIL. Il secondo vincolo, come già previsto nel testo iniziale della proposta della Commissione, prevede che il deficit nominale sia portato o mantenuto al di sotto della soglia del 3% del PIL prevista dal Trattato. Il testo concordato specifica in proposito che: il raggiungimento di tale obiettivo deve essere previsto entro l’arco di tempo coperto dal periodo di aggiustamento e che l’obiettivo raggiunto deve essere mantenuto nel medio periodo, in condizioni di politiche invariate, ovvero di assenza di ulteriori misure volte al miglioramento del saldo.

⁹ Come sottolinea SCIORTINO (2024), IV-V: «L’impianto di fondo proposto dalla CE sembra porsi in una prospettiva profondamente diversa rispetto al passato: verrebbe abbandonata la regola *one size fits all* del vecchio PSC con misure uguali per tutti gli Stati membri a favore di un gradualismo nella riduzione del debito agganciato a un indicatore di finanza pubblica rappresentato dal tasso di crescita annuale della spesa primaria (al netto degli interessi sul debito al di fuori del controllo dei governi) e netta (non considerando gli effetti del ciclo sulla spesa e quelli dovuti a variazioni discrezionali sulle entrate). Per quegli Stati che hanno un debito superiore al 60% del PIL o un disavanzo pubblico superiore al valore di riferimento del 3% del PIL la Commissione propone, in una relazione al comitato economico e finanziario, «una traiettoria tecnica per la spesa netta che copre un periodo di aggiustamento minimo di quattro anni del piano strutturale nazionale di bilancio a medio termine e una sua possibile proroga di un massimo di tre anni» (art.5 della prop. di reg.cit.). Questa traiettoria pluriennale della spesa netta sarà trasmessa agli Stati in tempo utile per la predisposizione dei rispettivi piani nazionali strutturali di bilancio a medio termine».

Due diverse disposizioni introducono vincoli quantitativi sull'obiettivo di deficit strutturale.

Una prima clausola prevede che, in caso di apertura di una procedura di disavanzo eccessivo per deficit, la riduzione del saldo strutturale sia coerente con quella prevista per il braccio correttivo, ovvero non inferiore allo 0,5% all'anno. Una seconda clausola prevede il raggiungimento di un saldo strutturale che assicuri un margine di resilienza di 1,5 punti di PIL rispetto al saldo strutturale corrispondente al deficit del 3%. Tale obiettivo potrebbe essere raggiunto già nell'ambito della Traiettorie di riferimento di durata compresa tra 4 o 7 anni, ma non può escludersi che sia necessario un tempo maggiore: l'articolo 6-*bis* del regolamento europeo prevede infatti che la Traiettorie di riferimento assicuri che l'aggiustamento fiscale continui, ove necessario, fino al raggiungimento del predetto margine di sicurezza¹⁰.

Per quanto riguarda il braccio correttivo, esso viene attivato in caso di deviazione rispetto al sentiero di spesa. Spetterà alla Commissione verificare i casi in cui il rapporto debito pubblico/PIL superi il valore di riferimento, il disavanzo nominale non sia prossimo al pareggio o in surplus e quando le deviazioni registrate nel conto di controllo dello Stato membro superino lo 0,3% del PIL annuo ovvero lo 0,6% del PIL cumulativamente. In tali casi verrà redatto un rapporto dalla Commissione ai sensi all'art. 126.3 TFUE, con il quale esamina le deviazioni ed eventuali fattori rilevanti e, in caso di valutazione negativa, porta ad una procedura di infrazione. L'apertura di tale procedura rimane sostanzialmente invariata su i fattori rilevanti, seppur temperata

¹⁰ I criteri per definire il percorso di aggiustamento del debito pubblico sono la DSA (Debt Sustainability Analysis), analisi molto complessa basata su plurime variabili nonché l'adozione di un indicatore operativo unico ancorato alla sostenibilità del debito. La riforma della governance attribuisce per la prima volta alla DSA un valore prescrittivo: dai risultati dell'analisi, assieme ad altri fattori, discende infatti la traiettoria di riferimento del braccio preventivo proposta dalla Commissione. Nel nuovo quadro di regole, la DSA ha lo scopo di individuare un obiettivo di miglioramento del saldo primario strutturale, da raggiungere al termine di un percorso di aggiustamento di 4 o 7 anni e da mantenere successivamente nel tempo sufficiente ad assicurare l'andamento decrescente del rapporto debito/PIL anche in caso di shock negativi. Sulla scarsa trasparenza dei criteri rimangono molto critici CHESSA (2024), 60-61 e SCIORTINO (2024), XII.

sull'automatismo in caso di debito. Gli Stati membri dovranno uscire dapprima dallo stato di deviazione della spesa, riportando il deficit al di sotto del 3 per cento, e solo dopo saranno tenuti a presentare il piano di aggiustamento fiscale e strutturale richiamato in precedenza (DICKMANN, 2023, XII).

La svolta del nascente quadro giuridico-finanziario sembra essere segnata da chiaroscuri rispetto alle speranze iniziali, in quanto per un verso è influenzata dall'esperienza del *Next Generation EU*, in una nuova visione programmatica delle politiche di bilancio, ma al tempo stesso, non rompe completamente con il precedente Patto Europeo vista la permanenza degli indicatori numerico finanziari. In questa oscillazione tra conservazione ed avanzamento, certamente il piano strutturale pluriennale è apparso certamente innovativo, poiché garantisce flessibilità per sostenere il debito su un orizzonte di tempo più vasto, garantendo al contempo la titolarità/responsabilità nella definizione del percorso e aprendosi ad una dimensione programmatica di più ampio respiro, ma restano sul tappeto notevoli criticità. In primo luogo, come si evidenziava in precedenza, su pressione dei cosiddetti Paesi frugali, si sono imposti dei rigidi criteri numerici di salvaguardia (*additional safeguards*), uno relativo al debito e l'altro relativo al disavanzo, che certamente limitano significativamente i percorsi di aggiustamento previsti dai Piani¹¹. Sotto quest'ottica la mancata inclusione della *golden rule*, esclusione delle spese per investimenti dall'aggregato di spesa primaria netta, oltre ad esprimere una concezione fortemente conservatrice, rischia di impedire proprio il miglioramento della qualità della spesa in un percorso che dovrebbe essere di crescita sostenibile e capace di ridurre gradualmente il debito nel medio periodo (SILEONI, 2024, 302). Infine l'occulto rafforzamento di Consiglio e Commissione sulla materia dei bilanci, che rimane riservata dai Trattati agli Stati membri, non accompagnato da una *fiscal capacity* a livello

¹¹ CHESSA (2024), 7 osserva criticamente: «Questa personalizzazione dei percorsi, associata a indicatori quantitativi rigidi sia sul fronte della sostenibilità del debito che della misura dei disavanzi di bilancio, crea corsie preferenziali, che inevitabilmente favoriranno le prospettive di crescita economica di taluni paesi, e quindi di rafforzamento della loro potenza statale, deprimendo contestualmente quelle di altri paesi, la cui capacità di influenza nelle relazioni interstatali è perciò destinata a declinare ulteriormente».

europeo non migliora certamente la *governance* economica europea¹². Essa rimane priva di un centro di stabilizzazione macroeconomico e rischia di non sostenere adeguatamente gli ambiziosi obiettivi di integrazione europea (SCIORTINO, 2024, VII ss.).

4. *L'impatto delle innovazioni del PSC sul sistema nazionale e il necessario ripensamento della legislazione di bilancio*

Il nuovo quadro di *governance* segna il passaggio da rigidi parametri numerici di bilancio applicati acriticamente per tutti gli Stati membri, a regole che tengono conto delle singole specificità finanziarie statali in un contesto di rafforzata programmazione di medio termine.

In tale contesto si è passato ad un più avanzato punto di equilibrio che per un verso consente agli Stati membri di mantenere la discrezionalità sulle azioni da intraprendere e, dall'altro, consente alle istituzioni UE di guidare e monitorare il rispetto degli impegni all'interno del Semestre europeo. Si assiste ad un cambiamento di paradigma negli adempimenti degli Stati membri, infatti, secondo i nuovi regolamenti, ciascuno di essi sottopone alla UE, di norma a inizio legislatura, o in occasione della formazione di un nuovo Governo, un Piano strutturale di bilancio, contenente un percorso pluriennale programmatico di spesa primaria netta per il successivo quadriennio o quinquennio. Nell'ambito del Semestre europeo, la Relazione sullo stato di avanza-

¹² Sottolinea LUPO (2024), 172: «Manca però quella che in gergo si tende a definire come la “carota”, ossia il reperimento di una cospicua quantità di risorse comuni sui mercati finanziari idonee a costruire una capacità di bilancio autonoma (c.d. *fiscal capacity*): una “carota”, com'è noto, utilizzata nel PNRR per incoraggiare l'assunzione dell'auto-vincolo, da parte di ciascuno Stato membro, a programmare e a realizzare una serie di riforme e investimenti in linea con le macro-priorità indicate dall'Unione. L'assenza di questo elemento, che nel caso in esame potrebbe altresì essere utilizzato per il finanziamento dei c.d. “beni pubblici europei”, rende tra l'altro assai meno “spontanea” la presentazione di piani contenenti riforme e investimenti, che nel caso del Patto di stabilità e crescita sono utili solo a guadagnare un po' più di (preziosissimo) tempo – e, quindi, di flessibilità – nel percorso di risanamento finanziario dello Stato membro che richieda una proroga fino a 3 anni (per un massimo di 7 anni complessivi: art. 14 del Regolamento n. 2024/1263) del periodo di aggiustamento»

mento del Piano strutturale di bilancio presentata entro il 30 aprile di ogni anno, darà conto alle istituzioni UE degli obbiettivi programmatici fissati. L'elaborazione del Piano sarà preceduta da un dialogo tecnico con la Commissione, che dovrà indicare allo Stato membro una traiettoria di riferimento entro il 15 gennaio. Il percorso di aggiustamento contenuto nel Piano sottomesso dovrà essere coerente con tale traiettoria. Inoltre, nel caso di presentazione di un percorso di aggiustamento in sette anni, la Commissione valuterà se le riforme e gli investimenti rispettano i criteri per l'estensione della durata dell'aggiustamento.

L'impatto sull'ordinamento italiano è certamente significativo in quanto sembra ridefinirsi il lessico giuridico finanziario nel coordinamento dei bilanci e conseguentemente anche la struttura stessa del procedimento euro-nazionale.

Partendo dalla Costituzione, i principi dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito introdotti nella Carta fondamentale dalla legge costituzionale n. 1/2012 hanno una valenza ampia e generale che appare in linea con il nuovo quadro di *governance* economica europea, senza alcuna necessità di revisione costituzionale (FORTE, PIERONI, 2024, 59- 61).

Diversamente si rende ormai non più rinviabile una riscrittura organica della l. n. 243/2012, della legge di contabilità nazionale e, dei regolamenti parlamentari dinanzi alle implicazioni giuridiche del nuovo PSC. L'occasione non costituirebbe solamente un adeguamento del sistema italiano al nuovo Patto europeo, ma potrebbe significare un ripensamento complessivo volto a superarne le storiche disfunzioni.

Oltre ai cambiamenti di paradigma presenti nei regolamenti europei che innovano metodologie e parametri, certamente una finestra di opportunità per il superamento dello stato delle cose può essere rinvenuta nella direttiva sui quadri nazionali di bilancio in cui: a) si qualificano il ruolo e le funzioni degli enti di bilancio indipendenti (in Italia, l'Ufficio parlamentare di bilancio) in rapporto al nuovo quadro legislativo; b) si incentivano gli Stati membri ad adottare una programmazione di bilancio più orientata al medio periodo, assicurando la coerenza tra gli obiettivi del bilancio annuale e la pianificazione di medio termine; c) si mira a promuovere la trasparenza dei bilanci

pubblici, anche rispetto alle passività potenziali (DICKMANN, 2023, XIV).

Un nuovo approccio riformatore può muoversi sotto una duplice direzione: per un verso adeguando il sistema di finanza pubblica alle innovazioni del Patto europeo e, per altro verso, valorizzando ciò che è già presente nell'ordinamento.

4.1. L'adeguamento alle innovazioni del Patto europeo

Attualmente la l. n. 243/2012 stabilisce che l'equilibrio di bilancio sia rappresentato dall'OMT ovvero dal percorso di avvicinamento all'OMT, il cui valore viene individuato rimandando ai criteri stabiliti dall'ordinamento della UE.

Il nuovo quadro di regole europee elimina i riferimenti sia all'OMT sia al sentiero di convergenza del saldo strutturale di bilancio verso l'OMT e ciò dovrebbe riflettersi sulla normativa interna, sancendo di fatto l'obsolescenza di tale indicatore.

Infatti l'aggiustamento di bilancio verrà espresso con l'indicatore unico della spesa primaria netta finanziata a livello nazionale e autorizzata dal Piano strutturale, che presenta le caratteristiche di parametro comune e garantisce una più semplice calcolabilità¹³.

In tale solco, oltre che all'indicatore finanziario, la normativa nazionale dovrà adeguarsi al Piano strutturale di medio termine che si contraddistingue da un orizzonte temporale più vasto e con un'accezione programmatica nettamente più pregnante. Dal punto di vista nazionale la legislazione (in particolare la l. n. 196/2009) già riconosce il Semestre europeo come una delle basi su cui strutturare il ciclo di bilancio nazionale, tuttavia, essa dovrà essere riformata in modo da essere allineata al nuovo quadro di regole della UE (DICKMANN, 2024, 69 ss.) In primo luogo, si ritiene che il Piano dovrà essere intro-

¹³ L'indicatore operativo unico esclude dalla spesa totale la spesa per interessi, i trasferimenti ricevuti dalla UE per programmi europei, le spese di cofinanziamento nazionale sostenute per i progetti finanziati dalla UE, le spese legate alla componente ciclica dei sussidi di disoccupazione, l'impatto delle una tantum e delle altre misure temporanee. L'aggregato sarà inoltre determinato al netto dell'impatto delle misure discrezionali dal lato delle entrate.

dotto nel ciclo di bilancio nazionale come un documento programmatico nuovo, da presentare entro fine aprile, ogni cinque anni in linea con la durata della legislatura. Tali obiettivi di finanza pubblica saranno vincolanti per tutto il periodo, rendendo necessario l'adeguamento legislativo dal momento che gli attuali documenti di programmazione economica sono limitati ad un triennio con obiettivi pluriennali rivisti ogni anno (art. 3 della l. n. 243/2012).

Continuando la disamina, è inoltre necessaria una riflessione sull'opportunità di modificare il contenuto e la struttura del DEF e della NADEF al fine di rendere tali documenti programmatici funzionali agli adempimenti previsti dalla nuova *governance* europea.

Come è stato evidenziato nell'*Audizione della Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'indagine conoscitiva di riforma delle procedure di programmazione economica e finanziaria e di bilancio in relazione alla riforma della governance economica europea*¹⁴ del maggio 2024, tali elementi di contabilità nazionali andrebbero rivisti nell'ottica del nuovo Patto europeo. In particolare la struttura del DEF potrebbe essere rivista nel nuovo orizzonte in tre parti: a) la prima parte del DEF potrebbe contenere le informazioni a consuntivo richieste dalla Relazione annuale sullo stato di attuazione del PSB; b) la seconda parte del DEF potrebbe contenere la stima degli andamenti macroeconomici e di finanza pubblica per l'anno in corso e l'aggiornamento delle previsioni tendenziali per gli anni successivi; c) la terza parte, il DEF dovrebbe mantenere, con integrazioni, l'attuale Sezione II che contiene informazioni di dettaglio sulle tendenze della finanza pubblica. In un contesto di invarianza degli obiettivi della spesa primaria netta stabiliti nel PSB, la NADEF potrebbe rappresentare un'anticipazione del Documento programmatico di bilancio (DPB) che il Governo presenterebbe al Parlamento prima dell'invio alla UE entro metà ottobre. Il ripensamento complessivo garantirebbe il pieno coinvolgimento del Parlamento attraverso la periodica revisione del quadro informativo, delle previsioni e degli indirizzi di politica economica.

Infine, nel nuovo quadro di regole della UE, appare non più attale,

¹⁴ Si veda: https://www.upbilancio.it/wp-content/uploads/2024/05/Audizione-UPB_governance_eur.pdf.

ai sensi dell'articolo 6 della l. n. 243/2012, la possibilità per il Governo di presentare al Parlamento una Relazione di scostamento di bilancio in caso di eventi eccezionali. Con la nuova *governance*, ogni scostamento dal percorso di spesa inizialmente concordato, dovrà essere approvato dal Consiglio dell'UE all'insorgere di eventi eccezionali. Pertanto, la suddetta Relazione del Governo al Parlamento dovrebbe contenere, invece di una richiesta di autorizzazione allo scostamento, la richiesta di dare mandato all'esecutivo di sottoporre al Consiglio dell'UE l'autorizzazione allo scostamento dal percorso della spesa primaria netta indicato nel PSB.

Guardando invece ai regolamenti parlamentari, appare necessaria la sincronizzazione tra procedure euro nazionali al fine di allineare il processo decisionale europeo e quello italiano, spesso carente di uno spazio deliberativo parlamentare ben definito. I regolamenti si sono spesso dimostrati inerti ad allinearsi alle tempistiche europee, rafforzando l'egemonia governativa al riguardo. Tale occasione potrebbe essere preziosa per una perfetta congiunzione dei regolamenti parlamentari alla l. n. 243/2012 e alla legge di contabilità nazionale. Nel nuovo quadro di scansione procedurale-temporale il Parlamento potrebbe ritagliarsi un ruolo programmatico di carattere strategico, al fine di indirizzare e controllare gli Esecutivi allorquando questi operano all'interno di un processo negoziale con le istituzioni europee e soprattutto nel determinare le traiettorie di riferimento e la plausibilità dei percorsi di aggiustamento (LUPO, 2024, 181 ss.). A tal riguardo la summenzionata *Relazione sullo stato di avanzamento del piano strutturale di bilancio* rappresenta uno dei punti focali in cui si dovranno cimentare i regolamenti parlamentari. È necessario che anche tale relazione sia previamente trasmessa e discussa dai due rami del Parlamento al fine di contribuire in maniera decisiva in un ambito così cruciale. Tale Relazione, infatti, appare di notevole rilievo: è chiamata a descrivere i progressi ottenuti e ad illustrare l'attuazione prevista delle riforme e investimenti – compresi quelli indicati nel percorso della spesa netta stabilito dal Consiglio – per l'anno successivo a quello in corso, nonché a riferire su come lo Stato membro intenda dare seguito alle raccomandazioni specifiche per paese a esso indirizzate durante il Semestre europeo dell'anno precedente; eventualmente anche indicando le azioni di volta in volta reputate necessarie.

La sempre più crescente integrazione euro-nazionale ha chiaramente delle ricadute in un contesto, come quello della prassi parlamentare, storicamente caratterizzato da un utilizzo molto consistente degli emendamenti parlamentari nella determinazione dei saldi di spesa. Si deve tuttavia considerare che le regole europee sulla *governance* economica comportano vincoli non solamente sul Governo, ma anche sulle attività delle Camere. Da ciò discende la necessità di immaginare un adeguamento dei regolamenti parlamentari anche contenutisticamente conforme al nascente procedimento euro nazionale. Potrebbe essere valorizzato sul piano legislativo l'istituto del disegno di legge collegato alla manovra di finanza pubblica, in quanto assistito anche da garanzie procedurali per l'approvazione entro tempi certi, dove opportunamente 'canalizzare' le riforme utili all'attuazione del PSB non connesse ai tempi del Semestre europeo. Diversamente sulla manovra annuale di finanza pubblica si potrebbe immaginare un coinvolgimento delle Camere articolato in tre fasi: a) indirizzo parlamentare di ciascuna Camera funzionale e preliminare alla definizione dei contenuti del DPB; b) discussione e approvazione del disegno di legge di bilancio conformemente al DPB approvato da Bruxelles; c) controllo parlamentare della spesa pubblica (anche locale) rispetto agli obiettivi europei della *governance* economica importati nel PSB nazionale (DICKMANN, 2024, 72).

4.2. La valorizzazione degli strumenti esistenti: tra controllo parlamentare e risorse informative

Dalle considerazioni emerse, non sono mancate in dottrina voci che evidenziano l'emersione di un "nuovo metodo di governo" (LUPO, 2022 b, 729-755) che collocandosi a metà tra metodo comunitario e metodo intergovernativo, ha contraddistinto il *Next generation EU* e il PNRR e sembrerebbe parzialmente caratterizzare l'idea del Piano di spesa di medio termine¹⁵. Si profila un'idea di programmazione che

¹⁵ In tal senso LUPO (2024), 172 afferma «Un metodo che si colloca in qualche modo a cavallo tra il metodo comunitario, che è stato alla base della prima fase dell'integrazione europea, e che è valso a regolare il mercato comune, da un lato, e il metodo intergovernativo, affermatosi com'è noto soprattutto a partire dal Trattato di

sembra influenzare parzialmente la *governance* economica puntando ad una accezione non semplicemente quantitativa, ma anche qualitativa dei saldi di finanza pubblica (BARTOLUCCI, 2024, 72 ss.).

A tale avanzamento di sistema dovrebbe corrispondere anche un cambiamento della cultura parlamentare italiana, storicamente legata alla funzione legislativa in materia di bilancio. Come visto in precedenza il contributo parlamentare in materia di bilancio si limita semplicemente ad un apporto emendativo, frequentemente aggirato dal Governo dal trittico degli strumenti questione di fiducia, maxi-emendamento e decreti fiscali. Inoltre l'asimmetria informativa sulle grandezze numeriche di bilancio a favore dell'esecutivo, con il monopolio informativo della RGS, rende marginale l'incisività reale del Parlamento.

In questo senso sarebbe opportuno valorizzare il patrimonio informativo, già presente all'interno del sistema, messo a disposizione dagli organi ausiliari come la Corte dei conti e l'Ufficio Parlamentare di Bilancio (LUPO, 2017, 37-50). Entrambi gli organi forniscono un flusso informativo costante in materia di bilancio, tuttavia le risultanze vengono spesso ignorate dalle Camere e non messe a rilievo politicamente.

Partendo dalla Corte dei conti, è noto che sia l'organo di rilevanza costituzionale che svolge funzioni di controllo e giurisdizionali nelle

Maastricht, dall'altro. Evidentemente, non è facilissimo individuare quali siano le caratteristiche identificative di questo nuovo "metodo di governo", ma di sicuro alcune di esse – anche se, come si vedrà, non tutte – si ritrovano pure nel nuovo Patto di Stabilità e Crescita. Tra queste, vi è senz'altro la valenza riconosciuta a piani a medio termine basati sui risultati (piani di *performance*), contenenti riforme e investimenti, il cui "soddisfacente conseguimento" è valutato dalla Commissione europea. Si tratta inoltre di piani "nazionali" redatti e presentati da ogni Stato membro (che ne mantiene così la titolarità), tenuti a rispettare una serie di macro-obiettivi fissati dall'Unione a livello generale. Inoltre, e soprattutto, l'elaborazione dei piani, la loro modifica e la loro attuazione si basano su un dialogo bilaterale costante e continuo, a livello tecnico e politico, instaurato tra le istituzioni dell'Unione (soprattutto, la Commissione europea) e le istituzioni (in particolare, il Governo) di ciascuno Stato membro. Questi tre elementi, caratteristici del "modello PNRR", si ritrovano sostanzialmente anche nel nuovo Patto di stabilità e crescita.

materie di contabilità pubblica nonché amministrative e consultive¹⁶. Ai sensi dell'art. 100 Cost. il giudice contabile svolge il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, quello successivo sulla gestione delle amministrazioni pubbliche e il controllo economico finanziario che risulta cruciale nel ciclo di quantificazione e copertura finanziaria. Essa svolge una vera e propria funzione di controllo “neutrale”, in una posizione di organo esterno al circuito d'indirizzo politico e al contempo indipendente (EQUIZI, 2024, 78 ss.). In quest'ottica la funzione ausiliaria della Corte dei conti è stata concepita nel tempo non solamente confinata al controllo di legittimità degli atti dell'esecutivo e sul controllo di gestione, ma si è registrata una spinta notevole anche sulla dimensione di organo come *longa manus* del Parlamento. Numerose e importanti sono le funzioni di diretto ausilio del Parlamento in materia finanziaria: referti annuali, quadrimestrali, audizioni, relazioni specifiche in tema di finanza regionale e locale, sono altrettanti strumenti che consentono al Parlamento di avere una visione più completa e consapevole, anche in corso di esercizio, sugli andamenti complessivi della finanza pubblica. La galassia degli strumenti di referto (parificazione del Rendiconto generale dello Stato, referto quadrimestrale sulla copertura finanziaria delle leggi di spesa, referti speciali e audizioni) evidenzia come la Corte dei conti non abbia solamente un ruolo di semplice d'informatrice delle Camere, ma si ponga sempre più con connotati di garante degli equilibri finanziari in senso lato, fornendo un patrimonio informativo in cui si specifica l'adeguatezza delle misure adottate sia quale esito della fase di controllo, sia quale apporto alla fase decisoria. D'altro lato l'Ufficio parlamentare di bilancio è un organismo indipendente costituito nel 2014 con il compito di svolgere analisi e verifiche sulle previsioni macroeconomiche e di

¹⁶ È organo a servizio dello Stato-comunità, ausiliario sia dello Stato, sia delle Regioni e degli enti locali, garante in parziale dell'equilibrio economico finanziario del settore pubblico della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia e dell'efficienza e dell'economicità, a differenza dei controlli interni alle singole amministrazioni. Nell'esercizio delle sue funzioni di controllo la Corte non si presenta come organo terzo, tant'è che i rapporti con gli altri organi statali sono improntati alla collaborazione e non ad un'alterità dialettica, sostanzandosi perciò in un rapporto interorganico e non intersoggettivo. L'ausiliarietà della Corte dei conti è duplice, sia nei confronti del Parlamento che del Governo.

finanza pubblica del Governo e di valutare il rispetto delle regole di bilancio nazionali ed europee, contribuendo ad assicurare la trasparenza e l'affidabilità dei conti pubblici, al servizio del Parlamento e dei cittadini. Frutto dell'interazione tra normative europee sulla *governance* economica e normativa nazionale¹⁷ sul principio dell'equilibrio di bilancio, l'UPB è un organismo di bilancio indipendente facente parte di una rete europea e più in generale dei Paesi OCSE. Dal punto di vista definitorio¹⁸ il *fiscal council* italiano giuridicamente può configurarsi come un organo ausiliario e eurounitariamente necessario (VERNATA, 2020, 66 ss.). L'organismo italiano presenta una duplice specificità rispetto alla modellistica comparata: ha una collocazione parlamentare a differenza di altre esperienze più contraddistinte da una coloritura extra parlamentare e possiede una composizione collegiale (tre membri) a differenza di altri contesti con profili anche monocratici (GUERRA, 2020, 288 ss.). Dal punto di vista funzionale l'UPB effettua analisi, verifiche e valutazioni in merito a: 1) previsioni macroeconomiche e di finanza pubblica e impatto macroeconomico dei provvedimenti legislativi di maggior rilievo; in particolare, valida le previsioni macroeconomiche del Governo contenute nei documenti di programmazione (*lettere di validazione*); 2) andamenti di finanza pubblica, anche per sottosettore, e osservanza delle regole di bilancio; 3) attivazione e utilizzo di alcuni istituti previsti dal nuovo quadro di regole europee (in particolare, il meccanismo correttivo e l'autorizzazione in caso di evento eccezionale); 4) sostenibilità della finanza pubblica nel lungo periodo; 5) ulteriori temi economico-finanziari rilevanti ai fini delle predette attività, con una attenzione particolare alla divulgazione di elementi informativi nei campi dell'economia e della finanza pubblica. L'Ufficio opera sulla base di un programma di lavoro annuale, predisponendo analisi e rapporti anche su richiesta delle Commissioni parlamentari competenti in materia di finanza pubblica.

Si può comprendere come il set informativo messo a disposizione

¹⁷ Legge costituzionale del 20 aprile 2012, n. 1 e Legge del 24 dicembre 2012, n. 243.

¹⁸ MANETTI (2023), 784 evidenzia diversamente come l'Ufficio parlamentare di bilancio sia addirittura l'unica autorità indipendente a godere di esplicita copertura costituzionale ai sensi della l. cost. n. 1/2012.

alle Camere sia ingente, ma manchi dal punto di vista parlamentare la capacità di mettere a sistema politicamente le risultanze tecniche. In tal senso andrebbe finalmente attuato il contenuto dell'art. 5, comma 4, della legge costituzionale n. 1 del 2012, ai sensi del quale i regolamenti delle due Camere sono chiamati a costruire procedure di «controllo parlamentare sulla finanza pubblica con particolare riferimento all'equilibrio tra entrate e spese nonché alla qualità e all'efficacia della spesa delle pubbliche amministrazioni». Ciò consentirebbe di costruire nuovi e più efficaci procedimenti parlamentari di controllo sulla finanza pubblica che possano enfatizzare politicamente il dato tecnico fornito dagli organi ausiliari (TUCCIARELLI, 2021, 153 ss.). La caratteristica fondamentale della funzione di controllo parlamentare è quella di una verifica realizzata dalle Camere sull'operato del Governo rispetto agli obiettivi programmatici fissati (MALVICINI, 2022, 170). Storicamente concepita in una posizione ancillare rispetto all'indirizzo politico e alla funzione legislativa, nell'ambito del bilancio l'eventuale sviluppo potrebbe costituire la chiave per la rivitalizzazione dell'Assemblea. In tale ottica si enfatizzerebbe politicamente il patrimonio informativo, si ridurrebbe l'asimmetria informativa con il Governo e conseguentemente migliorerebbe la consapevolezza dell'attività legislativa parlamentare in materia di allocazione di risorse¹⁹. Tirando le fila, le sfide poste dalle innovazioni in materia di bilancio, offrono l'occasione di una riflessione su un ruolo rinnovato delle Camere che vada oltre al tradizionale legicentrismo in materia di allocazione di risorse. Infatti è possibile ritagliare un ruolo più significativo del Parlamento nella veste di controllore, grazie a un rinnovato set informativo adeguato alla complessità della materia, che impedisca di assegnare al Governo il ruolo di unico interlocutore delle istituzioni UE.

Tale obiettivo è raggiungibile attraverso l'interdipendenza tra la dimensione informativa in materia di grandezza numeriche di bilancio, con la valorizzazione delle risultanze tecniche di UPB e Corte dei Conti e lo sviluppo della funzione di controllo parlamentare, intesa come

¹⁹ Nel senso di una vera e propria rappresentanza cognitiva, tesa alla tutela degli interessi durevoli, appare la posizione di DI CARPEGNA BRIVIO (2021, 117 ss.) sulla riflessione attorno all'apporto conoscitivo della valutazione delle politiche pubbliche e il legame con la sostenibilità delle politiche di bilancio.

funzione parlamentare concettualmente autonoma e ponte tra dato tecnico e rilievo politico.

Concludendo, pur mostrando chiaroscuri e compromessi inevitabili, il Patto di stabilità e crescita ridefinisce le geometrie giuridico finanziarie dell'Unione Europea, con implicazioni sistematiche di notevole spessore per i singoli Stati membri.

Nel caso specifico dell'Italia, appare storica l'occasione di un profondo rinnovamento del sistema, al fine di superare quegli storici malfunzionamenti che hanno costellato la legislazione di bilancio. Durante il biennio 2011-2013, l'intarsio delle fonti non è stato adeguatamente meditato (BERGONZINI, 2014, 164 ss.) con conseguenze certamente nocive per l'intera forma di governo italiana e per il processo d'integrazione euro-nazionale. Ci si auspica, perciò, che dopo poco più di un decennio di deformazione delle procedure di bilancio tale opportunità non venga mancata.

Riferimenti bibliografici

- Bartolucci L. (2024), *Piano nazionale di ripresa e resilienza e forma di governo tra Italia e Unione europea*. Giappichelli Editore. Torino.
- Bergonzini C. (2014), *Parlamento e decisioni di bilancio*. Franco Angeli. Milano.
- Bergonzini C. (2021), *Le procedure parlamentari: dal sistema "autorisolto" al diritto provvisorio del bilancio*, in Balestrino A., Bernasconi M., Campostrini S., Colombini G., Degni M., Ferro P., Italia P.P., Manzetti V. (a cura di), *Democrazia e bilancio pubblico. Atti del secondo Convegno Nazionale di Contabilità Pubblica. Venezia 28-29 novembre 2019*. Editoriale Scientifica. Napoli
- Bergonzini C. (2024), *De profundis. In memoria delle procedure di bilancio italiane*. *federalismi.it*, n. 16
- Bergonzini C., Rivosecchi G. (2017), *L'art. 81 Cost. e le procedure finanziarie*, in *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale. Il Filangieri. Quaderno 2015-2016*. Jovene, Napoli.
- Cartabia M. (2011), *Il Governo "signore delle fonti"?*, in Cartabia M., Lamarque E., Tanzarella P. (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*. Giappichelli. Torino.

- Chessa O. (2024), *Il nuovo Patto di Stabilità e Crescita. Diritto & Conti. Bilancio, Comunità, Persona*, n. 2.
- De Ioanna P. (2019), *Il bilancio pubblico: un'infrastruttura cruciale per il funzionamento della democrazia rappresentativa in Italia e in Europa*, in Bergonzini C. (a cura di), *Costituzione e bilancio*. Franco Angeli. Milano.
- Di Carpegna Brivio E. (2021), *Rappresentanza nazionale e valutazione delle politiche pubbliche. Per un ruolo del parlamento nella tutela degli interessi durevoli*. Giappichelli editore. Torino.
- Dickmann R. (2023), *Sessione e legge di bilancio. Criticità e prospettive di riforma*. *federalismi.it*, n. 31.
- Dickmann R. (2024), *Governance economica europea, ordinamento nazionale e decisione parlamentare di bilancio. Prime considerazioni*. *federalismi.it*, n. 29.
- Di Cosimo G. (2019), *Stratagemmi governativi per monopolizzare le decisioni finanza pubblica*, in Bergonzini C. (a cura di), *Costituzione e bilancio*. Franco Angeli. Milano.
- Forte C., Pieroni M. (2024), *Nuove regole fiscali europee e Costituzione*. Osservatorio Costituzionale AIC, n. 5.
- Equizi C. (2024), *Corte dei conti e Costituzione. Contributo allo studio della dimensione costituzionale della funzione di controllo della Corte dei conti*. Giappichelli editore. Torino.
- Fabrizzi F. (2024), *Il Parlamento nella «democrazia decidente». Il ruolo delle Camere oggi*. Il Mulino. Bologna.
- Gianniti L. (2023), *Le “deformazioni” della sessione di bilancio. L’esperienza della XVIII legislatura: quali prospettive per la XIX?*. Osservatorio Costituzionale AIC, n. 1.
- Griglio E. (2021), *Il Parlamento tra decisione e controllo di bilancio*, in Balestrino A., Bernasconi M., Campostrini S., Colombini G., Degni M., Ferro P., Italia P.P., Manzetti V. (a cura di), *Democrazia e bilancio pubblico. Atti del secondo Convegno Nazionale di Contabilità Pubblica. Venezia 28-29 novembre 2019*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Guerra Y. (2020), *L’Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto costituzionale del governo dei numeri*, in Caruso C., Morvillo M. (a cura di), *Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*. il Mulino. Bologna.

- Longo E. (2017), *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*. Giappichelli. Torino.
- Lupo N. (2007), *Costituzione e bilancio. L'articolo 81 della Costituzione tra attuazione, interpretazione e aggiramento*. Luiss University Press. Roma.
- Lupo N. (2017), *Due norme costituzionali che i regolamenti di Camera e Senato devono ancora attuare: l'integrazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali e il controllo parlamentare sulla finanza pubblica*, in *Il Filangieri. Quaderno 2015-2016*, Napoli
- Lupo N. (2020 a), *I controlli finanziari nei procedimenti legislativi*, in Balestrino A., Bernasconi M., Campostrini S., Colombini G., Degni M., Ferro P., Italia P.P., Manzetti V. (a cura di) *La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica. Atti del Convegno annuale di Contabilità Pubblica. Pisa 6-7 dicembre 2018*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Lupo N. (2020 b), *La sessione di bilancio dopo la riforma degli artt. 81 e 97 della Costituzione*, in Caruso C., Morvillo M. (a cura di), *Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*. Il Mulino. Bologna.
- Lupo N. (2022 a), *La sessione di bilancio nella forma di governo, tra Italia e Unione Europea*, in Luciani M., Lupo N., Bergonzini C. (a cura di), *Il bilancio dello Stato*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Lupo N. (2022 b), *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*. *Diritto Pubblico*, n. 3
- Lupo N. (2024), *Gli adeguamenti dell'ordinamento costituzionale italiano conseguenti al nuovo patto di stabilità e crescita. Prime riflessioni*. *Diritto & Conti. Bilancio, Comunità, Persona*, n. 1
- Manetti, M. (2023), *Poteri e garanzie (Autorità indipendenti)*, in *Potere e Costituzione, Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè Francis Lefebvre. Milano.
- Malvicini M. (2022), *La funzione di controllo del Parlamento nell'ordinamento costituzionale italiano*. Giappichelli Editore. Torino.
- Rivosecchi G. (2020), *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*. *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3.
- Rotolo S. (2025), *La riforma del Patto di Stabilità e Crescita: cambia-*

- menti sul ruolo della Ragioneria generale dello Stato?*. *Federalismi.it*, n. 3.
- Ruggeri A. (2024), *Fino a che punto possono tenersi distinte le vicende della forma di governo da quelle della forma di Stato?*. *federalismi.it*, n. 24.
- Sciortino A. (2021), *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *federalismi.it*, n. 18.
- Sciortino A. (2024), *La sostenibilità del debito pubblico tra vincoli europei e scelte nazionali*. *Federalismi.it*, n. 2.
- Sileoni S. (2024), *La riforma del patto di stabilità e il riflesso sull'indirizzo politico nazionale*. *Rivista AIC*, n. 3
- Tucciarelli C. (2021), *Procedure finanziarie e integrazione europea: l'inesorabile trasformazione del Parlamento nell'inerzia dei Regolamenti*, in *Il Filangieri. Quaderno 2021*, Napoli
- Vernata A. (2020), *L'Ufficio parlamentare di bilancio. Il nuovo organo ausiliare alla prova del primo mandato e della forma di governo*. Editoriale Scientifica. Napoli.

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

*Juan Francisco Sánchez Barrilao**

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN UN MUNDO QUE CAMBIA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Los derechos en la era digital. – 3. La protección tecnológica de los derechos. – 4. La dependencia de lo público al respecto de lo privado. – 5. El mercado y los derechos. – 6. Otros déficits de la Constitución ante los derechos. – 7. Consideraciones finales. – 8. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

Más allá del alcance de la consideración del Derecho como expresión de la lucha por los derechos, según VON IHERING (1985)¹, cabe reseñar (a los efectos de estas páginas) el carácter dinámico, cambiante, del mismo Derecho en relación a los propios derechos, pues, sin perjuicio de parones y retrocesos en momentos de crisis, durante estos dos últimos siglos y en el ámbito occidental (especialmente tras la II Guerra Mundial) se ha advertido un constante desarrollo y progreso en el reconocimiento y en la garantía de los derechos al hilo de una realidad también en permanente evolución; de auténtica *età dei diritti*, así, se ha llegado a hablar (BOBBIO, 1990). Y es que el tiempo, de siempre, ha actuado de ariete tanto en la protección de viejas y nuevas pretensiones jurídicas de las personas, como en la declaración de otros derechos con los que responder a las necesidades sociales que aquel genera en estas (cómo no, RODOTÀ, 2014). Pero, entonces, ¿qué sentido tiene reflexionar específicamente sobre la protección de los derechos en un mundo que siempre está cambiando, cuando, por otra parte, cualquier especulación sobre el reconocimiento y la tutela de los

* Universidad de Granada.

¹ Y al respecto de ello, *vid.* MUGUERZA (2000, 43 ss.).

derechos se ha de contextualizar en una realidad por sí dinámica?² Dicha cuestión tendría hoy una respuesta positiva si en el presente cupiera advertir una realidad jurídica no ya diversa a la pasada (lo que resulta obvio ante el referido dinamismo social y jurídico), sino con cambios tales que afecten intensa y gravemente al Derecho y al sistema heredado de tutela de los derechos, llegando, incluso, a ponerlo en riesgo; y esta es, precisamente, la situación actual, y sobre la que vamos a reflexionar, según se viene a ver.

2. Los derechos en la era digital

En el sentido anterior, de *era digital* cabe ya hablar (tempranamente SÁEZ VACAS, 1997, 131 ss.), ante los cambios que el algoritmo está generando a nivel social, cultural, económico y político (URIARTE y ACEVEDO, 2018, 35 ss.), por no decir del propio Derecho, dado que sujeto y dependiente de los nuevos soportes digitales por los que, y a través de los cuales, se expresa, al punto de afectar su propia naturaleza y forma de realización y comprensión (ARJONA SÁNCHEZ, 2025). Esto, en cuanto al Derecho constitucional (de manera concreta), va más allá, a su vez, del evidente impacto que genera sobre los derechos fundamentales (mutando algunos de ellos al verse desplazados ante nuevas manifestaciones digitales como así acontece, p.e., con los derechos a la propia imagen e intimidad ante la protección de los datos personales)³ y los procesos democráticos (sin más, la intermediación de la IA al respecto de la formación de la opinión pública)⁴, al incidir asimismo y disruptivamente en el propio modelo constitucional, según nos advierte BALAGUER CALLEJÓN (2022a): lo digital está cambiando la realidad sobre la que se construyera el constitucionalismo contemporáneo y analógico, y de ahí que la realidad regulada por la Constitu-

² Advuértase que hablamos, en estas páginas, de protección y tutela de los derechos como expresiones similares, al margen del sentido más amplio que sobre la protección cabe asumir por cuanto que superadora del ámbito estrictamente jurídico (en especial, y precisamente, ante la tutela judicial de los derechos).

³ De interés, vid. PRESNO LINERA (2022).

⁴ De interés, vid. MONTILLA MARTOS (2023, 34 ss.).

ción en buena medida ya no exista, y que la que efectivamente permanece quede fuera del Derecho constitucional; ello requiere, entonces, de nuevas estructuras jurídicas con las que abordar no solo las nuevas necesidades constitucionales que surgen al hilo de lo digital, sino el propio algoritmo en cuanto instrumento y argamasa de esta nueva realidad. Un impacto constitucional, de este forma, que está alcanzando el A.D.N. de la Constitución y del Derecho constitucional, como seguidamente vamos a ver.

Si desde antiguo el constitucionalismo y su articulación jurídica en forma de Derecho constitucional han girado en torno a la limitación del poder público (MCILWAIN, 2016), hoy el principal poder que amenaza la libertad de las personas está en el ámbito privado; baste recordar, al respecto, la imagen del *capitalismo de la vigilancia* DE ZUBOFF, al quedar ésta (y así nuestros derechos) en manos de empresas que se mueven por exclusivo interés privado (2020). Ciertamente los particulares siempre han ejercido poder ante otros, y en especial en el caso de sujetos privados con gran capacidad económica y tecnológica (como nos advirtiera ya en los años ochenta CAPPELLETTI, 1986, 12), aunque nunca tanto como en la actualidad al llegar a competir estos, en el contexto globalizado, con los propios poderes públicos (SÁNCHEZ BARRILAO, 2022, 399 ss.); y de este modo, que una cuestión cuantitativamente menor para el Derecho constitucional, como era la de las relaciones horizontales entre particulares (pues su eje, recuérdese, giraba en torno al poder público), mute en factor cualitativo y disruptivo para el mismo (al ponerse en crisis, precisamente, dicho eje)⁵.

Con ello, sin embargo, parecería responderse a la cuestión principal de estas páginas, pues de relaciones directas entre particulares finalmente se trata; y de esta forma que se pueda apelar a instrumentos que de tiempo vienen previstos por el Derecho constitucional a tales efectos, como es la *Drittwirkung*⁶, al punto que de *ciber-Drittwirkung* nos llegue a hablar GOMES CANOTILHO (2005, 88). Con todo, tenemos algunas dudas sobre ello; veámoslas.

⁵ Sobre ello, ya, SÁNCHEZ BARRILAO (2023, 155 ss.).

⁶ De interés, vid. VEGA GARCÍA (1992, 357 ss.).

3. La protección tecnológica de los derechos

La primera de ellas se refiere a cómo la tutela de los derechos en la actualidad ya no es únicamente cosa del Derecho. Asumida cada vez más la dimensión tecnológica de los derechos, por su dependencia y vulnerabilidad tecnológica, es que estos se protejan también mediante medidas tecnológicas; así sucede en ámbitos como la protección de datos personales o la inteligencia artificial, al regularse jurídicamente el diseño mismo del proceso tecnológico a fin de conseguir no solo tecnologías respetuosas con los derechos, sino protectoras de los mismos⁷. O cómo ante la aparición de nuevos espacios tecnológicos de derechos creados por los propios particulares, como sucede con la red o el metaverso⁸, se reconozca a las empresas la capacidad para proteger tales derechos, si bien bajo una colaboración y tutela pública; piénsese, por ejemplo, en el Reglamento de Servicios Digitales al respecto de las empresas digitales en relación a la desinformación, las *fake news* y otros tipos de contenidos peligrosos para los derechos y valores

⁷ De esta forma, y en la senda abierta por el Reglamento General de Protección de Datos en relación a la regulación del diseño o protección legal por diseño (cfr. STC 76/2019, FJ. núm. 6), hoy la tutela de los derechos de las personas no descansa sólo en su garantía jurídica, y en especial la de naturaleza jurisdiccional, sino también mediante instrumentos y desarrollos informáticos que son promovidos y/o exigidos por los propios poderes públicos (CANTARINI GUERRA, 2023, 128 ss.). Se establecen así, en el Reglamento de Inteligencia Artificial, obligaciones en el propio desarrollo informático en una dimensión más proactiva, de modo que el mismo proceso de diseño técnico queda sujeto a cláusulas legales en virtud de las cuales se exigen mecanismos tecnológicos que contribuyan a garantizar valores y derechos (HERNÁNDEZ PEÑA, 2022, 111 ss.). De este modo, las IAs deben, a lo largo de todo su proceso de diseño, comercialización y uso (alcanzando incluso a los datos y métodos de entrenamiento), ofrecer garantías de no vulnerar derechos fundamentales y libertades públicas, e incluso de no ser manipulables a tales efectos (p.e. a través de un hackeo); y para ello, quienes las diseñan, comercializan o utilizan deben cumplir determinadas obligaciones a fin de conseguir tal objetivo (o, al menos, reducir razonablemente dicho riesgo), y todo bajo un sistema de responsabilidad proactiva (COTINO HUESO, 2023, 320 ss.).

⁸ De interés, vid. BARRIO ANDRÉS (2023a, 197 ss.).

constitucionales que circulen por la red a través de los servicios que ellas ofrecen⁹.

Sin embargo ello no es nuevo; en principio, conecta con el Estado regulador (también una categoría ya asentada en nuestro Derecho público), al asumir que actividades públicas clásicas puedan quedar en manos de particulares, aunque bajo la regulación, la garantía y el control público¹⁰. ¿Pero el modelo del Estado regulador es hoy constitucionalmente suficiente para abordar la protección y tutela de derechos ante particulares cada vez más poderosos a nivel tecnológico y global?

4. La dependencia de lo público al respecto de lo privado

En línea con lo anterior, y como segunda duda, está no solo la externalización que finalmente de dichas funciones públicas se alcanza (al quedar su realización en manos privadas), sino la dependencia que efectivamente se da de lo público respecto de lo privado en sectores, insistimos, clásicamente públicos (p.e. la defensa o la seguridad nacional), ante la subordinación tecnológica del poder público a un desarrollo digital que ha quedado en manos particulares¹¹; y entonces, claro, la debilidad de lo público para controlar, realmente, la actividad privada y la tutela horizontal de los derechos (SÁNCHEZ BARRILAO, 2025, 95 ss.). No en vano, se ha de destacar cómo la normación de dicha actividad privada de carácter tecnológico resulta delegada, en no pocos casos, a procesos de autorregulación a modo de regulación híbrida (y en tanto que resultado, así, de la colaboración público-privada)¹²; e incluso, que las relaciones privadas queden, cada vez más, sujetas a normas de origen contractual, en vez de a la ley (siguiendo a

⁹ Y al hilo de esto como, para evitar tal responsabilidad, este Reglamento apremia a las empresas digitales a actuar contra los mismos (CASTELLÓ PASTOR, 2021, 37 ss.; también, MARTÍNEZ NADAL, 2022, 387 ss.), sin perjuicio, claro, de la delicada posición que ahora aquellas asumen en relación a la libertad de expresión e información (SANTISTEBAN GALARZA, 2022, 159 ss.).

¹⁰ P.e., PAREJO ALFONSO (2016); o ESTEVE PARDO (2015).

¹¹ En este ámbito, cfr. SÁNCHEZ BARRILAO (2019, 70 ss., y 295 ss.).

¹² Sobre la colaboración normativa entre particulares y poderes públicos que se viene dando en materia digital, vid. HOFFMANN-RIEM (2022, 127 ss.).

ESTEVE PARDO, 2023). ¿Cómo el Estado regulador va, entonces, a ordenar y controlar a aquellos que precisamente no solo ponen en riesgo los derechos, sino a quien el Estado ha requerido para su protección al carecer de la tecnología necesaria para llevar a cabo dicha tutela?; por otra parte, ¿cómo integrar en el pluralismo político el conflicto entre los más y unos menos que controlan a los primeros cuando el Estado depende de estos?; y finalmente, ¿qué papel puede jugar el mercado en todo esto?

5. *El mercado y los derechos*

Al respecto de esto último, y como tercera duda, está el contradictorio papel que a nivel constitucional desarrolla precisamente el mercado en relación a los derechos, su tutela y su misma limitación¹³. A la sombra de la globalización económica, el mercado se ha convertido en el auténtico espacio de referencia para el poder (tanto para su organización, como para su ejercicio), desplazando al clásico territorio. Solo grandes Estados que contienen grandes mercados son capaces de mantener cierta posición estratégica a nivel mundial, y al hilo de ello ofrecer suficiente entidad y capacidad (incluso firmeza) como para llevar a cabo sus funciones clásicas de seguridad y conformación social, política y jurídica de la comunidad frente agentes externos. No en vano esta es la razón de ser, y esperanza, de la propia Unión Europea, ante unos Estados europeos que progresivamente pierden protagonismo político y económico; seguir progresando en la integración económica, política y jurídica entorno a un mercado único y fuerte (SÁNCHEZ BARRILAO, 2012, 71 ss.). Pero con ello, por otra parte, la constatación del aprieto del Estado constitucional como espacio de protección de los derechos si no coincide su territorio físico con un mercado lo suficientemente sólido y amplio, al verse sometido a una mayor incidencia de la influencia externa y, por el contrario, el resurgimiento del mercado como espacio de protección de los derechos, por más que ello suponga cierto, AUGUSTO AGUILAR, 2016, 489 ss.).

¹³ De interés, vid. HÄBERLE (2006, 11 ss.).

Si, como se ha adelantado, la innovación digital y su ulterior comercialización a nivel global pueden considerarse como el motor de los cambios sistémicos que hoy ponen en jaque la Constitución normativa y los derechos fundamentales, es que se acabe por recurrir al mercado, en especial a nivel de la Unión Europea, como espacio de control del desarrollo digital ¿Qué otra cosa no es la ordenación que del mercado europeo propone el Reglamento de Inteligencia Artificial (art. 1.1) sino el intento de contener el impacto de una inteligencia artificial que viene de fuera de la Unión Europea poniendo el riesgo los derechos de los europeos? (PRESNO LINERA y MEUWESE, 2024, 131 ss.); cuestión distinta es si, efectivamente, lo podrá conseguir, en especial ante la resistencia que las grandes empresas tecnológico-digitales, en connivencia con la Administración Trump, están mostrando.

6. Otros déficits de la Constitución ante los derechos

Además, y por otra parte, está el déficit de normatividad de la propia Constitución que al tiempo se genera a la sombra de todo lo anterior, al perder aquella la capacidad jurídica efectiva en la protección de unos derechos que ahora quedan en las manos de poderosas empresas globales; no en vano, la propia validez de la Constitución depende, no se olvide, de su realización, lo cual es imposible si se disocia de la realidad de la que nace y ha de ordenar¹⁴. De “final de una época dorada” para el constitucionalismo nos llega a hablar BALAGUER CALLEJÓN (2022a, 165 ss.).

Pero es que, de otro lado, la protección y tutela de los derechos se proyecta hoy al futuro; y ello no solo al respecto del medioambiente (sin perjuicio, claro, de su especial incidencia a la sombra del calentamiento global), como así puede suceder al respecto de la misma inteligencia artificial (en especial para el caso del potencial desarrollo de la inteligencia artificial de tipo *general*)¹⁵. ¿Cómo afrontar, entonces, acciones que en el futuro puedan afectar negativamente derechos? Aunque las generaciones futuras no tienen aún derechos, esto no impide la

¹⁴ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN (2022b, 202 ss.).

¹⁵ De interés, vid. SÁNCHEZ BARRILAO (2016, 225 ss.).

responsabilidad de los poderes públicos con el futuro, según nos recuerda PALOMBINO (2022) y de esta forma lo ha confirmado la jurisprudencia constitucional (p.e. la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021)¹⁶. Sin embargo ello sigue, todavía, en la línea de unos poderes públicos en no pocos casos sujetos, limitados, por los que contaminan y explotan económicamente la innovación tecnológica, frente a los más, que simplemente sufren las consecuencias negativas de esos otros (SÁNCHEZ BARRILAO, 2005, 257 ss.).

Reforzar, por tanto, la normatividad de los derechos fundamentales entre particulares parece la respuesta más lógica, por más que unos poderes públicos, con legitimidad democrática (no se olviden), sigan perdiendo capacidad fáctica para limitar el poder privado y proteger así adecuadamente la actividad entre particulares. En tal sentido resulta interesante cómo el Convenio Marco sobre Inteligencia Artificial del Consejo de Europa (art. 3.1) ha abierto la posibilidad de que las partes firmantes puedan optar porque los particulares queden directamente obligadas por las disposiciones del Convenio (o bien la adopción de otras medidas a fin de garantizar por aquellos el cumplimiento de tales disposiciones); o en el ámbito de la Unión Europea, cómo el propio Tribunal de Justicia asume, en algún caso (de especial desequilibrio entre las partes), la relación directa y normativa entre particulares en relación ciertos derechos de la Carta de Derechos Fundamentales (p.e., Sentencia de 6 de noviembre de 2018, en asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16).

7. Consideraciones finales

Esa es, entiendo, las líneas principales por la que habría de progresar constitucionalmente, sin perjuicio de otras vías como pueden ser: la mera responsabilidad civil ante la vulneración de los derechos fundamentales por terceros privados¹⁷; o la propia transformación de los derechos fundamentales a la luz de un ejercicio responsable de los mis-

¹⁶ Sobre esta, vid. PALOMBINO y SÁNCHEZ BARRILAO (2021); también, PALOMBINO (2024, 243 ss.).

¹⁷ De interés, vid. PARRA MEMBRILLA (2017, 37 ss.).

mos, a modo de nuevo imperativo categórico en la línea, de tiempo, teorizada por JONAS (2004), como en la proyección de los propios derechos también como deberes hacia otros cuando los aquellos pueden llegar a afectar negativamente a estos, según ZAGREBELSKY ahora (2023). Y es que libertades y derechos como la creación científica, la propiedad y la explotación comercial, lejos de permitirse hoy activarse a modo de patente de corso frente otras personas y su dignidad, han de resultar adecuadamente delimitados por el Derecho constitucional ante estas, a fin, claro, de una efectiva protección de sus derechos en esto tiempos de tantos cambios. Qué no otra cosa se pretende hoy al amparo del Reglamento de Inteligencia Artificial, cuando expresamente se condiciona jurídicamente el desarrollo y la explotación de la IA a la dignidad y los derechos fundamentales de la persona (nuevamente art. 1.1), por más que dicha regulación pueda resultar insuficiente.

Por último, no se olvide la consideración hoy del desarrollo tecnológico como un principio rector, quedando sujeto al interés general (art. 44.2 CE), además de la posibilidad de llegar a desarrollar un derecho a participar en el progreso digital y, en particular, al respecto de la IA; en este sentido, los artículos 27.1, *in fine*, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y 15.1.b del Pacto Internacional de los Derechos Económico, Sociales y Culturales, vienen a reconocer ya un derecho humano al acceso y a participar en el progreso tecnológico¹⁸. Por otra parte, conforme a la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital el progreso digital ha de centrarse en las personas, de modo que la tecnología sirva y beneficie “a todas las personas que viven en la UE” y las empodere “para que cumplan sus aspiraciones” (art. 1.1), mientras que la IA debe tender, específicamente, a “aumentar el bienestar humano” (art. 8)¹⁹. De este modo, el progreso digital y en IA deja de ser objeto exclusivo de los derechos de libertad científica y empresa, para pasar a ser ahora, como poco, un principio en manos de los poderes públicos para que promuevan desarrollos en beneficio de las personas y de la entera co-

¹⁸ De interés, vis. SÁNCHEZ BARRILAO (2017, 335 ss.).

¹⁹ De interés, vid. BARRIO ANDRÉS (2023b, 77 ss.); también, ÁLVAREZ ROBLES (2024, 127 ss.).

munidad (que no de los meros usuarios)²⁰, a la par que permitir la ponderación de tales derechos al amparo de una interpretación constitucional horizontal y sistémica.

Referencias bibliográficas

- Aguilar Calahorra, A. (2016) El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor. En M.Á. García Herrera (dir.), *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín* (I, 489-534). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Álvarez Robles, M. (2024). La Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década digital. Examen de los principios digitales establecidos por la Unión Europea. *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 26.
- Arjona Sánchez, M.J. (2025). *El derecho en bits*. Cízur Menor (Navarra): Aranzadi / La Ley.
- Balaguer Callejón, F. (2022a). *La constitución del algoritmo*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.
- Balaguer Callejón, F. (2022b). *Fuentes del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barrio Andrés, M. (2023a). El metaverso y su impacto en el estado y la soberanía, *Revista de Derecho Político*, 117.
- Barrio Andrés, M. (2023b). *Los derechos digitales y su regulación en España, la Unión Europea e Iberoamérica*. Madrid: Colex.
- Bobbio, N. (1990). *L'Età dei Diritti*. Torino: Giulio Einaudi Editore.
- Cantarini Guerra, P. (2023). Gobernanza algorítmica, explicación por medio del diseño y justicia del diseño. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 57.
- Cappelletti, M. (1986). ¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, 1986.
- Castelló Pastor, J.J. (2021). Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales. En J.J.

²⁰ De interés, vid. VILA-VIÑAS (2021, 327 ss.).

- Castelló Pastor (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales* (37-76). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Cotino Hueso, L. (2023). Discriminación, sesgos e igualdad de la inteligencia artificial en el sector público. En E. Gamero Casado & F. Luis Pérez Guerrero (coord.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios* (260-351). Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Vega García, P. (1992). La eficacia horizontal del recurso de amparo: problema de la Drittwirkung Der Grundrechte. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 46.
- Esteve Pardo, J. (2015). *Estado garante: idea y realidad*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Esteve Pardo, J. (2023). *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*. Madrid: Marcial Pons.
- Gomes Canotilho, J.J. (2005). Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos. *Direito Público*, 2 (7).
- Häberle, P. (2006). Siete tesis para una teoría constitucional del mercado. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 5.
- Hernández Peña, J.C. (2022). *El marco jurídico de la inteligencia artificial. Principios, procedimientos y estructuras de gobernanza*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Hoffmann-Riem, W. (2022). *El Derecho ante el reto de la transformación digital*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi / Thomson Reuters.
- Jonas, H. (2004). *El principio de responsabilidad (Ensayo de una ética para la civilización tecnológica)*, 2.^a ed. Barcelona: Herder.
- Martínez Nadal, A. (2022). Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la directiva de comercio electrónico a la propuesta de reglamento de servicios digitales. En M.J. Blanco Sánchez (dir.), *Derecho digital y nuevas tecnologías* (387-416). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- McIlwain, C.H. (2016). *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Montilla Martos, J.A. (2023). Inteligencia artificial y derechos de participación política. De lege ferenda. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1.
- Muguerza, J. (2000). La lucha por los derechos (Un ensayo de relectura libertaria de un viejo texto liberal). *Revista Internacional de Filosofía Política*, 15.

- Palombino, G. (2022). *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*. Milano: Mondadori-Le Monnier.
- Palombino, G. (2024). La dimensión constitucional del cambio climático en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 131.
- 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.
- Parejo Alfonso, L.J. (2016). *Estado y Derecho en proceso de cambios: las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Parra Membrilla, L. (2017). Responsabilidad civil derivada de la vulneración de los derechos de la personalidad en la red. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 21.
- Presno Linera, M.Á. (2022). *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*. Madrid: Marcial Pons.
- Presno Linera, M.Á. & Meuwese, A. (2024). La regulación de la inteligencia artificial en Europa. *Teoría y Realidad Constitucional*, 54, 131-161.
- Rodotà, S. (2014). *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta.
- Sáez Vacas, F. (1997). La era digital. En AA.VV. *Del cobre a las plataformas digitales* (131-143). Teldat.
- Sánchez Barrilao, J.F. (2005). Sobre la Constitución normativa y la tecnología. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 8.
- Sánchez Barrilao, J.F. (2012). La constitucionalización de la integración regional europea: ¡más Europa! de vuelta a una constitución para Europa, ante la situación de crisis de la Unión. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 60 (2).
- 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: Revista de Derecho Público*, 64 (2).
- Sánchez Barrilao, J.F. (2017). Los fundamentos del «progreso informático» en la Unión Europea. *Revista de Derecho Político*, 98.
- Sánchez Barrilao, J.F. (2019). *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional: el CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Sánchez Barrilao, J.F. (2022). Constitucionalismo digital: entre realidad digital, prospectiva tecnológica y mera distopía constitucional, *Revista da AJURIS*, 49 (152).
- Sánchez Barrilao, J.F. (2023). Transformaciones en la protección pública de los derechos fundamentales frente a particulares en la era digital. En A. Uscanga Barradas et al. (coord.) *Los derechos como límites al poder* (155-174). México: Universidad Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sánchez Barrilao, J.F. (2025). ¿Constitucionalismo?, ¿qué constitucionalismo?: por un constitucionalismo complejo y ponderado. En A. Pérez Miras et al. (dir.), *Constitucionalismo: diálogos intergeneracionales entre España e Italia* (I, 91-106). Madrid: Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Santisteban Galarza, M. (2022). Garantías frente a la moderación de contenidos en la Propuesta de Reglamento Único de Servicios Digitales. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 41.
- Uriarte, L.M. & Acevedo, M. (2018). Sociedad Red y transformación digital. Hacia una evolución de la consciencia de las organizaciones. *Economía Industrial*, 407.
- Vila-Viñas, D. (2021). Derecho a la ciencia. libertad de investigación, acceso, participación y promoción de la ciencia en el ordenamiento español. *Derechos y Libertades*, 45.
- Von Ihering, R. (1985). *La lucha por el derecho*. Madrid: Cívitas.
- Zagrebel'sky, G. (2023). *Derechos a la fuerza*. Madrid: Trotta.
- Zuboff, S. (2020). *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*. Barcelona: Paidós.

LAS CARACTERÍSTICAS DEL DIÁLOGO JUDICIAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La configuración del sistema multinivel interamericano. – 2.1 - Cuestión preliminar: el lugar de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho. – 2.2 - El desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos. – 3. El sistema interamericano de derechos humanos frente a los ordenamientos y poderes públicos estatales. El control de convencionalidad. – 4 - Cómo se ejerce el diálogo judicial interamericano. – 5. Conclusiones.

1. Introducción

La protección multinivel de los derechos fundamentales se caracteriza por la pluralidad de ordenamientos jurídicos que se relacionan entre sí y, por tanto, por la pluralidad de órganos de aplicación o agentes de protección cuya interacción es necesaria para garantizar la tutela efectiva de los derechos fundamentales. En este contexto, el diálogo judicial – entendido aquí como el existente entre los órganos de aplicación de cada ordenamiento jurídico – funciona como el verdadero paradigma constitutivo del sistema multinivel de protección de los derechos, sin el cual, sin una actividad de reconstrucción, ni siquiera sería posible hablar de sistema.

En los sistemas multiniveles, los diálogos judiciales se basan en el principio general de cooperación e implican interacciones entre tribunales estatales, incluidos los de carácter constitucional, y tribunales internacionales con vistas a proteger los derechos y libertades mediante interpretaciones compartidas, evitando así contradicciones entre los niveles nacional, supranacional e internacional.

* Universidad de Granada.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es el mecanismo de protección internacional de los derechos del Pacto de San José de Costa Rica y sus Protocolos, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) funciona como el órgano de supervisión y protección de los compromisos internacionales asumidos por la totalidad de los actuales 23 países adheridos al Pacto, cuyo objetivo institucional es su interpretación y aplicación, a través del ejercicio de sus facultades consultivas y contenciosas.

En interacción con el SIDH, por tanto, estarán los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente sus constituciones estatales y sus catálogos de derechos, así como los respectivos órganos (jurisdiccionales) de aplicación, que en conjunto conforman un sistema multinivel de protección de los derechos humanos fundamentales regido por principios lógicos específicos.

Así, el objetivo general de esta investigación es estudiar las características del diálogo judicial que tiene lugar en el sistema interamericano de derechos humanos. Los objetivos específicos son: 1) describir la configuración del sistema multinivel interamericano; 2) identificar cómo contempla el SIDH a los ordenamientos y poderes públicos estatales, describiendo su doctrina de control de convencionalidad; 3) evaluar la forma en que se ejerce el diálogo judicial en relación con los estándares de protección de los derechos humanos a partir del sistema interamericano.

Metodológicamente, se utilizó un enfoque metodológico dialéctico y técnicas de investigación documental y bibliográfica, teniendo como referencia teórica la interfaz entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. La configuración del sistema multinivel interamericano.

2.1. Cuestión preliminar: el lugar de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho

Por Estado de Derecho Constitucional se entiende un Estado cuyo sistema de fuentes del Derecho se caracteriza por la normatividad y supremacía de la Constitución, basado en valores y premisas propios y

con consecuencias políticas y jurídicas específicas, todas ellas diferentes del modelo organizativo del Estado Legal de Derecho, incluso en lo que se refiere a los derechos fundamentales.

En efecto, el Estado Legal de Derecho viene marcado por la certeza del derecho como instrumento revolucionario¹, con un ordenamiento jurídico organizado en torno al imperio de la ley y su superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. En este modelo, los derechos fundamentales son idealmente derechos naturales, con validez objetiva y universal y son anteriores al Estado como organización política, aunque deban plasmarse en una ley parlamentaria² que garantice su ejercicio en términos de convivencia social.

Lo cierto, sin embargo, es que, por un lado, los derechos humanos, antes de ser universales, quedaron efectivamente reducidos al espacio del Estado-nación, institucionalmente dependiente de su declaración y garantía y, por otro, aunque anunciados como intrínsecos a la condición humana, su listado y contenido estaban ligados a las necesidades y aspiraciones sociales (BOBBIO, 1992, 17-22), condicionadas histórica y culturalmente, lo que demostraría que los derechos humanos fundamentales no eran un fenómeno natural, sino cultural.

A su vez, en el Estado Constitucional de Derecho, además de consolidarse su carácter histórico y cultural, los derechos fundamentales ya no se consideran libertades preestatales, sino tareas del Estado, que engloban los deberes de respetar, proteger y promover. El catálogo de derechos fundamentales se convierte en parte integrante de las constituciones pluralistas y su realización concreta en una arena permanente de disputa entre fuerzas políticas divergentes. Además, los derechos

¹ “Estamos hablando de un ordenamiento simple, articulado en torno a la ley y al principio de jerarquía, en el que la categoría fundamental del sistema será la eficacia de las normas, porque se trata de un momento revolucionario, la imposición del mundo moderno frente al estamental” (CALLEJÓN, 2022).

² El art. 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, marco del Estado Legal de Derecho, establecía: *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, marco do Estado Legal de Direito, preceituava: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley”.

emanan de -o mejor dicho, elaboran o construyen³ la- dignidad humana, lo que significa que la realidad histórica y cultural determina qué atributos esenciales considera una determinada comunidad política inherentes a la condición humana, otorgando a los individuos la condición de sujetos de su existencia⁴.

Si en el Estado Legal los derechos fundamentales dependían concretamente de la interposición legislativa, en el Estado Constitucional se produce una interacción entre el constituyente, que afirma el derecho, el legislador, que lo concretiza respetando las condiciones formales, materiales y circunstanciales establecidas en la Constitución, que limitan su potestad normativa, y la jurisdicción constitucional, que actúa como órgano de control de la actividad legislativa, tanto activa como omisiva.

Y permean el Estado Legal y el Estado constitucional de derecho los fenómenos de la positivización, generalización e internacionalización⁵.

La positivización es el proceso de juridización de los derechos fundamentales, necesario para su tutela efectiva. La generalización es el fenómeno que pretende extender la subjetividad activa de los derechos a individuos (y grupos sociales) que antes estaban excluidos, lo que también se asocia a la especificación, que es la multiplicación de nuevos derechos fundamentales, debido a la multiplicación de bienes jurídicos o a la necesidad de un tratamiento normativo específico para un individuo o un grupo (sexo, renta, género, etc.). La internacionalización es el proceso de proliferación de tratados internacionales y de

³ “Por eso, convenida su historicidad, hemos de considerar falaz la argumentación que sostiene que los mismos se deducen o derivan de una consideración previa de la dignidad humana que, a modo de fundamento absoluto e indiscutido, actúa como presupuesto antropológico o razón de ser de los mismos. Más bien sucede al contrario: son los derechos los que jurídicamente conforman la dignidad, aunque se sostenga interesadamente lo opuesto.” (RAMÍRES, 2017), 218-237.

⁴ Esta es, en reducida síntesis, el contenido de la dignidad humana como premisa antropológico-cultural de los Estados constitucionales. Al respecto, Cfr. HÄBERLE, (2000), 87-104.

⁵ Esta es la periodización didáctica adoptada por Luca Mezzetti, que añade además el fenómeno de la globalización de los derechos fundamentales. Cfr. MEZZETTI (2020), 108-144.

construcción de verdaderos sistemas que tienen por objeto el reconocimiento y la protección de los derechos y que imponen al Estado deberes de garantizar estándares mínimos de protección de los derechos dentro del espacio estatal, bajo pena de sanción internacional, con lo que el interés de proteger los derechos pasa a trascender las fronteras del Estado-nación.

2.2. El desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos

En términos generales, el sistema internacional de protección de los derechos humanos se basa en tratados internacionales que establecen obligaciones comunes (y no recíprocas⁶) entre Estados, a los que se reconoce – como presupuesto y consecuencia – el ejercicio de poderes soberanos y en cuyo favor se forman relaciones jurídicas de cooperación (incluso entre ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales).

La internacionalización, aunque tiene como precedente el derecho internacional humanitario, es contemporánea al advenimiento de las constituciones normativas y del paradigma de la dignidad humana como premisa de los estados constitucionales, y se basa en la convicción de que el estado es un potencial violador de derechos y el nivel de bienestar general aumenta cuando se compromete a observar las normas de protección acordadas internacionalmente y a someterse a mecanismos de supervisión y tutela.

Se trata de un proceso que pone de relieve el carácter expansivo de los valores fundamentales, que se ha visto amplificado con el desarrollo de la sociedad internacional, al menos desde la Carta de las Naciones Unidas, a través de la creciente transmisión de valores comunes. Sin embargo, la ambición de universalidad y el aumento del estatus del individuo en la sociedad internacional, hasta la fecha, no pueden considerarse justificadamente como expresión de una conciencia colectiva

⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, denominada El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana artículos 74 y 75. En el mismo sentido, se expresa la Corte Interamericana en el asunto Tribunal Constitucional Vs. Perú, sentencia de 24 septiembre de 1999. Competencia. Serie C No. 55, párrafo 42.

creadora de derechos⁷, después de todo, los individuos siguen siendo destinatarios de la protección a la que se ha comprometido el Estado al firmar el tratado y el contenido de la relación jurídica derivada de la norma internacional de derechos humanos sigue siendo la relación entre el individuo y el Estado⁸, empeñado este último a través de sus instituciones y su ordenamiento jurídico.

Uno de los sistemas regionales destacados de protección de los derechos humanos es interamericano (SIDH), que tiene su principal base textual en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica, en vigor desde 1978 (aunque firmado en 1969), así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Derechos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y otras normas internacionales sectoriales (como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belém do Pará, etc.) o instrumentos de soft law, como la Carta Democrática Interamericana (2001).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) fueron creadas como órganos de supervisión y tutela en el marco de la CADH. La primera se encarga de presentar informes periódicos o sectoriales, realizar observaciones in loco, emitir recomendaciones (a todos los Estados parte de la Carta de la OEA, aunque no sean signata-

⁷ Tal y como defiende Cançado Trindade (2015), p. 87: “O reconhecimento de certos valores fundamentais, imbuídos de um sentido de justiça objetiva, em muito contribuiu à formação da *communis opinio juris* nas últimas décadas do século XX. Verificou-se, aqui, uma evolução conceitual que se moveu, a partir dos anos sessenta, da dimensão internacional à universal [...] conducente à identificação dos interesses comuns da comunidade internacional e do reconhecimento generalizado do imperativo de satisfazer as necessidades sociais básicas”.

⁸ En la misma línea: “La fuente última de los derechos de los ciudadanos es el ordenamiento doméstico, no el internacional, que expresa una simple atribución indirecta (es decir, efectuada a través de los poderes públicos de los estados) de deberes y de derechos” (CALAHORRO, 2021).

rios de la CADH⁹) y elaborar estudios (que abarcan a todos los Estados parte de la Organización de Estados Americanos - OEA), además de la función procesal preliberacional, limitada a las demandas ante Estados signatarios de la CADH, la cual consiste en recibir las peticiones presentadas por los particulares y los Estados partes, examinar su admisibilidad, producir y valorar sus pruebas, promover su solución amistosa o, en caso de no prosperar, remitirlas a la Corte IDH para que dicte sentencia, la cual funciona como una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como emitir opiniones en el ejercicio de sus competencias consultivas.

Según la CADH, la decisión de la Corte IDH es definitiva e inapelable, y los Estados se han comprometido a cumplirla en todos los casos en que sean demandados (arts. 67 y 68.1, CADH). Por lo tanto, es posible concluir que la sentencia de la Corte IDH está dotada de eficacia subjetiva, haciendo ley entre las partes.

3. El sistema interamericano de derechos humanos frente a los ordenamientos y poderes públicos estatales

De los aspectos que caracterizan al sistema interamericano, tres

⁹ [...] 44. Teniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1, ésta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos. 45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales. (Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf. Acceso en 22 mai. 2024.)

merecen destacarse aquí: la eficacia de sus sentencias y su contenido ejecutivo en términos de producción normativa, así como los contornos de la doctrina interamericana del margen nacional de apreciación.

Como ya se dijo, el Pacto de San José de Costa Rica es explícito en el sentido de que «Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes» (art. 68.1), por lo que las decisiones y sentencias definitivas tendrían una innegable eficacia subjetiva, imponiéndose a las partes promovientes y promovidas en el litigio internacional.

Como premisa, la Corte IDH está legitimada – y ésta es la razón de su creación – para ejercer el control de convencionalidad (internacional o concentrado) de las prácticas estatales, incluidas las normativas, habiéndosele atribuido la competencia para decidir sobre la «violación de un derecho o libertad», para asegurar «el goce por el lesionado de su derecho o libertad conculcados» y, en su caso, para ordenar «que se reparen las consecuencias de la medida o situación que haya originado la violación de tales derechos, así como el pago de una justa indemnización al lesionado» (art. 63, CADH). 63, CADH), lo que apunta al claro ejercicio por parte del Tribunal de un tipo de tutela de situaciones subjetivas propio de la jurisdicción ordinaria (con el contenido ejecutivo de hacer, no hacer y/o pagar), cuya eficacia natural es alcanzar a las partes implicadas en el litigio.

Por otra parte, el artículo 64 de la CADH regula el ejercicio de la función consultiva de la Corte, a través de la cual cualquier Estado miembro de la OEA puede consultar a la Corte sobre la interpretación del Pacto de San José u otra convención interamericana, además de la competencia para emitir «opiniones sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales mencionados» (artículo 64.2). En un principio, la Corte IDH entendió que el ejercicio de su función consultiva no sería vinculante, lo que sí ocurriría con su función contenciosa¹⁰.

Sin embargo, ya en la sentencia interpretativa de la Sentencia de fondo en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, la Corte IDH esbozó lo que

¹⁰ Corte IDH, «Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997 sobre informes de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos», 14 de noviembre de 1997, párr. 26.

denominó eficacia general (de las sentencias contenciosas), a través de la cual los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de autoamnistía peruanas se extenderían a todos los casos concretos similares, es decir, la Corte IDH otorgó efecto subjetivo trascendente a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de autoamnistía peruanas para abarcar a todos los individuos que se hayan visto afectados¹¹ por ellas, aunque no sean parte del proceso interamericano.

Posteriormente, la Corte IDH comenzó a reconocer la eficacia objetiva de la resolución en casos contenciosos, es decir, una eficacia erga omnes inherente a la res interpretata, en el sentido de alcanzar a todos los Estados partes del Pacto de San José, con base en los deberes de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la convención (art. 1, CADH), de adecuar su ordenamiento jurídico y conducta pública a las obligaciones convencionales (art. 2, CADH), en la buena fe objetiva y en el principio del efecto útil de los tratados internacionales.

La doctrina considera que esta eficacia objetiva es necesaria para la efectividad de los tratados internacionales y el cumplimiento de las obligaciones pactadas, a partir de una interpretación evolutiva de la propia Convención Americana. En este sentido, MAC-GREGOR (2013): “El carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana ha permitido interpretar el contenido obligatorio derivado del artículo 2º de la Convención Americana de “adoptar disposiciones de derecho interno” sean “medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos” los derechos y libertades. [...] 47. Así, la expresión “o de otro carácter” contenida la obligación convencional del artículo 2º, implica cualquier medida en la que se incluyen, evidentemente, las “interpretaciones” que las autoridades y especialmente los jueces realizan al Pacto de San José para “hacer efectivos” los derechos

¹¹ “La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión”. (Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83.)

y libertades del Pacto, que están obligados a respetar y garantizar en términos del artículo 1.1 de la Convención”.

Esta eficacia objetiva acabó sirviendo de telón de fondo a la doctrina del control difuso o nacional de convencionalidad desarrollada en el seno del sistema interamericano. En el *leading case* *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, la Corte IDH, tras reconocer que cuando un Estado ratifica un tratado internacional, éste pasa a formar parte del derecho positivo vigente y que todas las autoridades estatales deben velar por los efectos de la convención, incluso en la confrontación con leyes estatales, estipuló: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹².

En otro precedente, *Gelman v. Uruguay*¹³, la Corte IDH continuó desarrollando los fundamentos de su doctrina del control estatal (o difuso) de convencionalidad. Sobre la cuestión de la eficacia de la sentencia, la Corte reiteró que el Estado responsable tiene la obligación de cumplir la parte dispositiva de la sentencia y cuando ésta se refiere a los fundamentos, el Estado debe cumplirla en su totalidad. Asimismo, todos los órganos del Estado responsable están obligados a respetar la cosa juzgada internacional, a fin de asegurar la eficacia de la sentencia dictada por la Corte IDH.

Por otro lado, incluso los Estados que no fueron parte de la demanda internacional, a través de todas sus autoridades estatales, in-

¹² “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. (Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154).

¹³ Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Disponible en: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883976751>. Acceso en 20 mai. 2024.

cluido el poder judicial, en el marco de sus competencias y regulaciones procesales, deben ejercer un control de convencionalidad, relativo a la emisión y aplicación de normas, afirmando la Corte IDH que se trata de un control de validez y compatibilidad de las normas y prácticas estatales con el Pacto de San José o cualquier otro tratado de derechos humanos¹⁴.

Cabe señalar que incluso en el ejercicio de su competencia consultiva, la Corte IDH ha reconocido el deber de las autoridades estatales de llevar a cabo un control de convencionalidad, basado en la eficacia objetiva de las sentencias dictadas también en este ámbito: “[...] 28. Por otra parte, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesaria que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente com-

¹⁴ “[...] 330. Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana” (Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253).

parte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”¹⁵.

Estrechamente asociado a la eficacia objetiva y a la doctrina del control de convencionalidad se encuentra el contenido ejecutivo de las sentencias dictadas contra los Estados en materia de producción normativa. Ya se ha dicho que en el control concentrado de convencionalidad, la Corte IDH examina incidentalmente la compatibilidad de una práctica o norma estatal a la luz de las normas convencionales y sus estándares interpretativos y, a pesar de la literalidad del artículo 63 de la CADH, considera que, además de las obligaciones de hacer, no hacer y pagar, también se encuentra legitimado para ordenar la modificación, derogación, anulación o reforma de las propias normas estatales¹⁶.

Queda claro, por tanto, que la eficacia objetiva, el control de convencionalidad y el amplio contenido ejecutivo de las sentencias dictadas en el sistema interamericano aproximan la función de la Corte Interamericana a la de los tribunales o cortes constitucionales¹⁷, pues realizan un control de compatibilidad normativa que tiene como posible consecuencia negar efectos jurídicos a las normas estatales e, aun sin anulación directa, imponer a los Estados su reforma o anulación, con base en los arts. 1.1, 63 y 68, CADH. En este sentido, se recuerda

¹⁵ Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

¹⁶ “[...] 131. La Corte Interamericana ha interpretado que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La primera vertiente se satisface con la reforma, la derogación o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda”. (Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.).

¹⁷ Cfr. BURGORGUE-LARSEN (2014).

siempre el caso Olmedo Bustos «La última tentación de Cristo» vs. Chile¹⁸, en el que se declaró inconstitucional el art. 19.12 de la Constitución chilena y se decidió que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico interno en un plazo razonable para suprimir el instituto de la censura previa, lo que fue realizado por el Parlamento chileno a través de la Ley de Reforma Constitucional núm. 19.742.

Finalmente, el tercer aspecto que caracteriza al sistema interamericano son los contornos de su doctrina de la margen de apreciación nacional. Como es sabido, ésta constituye un espacio de discrecionalidad reconocido a las autoridades estatales para establecer el estándar de protección de los derechos, comúnmente utilizado en el sistema europeo de derechos humanos en casos de control de restricciones o limitaciones de derechos¹⁹, controversias sobre asuntos de desacuerdo moral interestatal²⁰ o control de medidas estatales adoptadas en contexto de crisis o emergencia²¹.

La doctrina reconoce incluso que el margen de apreciación nacional es una especie de instrumento de división de poderes²² entre la Corte Internacional y los Estados Partes, algo que, en términos de relaciones entre autoridades estatales, sería similar al test de proporcionalidad o a la doctrina de las cuestiones políticas.

En el sistema interamericano, aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó la cuestión en la Opinión Consultiva 4/84²³, al considerar que existía un margen de discrecionalidad reser-

¹⁸ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

¹⁹ P. ex. TEDH. Case Of Otto-Preminger-Institut V. Austria. Application no. 13470/87. 20 September 1994. Disponible em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:\[%22001-57897%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-57897%22]}). Acceso em 24 mai. 2024

²⁰ P.ex. TEDH. Caso Handyside. Sentencia 5493/72. 07/12/1976. Disponible em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-165143>. Acceso em 23 mai. 2024.

²¹ P. ex. TEDH. CASO BRANNIGAN Y McBRIDE CONTRA REINO UNIDO Sentencia 14553/89. Sentencia de 26 de mayo de 1993. Disponible em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-164578>. Acceso em 24 mai. 2024.

²² Cfr. BILANCIA (2006).

²³ PALOMA MORAIS CORREIA (2013) analisa esta opinião consultiva y la contrasta con la doctrina del margen de apreciación desarrollada en el Tribunal Europeo de De-

vado a las autoridades estatales para definir los requisitos de la nacionalización, un estudio en profundidad de la jurisprudencia contenciosa subsecuente indica que la Corte no está, de hecho, desarrollando una doctrina consistente sobre el instituto, permaneciendo a veces en silencio, a pesar de la provocación del Estado²⁴, y a veces reconociendo el margen de discrecionalidad pero imponiendo condiciones²⁵ que prácticamente lo hacen imposible.

Todos estos aspectos se reúnen aquí porque, en su conjunto, indican que el sistema interamericano, en su praxis, actúa con indiferencia frente a los ordenamientos jurídicos nacionales: 1) sus sentencias alcanzan a todos los Estados participantes en el sistema interamericano, aunque no sean parte en el procedimiento internacional o en la consulta formulada; 2) en la elaboración del estándar interpretativo, no considera relevante debatir o reconocer espacios de discrecionalidad normativa a los Estados; 3) en la fijación del contenido de las sentencias, en lugar de establecer el estándar y dejar a los Estados la decisión de

rechos Humanos, concluyendo que existe más sistematización e incidencia en el sistema europeo.

²⁴ V.g. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18; Corte IDH. Caso DaCosta Cadogan Vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C No. 204; Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182; Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2015; Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315; Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

²⁵ V.g. Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206; Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276; Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de mayo de 2008. Serie C No. 178.

implementación, bajo pena de responsabilidad, determina, además de disposiciones de hacer, no hacer y pagar, y en materia de producción normativa, la modificación, derogación, anulación o reforma de las propias normas estatales.

Y esta actitud indiferente se extiende al modelo de diálogo transjudicial que se desarrolla entre los sistemas internacionales de derechos humanos y los sistemas nacionales.

4. Cómo se ejerce el diálogo judicial interamericano

Por diálogo transjudicial se entiende la comunicación entre autoridades judiciales pertenecientes a sistemas diferentes, basada en el principio fundamental de la colaboración. En la tipología presentada por ANNE-MARIE SLAUGHTER (1994), la comunicación transjudicial puede ser horizontal, vertical o mixta, según el estatus relativo de cada tribunal en la jerarquía nacional o internacional. De ese modo, el diálogo entre La Corte IDH y el tribunal nacional se caracterizaría como un diálogo vertical, en el que ambos operan dentro de una relación en la que sus funciones son similares, consistentes en vigilar y garantizar la efectividad de normas de derechos fundamentales.

De hecho, los sistemas nacional e internacional de derechos humanos operan a distintos niveles, con diferentes grados de integración y eficacia, y teóricamente desde diferentes ratios (instrumentos normativos). Esta superposición de instrumentos y actores normativos y de protección da lugar a lo que se conoce como protección multinivel de los derechos, de modo que para el individuo aparecen diferentes sistemas y mecanismos de protección y para la autoridad jurídica existen más de un sujeto capaz de ofrecer protección, requiriéndose algún mecanismo de coherencia entre todos ellos. Así visualiza el fenómeno DE VERGOTTINI (2011): “Un tribunal supranacional debe tener en cuenta a la hora de adoptar sus pronunciamientos las atribuciones residuales de los órganos estatales, mientras que, por su parte, los tribunales de los Estados miembros deben hacer lo propio a la vista de lo atribuido a los órganos de la entidad internacional. Se establecen de esta manera, de forma inevitable, acuerdos entre los dos órdenes judiciales. Y se produce así una verdadera interacción entre tribunales”.

Remitiéndonos una vez más a la tipología ofrecida por ANNE-MARIA SLAUGHTER (1994), en cuanto al grado de compromiso recíproco mostrado por cada tribunal implicado, la comunicación puede presentarse como: diálogo directo, cuando hay comunicación iniciada en un tribunal y respondida/concluida en otro, monólogo, cuando se utiliza jurisprudencia sin que el tribunal productor se vea a sí mismo participando en un diálogo, y también diálogo intermediario, cuando hay una mediación de un tercer tribunal, de comunicación entre tribunales que no participan en un diálogo directo (citando el caso de los trabajos del TJUE sobre identificación de principios y tradiciones constitucionales comunes).

En la actual arquitectura del sistema interamericano, dada su eficacia objetiva, la doctrina del control de convencionalidad, el contenido ejecutivo en materia de producción normativa y la escasa doctrina del margen de apreciación, puede decirse que la posible comunicación tiene apenas carácter de monólogo, a través de la obligación de incorporación de la jurisprudencia interamericana por el juez nacional, como *res interpretata*, en el material normativo que se utilizará para decidir un caso concreto. Cabe destacar que, a diferencia de lo que ocurre en el sistema europeo de derechos humanos, con el Protocolo 16 al Convenio Europeo, o con la cuestión prejudicial de validez o interpretación del sistema jurídico de la Unión Europea (art. 267 del TFUE), el diálogo transjudicial interamericano es informal pero obligatorio, y ni siquiera es posible que el juez nacional provoque un diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos o haga uso de las posibilidades hermenéuticas inherentes a los sistemas de precedentes (*distinguishing*, *overriding* y *overruling*).

JORGE CONTESSE (2013) llega a una conclusión similar: “En la formulación de la noción de “diálogo interjurisprudencial”, sin embargo, la opinión de la Corte tiene mayor peso relativo, operando como una última palabra, y lo que interesa a esta – incluso al punto de realizar visitas oficiales a los Estados – es que los jueces locales reciban, entiendan y ojalá internalicen los estándares internacionales y la comprensión que tiene de estos.”

No se puede ignorar que, de hecho, la Corte IDH en ocasiones ha recurrido al derecho comparado y a resoluciones de jurisdicciones nacionales para justificar sus sentencias, lo que MAC-GREGOR (2016)

considera ejemplos de diálogo judicial a través del control de convencionalidad.

Sin embargo, como se puede observar, por ejemplo en los casos *Atala Riffo y Artavia Murillo*, no se puede decir que haya habido una interacción abierta entre los interlocutores judiciales, ni se haya buscado un consenso para reconocer cierto grado de deferencia a las autoridades nacionales. La Corte IDH utilizó la referencia/cita de sentencias o legislación nacional o internacional para reforzar la construcción de la norma interpretativa vinculante para todos los Estados Partes. Aunque la cita de jurisprudencia o de normas nacionales es una forma de comunicación transjudicial, sigue siendo la de menor compromiso dialógico, ya que los tribunales implicados no se ven a sí mismos como interlocutores en una conversación.

5. Conclusiones

Es cierto que este diseño institucional de diálogo es producto del contexto en el que opera la Corte IDH, en países con poca tradición democrática, que han abandonado recientemente regímenes autoritarios y que cuentan con un entorno sociopolítico carente de uniformidad y compromiso con la protección de los derechos humanos básicos. Además, la Corte IDH -a diferencia de su homóloga europea- no es un tribunal permanente, por lo que parece «aprovechar» sus sesiones periódicas para actuar de forma más general y preventiva.

Aún así, es importante reiterar que los derechos fundamentales son una parte importante del contenido y la experiencia de las constituciones pluralistas, sobre las que interactúan el constituyente, el legislador y el tribunal constitucional. También son objeto de transacción en la arena pública y también de disputa entre la mayoría y las minorías políticas, disputa que se rige por los consensos fundamentales de contenido y forma constitucionales en relación con la dinámica electoral y gubernamental.

De este modo, una comunicación judicial informal en forma de monólogo, como la que se ha desarrollado entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las jurisdicciones constitucionales estatales, puede transformar el sistema interamericano en un verdadero

teatro exógeno de disputa, que puede ser activado por los perdedores en el plano interno, insatisfechos con el resultado de la dinámica mayoría-minoría, pero – y este es un aspecto democráticamente relevante – al margen de un instrumento constitucionalmente acordado por las fuerzas constituyentes, lo que puede actuar en contra de la propia legitimidad del sistema.

Conciliar los modelos de sistema de fuentes de los recientes Estados constitucionales latinoamericanos con la protección internacional de los derechos humanos pasa por formalizar un instrumento de diálogo transjudicial entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por forjar un consenso entre todos los Estados parte de la CADH sobre la coordinación entre los estándares interamericanos y nacionales, en el que el margen de apreciación nacional y alguna posición sobre los contralímites jugarán un papel importante.

Referencias bibliográficas

- Balaguer Callejón, F. (2022), “Control de Constitucionalidad y Relaciones Entre Ordenamientos.” *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 19(37).
- Bilancia, P. (2006), “Las Nuevas Fronteras de La Protección Multinivel de Los Derechos.” *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 3(6).
- Bobbio, N. (2004). *Era dos direitos*. Elsevier Brasil.
- Burgogue-Larsen, L. (2014). “La Corte Interamericana de Los Derechos Humanos Como Tribunal Constitucional.” *Ius Constitutionale Commune en América Latina*.
- Calahorra, A.A (2021). *Naturaleza y eficacia de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cançado Trindade, A. A. (2015). A formação do direito internacional contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas ‘fontes’. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Contesse, J. (2013), “¿La Última Palabra? Control de Convencionalidad y Posibilidades de Diálogo Con La Corte Interamericana de Derechos Humanos.” *Yale Law School SELA* 20.

- Corrêa, P.M. (2013). Corte Interamericana de Derechos Humanos-Opinião Consultiva 4/84-a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*, 10(2).
- Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997 sobre informes de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos”, 14 de noviembre de 1997.
- Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.
- Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.
- Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.
- Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance

- de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, denominada El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana artículos 74 y 75. En el mismo sentido, se expresa la Corte Interamericana en el asunto Tribunal Constitucional Vs. Perú, sentencia de 24 septiembre de 1999. Competencia. Serie C No. 55.
- De Vergottini, G. (2011), “El Diálogo Entre Tribunales.” *Teoría y realidad Marco Benedetti - Gerard Plazas constitucional* (28).
- Eduardo Ferrer Mac Gregor. 2016. “El Control de Convencionalidad Como Un Vehículo Para El Diálogo Judicial Entre La Corte IDH y Los Tribunales de América.” In *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
- Häberle, P. (2000). El Estado constitucional europeo. *Cuestiones constitucionales*, (2).
- Mac-Gregor, E.F. (2013). Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata)(sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, 11(2).
- Mezzetti, L. (2020). *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto* Giappichelli.
- Ramírez, J.M.P. (2017). Significado y alcance de la apelación al principio constitucional de la dignidad de la persona en España. *Direito Público*, 13(75).
- Slaughter, A.-M. (1994), “A Typology of Trans Judicial Communication.” *University of Richmond Law Review* 29(1).
- TEDH. Case Of Otto-Preminger-Institut V. Austria. Application no. 13470/87. 20 September 1994. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:\[%22001-57897%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-57897%22]}). Acesso em 24 mai. 2024
- TEDH. Caso Brannigan y McBride contra Reino Unido. Sentencia 14553/89. Sentencia de 26 de mayo de 1993. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-164578>. Acesso em 24 mai. 2024.
- TEDH. Caso Handyside. Sentencia 5493/72. 07/12/1976. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-165143>. Acesso em 23 mai. 2024.

Sara Orabona*

RAPPORTI TRA CORTE COSTITUZIONALE E LEGISLATORE: DIALOGO ISTITUZIONALE O CONFLITTO DI ATTRIBUZIONI?

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Breve evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale – 2.1 Il sindacato di costituzionalità “*in malam partem*”: rapporti con la riserva di legge in materia penale. – 2.2. Le sentenze “monito”. – 2.3. Le sentenze additive di principio – 2.4. Ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa. – 2.5. Strumenti e metodo della giurisprudenza costituzionale: una valutazione complessiva. – 3. Le problematiche del Caso Cappato – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Le riflessioni della dottrina costituzionalistica sul ruolo della Corte costituzionale nella garanzia dei diritti e libertà dell'individuo costituiscono uno dei profili maggiormente indagati nell'attuale frangente storico.

Infatti, insieme ad altre concomitanti fattori, si sta assistendo sovente a silenzi, inerzie o omissioni del legislatore sia in merito alla tutela di diritti già riconosciuti, sia in relazione al riconoscimento di diritti di “nuova generazione”.

Si tratta di una tematica particolarmente dirompente nel panorama socio-politico degli ultimi anni, in quanto ha registrato sempre più spesso la difficoltà di offrire un'adeguata salvaguardia a diritti non esplicitamente menzionati dalla Carta Costituzionale, come il diritto alla bi-genitorialità, venuto in evidenza sull'attualissimo tema della Procreazione medicalmente assistita (pma), o ancora il diritto ad una morte dignitosa, che è stato a lungo oggetto di dibattito in merito al reato di aiuto al suicidio, oggetto di numerose declaratorie di incostituzionalità.

Pertanto, tale studio si pone come obiettivo quello di analizzare gli attuali rapporti che intercorrono tra la Corte costituzionale e il legisla-

* Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

tore, nonché di soffermarsi sulla funzione assunta dalla declaratoria di illegittimità costituzionale in materia penale, in presenza di lacune legislative e/o violazioni costituzionali per omissione, affrontando le inevitabili criticità di tale dualismo.

Nello specifico, infatti, tale problematica si presenta in settori particolarmente “sensibili”, in cui vengono in gioco diritti fondamentali della persona, in relazione ai quali sussiste un’ampia discrezionalità del legislatore sulle forme di tutela da accordare ad essi.

Appurata, quindi, la complessità e la vastità di tale tematica, la seguente trattazione si offre di fornire un’indagine circoscritta ad alcuni degli aspetti più critici e di recente indagine giurisprudenziale e dottrina.

Nello specifico, quindi, verrà innanzitutto analizzata – seppur sinteticamente – l’evoluzione degli strumenti decisorie della Corte Costituzionale italiana, mettendo in luce come negli anni quest’ultima abbia abbandonato tecniche argomentative rigide, a favore di pronunce più “duttile”, per poi soffermarsi sulle conseguenze di tale evoluzione, e sintetizzarne gli aspetti migliorativi, ma anche i limiti inevitabili, soprattutto in ambiti, come quello del diritto penale, in cui la lettura formale della riserva di legge, rimane il principale ostacolo.

Infine, verrà riportata in modo più approfondito la pronuncia della Corte costituzionale del rinomato caso Cappato, che affronta la complessa tematica del fine vita, esempio emblematico per mettere in risalto il difficile dualismo tra la Corte e il potere legislativo.

2. Breve evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale

Quando si affronta il complesso rapporto tra Corte costituzionale e legislatore non si può non menzionare il nesso che lega questi due soggetti, in cui si assiste da un lato ai “*dicta*” del giudice costituzionale, e dall’altro ai numerosi limiti che vengono necessariamente apposti alla sua cognizione, dettati dall’esigenza di preservare la discrezionalità del legislatore.¹

¹ In tal senso, ROMBOLI (2023) evidenzia che “Non si può negare il ruolo benefico della funzione monitoria, specie quando essa sia svolta attraverso le *rationes decidendi* delle proprie pronunce, ma, come sottolineano Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò

Bisogna chiarire che tali aspetti sono stati messi in luce proprio a causa del mutamento di formula decisoria utilizzato dalla Corte, che dalla pronuncia di non fondatezza è passata a quella di inammissibilità.²

Tale trasformazione, non è di poco conto, ma cela notevoli conseguenze pratiche, determinando il rischio di attribuire una maggior forza preclusiva a tale decisione, rispetto a quella di merito.

Infatti, mentre quest'ultima – qualora respinta – può sempre essere riproposta, analoghe considerazioni non possono essere fatte per la pronuncia di inammissibilità che finisce per diventare un vero e proprio “*dictum*” insuperabile³.

In altri termini, il ricorso a tale formula di inammissibilità finisce per tradursi, in definitiva, in un accertamento dell'incostituzionalità della legge, attribuendo alla Corte un ruolo che decisamente supera i limiti che sono imposti al proprio sindacato dalla discrezionalità legislativa.

2.1 *Il sindacato di costituzionalità “in malam partem”: rapporti con la riserva di legge in materia penale.*

A tal proposito, occorre menzionare che la complessità di tale problematica ha interessato, nello specifico, il diritto penale, in quanto ci si chiedeva se mediante un sindacato di costituzionalità si potesse determinare un effetto “*in malam partem*”, impattante con il limite della riserva di legge.

Infatti, le norme penali non possono essere create da soggetti di-

nel loro manuale di giustizia costituzionale “fuori di questo ambito, essa costituisce o un'invasione in una sfera che, come quella della lotta politica, non le è propria; oppure significa l'assunzione di un ruolo, nel processo legislativo, opposto a quello che le è stato assegnato”. Anche Bile, nella ricordata Relazione, sottolinea come il monito non può essere che la dichiarazione della omissione legislativa, rafforzata dalla eventualità che la Corte, in futuro, potrà sostituirsi al legislatore (“scil. nei limiti delle proprie attribuzioni”) e vada a sanare la situazione di incostituzionalità venutasi a creare”.

² Sul passaggio dall'utilizzo di pronunce di infondatezza al ricorso a decisioni di inammissibilità, CERRI (1983, 1219 ss.); ANGIOLINI (1988, 194 ss.); SPERTI (2006, 630 ss.); GIUBILEI (2019).

³ PINARDI (1993).

versi dal legislatore per un problema di tutela delle minoranze che solo la compagine parlamentare può soddisfare, e che, invece, la Corte costituzionale non garantisce, non essendo né sufficientemente rappresentativa, né eletta democraticamente⁴.

In altri termini, la riserva di legge⁵, essendo strumentale a garantire il monopolio del Parlamento sulle scelte di politica criminale, preclude che un effetto “*in malam partem*” possa essere prodotto da un’istituzione estranea al circuito politico-parlamentare, le cui sentenze, pertanto, non soddisfano il principio di legalità.

Nonostante tali lampanti problematicità, la Corte ha individuato progressivamente dei casi in cui la produzione dell’effetto “*in malam partem*” non viola la riserva di legge, non rischiando, così, di compromettere tali garanzie costituzionali.

Si tratta, infatti, di ipotesi in cui tale effetto non è prodotto dalla Corte direttamente, ma quest’ultima si limita a compiere un’attività di “demolizione”, mentre ciò che accade dopo è semplicemente la “ri-espansione” di una norma di carattere generale meno di favore di quella che è stata dichiarata incostituzionale e che, in conseguenza di quella declaratoria di incostituzionalità, per forza propria, si ri-espande.

Per tali ragioni, oggi, si tende ad ammettere solo un fenomeno di “ri-espansione” di una norma generale di favore, derogatoria rispetto ad una disciplina più severa contestualmente vigente, in quanto la Corte non esercita un potere legislativo, non creando, di fatto, nulla di nuovo.

Diversamente, non si può ritenere ammissibile un fenomeno di “riviviscenza” di una norma abrogata, poiché in questo caso la Corte andrebbe a fare un’attività creativa che non le sarebbe concessa, soprattutto in un ambito del diritto che incontra limiti particolarmente stringenti alla separazione dei poteri per motivi di tutela del cittadino dall’abuso di poteri autoritativi.

La legge penale deve soddisfare una legalità “*scripta et stricta*” con l’obiettivo fondamentale di preservare la libertà di autodeterminazione dell’individuo e di valorizzare lo Stato di diritto.

⁴ GRAGNANI (2019).

⁵ SORRENTINO (1984, 152); ZAGREBELSKY (1984, 54); MARRA (2004).

La ri-espansione non implica l'esercizio di un nuovo potere normativo, pertanto, tale fenomeno è compatibile con la riserva di legge, permettendo al reo di essere punito in base ad una legge che è stata approvata dal Parlamento o da altra fonte che si ritiene compatibile con la riserva di legge.

Se, invece, una norma viene abrogata, farla "rivivere" implica l'esercizio di una funzione normativa che soprattutto in materia penale, per la delicatezza dei diritti che vengono in gioco, può spettare unicamente alle Camere, oppure, in ogni caso, a fonti che garantiscono questo tale controllo.

E, quindi, sulla base di questa distinzione, la Corte costituzionale ha introdotto la distinzione tra norme di favore e norme favorevoli, in cui le prime sono norme eccezionali, che riservano un trattamento appunto di favore a determinati soggetti o a determinate condotte in deroga a norme generali più severe contestualmente vigenti; le norme favorevoli, invece, sono norme che introducono un trattamento favorevole, più favorevole rispetto a quello previgente, che vale per la generalità.

Pertanto, si tratta di un rapporto che non è sincronico, come nel primo caso, ma "diacronico", di successione nel tempo. La declaratoria di incostituzionalità della norma favorevole creerebbe un vuoto, per riempire il quale occorrerebbe far rivivere la norma che è stata abrogata, richiedendo un'attività "creativa" che la Corte non può esercitare per il limite assoluto della riserva di legge, che soprattutto in materia penalistica non può essere superabile.

2.2 Le sentenze "monito"

Per le ragioni precedentemente esposte, la giurisprudenza costituzionale, al fine di superare un problema di separazione di poteri⁶, ha sempre più spesso voluto adottare accanto alla pronuncia di inammissibilità un cosiddetto "monito" rivolto al legislatore affinché provveda, e - solo nel caso di mancato intervento di quest'ultimo - si riserva essa

⁶ Cfr. MARCENO (2022) secondo cui il compito "naturale" della Corte è quello di «verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica».

stessa la possibilità di intervenire mediante una sentenza di accoglimento.

Tale soluzione a cui giunge la Corte non sorprende affatto, se si pensa all'impellente necessità di evitare la sussistenza di un "*vulnus*" legislativo, che determina pericolosi vuoti di tutela di interessi costituzionalmente garantiti.

Infatti, soventemente, pur riscontrando evidenti incompatibilità della legislazione con il dettato costituzionale, la giurisprudenza costituzionale non compie una declaratoria di incostituzionalità, concludendo il giudizio con una decisione di infondatezza o di inammissibilità.

Tali decisioni sono caratterizzate dal fatto che, in motivazione, contengono un invito al legislatore affinché questi intervenga a sanare il vizio di costituzionalità, modificando disciplina oggetto del sindacato e rendendola conforme alla Carta costituzionale.

2.3. Le sentenze additive di principio

Inoltre, nel tentativo di conciliare il rispetto della discrezionalità del legislatore con la tutela del diritto leso da una legge incostituzionale, non si può non menzionare il fatto che la Corte ha, talvolta, fatto ricorso anche un altro tipo di decisione: la sentenza additiva di principio.

Con essa la Corte non pronuncia una sentenza additiva a "rime obbligate"⁷, ma una decisione che si compone di due distinte parti di cui una è dotata di carattere "demolitorio", ed una additiva "di principio", individuando i criteri ai quali il legislatore dovrà ispirarsi nel dettare la disciplina legislativa susseguente al sindacato di incostituzionalità.

Tale soluzione permette al giudice comune di avere la possibilità di decidere i casi concreti applicando i principi enunciati dalla Corte, fino a che il legislatore non provvede, lasciando al successivo intervento parlamentare la regolamentazione generale ed astratta della legge.

⁷ A tal proposito, si ricorda la vicenda che ha preceduto l'accoglimento della questione relativa alla cosiddetta "forbice" edittale in relazione al reato di cui all'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 tra fatti di lieve e non lieve entità aventi ad oggetto sostanze stupefacenti, operato dalla sentenza n. 40 del 2019.

2.4 *Ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa*

Orbene, nell'ambito dei rapporti fra Corte e legislatore non si può non menzionare che la più recente giurisprudenza costituzionale sta frequentemente facendo ricorso anche ad una nuova tecnica decisoria, in cui si assiste ad una prima decisione processuale di rinvio della trattazione della causa a data predeterminata (rinvio della trattazione della causa a "data fissa"), a cui generalmente segue una seconda decisione nel merito.

Tale scelta del rinvio della trattazione della questione nasce dall'intenzione che tra la prima e la seconda pronuncia subentri un intervento "ad hoc" del legislatore rappresentativo.

Infatti, come la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire, in determinate situazioni, come è stato per il rinomato "caso Cappato" sull'aiuto al suicidio⁸ o in merito al cd. "Ergastolo ostativo", «si accompagna la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: sentenza n. 23 del 2013 e successiva sentenza n. 45 del 2015). Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a no-

⁸ In merito a ciò, va segnalata la recente pronuncia della Corte costituzionale n. 135/2024 secondo cui: "nella perdurante assenza di una legge che regoli la materia, i requisiti per l'accesso al suicidio assistito restano quelli stabiliti dalla sentenza n. 242 del 2019, compresa la dipendenza del paziente da trattamenti di sostegno vitale, il cui significato deve però essere correttamente interpretato in conformità alla ratio sottostante a quella sentenza. Tutti questi requisiti - (a) irreversibilità della patologia, (b) presenza di sofferenze fisiche o psicologiche, che il paziente reputa intollerabili, (c) dipendenza del paziente da trattamenti di sostegno vitale, (d) capacità del paziente di prendere decisioni libere e consapevoli - devono essere accertati dal servizio sanitario nazionale, con le modalità procedurali stabilite in quella sentenza."

tevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare». Il che però «non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti».

Questo fenomeno, d'altra parte, è una delle espressioni più lampanti di una fase della giustizia costituzionale che è sempre più oscillante tra un'anima politica e una di natura giurisdizionale, connotando le funzioni della Corte stessa, sempre di più verso la prima, a discapito della seconda⁹.

In concomitanza, d'altra parte – tutt'altro che casuale – con una “crisi del sistema rappresentativo” che non ha precedenti.¹⁰

2.5 Strumenti e metodo della giurisprudenza costituzionale: una valutazione complessiva

Tale breve disamina in merito all'evoluzione delle tecniche decisionali della Corte costituzionale, fa comprendere come quest'ultima si sia progressivamente affermata non più solo come garante dei diritti fondamentali, ma altresì come interlocutore privilegiato nel complesso dialogo istituzionale con il potere legislativo.

Il ricorso sempre più frequente a raffinate scelte interpretative, che hanno delineato un vero e proprio “stile decisionale” della Corte, mirano, infatti, a governare quelle fisiologiche tensioni che intercorrono tra legalità in senso formale e giustizia sostanziale.

Pertanto, è proprio in quest'ottica che devono essere lette le sentenze additive, manipolative e le pronunce di “monito”, come strumenti funzionali a sollecitare un dialogo tra istituzioni, in cui però, per non violare la separazione dei poteri, va lasciato al legislatore un margine operativo¹¹.

L'evoluzione delle tecniche decisionali della Corte costituzionale, quindi, è rivolta ad uno scopo ben preciso: evitare che il giudizio di costituzionalità si esaurisca in un meccanico sindacato di compatibilità

⁹ MASSA (2021).

¹⁰ CARNEVALE (2023); PINARDI (2019); ZAMPETTI (2021).

¹¹ MODUGNO (2028); PANZERA (2013).

normativa, per assumere piuttosto le sembianze di un bilanciamento concreto tra esigenze di certezza del diritto e tutela effettiva delle garanzie costituzionali.

Tuttavia, è evidente, da tale complesso quadro che tale duttilità metodologica non è esente da rischi.

Infatti, il ricorso eccessivamente frequente a tali tecniche decisionali, determina il pericolo di inevitabili sovrapposizioni, alimentando la percezione di un protagonismo giudiziario potenzialmente lesivo del principio di separazione dei poteri.

In tal senso, se da una parte l'utilizzo di questi strumenti decisori sembra necessario per salvaguardare l'effettività della tutela, come principio costituzionale indefettibile, dall'altro lato non si può non sottolineare la necessità di individuare limiti più stringenti ad essi, in modo tale da preservare il vero ruolo della Corte, non di "supplenza" del legislatore, ma di "giudice delle leggi"¹².

3. *Le problematiche del Caso Cappato*

Nell'ambito del problematico dualismo tra Corte costituzionale e legislatore, sicuramente uno spazio particolarmente significativo è da attribuire al già citato caso Cappato¹³ (sentenza n. 242 del 2019).

In tale occasione, la giurisprudenza costituzionale aveva dichiarato la parziale incostituzionalità dell'articolo 580 c.p. sull'aiuto al suicidio¹⁴, nella parte in cui punisce tale condotta anche in presenza di determinate condizioni: 1) che il soggetto sia affetto da una patologia ir-

¹² SPADARO (2023).

¹³ In merito a tale tematica: PINARDI (2020).

¹⁴ Art. 580 Codice Penale recita: "Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio.

reversibile; 2) che questa patologia irreversibile gli provochi sofferenze fisiche o psicologiche che egli ritenga intollerabili; 3) che sia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale; 4) sia pienamente capace di autodeterminarsi in merito alla decisione del suicidio.

La Corte, inoltre, in quella stessa occasione ha chiarito che tutte queste condizioni devono essere accertate nell'ambito di una procedura cosiddetta "medicalizzata", che contempli l'intervento di una struttura del servizio sanitario nazionale, con il parere del Comitato etico territorialmente competente. Solo qualora sussistano tutte queste condizioni, sostanziali e procedurali, l'aiuto al suicidio non è penalmente rilevante.

È opportuno menzionare, tuttavia, che la Corte costituzionale, ma in realtà anche il legislatore, aveva riconosciuto il diritto a rifiutare le cure, prevedendo trattamenti sanitari obbligatori solo nei casi previsti dalla legge¹⁵.

Tale diritto di rifiutare la cura sussiste anche quando questi ultimi rientrano tra quelli di "sostegno vitale", ossia quando l'interruzione o

¹⁵ In merito a ciò giova rammentare la legge n.219/2017 sulle disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T) che all'art. 1 co.1, rubricato "consenso informato", così recita: "La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge; nonché l'art. 1 co.5, della normativa citata, che così recita: "Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici. Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai su familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

la mancata attuazione avrebbe determinato in un breve lasso di tempo la morte del soggetto¹⁶.

Pertanto, la Corte costituzionale aveva tutelato già in questa prima giurisprudenza del 2019, una sorta di “diritto a lasciarsi morire”, non riconoscendo però il diritto a morire in quanto tale, quanto piuttosto quello di autodeterminazione in ambito sanitario.

Tuttavia, è evidente che il diritto di rifiutare le cure, quando si tratta di cure salva-vita, diventa di fatto uno strumento per raggiungere l'obiettivo di morire più dignitosamente¹⁷.

Del resto, è lo stesso legislatore che, mediante l'approvazione della legge sulla libertà di autodeterminazione in ambito terapeutico, consente al soggetto tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale, la possibilità di ricorrere alla cosiddetta “terapia del dolore”, nonché richiedere la “sedazione profonda”, che grazie ad uno stato di sostanzialmente incoscienza consente un decorso naturale verso la morte, senza conseguenze fisiche e psicologiche dolorose.

Il problema continua a porsi, però, per tutte quelle situazioni cui il soggetto malato ritiene che questo decorso verso la morte, non sia dignitoso.

E, pertanto, come alternativa al rifiuto delle cure, invoca un esito più rapido, che consiste nella somministrazione di un farmaco letale. In tal senso, non si tratta di accelerare il naturale decorso verso la morte, ma di una procedura specifica che determina un suicidio assistito.

E, proprio su tale complessa e dibattuta tematica, a discapito di riconoscimenti legislativi espliciti, la Corte costituzionale ha affermato che se si dovesse negare il diritto di essere aiutati a morire, in tali eccezionali situazioni, si finirebbe per comprimere la libertà di autodeterminazione in ambito sanitario, ledendo inesorabilmente le garanzie degli artt. 2 e 32 Cost.

Recentemente, tale problematica è stata di nuovo affrontata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 135 del 2024.

Infatti, il Tribunale di Firenze aveva nuovamente sollevato questione di legittimità costituzionale sull'art. 580 c.p. per contrasto agli artt. 2, 3, 13, 32 e 117 Cost. e agli artt. 8 e 14 CEDU, in merito a quei

¹⁶ PADOVANI (2019).

¹⁷ AMATO e STASIO (2023).

soggetti che non hanno la possibilità di ricorrere all'aiuto al suicidio poiché, nonostante siano affetti da patologie irreversibili, non sono tenuti in vita da un macchinario e pertanto non rispondono alle quattro condizioni che la Corte costituzionale aveva elaborato nella vicenda Cappato.

Infatti, secondo quanto esposto nell'ordinanza di remissione, la presenza di un trattamento di sostegno vitale, non è indice di una minore o maggiore sofferenza, rischiando di generare disparità di trattamento ingiustificate.

La Corte costituzionale, però, pronunciandosi nuovamente sull'argomento, ha chiarito che il trattamento di sostegno vitale deve necessariamente incidere sul corpo, e, pur potendo essere posto in essere non da un macchinario, ma da personale specializzato, deve pur sempre rientrare nel concetto di "tecnica sanitaria".

Si ribadisce, quindi, che mediante la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 580 c.p., non si è voluto riconoscere il diritto al suicidio in quanto tale, ma piuttosto il diritto di poter fare libere scelte in ambito medico, decidendo la terapia a cui sottoporsi in modo informato e consapevole, non ritenendo esistente un problema di disparità di trattamento.

Pertanto, i valori che devono essere bilanciati secondo la Corte sono, da un lato, la libertà di autodeterminarsi in ambito sanitario e, dall'altro, il diritto alla vita, ma l'unico caso in cui il primo può prevalere sul secondo è quando c'è come condizione imprescindibile l'essere sottoposti ad un trattamento sanitario propriamente detto.

Se così non fosse, quello che viene in considerazione è la dignità personale, che è un concetto profondamente soggettivo e discrezionale.

Di conseguenza, il diritto alla dignità della persona può, certamente, giustificare il bilanciamento e consentire di riconoscere il diritto al suicidio assistito anche da parte di chi non è sottoposto a trattamenti sanitari "medicalizzati", ma tale decisione deve necessariamente essere il frutto di una scelta legislativa.

La Corte costituzionale, quindi, ancora una volta, rimette la questione al legislatore, richiedendo un intervento normativo, che però rispetti l'esigenza di mantenere in vigore sia il reato di aiuto al suicidio,

sia quello dedicato all'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.¹⁸), perché il bene vita richiede necessariamente questa tutela.

Infatti, l'abrogazione "tout court" di tali fattispecie rischierebbe di dar vita a risultati sproporzionati e scorretti, danneggiando i soggetti più vulnerabili e deboli, che vanno tutelati dalle loro stesse debolezze.

Nonostante l'evidente necessità di una normativa "ad hoc", che possa superare le rigidità della giurisprudenza costituzionale del 2019, troppo legate alla specificità del caso Cappato, non si possono non menzionare le evidenti difficoltà di un intervento legislativo.

Infatti, l'unico margine di scelta che sembra residuare al legislatore riguarda la possibilità di prescindere dal trattamento sanitario di sostegno vitale, facendo venir meno quel processo medicalizzato, ritenuto come elemento imprescindibile per l'accertamento della autenticità del consenso.

4. *Considerazioni conclusive*

Va evidenziato da tale breve disamina che il rischio – come parte della dottrina ha sostenuto – è quello di generare contrasti con il principio della separazione dei poteri.

Bisognerebbe domandarsi, quindi, se sia ancora lecito continuare a parlare della Corte come di un giudice vero e proprio, oppure se i suoi poteri siano stati così tanto "slabbrati" da qualificarla quasi come un altro legislatore dotato di specifiche particolarità.

Se così fosse, non sarebbe neanche più corretto dire che il rapporto è tra Corte e legislatore, ma piuttosto tra due legislatori, con tutto quello che da ciò ne potrebbe discendere, nello specifico, con riguardo

¹⁸ L'art. 579 c.p. rubricato come "Omicidio del consenziente" così recita: "Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61. Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.

a principi costituzionali cui fare riferimento nel delineare i rapporti tra i due soggetti.

Del resto, le recenti pronunce della Corte costituzionale, sulla delicata tematica del “fine-vita” sembrano per certi versi confermare tale aspetto. I margini di intervento che residuano al legislatore dopo tali decisioni sono, di fatto, molto ristretti, dovendo mantenere la validità dell’aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) e dell’omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) poiché necessari a tutelare il bene vita ed integrità fisica, e d’altro canto assicurare che il diritto fondamentale alle cure sia effettivo.

Pertanto, la “forbice” che il legislatore ha a disposizione è estremamente ridotta, non potendo prescindere da queste indicazioni date dalla giustizia costituzionale che – in quanto organo predisposto alla salvaguardia di diritti fondamentali dell’uomo – sono in sostanza insuperabili.

Perciò, l’unica reale scelta che a livello legislativo si può compiere, in tale sede, è quello di prescindere da un trattamento sanitario in senso stretto per consentire il ricorso a tecniche di aiuto al suicidio.

Tali considerazioni non devono del resto sorprendere, in quanto autorevole dottrina, esplicitamente si rivolge alla Corte costituzionale come una sorta di “terza Camera”, dotata non solo di poteri legislativi “in negativo”, ma anche e soprattutto “in positivo”, come un vero e proprio organo di produzione di fonti, sia primarie, che costituzionali, avvicinandosi – forse pericolosamente – alla Corte suprema americana.

Riferimenti bibliografici

- Amato G. e Stasio D. (2023). *Storie di diritti e di democrazia, la Corte Costituzionale nella società*. Feltrinelli editore.
- Angiolini, V. (1988). *La manifesta infondatezza nei giudizi costituzionali* (Vol. 7). Cedam.
- Carnevale P. (2023). Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte Costituzionale- legislatore rappresentativo. *Nomos, le attualità del diritto*, n.3.
- Cerri A. (2019). *Giustizia costituzionale*. Editoriale scientifica.
- Giubilei A. (2019). I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l’incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisio-

- ria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi. *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3.
- Gragnani A. (2019). Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentratore di costituzionalità. *Diritti fondamentali*, n. 2.
- Marra, G. (2004). La riserva di legge in crisi. Un referto della Corte costituzionale. *Diritto & Formazione*
- Massa M. (2021). La terza incostituzionalità “prospettata” e la questione dell’ergastolo ostativo. *Nomos, le attualità del diritto*, n. 2.
- Modugno, F. (2008). *Scritti sull’interpretazione costituzionale*. Editoriale scientifica.
- Padovani, T. (2019, August). Dovere di vivere e aiuto al suicidio: un sintagma. *Biodiritto*.
- Panzerà, C. (2013). *Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*. Edizioni scientifiche italiane.
- Pinardi, R. (1993). *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d’incostituzionalità* (Vol. 1, pp. 1-VI). Giuffrè.
- Pinardi, R. (2019). La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse. *Giurisprudenza costituzionale*.
- Romboli, R. (2023). Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri. *Consulta online*.
- Ruggeri, A., & Spadaro, A. (2014). *Lineamenti di giustizia costituzionale: Quinta edizione interamente rivista e aggiornata*. Giappichelli Editore.
- Ruggeri, A. (2020). Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali. *Dirittifondamentali.it*, 1, 24.
- Spadaro, A. (2023). Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive). *Rivista AIC*, 2.
- Zampetti, G. (2021). La “pronuncia doppia” nell’unico giudizio: i tempi della Corte e la discrezionalità del legislatore: [nota a] Sentenza (22 giugno 2021) 12 luglio 2021 n. 150. *Giurisprudenza costituzionale*, 66(4), 1563-158.
- Zagrebelsky, G. (1984). *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*. EGES.

*Elena Riveccio **

TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
E CONCORSO DEI RIMEDI GIURISDIZIONALI.
OSSERVAZIONI A PARTIRE DALLA SENTENZA N. 15
DEL 2024 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La specialità del giudizio antidiscriminatorio nella decisione della Corte costituzionale. – 3. La sentenza n. 15 del 2024 e le precedenti pronunce per le ipotesi di doppia pregiudizialità. – 4. La rilevanza della questione di legittimità costituzionale in relazione ad una normativa disapplicata. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

È noto che le sedi di tutela dei diritti fondamentali sono ormai molteplici in un contesto, quale lo spazio giuridico europeo, in cui vi è un'integrazione tra gli ordinamenti degli Stati membri e l'ordinamento europeo. Questa molteplicità di sedi, tutte idonee in potenza ad offrire protezione ai diritti, ha fatto sorgere la necessità di un coordinamento tra le medesime (CASSESE, 2015, 21 ss.). È da questo angolo visuale che si può osservare il "cammino comunitario" della Corte costituzionale (BARILE, 1973, 2401 ss.; VILLANI, 2024, 81 ss.), percorso per adeguarsi alla nuova dimensione che caratterizza la protezione dei diritti fondamentali a fronte della presenza di più Carte che li tutelano. La sentenza n. 15 del 2024 si inserisce nell'ambito della giurisprudenza costituzionale relativa ai rapporti tra i due ordinamenti.

L'analisi della pronuncia si articola in una breve ricostruzione del suo contenuto, con l'individuazione dei diversi profili di interesse che quest'ultima presenta sia con riferimento alle caratteristiche del giudizio contro le discriminazioni di cui all'art. 28 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, sia con riferimento ai rapporti tra i vari strumenti per assicurare tutela ai diritti. La decisione viene, poi, confrontata con le

* Università degli Studi di Napoli Federico II.

precedenti sentenze della Corte costituzionale in tema di protezione dei diritti fondamentali nel rapporto con l'ordinamento europeo. Infine, si tenta di definire il interlocuzione attualmente svolto dal giudizio di legittimità costituzionale nell'ambito del concorso tra rimedi giurisdizionali posti a tutela dei diritti fondamentali.

2. La specialità del giudizio antidiscriminatorio nella decisione della Corte costituzionale

La sentenza in esame ha ad oggetto un conflitto di attribuzione tra enti e una questione di legittimità costituzionale, riguardanti entrambi la conformità della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia n. 1 del 2016 rispetto alla normativa, italiana ed europea, che vieta le discriminazioni in base alla nazionalità. In entrambi i casi, i giudizi ordinari sono stati instaurati da cittadini italiani e stranieri che lamentavano il mancato ottenimento del contributo per l'acquisto dell'alloggio destinato a prima casa di cui agli articoli 15, comma 1, lettera c), e all'art. 18 della legge regionale n. 1 del 2016¹. Il requisito richiesto per ottenere tale contributo è definito nell'art. 29, comma 1, lettera d) e consiste nella cd. impossidenza di altri alloggi nel territorio nazionale o estero. Il possesso di tale requisito, in base al comma 1-*bis* dell'art. 29, può essere provato attraverso l'autocertificazione per i cittadini italiani e di Paesi europei. Diversamente, per i cittadini di Stati terzi si prevede l'obbligo di presentare una documentazione ulteriore, che attesti che i membri del nucleo familiare non siano proprietari di altri alloggi nel paese di origine o di provenienza². Conformemente rispetto alla legge, tale requisito aggiuntivo viene riprodotto nel regolamento regionale n.

¹ Legge regionale del Friuli-Venezia Giulia 19 febbraio 2016, n. 1.

² L'art. 29, comma 1-*bis*, contiene un riferimento agli artt. 3, comma 4, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 e 2, d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394 che definiscono le modalità in base alle quali i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione devono presentare la documentazione che attesti l'impossidenza. In particolare, la norma prevedeva che tale impossidenza dovesse essere dimostrata non solo attraverso l'autocertificazione ma anche per il tramite di certificati o attestazioni rilasciati dalla competente autorità dello Stato estero, corredati di traduzione in lingua italiana, di cui l'autorità consolare italiana attesta la conformità all'originale.

0144 del 2016, all'art. 3-*bis* e nel regolamento regionale n. 66 del 2020, all'art. 9, comma 3.

A fronte di questa diversità di previsioni, venivano attivate diverse azioni antidiscriminatorie³ dinanzi al Tribunale di Udine, cui si chiedeva di accertare il carattere discriminatorio della normativa regionale e di adottare i provvedimenti idonei ad eliminare gli effetti dannosi derivanti dalla discriminazione già verificatasi. Si richiedeva poi al giudice di adottare un piano di rimozione delle discriminazioni, che si concretizzava nell'ordine da rivolgere alla pubblica amministrazione di eliminazione delle norme regolamentari per evitare il ripetersi delle discriminazioni, nell'esercizio del potere espressamente conferito a tal fine dal citato art. 28 del decreto n. 150 del 2011 al comma 5 (PATARINI, 2024, 107 ss.)⁴.

Rispetto a questa serie di richieste presentate dinanzi al giudice ordinario, sono due i giudizi rilevanti nello specifico. In un primo caso, il giudice del Tribunale di Udine accoglieva le domande dei ricorrenti, dopo aver accertato il carattere discriminatorio della normativa regionale e aver disapplicato la medesima normativa per contrasto con l'art. 11 della direttiva 2003/109/CE. Il giudice ordinava poi alla Regione di modificare il regolamento per la parte che determinava un diverso trattamento per i soli cittadini di Paesi terzi. Tale ultima ordinanza veniva impugnata dalla Regione Friuli-Venezia Giulia, la quale contestava il potere del giudice di ordinare la rimozione della normativa regolamentare, lamentando un'invasione della propria competenza legislativa e

³ Le azioni antidiscriminatorie venivano attivate "in serie" dinanzi al Tribunale di Udine sulla base della normativa che consente la partecipazione anche di associazioni ai giudizi che si svolgono secondo quanto previsto dall'art. 28 del d.lgs. n. 150 del 2011. Tale disposizione si applica ai procedimenti relativi a discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi di cui all'art. 44 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e all'art. 4 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215; relativi a discriminazioni per religione, convinzioni personali, handicap, età, nazionalità nell'occupazione e per le condizioni di lavoro, in base all'art. 4 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216; per discriminazioni determinate da disabilità, ai sensi dell'art. 3 l. 1° marzo 2006, n. 67, e per discriminazioni in base al sesso nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura, ai sensi dell'art. 55-*quinquies* d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198). Nel caso specifico, l'azione era stata esercitata sulla base dell'art. 44 del d.lgs. n. 286 del 1998.

⁴ Per un approfondimento sulle caratteristiche del procedimento antidiscriminatorio si veda PATARINI, 2024, spec. 118 ss.

regolamentare⁵. In subordine, pur non contestando la titolarità di tale potere in capo al giudice, deduceva con riferimento al caso specifico l'impossibilità di richiedere all'amministrazione regionale la modifica di norme regolamentari generali e astratte, senza prima aver sollevato questione di legittimità costituzionale sulle disposizioni legislative attuate dalle suddette norme regolamentari.

Nel secondo giudizio, un altro giudice del Tribunale di Udine adottava un'ordinanza con cui accoglieva le domande delle parti, accertando il carattere discriminatorio della normativa regionale e, previa disapplicazione della normativa per contrasto con la direttiva 2003/109/CE, disponeva che le domande dei ricorrenti per l'assegnazione del contributo venissero valutate con le stesse modalità previste per gli altri soggetti. Ritenendo di non poter ordinare direttamente all'amministrazione regionale la modifica delle norme regolamentari, adottava un'ulteriore ordinanza con cui sollevava questione di legittimità costituzionale sulla legge regionale⁶, considerando la rimozione di quest'ultima come il presupposto necessario per l'esercizio del potere.

La Corte dichiara fondato il conflitto di attribuzione, nella misura in cui afferma che il giudice ordinario, pur potendo disapplicare la normativa regolamentare contrastante con una direttiva europea dotata di effetto diretto, non può ordinare alla pubblica amministrazione la rimozione di tale normativa quando questa sia riproduttiva in sostanza di una norma legislativa.

Questo giudizio è l'occasione che consente alla Corte di definire e specificare le caratteristiche del procedimento antidiscriminatorio e dei poteri di cui il giudice ordinario dispone in questa sede. In particolare, si pone in evidenza che il fondamento di tale giudizio va rinvenuto nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, perché si tratta di un «giudizio tutto funzionalizzato alla rimozione delle discriminazioni» (punto 6.2. del Considerato in diritto) e alla garanzia

⁵ Il contenuto della controversia e dell'ordinanza che l'ha parzialmente definita è ricostruito al punto 1.2 del Ritenuto in fatto della sentenza n. 15 del 2024.

⁶ Per una ricostruzione puntuale delle questioni di costituzionalità della legge regionale n. 1 del 2016 si veda, nella sua interezza, il punto 5 del Ritenuto in fatto della sentenza n. 15 del 2024.

della parità di trattamento. A questo scopo, vengono attribuiti al giudice «strumenti processuali speciali per la loro repressione» (Cass., Sez. Unite, ordinanza 30 marzo 2011, n. 7186), che si traducono in tutele di natura diversa. In base all'art. 28, comma 5, del d.lgs. n. 150/2011, infatti, il giudice può innanzitutto condannare il convenuto al risarcimento del danno, qualora si accerti il carattere discriminatorio della condotta tenuta; in secondo luogo, è possibile ordinare la cessazione del comportamento dannoso. Infine, la norma conclude con una formula aperta (GUELLA, 2024, 708), consentendo al giudice adottare, anche nei confronti della pubblica amministrazione, di qualsiasi provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti discriminatori che si sono prodotti. Tali poteri, nel loro insieme, costituiscono un apparato di rimedi per le lesioni immediate e attuali determinate dal fattore discriminatorio. Ma, essendo il fine ultimo del procedimento antidiscriminatorio l'eliminazione delle discriminazioni, il legislatore attribuisce al giudice un potere caratterizzato da una logica non solo rimediale ma soprattutto preventiva, che permette di espungere la discriminazione dall'ordinamento in maniera radicale. È in questo senso che la Corte sottolinea il carattere speciale del potere del giudice di disporre, anche nei confronti della pubblica amministrazione, l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni, specificamente allo scopo di evitare il loro rinnovarsi.

La Corte sottolinea che il piano di rimozione può avere ad oggetto anche le norme regolamentari, se discriminatorie. Tuttavia, nell'ipotesi in cui tali norme regolamentari siano conformi rispetto a norme legislative, il potere del giudice di disporre tale piano di rimozione è subordinato alla rimessione e all'accoglimento di una questione di costituzionalità relativa alla norma legislativa, originaria fonte della discriminazione. In caso contrario, il giudice «ordinerebbe alla pubblica amministrazione di adottare atti regolamentari confliggenti con la legge non rimossa» (punto 7.3.2. del Considerato in diritto).

È proprio in tale direzione che si pone la questione di legittimità costituzionale sollevata dal secondo giudice del Tribunale di Udine e accolta dal Giudice delle leggi per contrasto della legge regionale con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e con l'art. 117, comma 1, Cost. in rapporto all'art. 34 della Carta di Nizza e all'art. 11 della direttiva 2003/109/CE. Quest'ultima, in particolare, dispone in merito

allo *status* dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, prevedendo all'art. 11 par. 1, lettera d) il diritto alla parità di trattamento per l'accesso alle prestazioni sociali, all'assistenza e alla protezione sociali in base alla legislazione nazionale.

In punto di ammissibilità della questione di legittimità, il Giudice delle leggi sottolinea come la questione sorge per rispondere nello specifico alla domanda con cui le parti hanno richiesto al giudice di ordinare alla Regione Friuli-Venezia-Giulia la rimozione della normativa regolamentare. Pur garantito il principio del primato del diritto dell'Unione europea tramite la disapplicazione della normativa nazionale, viene in rilievo un'esigenza diversa, ovvero evitare che la discriminazione possa verificarsi nuovamente a fronte della ripetuta applicazione della norma da parte di altri operatori del diritto o della pubblica amministrazione. Il giudizio antidiscriminatorio viene allora qualificato come un peculiare rimedio interno che espunge tale normativa dall'ordinamento, consentendo la convivenza dei rimedi della non applicazione e del controllo accentrato di costituzionalità.

Questo concorso di rimedi, costituito dalla non applicazione della normativa interna e dal controllo accentrato di costituzionalità della medesima, è stato elaborato dalla Corte costituzionale per le peculiarità del giudizio antidiscriminatorio e per garantire la sua effettività anche nel futuro. Di conseguenza, il controllo accentrato diviene funzionale all'attuazione del diritto dell'Unione europea, di cui garantisce la certezza e l'uniforme applicazione grazie agli effetti generali della dichiarazione di incostituzionalità. Tuttavia, certezza e uniforme applicazione sono esigenze comuni a tutte le ipotesi di disapplicazione, dato che la norma "messa da parte" rimane valida nell'ordinamento e suscettibile di applicazione in altri casi. Dunque, un ragionamento di questo tipo ha un potenziale espansivo (SCARCELLO, 2024, 320; REPETTO, 2023, 20-22) potendo trovare applicazione anche nelle altre ipotesi di contrasto tra normativa interna e normativa europea, indipendentemente dalla circostanza che sia in gioco la tutela dei diritti fondamentali.

3. La sentenza n. 15 del 2024 e le precedenti pronunce per le ipotesi di doppia pregiudizialità

Come accennato in precedenza, è utile un inquadramento della sentenza in commento nell'ambito della giurisprudenza costituzionale relativa ai rapporti tra l'ordinamento europeo e quello italiano, nel cui solco si colloca, come si evince già solo dagli espressi richiami alle decisioni precedenti.

Col fine di valorizzare il giudizio di legittimità costituzionale nell'ambito delle sedi giurisdizionali che offrono tutela ai diritti fondamentali (GUAZZAROTTI, 2018, 194 ss.; TEGA, 2018, 197 ss.; MASSA, 2019, 737 ss.), nella sentenza n. 269 del 2017 la Corte rileva il contenuto di impronta tipicamente costituzionale della Carta di Nizza e, in un *obiter dictum*, afferma la necessità di un proprio intervento con effetti *erga omnes* nelle ipotesi definite di “doppia pregiudizialità”, ovvero nei casi di contrasto tra una disposizione nazionale e un diritto fondamentale tutelato sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per queste ipotesi di contrasto si richiede ai giudici comuni di sollevare la questione di legittimità costituzionale, consentendo di adire successivamente la Corte di Giustizia “per altri profili” non esaminati nel giudizio di costituzionalità (punto 5.2. del Considerato in diritto), con un capovolgimento della precedente impostazione che accordava priorità al rinvio pregiudiziale (SCACCIA, 2018; RUGGERI, 2017, 234 ss.)⁷. Con le successive sentenze n. 20 e 63 del 2019, l'assetto muta nuovamente, perché il rapporto tra il giudizio di costituzionalità e il rinvio pregiudiziale viene configurato come un concorso tra rimedi giurisdizionali, precisando che la rimessione alla Corte costituzionale è solo una facoltà per il giudice. Si “ribadisce” (STAIANO, 2019, 11)⁸, dunque, la libertà del giudice comune

⁷ L'affermazione della priorità della pregiudiziale comunitaria rispetto alla questione di legittimità costituzionale si ritrova per la prima volta nell'ordinanza Corte cost., 28 dicembre 2006, n. 454 e poi nella sentenza 13 luglio 2007, n. 284.

⁸ Nonostante il cambiamento nell'impostazione tra l'*obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017 e le sentenze n. 20 e 63 del 2019, nelle sentenze del 2019 la Corte costituzionale richiama quanto affermato nel 2017 per tracciare una continuità tra l'*obiter* e le pronunce successive, come a voler solo chiarire quanto stabilito precedentemente. In realtà, il mutamento di prospettiva è evidente e in questo senso l'utilizzo

di scegliere la sede giurisdizionale da attivare, sottolineando la possibilità di investire la Corte di Giustizia dell'Unione europea per qualsiasi questione ritenuta necessaria, e non solo per quelle non esaminate nel giudizio di costituzionalità.

Il raffronto tra questa giurisprudenza e la sentenza commentata in questa sede consente di rilevare un'assonanza nelle posizioni espresse dal Giudice costituzionale nel corso del tempo. Pur non trattandosi "formalmente" di un'ipotesi di doppia pregiudizialità, la Corte assume un ruolo più attivo nella pronuncia in commento (SCARCELLO, 2024, 10-11), perché il giudice viene incentivato (TOMASI, 2024, 7) a sollevare la pregiudiziale costituzionale per tutelare un diritto fondamentale, quale è quello all'uguaglianza. Con un espresso richiamo alla sentenza del 2017, vengono evidenziati i vantaggi delle pronunce di incostituzionalità, costituiti dall'idoneità ad espungere dall'ordinamento una norma con efficacia *erga omnes*, in attuazione del «principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)» (Corte cost., sentenza n. 269/2017, punto 5.2. del Considerato in diritto). In linea con le decisioni del 2019 (Corte cost., sentenza 21 febbraio 2019, n. 20, punto 2.3. del Considerato in diritto), la Corte ribadisce l'opportunità del concorso di rimedi giurisdizionali, volto ad arricchire gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali, da ultimo aggiungendo a tali strumenti la possibilità di applicare immediatamente il diritto europeo e contestualmente sollevare l'incidente di costituzionalità per la normativa interna, spinta in tal senso dalle peculiarità del caso sottoposto al suo esame.

Nella sentenza in esame, la Corte costituzionale sottolinea come anch'essa, accanto al giudice comune, si impegna «a dare attuazione al diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano, ciascuno con i propri strumenti e ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze» (punto 8.3 del Considerato in diritto) richiamando espressamente la sentenza 16 giugno 2022, n. 149. In questo senso, è rilevante sottoli-

dell'*obiter dictum* nella sentenza n. 269 non è casuale. Come posto in evidenza da STAIANO (2019), 11, l'*obiter* ha la funzione di «sonda[re] le reazioni delle giurisdizioni» ed è caratterizzato da una formulazione generica, funzionale alla possibilità di un'eventuale rimodulazione.

neare come l'illegittimità costituzionale della normativa impugnata venga dichiarata sulla base dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonostante tale norma non sia stata menzionata dal giudice rimettente come norma violata. È infatti la stessa Corte che, in via autonoma d'ufficio, connette correttamente la disposizione della Carta alla direttiva del 2003, essendo quest'ultima riproduttiva del suddetto art. 34 CDFUE. La pronuncia si pone in continuità con le sentenze precedenti (SCARCELLO, 2024, 290; BARBARESCHI, 2024, 11) per la parte in cui la Corte afferma la sua competenza a giudicare nel merito le questioni relative alla compatibilità della normativa interna con la normativa europea, assumendo come parametri interposti sia le disposizioni della Carta di Nizza, sia le norme che, pur essendo contenute in altre fonti, sono in singolare connessione con le prime. Connessione che si verifica tanto nel caso in cui i contenuti delle direttive costituiscano una specificazione delle disposizioni della Carta, sia nell'ipotesi in cui essi si pongano come un «“modello” per quelle norme, e perciò partecipano all'evidenza della loro stessa natura» (Corte cost., sentenza n. 20/2019, punto 2.1 del Considerato in diritto).

L'integrazione del parametro dimostra come la Corte utilizzi un criterio di carattere sostanziale (RUGGERI, 2017, 244 ss.; VILLANI, 2024; PISTORIO, 2024) nell'individuazione dei diritti fondamentali, ritenendo sussistente una violazione di tali diritti anche quando venga in rilievo non direttamente una norma della Carta ma una norma di diritto derivato che di quest'ultima costituisca attuazione o specificazione (LEONE, 2019, 643 ss.; TEGA, 2020, 248; REPETTO, 2022, 323). Pertanto, anche se attendendosi formalmente alla ricostruzione del giudice *a quo* il caso non rientra nelle ipotesi di doppia pregiudizialità “in senso stretto” – proprio per la mancata invocazione di una disposizione della Carta –, lo diviene successivamente per la connessione tra i parametri individuata dalla stessa Corte.

4. La rilevanza della questione di legittimità costituzionale in relazione ad una normativa disapplicata

Il cumulo di rimedi – costituito dalla contestualità dell'applica-

zione immediata del diritto europeo e dell'attivazione del giudizio di legittimità costituzionale – consentito nella decisione in esame induce ad una riflessione sul legame che intercorre tra la non applicazione e il controllo accentrato di costituzionalità, nell'ottica di comprendere se una questione di legittimità costituzionale simile possa ritenersi realmente rilevante.

Il rapporto tra i due strumenti di risoluzione del contrasto è di reciproca esclusione a partire dalla nota sentenza *Granital* (Corte cost., sentenza 8 giugno 1984, n. 170), in base alla quale, nell'ipotesi di contrarietà rispetto ad una normativa europea direttamente efficace, la normativa interna avrebbe dovuto lasciare spazio all'immediata applicazione del diritto europeo. Una questione di legittimità costituzionale sulla normativa disapplicata sarebbe stata dichiarata inammissibile per carenza di rilevanza avendo il giudice già individuato la norma da applicare per la prosecuzione del giudizio pendente.

Successivamente, in altri casi di conflitto dello stesso tipo, la Corte ha ritenuto ammissibile la questione di legittimità costituzionale sulla normativa interna, a condizione che il giudice rimettente avesse disapplicato quest'ultima adottando un provvedimento di carattere esclusivamente cautelare. Nell'ipotesi di esercizio di tale potere in via definitiva, infatti, la questione poi sollevata sarebbe stata considerata non rilevante (AMALFITANO, 2019, 26; TOMASI, 2024, 9; GUELLA, 2024, 711).

Nel 2017 il rapporto tra questi rimedi assume una diversa fisionomia rispetto al passato poiché, per i casi di doppia pregiudizialità, la disapplicazione viene preclusa al giudice, in quanto ritenuta insufficiente a garantire la tutela dei diritti fondamentali in maniera sistemica (CARUSO; MEDICO; MORRONE, 2020; SCARCELLO, 2024, 319). In quest'ottica al giudice è stata prima richiesta (nel 2017) e poi consigliata (dal 2019) l'attivazione del giudizio di legittimità. La regola definita nella sentenza *Granital* fino a quel momento seguita risulta in qualche modo derogata per queste ipotesi (MASTROIANNI, 2018; GALLO, 2019; AMALFITANO, 2019, 15).

L'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale nella sentenza n. 15 del 2024 fa sorgere diversi dubbi rispetto alla giurisprudenza appena delineata, perché induce a chiedersi se siamo di fronte ad un *revirement* e, in particolare, se la rilevanza sia ancora un

requisito ai fini dell'ammissibilità di una questione di costituzionalità relativa alla tutela dei diritti fondamentali. Come evidenziato in dottrina, il ricorso *contestuale* a tale ultimo rimedio e alla disapplicazione farebbe venir meno il requisito della rilevanza della questione (RUGGERI, 2024, 307; RUGGERI, 2018, 158 ss.; ROMBOLI, 2014, 1 ss.) e «l'ordinanza di rinvio alla Corte assumerebbe il significato di un provvedimento nell'interesse della legge» (ROMBOLI, 2014), perché è utile non per il giudice rimettente e per le parti del giudizio principale ma per altri operatori dell'ordinamento e soggetti che possono in futuro trovarsi in quella medesima situazione. Vi sarebbe, dunque, un radicale mutamento nel processo costituzionale, poiché si andrebbe ad incidere su un elemento strettamente connesso con il carattere incidentale del giudizio di legittimità: il concetto di rilevanza.

Tuttavia, la risposta alla domanda posta è negativa, perché il cumulo di rimedi in questo caso va inquadrato alla luce delle peculiarità del contesto in cui si colloca (SCARCELLO, 2024, 319; PATARINI, 2024, 127). Come posto in evidenza dalla Corte costituzionale, il corretto funzionamento dell'ordine gerarchico interno e l'efficacia dei piani di rimozione delle discriminazioni sono esigenze che emergono in questo caso e che «richiedono» (Corte cost., sentenza n. 15/2024, punto 7.3.3. del Considerato in diritto) (TOMASI, 2024, 8) l'attivazione del controllo accentratore, poiché la disapplicazione risulta idonea a soddisfare solo il rispetto del primato del diritto europeo. Nell'ambito della struttura bifasica del giudizio antidiscriminatorio, la prima fase consente di rispondere all'esigenza delle parti di ottenere tutela rispetto a delle puntuali situazioni discriminatorie, mentre la seconda fase è volta a prevenire il ripetersi di simili discriminazioni rispetto ad altri soggetti. L'attribuzione al giudice del potere di ordinare l'adozione di piani di rimozione della discriminazione spiega la peculiarità del giudizio antidiscriminatorio (TOMASI, 2024, 9). Infatti, a differenza della disapplicazione, l'esercizio di tale potere di ordinanza determina l'elaborazione di un piano di rimozione che ha effetti *erga omnes*, qualora si traduca nell'ordine di rimozione di norme generali e astratte di un regolamento, come avvenuto in questo caso. La decisione della Corte consente al giudice di rispondere alla seconda domanda delle parti, cui la disapplicazione non poteva rispondere per la sua natura di strumento provvisorio. È questa diversità di domande che rende rilevante e am-

missibile la questione di costituzionalità (AMALFITANO, 2024, 422; BARBARESCHI, 2024, 10; TOMASI, 2024, 10).

Come era stato previsto da parte della dottrina, la combinazione di questi due rimedi consente alla Corte costituzionale di mantenere uno «spazio di intervento che faccia salva la specificità e l'insostituibilità del suo contributo» (REPETTO, 2022, 322). Tuttavia, l'impiego di tale combinazione di rimedi, qualora generalizzato, determinerebbe un sostanziale superamento del “modello *Granital*” (VILLANI, 2024, 81) poiché, come è stato rilevato, la disapplicazione non sarebbe un rimedio solo “alternativo” ma «sempre e comunque parallelo rispetto all'attivazione del controllo accentrato di costituzionalità» (REPETTO, 2022, 325).

5. *Considerazioni conclusive*

Alla luce delle considerazioni sinora esposte, le odierne modalità del concorso fra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia nella tutela dei diritti sembrano essere in evoluzione. Pur essendo influenzata fortemente dalle menzionate peculiarità del giudizio antidiscriminatorio, la pronuncia annotata è sicuramente interessante, perché fornisce indicazioni ulteriori sulle caratteristiche del giudizio antidiscriminatorio e per l'inedita coesistenza, in questo contesto, di due strumenti di tutela dei diritti da sempre legati da un rapporto di reciproca esclusione.

Con riferimento al primo profilo, il giudizio antidiscriminatorio viene definito come diretta espressione del principio di eguaglianza e strumento di rimozione degli ostacoli di cui all'art. 3 comma 2 Cost., per garantire che tutti godano dei diritti in egual misura. Vengono delineati in modo chiaro la specialità e l'incisività dei poteri del giudice, anche nell'ottica del rispetto del principio di legalità e, più in generale, del principio di separazione dei poteri, la cui violazione è integrata dall'eventuale ordine di rimozione di norme generali e astratte rivolto alla pubblica amministrazione senza prima aver sottoposto la norma al controllo di costituzionalità (GUELLA, 2024, 715).

Come accennato in precedenza, il cumulo di rimedi in questo caso non fa venir meno la rilevanza della questione di costituzionalità pro-

prio per la struttura bifasica del giudizio antidiscriminatorio. Mentre nel caso in esame l'esigenza di rilevanza della questione di costituzionalità e quella dell'effettività della tutela del singolo sono entrambe soddisfatte, ci si può chiedere quanto è compatibile tale soluzione se adottata in via generale. In particolare, si può indagare sulla tenuta delle regole del processo costituzionale e sul rispetto della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Con riferimento al primo profilo, l'utilizzo in linea generale del cumulo nell'ambito di giudizi *a quo* in cui le parti pongono una sola domanda, diversamente da quanto accaduto nel giudizio in esame, renderebbe la questione di costituzionalità non rilevante⁹. Infatti, è noto che, in base all'art. 23 della legge n. 87 del 1953¹⁰, è rilevante quella questione la cui risoluzione è indispensabile ai fini della prosecuzione del giudizio principale, rendendosi necessaria la decisione della Corte costituzionale per sciogliere il dubbio sulla costituzionalità della norma e, di conseguenza, sulla sua applicabilità. Al contrario, nel caso di disapplicazione, il giudice applica immediatamente il diritto europeo e così riesce a proseguire nella decisione del giudizio in via autonoma. Dunque, come accennato in precedenza, la decisione della Corte, pronunciata a seguito di disapplicazione, sarebbe utile non per le parti del giudizio ma per i restanti soggetti dell'ordinamento, grazie all'eliminazione della norma illegittima dall'ordinamento. A riprova dell'irrelevanza di una simile questione depone il fatto che le voci in dottrina che ritengono praticabile il cumulo tra tali strumenti affermano la necessità di una modifica strutturale del sistema, che dovrebbe avvenire

⁹ *Contra* RUGGERI, 2024, 307 ritiene che nel caso di specie siano state violate le regole del processo costituzionale perché la questione di costituzionalità è inammissibile per carenza di rilevanza.

¹⁰ L'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 stabilisce che «l'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata», ordina la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, sospendendo il giudizio. Il requisito della rilevanza è stato oggetto di interpretazione da parte della Corte, che l'ha modulato diversamente attraverso le sue decisioni, arrivando a ritenerlo sussistente anche quando non fosse integrato, con l'obiettivo di potersi pronunciare nel merito di alcune questioni. L'esempio più chiaro in questo senso è dalla materia elettorale.

attraverso una riforma (RUGGERI, 2018, 158 ss.; ROMBOLI, 2014, 31 ss.). Pertanto, consentire tale cumulo a sistema invariato vorrebbe dire stravolgerlo.

Per quanto attiene la compatibilità con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il caso in esame si può considerare un caso in cui si integrano i sistemi di tutela in modo virtuoso. Ciò perché il giudizio di costituzionalità non esclude la disapplicazione ma ad essa si affianca (TOMASI, 2024, 10; SCARCELLO, 2024, 319) riuscendo a fornire un «*surplus* di garanzia al primato del diritto dell'Unione europea, sotto il profilo della certezza e della sua uniforme applicazione» (Corte cost., sentenza n. 15/2024, punto 8.2. del Considerato in diritto.) Viene preservato il potere del giudice di fornire immediata applicazione al diritto europeo in qualunque momento, così garantendo l'esigenza di effettività di tutela delle situazioni dei ricorrenti nel giudizio principale.

Bisogna infatti tenere presente che è stata la Corte costituzionale nella sentenza *Granital* ad escludere l'utilizzo congiunto di questi due rimedi, ma non ha fatto altrettanto la Corte di Giustizia, la quale, con la sentenza *Simmenthal* (Corte Giust., sentenza 9 marzo 1978, C-106/77) richiedeva che il giudice nazionale potesse disapplicare la normativa nazionale, senza dover attendere il previo controllo di costituzionalità, ma non impediva che accanto alla disapplicazione vi fosse un giudizio di legittimità costituzionale. In seguito, con le pronunce *Melki e Abdeli* (Corte Giust., sentenza 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10) e *A/B e a.* (Corte Giust., sentenza 11 settembre 2014, causa C-112/13) è stata affermata proprio la compatibilità col diritto europeo dell'obbligo di sollevare la questione di costituzionalità qualora venissero rispettate tre condizioni: innanzitutto, la possibilità per i giudici di far esaminare dalla Corte di Giustizia, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria»; in secondo luogo, la possibilità di applicare qualsiasi misura necessaria ad offrire una tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti attribuiti dal diritto europeo; infine, il potere di disapplicare la disposizione legislativa nazionale che sia uscita indenne dal controllo di costituzionalità, qualora sia considerata in ogni caso contraria al diritto dell'Unione.

La pronuncia in esame aggiunge sicuramente un tassello ulteriore

alle dinamiche dei rapporti ma la peculiarità del caso rispetto al quale è stata resa potrebbe anche far pensare che si tratti di un caso isolato. Per comprendere, dunque, la direzione effettivamente intrapresa dalla giurisprudenza costituzionale bisognerà guardare alle pronunce successive. Nel frattempo, un elemento rilevante a questo scopo è l'inquadramento del giudizio antidiscriminatorio nell'ambito degli altri strumenti posti a presidio dei diritti fondamentali e, quindi, nella prospettiva del «concorso di rimedi giurisdizionali, [il quale] arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione» (Corte cost., sent. n. 15/2024, punto 8.2 del Considerato in diritto). Tale prospettiva, adottata a partire dal 2019, viene ulteriormente definita dalla sentenza in commento. In particolare, oltre ad indicare un ulteriore modo di interazione dei rimedi giurisdizionali, è rilevante che nella parte finale dell'argomentazione sull'ammissibilità la Corte costituzionale abbia espressamente richiamato la competenza esclusiva della Corte di Giustizia ad interpretare il diritto europeo, con l'obiettivo di garantire uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione di tale diritto. È attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, attivato da parte dei giudici comuni degli Stati membri chiamati ad applicare quel diritto, che la Corte di giustizia fornisce tale interpretazione, ai fini della soluzione delle controversie pendenti dinanzi ai giudici (Corte cost., sentenza n. 15/2024, punto 8.3 del Considerato in diritto).

Inoltre, va notato il richiamo alle sentenze *Cilfit* (Corte Giust., sentenza 6 ottobre 1982, C-283/81) e *Consorzio Italian Management* (Corte Giust., sentenza 6 ottobre 2021, C-561/19), che definiscono le ipotesi in cui i giudici di ultima istanza, pur essendo tali, non hanno l'obbligo di sollevare rinvio pregiudiziale. Il richiamo a queste sentenze avviene a valle dell'argomentazione sull'ammissibilità di una questione di costituzionalità avente ad oggetto una norma disapplicata in via definitiva e dopo che la Corte ha ribadito il proprio impegno, in quanto giurisdizione nazionale, a contribuire all'attuazione del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano, attraverso un espresso richiamo della decisione n. 149 del 2022. Dunque, se considerati nel loro insieme, questi richiami fanno pensare all'ipotesi in cui sia la stessa Corte costituzionale a confrontarsi con la Corte di Lussemburgo sollevando il rinvio pregiudiziale, valorizzando l'attivazione di tale

confronto diretto soprattutto nell'ipotesi in cui i giudici nazionali di ultima istanza non abbiano l'obbligo di rinviare. È noto come la Corte, dopo aver negato per molto tempo una simile possibilità, ha poi affermato la sua qualità di giudice nazionale, prima nel giudizio in via principale (Corte cost., ordinanza del 15 aprile 2008, n. 103) e poi nel giudizio in via incidentale (Corte cost., ordinanza del 18 luglio 2013, n. 207). Di conseguenza, si è attribuita essa stessa il compito di collaborare all'attuazione del diritto europeo e il potere di sollevare la pregiudizialità europea ai sensi dell'art. 267 TFUE, ponendosi in questo senso al fianco dei giudici comuni che contribuiscono alla garanzia dell'uniforme applicazione del diritto europeo nel territorio degli Stati membri. Negli ultimi anni l'interlocuzione diretta tra le due Corti si è svolta in diverse occasioni secondo una logica collaborativa (SCIARRA, 2024, 1 ss.; VIGANÒ, 2023, 65 ss.; PITRUZZELLA, 2024, 807), in base alla quale la Corte costituzionale non solo ha effettuato delle domande ma ha fornito anche elementi di contesto alla Corte di giustizia per meglio illustrare le caratteristiche presentate dalle singole ipotesi di contrasto tra disposizioni dei due ordinamenti e le conseguenze sull'ordinamento interno (TEGA, 2020, 223, PITRUZZELLA, 2024, 807 – 808). Questo confronto è vantaggioso perché è la stessa Corte di Giustizia che, in una recente pronuncia (Corte Giust. 2 settembre 2021, C-350/20, *O.D. e a.*), ha affermato l'esistenza di una presunzione di rilevanza delle questioni poste dalla Corte costituzionale tramite un rinvio pregiudiziale (SCIARRA, 2024, 7).

In conclusione, le affermazioni rese dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento sono sicuramente rilevanti perché, pur se riferite ad un'ipotesi peculiare, forniscono degli elementi ulteriori per la definizione del quadro dei rapporti tra ordinamenti. Saranno sicuramente le prossime pronunce che consentiranno di affermare quali sono la portata e le conseguenze di quanto affermato in questa occasione.

Riferimenti bibliografici

Amalfitano, C. (2019). Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017. *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.

- Amalfitano, C. (2024). La sentenza costituzionale n. 15/2024: istruzioni per i giudici su come assicurare il primato del diritto Ue. *Quaderni costituzionali*, n. 2.
- Barbareschi, S. (2024). «L'ordinato funzionamento delle fonti interne» e il «concorso» degli strumenti di tutela dei diritti. Considerazioni sulla sentenza n. 15 del 2024. *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2.
- Barile, P. (1973). Il cammino comunitario della Corte. *Giur. cost.*, 2401 ss.
- Caruso, C.; Medico, F.; Morrone, A. (2020). Granital Revisited? *L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, in *Annali di Diritto costituzionale*, Anno VI, n. 8, Bononia University Press, Bologna.
- Cassese, S. (2015). Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino. *Ars interpretandi*, n. 1.
- Gallo, D. (2019). Efficacia diretta del diritto Ue, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018. *Rivista AIC*, n. 1.
- Guazzarotti, A. (2018). La sentenza n. 269 del 2017: un atto interruttivo dell'usucapione delle attribuzioni della Corte costituzionale?. *Quaderni costituzionali*, n. 1.
- Guella, F. (2024). L'obbligo di previo giudizio incidentale nel processo antidiscriminatorio su regolamento (riproduttivo di legge regionale). *Le Regioni*, n. 3-4.
- Leone, S. (2019). Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale. *Rivista AIC*, n. 3.
- Massa, M. (2019). La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3.
- Mastroianni, R. (2018). Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti. *Osservatorio sulle fonti*, n. 1.
- Patarini, G. (2024). Le peculiarità del procedimento antidiscriminatorio ex art. 28, d. lgs. 150 del 2011 e i rapporti fra norme interne e norme dell'Unione Europea. Nota a Corte cost. sentenza n. 15 del 2024. *Osservatorio AIC*, n. 5.
- Pistorio, G. (2024). Verso nuove forme di «convivenza» fra ordinamento UE e ordinamento nazionale per la tutela sistemica dei diritti. *La lettera*, in www.associazioneitalianacostituzionalisti.it.
- Pitruzzella, G. (2024). La costruzione dello spazio costituzionale europeo nel

- dialogo tra Corte di giustizia e Corti costituzionali. *Quaderni costituzionali*, n. 4.
- Repetto, G. (2022). Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale. *Rivista Eurojus*, n. 2, 312 ss.
- Repetto, G. (2023), Judgement 269/2017 and Dual Preliminarity in the Evolution of the Jurisprudence of the Italian Constitutional Court. *Italian Journal of Public Law*, v. 15, n. 1.
- Romboli, R. (2014). Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo. *Rivista AIC*, n. 3.
- Ruggeri, A. (2017). Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione *self-executing* (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017). *Rivista di Diritti comparati*, n. 3.
- Ruggeri, A. (2018). Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?. *ConsultaOnline*, n. 1.
- Ruggeri, A. (2024). Ancora in tema di tecniche di risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme sovranazionali *self-executing* (a prima lettura di Corte cost. n. 15 del 2024). *ConsultaOnline*, n. 1.
- Scaccia, G. (2018), L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi. *Forum di Quaderni costituzionali*, 25.01.2018
- Scarcello, O. (2024). Un altro passo nel processo di riaccentramento del sindacato di costituzionalità eurounitario. Nota a Corte cost., sentenza n. 15 del 2024. *Osservatorio AIC*, n. 2.
- Sciarra, S. (2024). I rinvii pregiudiziali proposti dalla Corte costituzionale come elementi di una relazione collaborativa. *Quaderni AISDUE*, fascicolo speciale n. 1, *Atti del V Convegno nazionale AISUE, Padova 2/3 novembre*.
- Staiano, S. (2019), Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali. *Federalismi.it*, n. 13.
- Tega, D. (2018). La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei. *Quaderni costituzionali*, n. 1.
- Tega, D. (2020). *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento nella giustizia costituzionale in Italia*. Bononia University Press. Bologna.
- Tomasi, G. (2024). Diretta applicazione del diritto UE e incidente di costituzionalità nel giudizio antidiscriminatorio: la sentenza n. 15 del 2024 della Corte costituzionale. *Lavoro Diritti Europa*, n. 2.

- Viganò, F. (2023). Il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo tra Giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale, in J. Alberti, G. Di Cristofaro (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale come strumento di sviluppo degli ordinamenti*. Pacini. Pisa.
- Villani, U. (2024). Il nuovo “cammino comunitario” della Corte costituzionale. *Rivista Eurojus*, n. 1.

Massimiliano Baroni*

OLTRE L'EGUAGLIANZA DI OPPORTUNITÀ PER L'INVERAMENTO DEL DISEGNO COSTITUZIONALE DI AUTOREALIZZAZIONE INDIVIDUALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La retroazione del potere pubblico e le tendenze costituzionali del nuovo potere privato. – 3. Tra atomismo sociale e acquiescenza verso la postdemocrazia. – 4. Stato, società della prestazione e *homme performatif*: c'è ancora spazio per il merito? – 4.1. L'assenza di reali possibilità di autorealizzazione individuale è negazione della dignità. – 5. Cercare la soluzione guardando al disegno costituzionale originario. – 6. *Pro futuro: capabilities approach* ... – 6.1. ... e valorizzazione della persona umana in quanto tale. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Il mondo del XXI secolo sembra piombato in uno stato di precarietà permanente, rendendo facile constatare la pervasività del (dis)ordine attuale in ogni campo: dall'economia, subordinata ad un *fintech* i cui parametri regolatori appaiono imperscrutabili; alla crisi delle fonti del diritto, da tempo incapaci di tenere il passo con i nuovi dominanti della scena geopolitica transnazionale; passando per un Globalismo non più mera caratteristica di altri saperi bensì titolare di una soggettività a sé stante; per arrivare alla scienza climatica e alle problematiche intergenerazionali, tanto oggetto di attenzione mediatica quanto poco di dedizione pratica. Non c'è ambito in cui i paradigmi classici non siano stati scompaginati, caduti in disuso, lacerati. In un mondo ove nulla è – più – di facile lettura, prendere consapevolezza del disordine è necessario per giungere ad un primo – fondamentale – approdo, che permetta di percepire la sostanziale, profonda indecifrabilità dell'affresco postmoderno. Oggi è necessario fermarsi e – poi – cambiare prospettiva: ostinarsi ad interpretare la società del 2030 con

* Università degli Studi di Parma.

occhi novecenteschi non farà che perpetrare il senso di smarrimento che attanaglia l'individuo moderno; mentre essere consapevoli del prepensionamento dei fondamenti sociali del Novecento permetterà, invece, di guardare oltre: orientarsi nello stato di crisi permanente, smascherando le (principali) contraddizioni dello scenario postmoderno, porterà – si crede – a rivolgere la propria attenzione verso nuovi *framework*, nuove lenti, che – per quanto possibile – consentano alla persona umana di tornare al timone del proprio destino¹.

2. *La retroazione del potere pubblico e le tendenze costituzionali del nuovo potere privato*

Il *ban* degli account social di Donald Trump a seguito degli eventi del 6 gennaio 2021 o – in Italia – la (provvisoria) disattivazione della pagina Facebook di Casapound Italia, e poi ancora la successiva riattivazione dell'account Twitter di Donald Trump unilateralmente decisa da Elon Musk, ci hanno consegnato una nuova certezza: nel XXI secolo l'ostracismo assume (anche) i contorni del *social banning*, e alla censura governativa si accosta (o si sostituisce?) la censura dei social network, dietro ai quali vi sono soggetti privati. Non più governi, ma Consigli di Amministrazione o *Boards*; non più elettori ma azionisti; niente più parlamenti ma – piuttosto – imprese multinazionali, che rischiano di (riuscire a) compiere definitivamente la transizione del confine ultimo del potere verso la “privatizzazione della censura” (MONTI, 2019), secondo metodologie e giudizi di valore totalmente slegati dai canoni – e dai vincoli – del (e dal) giudiziario. La tripartizione di Rousseau nella nuova dimensione privatistica non trova collocazione: il medesimo soggetto può legiferare, è dotato del potere esecutivo ed è esplicazione di quello giudiziario, che a ben vedere non solo si accosta, ma anzi si sostituisce (VENANZONI, 2020)² a quello degli Stati tradizionali.

¹ Più approfonditamente per tali considerazioni, sia consentito il rinvio a BARONI (2024). Le cui tesi ed argomentazioni sono state oggetto della presente Relazione durante il Seminario (venendo dunque qui in gran parte riprese, in forma riassuntiva).

² VENANZONI (2019) parla di “conquista per sostituzione”, citando esemplificativamente il modello di penetrazione coloniale perpetrato dagli inglesi per il tramite della Compagnia delle Indie orientali. È ben noto come proprio la Compagnia delle Indie possa qualificarsi come la prima, vera multinazionale.

Non v'è chi non veda come le reti sociali 2.0 siano da tempo riuscite a ritagliarsi, nello spazio pubblico globale, un ruolo ben oltre la mera qualifica di aziende private. Sono tali, ormai, unicamente a livello formale, quasi documentale. Potranno avere la forma di società per azioni, ma sono in realtà i nuovi protagonisti della scena globale; rappresentazione di un "ordine spontaneo" di matrice para-costituzionale che non conosce confini. Ben si comprende, allora, perché – in specie quando si tratti di vicende squisitamente politiche – il rapporto tra la piattaforma e l'utente non sia paragonabile a quello "tra due soggetti privati qualsiasi" (CARUSO, 2022), e come – dunque – non possa essere questo il metro di giudizio in base al quale valutare la formale legittimità dell'operato dei social network. Cui, certamente, non è delegabile l'attività di legittimazione o di delegittimazione dei soggetti istituzionali né, tantomeno, quella di conferimento di "patenti di liceità costituzionale" (CARUSO, 2022) a soggetti politici: insomma, certamente non tocca ai nuovi giganti dell'internet farsi portatori della verità, dei limiti all'esercizio delle libertà costituzionali, o degli spazi di attuazione dei valori sociali fondanti una data comunità³. L'impressione, tuttavia, è che tali presidi costituzionali siano da tempo oggetto di un graduale trasferimento verso soggetti dotati di una crescente posizione di primazia, desiderosi di accaparrarsi gli onori che tale posizione comporta e altrettanto determinati a non farsi carico dei relativi oneri.

In più, a ben vedere, quanto sopra non è altro se non un sintomo, una apparentemente isolata manifestazione del ben più vasto (e pervasivo) fenomeno – attualmente in corso – di progressivo avvicinamento tra potere pubblico e privato: da un lato le Big Techs, capaci di contare su un patrimonio liquido di oltre 500 miliardi di dollari e – complici anche i cc.dd. effetti di rete – *gatekeepers* aventi la possibilità di divorare interi settori ed espressione di vere e proprie tendenze monopolistiche, dall'altro lato le omologhe (ancora) analogiche: se le grandi imprese sono sempre esistite, ciò che è cambiato, tuttavia, è il grado di penetrazione socio-economica delle grandi aziende nella struttura eco-

³ Pena il realizzarsi, nelle società di capitali che di tali piattaforme sono proprietarie – private *de iure*, ma esempi di agorà pubblica *de facto* – un'insanabile divergenza tra "essere" e "dover essere", prendendo in prestito l'immagine figurativa evocata con precipuo riferimento alle fonti del diritto da Augusto Barbera. Si v. BARBERA (2008).

nomico-sociale tipica del XXI secolo, cui si è giunti attraverso la vittoria incontrastata di un modello di governance e di business consolidato: quello delle multinazionali. Che, scrivono Giorgio Galli e Mario Caligiuri (GALLI – CALIGIURI, 2020) sono “gli agenti politici più importanti a livello internazionale”, determinati a consolidare le proprie posizioni non per “cupole planetarie” o “complotti globali” ma – potrebbe quasi dirsi, molto più banalmente – per la manifestazione prevalente di interessi coincidenti (che, dunque, più e meno silenziosamente ed inconsapevolmente orientano le politiche globali). Dalla fondazione della Compagnia delle Indie orientali – già citate e notoriamente note come il primo conglomerato di questo tipo – il modello della multinazionale si è fatto strada a suon di successi e crescente ottimizzazione del risultato. Il tutto, indipendentemente dall’estrazione del sistema politico-governativo in cui andava inserendosi: nulla ha potuto il background leninista russo, in cui l’ascesa dell’individualismo economico (FERRARI, 2017) ha portato al compimento della transizione “da contadini ad oligarchi”; né, tantomeno, è riuscito ad infrangere la corsa del modello multinazionale e multicapitalistico il comunismo cinese, anzi: l’ibrido tra comunismo e capitalismo parrebbe aver determinato – al più – la nascita di un *capitalismo di Stato*, accentrato ed autoritario, ma pur sempre modellato sui paradigmi fondanti del profitto. Né possono dimenticarsi le multinazionali del mondo islamico. Dotate di capitali senza paragoni, in un’economia mondiale per cui l’oro nero è ancora il petrolio (quantomeno, in concorrenza con i Big Data)⁴, le élite del mondo islamico hanno compreso il carattere vincente del modello capitalistico occidentale e – forti di un mix di risorse naturali e interventi statali nell’economia – hanno costituito giganti del mondo energetico (vedasi alla voce Saudi Aramco) da 111 miliardi di dollari di utile netto, annuale. Così, *nel mondo capitalistico è l’economia a determinare la politica e nel XXI secolo l’economia è quella del capitalismo globalizzato delle multi-nazionali, l’invenzione istituzionale della stessa economia.*

⁴ Nelle parole di Clive Humby – oltre che del Time – “Data is the new oil. It’s valuable, but if unrefined it cannot really be used. It has to be changed into gas, plastic, chemicals ... to create a valuable entity that drives profitable activity; so must data be broken down, analyzed for it to have value”.

Oggi tutto è misurabile – e misurato – in termini di efficienza economica, con ferree e implacabili formule matematiche e algoritmiche (si parla non a caso di algocrazia), con evidenti influenze sugli scenari geopolitici globali sino al punto da creare prototipi di nuovi costituenti il cui attributo principale è la forza imprenditoriale ed economica. Una società *winners-take-all*, nelle parole di Jacob Hacker, ove le rendite di posizione si moltiplicano con effetti estremizzanti, e la mobilità sociale si abbassa⁵.

Tutto questo ha conseguenze in termini di distorsione del mercato del lavoro, aumento delle disuguaglianze, degradazione della sfera afferente la dignità individuale; ma porta anche – a livello sistemico – ad una inedita carta costituzionale, oggettivizzata nel nuovo establishment, una *global governance* (FERRARESE, 2000) che rischia di assume-

⁵ Nonostante le dottrine che identificano nei commerci internazionali la migliore via di sintesi per la convergenza dei differenti interessi particolari, i più accreditati modelli teorici di promozione degli scambi commerciali – vedasi alla voce Stolper-Samuelson – sembrano rimanere, appunto, unicamente teorici, mentre le disuguaglianze crescono (quantomeno, più veloci di quanto non crescano i benefici che dovrebbero in certa misura compensarle) e le comunità nazionali entrano in pericolosi stati di crisi permanente, sotto spinte disgregative endogene. Nella teoria del libero scambio, su cui le fonti consuetudinarie della legge dei mercati si sono consolidate, lo Stato è – nonostante quello che si possa ritenere – presente. Se è vero, come scriveva Von Hayek, che “il capitalismo teorico legittimato da Smith ci ha salvato più volte dalla ‘dittatura’ dei nazionalismi, dei protezionismi, e dalle demagogie insite nel pensiero populista” (VON HAYEK, 2011), è altrettanto vero che l’istituzione statale conserva, nella dottrina smithiana, un ruolo centrale e non sostituibile. Ne è dimostrazione l’istruzione, che Smith considerava parte determinante delle istituzioni pubbliche e, dunque, di quel nucleo essenziale dei – pochi – compiti dei quali lo Stato non avrebbe potuto né dovuto spogliarsi. Oggi, al contrario, non rimane altro che constatare il superamento del concetto di Nazione come entità pilota. I commerci internazionali, le cui esternalità negative subiscono nello Stato un’amplificazione invece di venire arginate, ne sono la dimostrazione pratica. I Parlamenti arretrano mentre paiono avanzare unicamente i grandi players internazionali, le cui capacità trascendono i concetti ordinari di legge e diritto positivo. E, ove domina la contingenza, la legge dei Parlamenti ha vita difficile, come generalis ogni paradigma ancorato alle categorie tradizionali: in tale scia, i nuovi poteri sfuggono all’incasellamento istituzionale, tanto da potersi dire che “il potere non solo resiste, ma reagisce in forme sempre più efficaci, affinando le tecniche per sfuggire alle regole, ai controlli, ai freni” (CARLASSARE, 1998), mostrando una tendenza assorbente nei confronti della realtà economica, sociale e politica.

re contorni distopici: la Megaditta di Paolo Villaggio, in una versione rivisitata ove il tragico supera il comico, ha ormai esautorato i poteri tradizionali.

Due, quindi, le trasformazioni principali: ai “più” che compongono l'*humus* di ogni ordinamento democratico va sostituendosi la “cerchia dei pochi” (SALAZAR, 2013) (tanto che, con meno ottimismo, non sembrerebbe peregrino chiedersi se l'aristocrazia delle *élites* non abbia – già – deviato la democrazia sui binari dell'oligarchia); mentre il diritto ha assunto le fattezze di un ordine spontaneo caratterizzato da una spiccata capacità di espansione orizzontale (RODOTÀ, 1992). In tempi non sospetti Schmitt profetizzava la “fine dell'epoca della statualità” e la necessità di una “visione complessiva e globale” (SCHMITT, 1972) per la risoluzione dei grandi problemi costituzionali. Se non si avesse il timore di porsi interrogativi troppo grandi, allora, ci si potrebbe chiedere: la democrazia può vivere senza Parlamento?

3. Tra atomismo sociale e acquiescenza verso la postdemocrazia

L'egemonia privatistica contemporanea – si è visto – scompagina le coordinate fondamentali del complesso costruito sul progressivo consolidamento dello status quo restituitoci dal secondo dopoguerra, determinando un'alterazione sistemica capace di intaccare le fondamenta dell'edificio democratico. Ed anzi, oggi è l'idea stessa di democrazia a vacillare, come sembrerebbe dimostrare la proliferazione di formule linguistiche ibride aventi il dichiarato scopo di porsi concettualmente in conflitto con l'idea classica di democrazia, distaccandosene pur senza rinnegarla (*ex multis* e senza alcuna pretesa di esaustività: postdemocrazia; elitismo democratico; democrazia digitale; algocrazia, persino – pur se in termini giornalistico-divulgativi – likecrazia). Complice anche la commistione tra la diffusione dei social network quali nuovi organi di informazione⁶ e il rinnovato successo dei populismi quale

⁶ Scrive D'ALOIA (2019) che “la saldatura tra questi due processi (disintermediazione e radicalizzazione del confronto delle opinioni) può diventare un mix letale per la tenuta dei sistemi democratici, che rischia di trasfigurare la partecipazione dei citta-

modello (solo apparentemente) aggregativo⁷, è anche nella dimensione collettiva (o meglio: nella sua negazione) che si riflette l'essenza del tempo presente, caratterizzato da un individualismo sfrenato, generatore di una radiazione atomistica di fondo che trova – nei nodi delle nuove reti online – un placebo, una socialità fittizia: le grandi “masse” del Novecento, portatrici di interessi di categoria e di un significato sociale radicato, hanno lasciato il campo ad una serie indeterminata ed indistinta di “volti nella folla” (AINIS, 2018), capaci sì di unirsi ma solo temporaneamente, per esigenze contingenti, in maniera effimera e poco più che superficiale. Sono gli “sciame digitali, preda del contagio emotivo, vittime della manipolazione di abili demagoghi” e, soprattutto, specchio di “aggregazioni fugaci” (HAN, 2013), incapaci di sviluppare energie politiche, come evidenziato da Byung-Chul Han e riportato da Palano, il cui lavoro⁸ evidenzia i riflessi di questo superindividualismo mimetizzato sui partiti politici tradizionali.

I partiti appaiono così, innegabilmente, sempre più come scatole vuote, incapaci di mediare il rapporto tra l'elettorato e i Palazzi del potere. Varie le ragioni. Innanzitutto, le formazioni sociali atomistiche si esprimono autonomamente (grazie alle *echo chambers* e ai *social media*) e non – come invece accadeva durante la Prima Repubblica – di una cassa di risonanza istituzionale, tantomeno facente riferimento a un'organizzazione partitica (che, in questo senso, diviene – ove non incapace *tout court* di adempiere al suo compito primigenio – superflua, quantomeno “ridondante”)⁹ (MANCINI, 2008 e REVELLI, 2013).

dini alla vita politica, economica, sociale del Paese, che è lo scopo fondamentale del progetto costituzionale di eguaglianza sostanziale (art. 3, secondo comma, Cost.).”

⁷ Per GRAZIANO (2018), si crea in questi una “relazione antagonistica” tra il popolo – da un lato – e le *élites*, dall'altro.

⁸ PALANO (2020).

⁹ Per REVELLI (2013) in particolare i partiti politici del Novecento sono caratterizzati da una “tendenza intrinseca al gigantismo”, che si sviluppa nella propensione a “incorporare masse di uomini in modo stabile...per sottometterle alla “mano invisibile” dei propri livelli gerarchici e garantirsi l'assoluta prevedibilità di comportamento”. Ne deriva una limitazione della sovranità del partito entro i “vertici di un triangolo a geometria variabile”: tali vertici sono il potere mediatico (“la vera variabile determinante capace di dimensionare, di volta in volta, il perimetro della rappresentanza – riconvertita ormai quasi completamente in rappresentazione – e di assegnare secondo la propria narrativa prerogative e spazi decisionali”); il potere economico-finanziario; e

In secondo luogo, è mutato il substrato collettivo dal quale i partiti, in un modo o nell'altro, attingevano a piene mani, e che poteva contare su una stabile dose di conflitto sociale (cui invece si è oggi sostituita una generalizzata "acquiescenza") (FRASER, 2015).

Quid iuris, dunque? Davanti ad un allontanamento dei partiti dall'orizzonte costituzionale, esistono nella società forze politiche che ne assumono i contenuti esigendone il rispetto e l'attuazione?¹⁰ Come inquadrare l'attuale stato di salute della democrazia? Restringendo il campo agli aspetti prettamente politici ed istituzionali (dunque, tralasciando le forme ibride e stilistiche, su tutte la corporation-crazia di Lowi)¹¹, si può fare riferimento alla terminologia introdotta – non a caso, all'inizio del XXI secolo – da Colin Crouch; per il quale, oggi, "le forme della democrazia rimangono pienamente in vigore", mentre "la politica e i governi cedono progressivamente terreno cadendo in mano alle élite privilegiate, come accadeva tipicamente prima dell'avvento della fase democratica" (CROUCH, 2003): è la *postdemocrazia*, i cui tratti caratteristici risiedono nell'avvento di nuove istituzioni globali e nella sostanziale sparizione di una coscienza sociale di classe. Le nuove istituzioni globali sono le aziende multinazionali ("l'azienda globale", nelle parole di CROUCH), aventi quale primo scopo la massimizzazione del capitale (spesso e volentieri, azionario e delocalizzato)¹², quantome-

infine i "movimenti" (il "nuovo popolo informato, competente ed esigente, che rivendica a sé spazi crescenti di auto-determinazione e seleziona attentamente i livelli della delega", che Ulrich Beck indica come "sub-politica").

¹⁰ Si v. ALGOSTINO (2021).

¹¹ Per LOWI (2009) "oggi siamo nel secondo millennio della corporazione", ove ciò porta a ritenere che "le singole nazioni industrialmente avanzate si trovino di fronte alla corporation-crazia", che l'A. indica come ascesa al rango di forma di governo di una vera e propria "patologia" (*i.e.* il corporativismo, che per l'A. non conosce identità nazionale, patriottismo o lealtà).

¹² Il tema della delocalizzazione viene in realtà affrontato dall'A. in termini piuttosto ambigui. Da un lato si fa riferimento alla circolazione atterritoriale del capitale finanziario (con tutto ciò che comporta in termini di regime fiscale o circa la regolamentazione statutale del rapporto di lavoro subordinato); mentre dall'altro si avverte il lettore di "non esagerare. L'immagine di un capitale completamente deterritorializzato è una distorsione comune" (in particolare, per i costi sommersi, in specie costi di trasferimento, che sarebbero comunque non indifferenti, anche per le grandi multinazionali). In realtà, ad onor del vero, tale secondo aspetto sembrerebbe aver mostrato, in

no in parte), e – soprattutto – caratterizzate da un potere economico-contrattuale che permette loro di trattare con i singoli Stati da pari a pari. Così “privato” diviene sinonimo di “migliore”, verso una riconfigurazione dello Stato in cui *governance* sostituisce *governo*; mentre quest’ultimo ci costringe a registrare nostro malgrado una perdita di attrattiva, sempre più accentuata, da parte di argomenti a favore dell’egualitarismo.

4. *Stato, società della prestazione e homme performatif: c’è ancora spazio per il merito?*

Al prepensionamento dello Stato-nazione e delle forme partitiche (e politiche) tradizionali, si aggiunge infine la crisi della categoria di persona situata. Da un lato si registra l’eccessiva, strabordante, penetrante forza della valorizzazione in termini strettamente economico-monetari di ogni umana attività: quel disconoscimento di ogni ragione non economica¹³ che, elevato a parametro valutativo da parte di un’intera società il cui unico obiettivo è la crescita, conferisce un senso alla persona solo se ed in quanto *homme performatif*, tanto più degno quanto più capace di vestire i panni dell’uomo di prestazione (*Leistungssubjekte*)¹⁴. Dall’altro lato, la società della prestazione (*Leistungsgesellschaft*) alimenta la corsa all’iperproduttività e alla prevaricazione sugli altri¹⁵ (e soprattutto su sé stessi), perpetrando una narrazione meritocratica – vagamente contaminata da un’acritica fiducia

queste ultime due decadi, di essersi notevolmente sfumato, a favore ovviamente del potere decisionale delle aziende medesime (il cui peso specifico è invero cresciuto senza soluzione di continuità, alterando i già sbilanciati equilibri dei primissimi anni 2000 in funzione ulteriormente pregiudizievole per le compagini statuali).

¹³ L’espressione si deve notoriamente ai lavori di Z. Bauman

¹⁴ Sul punto, a livello sistemico e con specifico riferimento alle conseguenze per lo Stato-nazione si vv. tra gli altri DARDOT – LAVAL (2014); nonché CIERVO (2015).

¹⁵ Nota MORRONE (2020) che la forza normativa del fatto economico si spinge in maniera forse irresistibile fino ai contenuti della politica, sempre meno libera, sempre più lontana dal progetto di società prescritto dalla Costituzione, mentre le diseguaglianze sociali assurgono al rango di realtà ineluttabile, “da cui il dovere morale (prima che politico o giuridico) di fronteggiarle”.

nelle politiche di deregolamentazione assoluta – per effetto della quale è credo diffuso che il merito sia l'unico *discrimen* tra successo ed insuccesso e che, anche per tale ragione, coloro i quali non raggiungono posizioni di vertice non siano degni di adeguata valorizzazione e considerazione all'interno del contesto sociale di riferimento (secondo un meccanismo tipico della cultura della vergogna).

Questa narrazione velatamente meritocratica è però, in realtà, falsa (PIKETTY, 2013). In estrema sintesi: oggi chi può vantare, in partenza, maggiori risorse, assume nei confronti degli altri un vantaggio sistemico che difficilmente potrà essere dissipato o, viceversa, neutralizzato (da chi tali risorse non ha). Tra stagnazione economica e aumento delle rendite, l'attuale sistema economico e finanziario è caratterizzato da una spiccata preferenza per a) [chi può] disporre di un cospicuo patrimonio (che oltre un dato limite andrà presumibilmente e ragionevolmente accrescendosi pressoché automaticamente) e b) [chi ha] la fortuna di poter contare su un'eredità (che provenendo dal passato produrrà i propri effetti in futuro, in maniera preponderante rispetto a quanto potrà fare la fatica da lavoro di coloro che tale eredità non hanno); allora quale può essere la prospettiva di sviluppo generazionale? Può aversi mobilità sociale, ricambio alle posizioni di vertice, rinnovamento del capitale umano dirigenziale, se la vita, la carriera professionale, le scelte familiari e personali dei nati a partire dagli anni '80 (PIKETTY, 2013, p. 587) sono ben più influenzate dai patrimoni passati che non dal lavoro?

4.1. *L'assenza di reali possibilità di autorealizzazione individuale è negazione della dignità*

Tutto depone, dunque, per una società nella quale realmente determinanti tendono ad essere le condizioni (patrimoniali) di partenza, e per la quale l'eguaglianza nel godimento dei diritti contrasta con le reali condizioni di vita degli individui.

Delle due, allora, l'una. O, data per dimostrata la noncuranza del libero capitale nei confronti di determinati valori e principi (tra cui l'eguaglianza), si accetta il progressivo allontanamento dai medesimi (pur essendo, questi, posti a fondamento del moderno Stato costituzionale); oppure – diversamente – si agisce per (ri)qualificare gli stessi

quali capisaldi del sistema valoriale contemporaneo. Attualmente, invece, si assiste ad una soluzione intermedia, indesiderabile e profondamente avversa alla centralità della persona. Che, da un lato, vive in una società il cui tratto distintivo è l'assoluto predominio economico, sintetizzato dalla preminente logica del profitto, per inseguire la quale l'individuo si trova moralmente obbligato ad investire ogni propria energia vitale, spremendosi sino a prosciugarsi (e ad andare incontro al c.d. *bornout*) (HAN, 2010). Dall'altro lato, tuttavia, la medesima società (asseritamente) meritocratica rappresenta una realtà che rema in direzione contraria, essendo silenziosamente modellata (o, quantomeno, strutturata) secondo un modello favorevole non alla dedizione ed alla costanza, ma – piuttosto – alle condizioni di partenza.

Quella che per Giovanni Maria Flick era una mera fonte di inquietudine (per guardare alla quale era necessario costruire un ponte tra presente e futuro), diviene una cruda realtà, mentre tempo futuro e tempo presente si confondono (e il lusso di poter porre fiducia in un domani migliore va inevitabilmente perdendosi) (FLICK, 2014). La scomparsa di ogni fattore ipoteticamente utile alla convergenza tra vertice e base della piramide sociale (crescita, reale meritocrazia, concreta mobilità sociale) viene disconosciuta, tentando – probabilmente – un'estrema forma di dissimulazione delle divergenze d'insieme: economiche; di opportunità; di dignità.

Ed allora, se eguaglianza e dignità sono – come invero realmente sono, e non può aversi alcun motivo di dubbio – bilateralmente e biunivocamente connesse, si mostra con disarmante crudità la lesione fondamentale alla dignità prodotta dall'attuale narrazione sistemica: nella quale, come già detto, uno scenario dai connotati fortemente anti-meritocratici promuove senza soluzione di continuità una narrazione volta alla perpetua ripetizione performativa individuale, ingenerando l'imperativo morale dell'inarrestabilità e della continua sfida – *rectius*: competizione – con sé stessi (che, proprio per tale ragione, non potrà mai esser vinta). L'individuo si riduce a (tentare di) correre più veloce della propria ombra, essendo destinato tuttavia a perdere tale battaglia per poi, in ultima istanza, ridursi ad ombra di sé stesso. Ma è una vita effettivamente degna, quella in cui si insegue ciò che non può essere ottenuto? Quella nella quale diviene punto cardinale della quotidianità un lavoro snaturato nel proprio scopo (poiché volto non al progresso

sociale, ma unicamente al consolidamento dell'individualismo)? Quella società, in sostanza, in cui l'incentivazione all'azione e la responsabilizzazione dei singoli – di per sé certamente positive – vanno esacerbandosi sino ad assumere le fattezze di un despota tiranno, la cui unica capacità – anche e soprattutto nel caso in cui il singolo non riesca a raggiungere l'obiettivo di ricchezza personale – è quella di incolpare l'individuo stesso?

Non potendo qui approfondire – per ragioni di brevità – il (possibile) significato costituzionale della dignità, occorre comunque ribadire la necessità della dignità intesa quale parametro di valutazione della concreta situazione particolare della persona, al fine di verificarne lo stato di salute (e, dunque, il grado di sviluppo in riferimento al fine ultimo: l'autorealizzazione individuale). Dignità, in definitiva, come aspirazione ed obiettivo di vita per ciascuna persona calata nella propria realtà, in quella che è “una definizione propriamente ‘sociale’ della dignità che possa sostenere e legittimare diritti umani di persone concrete, in condizioni storiche, politiche e sociali date” (AZZARRITI, 2016).

Proprio perché l'attributo relazionale è, come d'altronde la stessa dignità, di per sé sfornito di “tutele o garanzie che evitino la subordinazione o l'esclusione dei soggetti sociali”, allora “il diritto deve farsele carico, tutelando la loro autonomia” (SCAMARDELLA, 2013). Concretizzando un vero e proprio capovolgimento dei rapporti tra individuo e comunità statale (REPETTO, 2016) tale per cui è quest'ultima a doversi necessariamente far carico della tutela della dignità, agendo attivamente per la promozione della realizzazione individuale.

Il contrario, insomma, di quanto si verifica oggi, in un contesto in cui la rilevanza dell'unicità individuale è andata perdendosi e, ciò che più conta, deformandosi: a tal punto che, nello scenario attuale, la persona si ritrova slegata dalle relazioni umane per la compressione della propria libera determinazione, alla quale si sostituisce un'autonomia decisionale fittizia il cui unico scopo è imporre una continua ricerca della supremazia (sugli altri e su di sé). Domina una sorta di individualismo conforme, risultato della miscela tra competizione, competitività e scientismo. Si perde, si è già persa e si continua a perdere quotidianamente, la dimensione spiccatamente relazionale del vivere comune, a livello sistemico come lavorativo. La deregolamentazione, lungi dall'essere solo un metodo di pratica economica, è divenuta una teoria

giuridico-economica a tal punto che “la generalizzazione della forma ‘impresa’ ha la funzione di demoltiplicare il modello economico, il modello offerta e domanda, il modello investimento-costoprodotto, per farne un modello di rapporti sociali, un modello dell’esistenza stessa, una forma di rapporto dell’individuo con se stesso, con il tempo, con il suo ambiente, il suo avvenire, il gruppo, la famiglia” (FOCAULT, 1979) (e, potrebbe aggiungersi, con le formazioni sociali; proprio quelle ove non a caso il secondo articolo della Costituzione radica l’espressione e la diffusione della personalità individuale).

Ne deriva una duplice violazione del patto sociale.

Da un lato, lo Stato – svuotato dei propri fondamenti valoriali – arretra, rinunciando a contrastare gli “ostacoli di ordine economico e sociale” che naturalmente tendono alla creazione delle diseguaglianze: la perdita di spessore dell’azione pubblica, aumentando le diversità nel corpo cittadino, “consolida le logiche sociali di esclusione che producono sempre più sotto-cittadini’ e non-cittadini” (DARDOT – LAVAL, 2009), nonostante “uno scontro tra finanza globale e persona situata che appare sempre più drammatico e pone problemi di tenuta democratica e di consenso sociale che nessuna classe dirigente, che non voglia suicidarsi, può trascurare impunemente” (LUCIANI, 2000).

Dall’altro lato, ove lo Stato rinunci – anche solo parzialmente – alla propria opera correttiva, abbagliato dalla cieca fiducia nel mercato, allora lì prospereranno – come invero prosperano ora – le estreme diseguaglianze, costituenti il più grande ostacolo al pieno sviluppo della dignità individuale. Così il rinvigorimento delle diseguaglianze produce i suoi concreti effetti disgregativi in due modi: *a)* negando alla dignità la possibilità di divenire il prisma interpretativo del disegno fondante lo Stato e, contemporaneamente, *b)* impedendo alla stessa di ricoprire il proprio naturale ruolo di pungolo per una visione trasformativa del patto di convivenza (che, lo si ripete, dovrebbe tendere quasi per inerzia al miglioramento della condizione individuale).

5. Cercare la soluzione guardando al disegno costituzionale originario

In un mondo a tal punto disordinato da rivelarsi sovente incoerente con sé stesso, per poter arginare e contrastare l’imperante e quoti-

diana mortificazione della dignità umana appare quanto mai essenziale la capacità di mettere in discussione le proprie certezze e le proprie convinzioni – *in primis* concettuali – e gettare le fondamenta per una rivoluzione di pensiero. In questo, si crede, è imprescindibile (ri)partire dalle fondamenta del problema, avviando una ricostruzione della (e dalla) base piramidale. Riformare i rapporti interindividuali, così da poterli avvicinare al nucleo del progetto di promozione sociale. Appare necessario, insomma, ripensare il rapporto tra realtà e disegno costituzionale (ribaltando il dogma per cui la prima sarebbe ineluttabile nelle sue contraddizioni, mentre il secondo utopistico nelle proprie aspirazioni).

Soccorre a tale necessità il dato storico dell'esperienza costituzionale. La stessa Carta fondamentale, invero, fu edificata sul concetto di persona e sull'esaltazione del suo valore, sin dall'inizio posto al centro dell'ordinamento repubblicano. Ripercorrendo i lavori della Costituente (e, in particolare, quelli dedicati agli attuali artt. 2 e 3 della Carta, ndr) (BARONI, 2024), si vedrà come la sua “nota caratteristica e dominante” sia stata l'assoluta convergenza delle idee verso la promozione di un'impalcatura pensata, progettata e costruita per la persona umana (*rectius*: per lo sviluppo dignitoso della persona umana)¹⁶.

Non solo: se è vero che una delle travi portanti della struttura costituzionale è la centralità della persona, tornando sui lavori della Costituente emerge chiaramente come la persona al centro del disegno della Carta sia l'individuo che “non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme”, capace di aggregarsi e, anzi, di svilupparsi negli aggregati sociali.

Diviene allora anche inverosimile pensare che dalla competizione priva di ogni limitazione possano nascere e proliferare spontaneamente ordini policentrici basati sul mercato: la cui sopravvivenza sul lungo termine diviene insostenibile per effetto del deficit comunitario che, in buona sostanza, si ha nella piena sovrapposizione tra *homo dignus* e *homo oeconomicus*. Tale assunto altro non è se non la dimostrazione pratica del ruolo – determinante – che deve riconoscersi al contesto

¹⁶ “L'uomo, dico l'uomo, ha agito da criterio uniformatore e da principio coordinatore” delle differenti estrazioni politiche e ideologiche presenti in Assemblea. Così Tupini durante i lavori della Prima Sottocommissione in Assemblea costituente.

concreto all'interno del quale la figura individuale deve cercare di svilupparsi o, quantomeno, di esprimersi: da qui la naturale conclusione per cui il concetto di dignità "può essere compreso solo attraverso la rete concreta dei riferimenti sociali e culturali in cui ciascun soggetto è inserito e attraverso cui realizza la sua umanità" (SCAMARDELLA, 2013). Tale e tanto grande è il compito affidatoci dai costituenti: rovesciando la prospettiva sette-ottocentesca, si vuole benevolmente imporre alla costituenda società una visione del mondo giuridico (ma anche economico e sociale) in cui la persona umana non è e non può essere confinata in un concetto astratto e privo di riverberi pratici; stante il riferimento esplicito, orgogliosamente dichiarato con lungimiranza, verso una concezione di uomo tale per cui il destinatario del framework regolatorio è "una persona che storicamente si costruisce, che esiste, vive, lotta, opera, soffre, ama, odia, crede": la figura è quella de "l'uomo contemporaneo" il quale, rispetto al suo simile del passato, ha acquistato coscienza e sentimento della sua vita elementare ed empirica come valore...una sua intuizione del mondo della vita quotidiana, (che cerca) di dominare con il suo pensiero e la sua volontà. È in buona sostanza l'uomo che "non trovando la realtà o il mondo contemporaneo conforme alla sua intuizione, non ha accettato e non accetta il mondo e l'assetto sociale esistente e pretende di modificarlo" secondo il suo pensiero, e di "prendere il suo pensiero come la norma alla quale il suo mondo deve corrispondere" (CAPOGRASSI, 1953).

È, in definitiva, l'uomo che ha bisogno di risolvere gli endemici, stridenti, assordanti e dolorosi problemi nelle cui pieghe si trovano intrappolate le nostre attuali società.

6. *Pro futuro*: capabilities approach....

L'alternativa principale ad un modello sociale – come quello attuale – incentrato sulla crescita (economica e di posizione) riposa sulla capacità dello Stato di creare un *substratum* giuridico-economico-sociale che sia concretamente finalizzato a permettere alle persone di sviluppare le proprie attitudini, permettendo loro di conservare una certa dose di fiducia nella realizzabilità del progetto di vita personale che è necessariamente parte di ognuno. Il "paradigma dello sviluppo

umano” implica che “un assetto sociale o una determinata politica pubblica sono tanto migliori quanto più consentono agli individui di avere maggiori capacità di conseguire funzionamenti di valore”: così l’approccio della capacità – per Amartya Sen – “è fondamentalmente attento all’identificazione degli oggetti di valore e concepisce lo spazio di valutazione in termini di funzionamenti e di capacità di funzionare” (SEN, 1994, MAGNI, 2006). Nell’approccio delle capacità, che si atteggia manifestamente quale teoria spiccatamente consequenzialista (MAGNI, 2006), appare di estrema importanza la possibilità concreta offerta ad ognuno affinché questi possa, nel corso della propria esistenza, esprimersi al meglio della propria personalità ed estrazione.

Creare una condizione esistenziale in cui l’individuo possa essere realmente padrone del proprio destino rappresenta il primo imperativo dello Stato socialdemocratico, che solo permettendo ai propri cittadini di scoprire – ed eventualmente non sprecare – il proprio talento rispetta la volontà costituzionale d’inveramento del principio personalista nella sua accezione relazionale, calata nella realtà giuridico-economica di riferimento. Non solo, dunque, *chancengleichheit*, quanto anche (e di più) quell’istituzionale miglioramento per tutti i cittadini (VACCARINI, 1984) che è rappresentato da una sfumatura (*lebenchance*) parzialmente differente: miglioramento delle opportunità lavorative e della possibilità di gestire autonomamente la propria sfera di priorità e di interessi (tra cui istruzione e tempo libero, lavoro e famiglia), per far risaltare la *capacità di ciascuno di fare le cose alle quali assegna con ragione un valore*.

6.1. ... e valorizzazione della persona umana in quanto tale

Non tutti, però, desiderano raggiungere il successo (come tradizionalmente inteso: ricchezza e riconoscimento sociale), né tutti ambiscono a elevare la propria condizione. Né tutti coloro che lo desiderano ci riescono, naturalmente. *Quid iuris*, allora? Come trattare quelle situazioni in cui rimuovere gli ostacoli o, addirittura, orientare l’attività statuale verso la realizzazione di un “approccio delle capacità” non sembra poter essere la soluzione?

Una buona società non può essere fondata unicamente sulla “promessa di una fuga” (SANDEL, 2020), e deve invece garantire attivamente *altro*. Dove tale altro è la possibilità per tutti di *fiorire (lì) dove si*

trovano, venendo comunque egualmente considerati come titolari di una esistenza degna di essere vissuta (NUSSBAUM, 2011), indipendentemente dal – *rectius*: soprattutto in caso di – mancato raggiungimento (nulla importa se volontariamente o meno) di una posizione di vertice nella scala economica e sociale. In una eguaglianza di condizione che permetta a quanti non ottengono grandi ricchezze o posizioni di prestigio di vivere una vita decente e dignitosa, sviluppando ed esercitando le proprie capacità.

La capacità di mettere a frutto le proprie opportunità, le proprie *chances*, è il primo obiettivo cui deve tendere l'attività statale in funzione di oggettivo miglioramento delle condizioni materiali di vita di ognuno (in termini di istruzione come in termini salariali, lavorativi e occupazionali, di consapevolezza politica, partecipazione, ovvero in termini culturali); ma – se da solo considerato – un tale obiettivo rischia di innamorarsi di sé stesso e su sé stesso aggrovigliersi, dimenticando che tutti gli individui sono e debbono essere riconosciuti tra loro come egualmente degni a priori, a nulla rilevando la condizione (di partenza, di percorso, di arrivo; economica, sociale, lavorativa), entro la quale quegli stessi individui devono anzi poter, appunto, fiorire. Tanto più in un contesto – come quello presente – in cui la complessità sistemica, l'imprevedibilità del futuro, l'inattendibilità e comunque la precarietà delle previsioni rendono ben possibile non riuscire, nel corso della vita, a realizzare il proprio progetto di carriera, di famiglia, di relazioni: e questo non può, tuttavia, essere sintomo di mancanze individuali. Così “nel progetto costituzionale chi non diverrà classe dirigente non sarà messo ai margini della società, perché la consapevolezza delle proprie attitudini condurrà ciascuno a migliorare se non la propria condizione sociale, il modo di vivere la propria condizione sociale” (CAVINO, 2013).

7. Conclusioni

La postmodernità ci ha consegnato un mondo profondamente differente da quello che diede origine alle attuali Costituzioni, la cui visione prospettica rischia oggi di apparire miope e incapace di governare la complessità del contemporaneo.

L'emersione di nuovi attori privati, la cui posizione si colloca ormai oltre il potere pubblico, determinata anche dal successo di un determinato modello economico-aggregativo (quello della multinazionale) ha assunto dimensioni tali che ogni ordinamento ne viene penetrato e permeato (in occidente come in oriente, nelle democrazie liberali come nella Cina comunista o nei paesi arabi): ne deriva il superamento della sovranità statale sotto molteplici forme e si disvelano, così, le tendenze costituzionali di tali soggetti, i cui interessi convergono verso una forza normativa del fatto inedita e quasi prepotente, per effetto della quale al governo istituzionale va sostituendosi la governance economica globale.

Dal precario stato di salute in cui versano le democrazie ne esce danneggiato il sistema partitico tradizionale, inidoneo – *rebus sic stantibus* – ad intercettare la collettività e dunque a fungere da mediatore tra governanti e governati: ne deriva uno stato in cui “le forme della democrazia rimangono pienamente in vigore” venendo allo stesso tempo depauperate dall'interno, come testimoniato dal progressivo sgretolamento degli istituti partecipativi (dai quali l'inveramento del disegno costituzionale di promozione sociale non può, suo malgrado, prescindere).

Infine, è nel bilanciamento tra vita umana e ordine economico che l'attuale contesto sistemico produce aporie incompatibili con l'architettura costituzionale. La frattura tra narrazione e realtà è evidente e dirompente, e rende obbligata una fondamentale presa di coscienza: il modello sociale che sostituisce all'*homme situé* l'*homme performatif* non ha altro effetto se non quello di condannare quest'ultimo ad un fine pena mai, esortandolo alla ricerca di una realizzazione individuale sostanzialmente irraggiungibile e – dunque – inverosimile; svilendone – *eodem tempore* – la dignità di persona. Si colloca, qui, la violazione senza soluzione di continuità del patto sociale: tra cittadini e Stato (che abdica al proprio dovere di costruire una società più giusta) nonché tra gli individui medesimi (che dimenticano i fondamentali del sinalgma solidaristico).

Eppure, l'osservazione dei lavori costituenti ci restituisce un dato tanto chiaro quanto, in tal senso, confortante: la pietra fondamentale dell'ordinamento repubblicano è stata *ab initio* l'individuo, inteso nella molteplicità delle proprie espressioni. L'umano, come essere non

meramente monodimensionale bensì – al contrario – capace di empatia, desideroso di relazioni, bisognoso di realizzarsi e di realizzare la propria umanità; nel rispetto dell'intima dignità che ne contraddistingue la figura.

Riferimenti bibliografici

- Ainis, M. (2018). *Il regno dell'uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*. La nave di Teseo. Milano.
- Algotino, A. (2021). Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti. *Costituzionalismo.it*, 1.
- Azzariti, G. (2016). *Contro il revisionismo costituzionale*. Laterza. Roma-Bari.
- Baldassarre, A. (2002). *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza. Roma-Bari.
- Barbera, A. (2008). Intorno alla prassi, in Barbera, A. – Giupponi, T. F. (2008), *La prassi degli organi costituzionali*. Bononia University Press. Bologna.
- Baroni, M. (2024). *Costituzione polemica. Orientarsi nello stato di crisi permanente per riscoprire la dignità e l'autorealizzazione individuale*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Camerlengo, Q. (2013). *Costituzione e promozione sociale*. il Mulino. Bologna.
- Capograssi, G. (1953). *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, V.
- Carlassarre, L. (1998). *Le trasformazioni del diritto costituzionale*, in *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997, Carlassarre, L. (a cura di). CEDAM. Padova.
- Caruso, C. (2022). *Maggioranza* (voce), in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press.
- Cassese, S. (2020). *Una volta il futuro era migliore. Lezioni per invertire la rotta*. Solferino. Milano.
- Cavino, M. (2013). *Il lavoro politico come fondamento della Repubblica*, in M. Cavino, I. Massa Pinto (a cura di), *Costituzione e lavoro oggi*. il Mulino. Bologna.
- Crouch, C. (2003). *Postdemocrazia*. Laterza. Roma-Bari.
- D'Aloia, A. (2019). *Il diritto verso il mondo nuovo. Le sfide dell'Intelligenza*

- Artificiale. *BioLaw Journal*, 1.
- Dardot, P. – Laval, C. (2009). *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*. La Découverte. Paris (trad. it. con prefazione di Napoli P., *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Deriveapprodi, Roma, 2013).
- Dardot, P. – Laval, C. (2014). *Commun. Essai sur la révolution au XXI siècle*. La Découverte, Paris, (trad. it. con prefazione di Rodotà, S. *Del Comune o della Rivoluzione nel XXI secolo*, Deriveapprodi, Roma).
- Ferrarese, M. R. (2000). *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. il Mulino. Bologna.
- Ferrarese, M. R. (2010). *La governance tra politica e diritto*. il Mulino. Bologna.
- Ferrari, L. (2017). *L'ascesa dell'individualismo economico*. Art&Coop. Alessandria.
- Flick, G. M. (2014). Elogio della dignità (se non ora quando?). *Politica del Diritto*, 4.
- Foucault, M. (1979). *Naissance de la biopolitique: Cours au collège de France*. Hautes Études, Ehes Gallimard Seuil.
- Fraser, S. (2015). *The Age of Acquiescence. The Life and Death of American Resistance to Organized Wealth and Power*, Little, Brown and Company, Boston.
- Galli, G. – Caligiuri, M. (2020). *Il potere che sta conquistando il mondo. Le multinazionali dei Paesi senza democrazia*. Rubettino. Soveria Mannelli.
- Graziano, P. (2018). *Neopopulismi. Perché sono destinati a durare*. il Mulino. Bologna.
- Han, B.-C. (2013). *Nello sciame. Visioni del digitale*. Nottetempo. Roma.
- Han, B.-C. (2020). *La società della stanchezza*. Nottetempo. Milano (I ed. 2012; tit. or. *Mü digkeitsgesellschaft*, Matthes & Seitz, Berlin, 2010).
- Lowi, T. J. (2009). La globalizzazione, la guerra e il declino dello Stato. *Riv. It. Sc. Pol.*, 1.
- Luciani, M. (2000). *Diritti sociali e integrazione europea*, in AIC, *La Costituzione europea*, Atti del XIV Convegno annuale, Perugia 7-8-9 ottobre 1999. CEDAM. Padova.
- Magni, S. F. (2006). *Etica delle capacità. La filosofia pratica di Sen e Nussbaum*. il Mulino. Bologna.
- Mancini, P. (2016). *Il post partito*. il Mulino. Bologna.
- Monti, M (2019). Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà

- d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale. *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 1.
- Morrone, A. (2020). Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti. *Riv. del Dir. della Sic. Soc.*, 4.
- Nedelsky, J. (2011). *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*. Oxford University Press, NY.
- Nussbaum, M. C. (2011). *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*. il Mulino. Bologna.
- Palano, D. (2020). *Bubble democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*. Scholè – Editrice Morcelliana. Brescia.
- Piketty, T. (2018). *Il capitale nel XXI secolo*, Bompiani, Firenze, 2018 (ed. or. *Le Capital au XXIe siècle*, Éditions du Seuil, Paris, 2013).
- Repetto, G. (2016). *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Diritto pubblico*, 1.
- Revelli, M. (2013). *Finale di partito*. Einaudi. Torino.
- Rodotà, S. (2009). *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto* (edizione ampliata). Feltrinelli. Milano, (ed. or. Feltrinelli, Milano, 1992).
- Salazar, C. (2013). Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC. *Rivista AIC*, 4.
- Sandel, M. J. (2020). *La tirannia del merito. Perché viviamo in una società di vincitori e di perdenti*. Feltrinelli, Milano.
- Scamardella, F. (2013). La dimensione relazionale come fondamento della dignità umana. *Riv. fil. dir.* il Mulino. Bologna, 2.
- Schmitt, C. (1972) *Il concetto di 'politico'*, in *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Miglio G. – Schiera P. (a cura di). il Mulino. Bologna.
- Sen, A. (1994). *Inequality Reexamined*, trad. it., *La diseguaglianza. Un riesame critico*. il Mulino. Bologna.
- Vaccarini, I. (1984). *La parabola delle teorie sociologiche*, in *Studi di Sociologia*, Anno 22, 3/1984, Vita e Pensiero. Università Cattolica del Sacro Cuore. Milano.
- Venanzoni, A. (2020). Cyber-costituzionalismo: la società digitale tra silicolonizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali. *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1.
- Von Hayek, F. (2011). *Verso la schiavitù. Pianificazione e democrazia, sicurezza e libertà, la fine della verità*. Rubettino. Soveria Mannelli.

Marco Camilleri

GIUSTA IMPOSIZIONE TRA PRINCIPI DI SOLIDARIETÀ, UGUAGLIANZA E VULNERABILITÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La matrice solidaristica del dovere tributario. – 3. Il principio di eguaglianza quale limite assoluto all'imposizione. – 4. Conclusioni: La vulnerabilità dell'attuale sistema fiscale nazionale.

1. *Introduzione*

Il presente contributo si propone di esaminare e approfondire il principio di vulnerabilità che sembra, ad oggi, caratterizzare il sistema tributario italiano, partendo dall'analisi dei temi costituzionalmente garantiti della solidarietà e dell'uguaglianza all'interno del sistema stesso. Il primario e più generale fondamento giuridico dell'imposizione tributaria, nonché vero e proprio pilastro su cui la Repubblica Italiana poggia, è costituito dall'art. 53 della Costituzione (FALSITTA, 2009) che, al primo comma, così stabilisce: «*Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva*». Uno dei doveri "tassativi" di solidarietà politica, economica e sociale, è quello di concorrere alle spese pubbliche e l'adempimento di tale dovere è direttamente riconducibile all'art. 2 della Costituzione (DE MITA, 2002; FALSITTA, 2013; MOSCHETTI, 2010; UCKMAR, 1959). Ebbene, posto che il concorso alle spese pubbliche sia espressione di solidarietà (economica e sociale), ciò esclude, consequenzialmente, che la misura di partecipazione a questo concorso si possa definire in termini commutativi (BORIA, 2006). In altre parole, il dovere del singolo di concorrere alle spese pubbliche, così come delineato nella Costituzione, non dipende in senso corrispettivo dalla qualità e quantità dei servizi o vantaggi che costui riceve dallo Stato (BEGHIN, 2013; FRANSONI, 2004). Anche al secondo comma dell'art. 53 emerge il medesimo carattere solidaristico che la Costituzione ha impresso al dovere di concorrere alle spese pubbliche ove tale comma recita testualmente che "Il sistema tributario è informato a criteri di progressività". In tal senso si ribadisce una finalità solidaristica e redistributiva, dal momento che la progressività cui

il sistema tributario deve tendere, implica una ripartizione della contribuzione alle spese pubbliche più che proporzionale rispetto alla dimensione della ricchezza. La parola «tutti» (sono tenuti), implica in sé la generica universalità con la quale l'art. 53 sancisce il concorso alle spese pubbliche, intendendo una vocazione di tale dovere idealmente e coattivamente estesa ad ogni soggetto cui è ragionevolmente riferibile l'esistenza dello Stato e la sua sovranità. Ecco, dunque, che il termine “tutti”, utilizzato dalla norma nel descrivere la portata soggettiva del principio, pone in evidenza come il principio proprio della normativa tributaria discenda da quello più ampio dell'eguaglianza previsto dall'art 3 Cost. “In tal modo la previsione costituzionale, innovando rispetto a quella contenuta nello Statuto Albertino, individua un'ampia portata del principio della capacità contributiva e, implicitamente, del dovere tributario e del suo limite fondamentale, estendendolo anche a soggetti non stabilmente legati allo Stato, ma pur tuttavia titolari di espressioni di forza economica idonee a consentirne il concorso alle spese pubbliche” (TINELLI, 2016). Se questo corrisponde al vero, l'affermazione in termini ampi e solidaristici del dovere di concorrere alle spese pubbliche, esprime il primario e fondante profilo della nozione di tributo. Acclarato l'imprescindibile tratto solidaristico, è evidente che l'art. 53 vada oltre gli aspetti strettamente economici, per divenire parametro costituzionale di un riparto delle spese pubbliche tra i consociati, equo e ragionevole. In una così moderna accezione della capacità contributiva non è escluso che possa assumere rilievo anche una sorta di oggettiva «meritevolezza sociale» [ad es. chi inquina paga (più imposte), ovvero chi produce «innovando» paga meno imposte], non più meramente limitata alla tutela della persona (come avvenuto in passato, ad esempio per affermare l'intassabilità del minimo vitale), purché razionalmente valutabile in termini economici «concreti». “La ragionevolezza dell'imposizione, da apprezzare anche in termini di razionalità ed accettabilità socio-economica, diviene quindi il tratto generale e flessibile della capacità contributiva ex art. 53 Cost. e la violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., il vero limite assoluto dell'imposizione (ad es. è tuttora da ritenere sicuramente incostituzionale un tributo che discrimini in base al sesso ovvero alla religione)” (FIORENTINO, 2019). Dall'art 53 Cost., combinato con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), discende, quindi, il principio di eguaglianza tributaria (LA ROSA, 1968; GALLO, 2012; SCHIAVOLIN, 2011; MELIS, 2023), in base al quale “a situazione eguali

devono corrispondere uguali regimi impositivi e, correlativamente, a situazioni diverse un trattamento tributario disuguale”. Sono dunque costituzionali le norme che non prevedono parità di trattamento tra fatti che esprimono pari capacità contributiva, o che dispongono pari trattamento fiscale tra fatti che sono espressione di diversa capacità contributiva. In tal modo il principio di capacità contributiva integra il principio di uguaglianza, in quanto esprime il criterio con cui valutare, in materia tributaria, se due situazioni meritano o no parità di trattamento (PALADIN, 1997). Dunque, il principio di eguaglianza, imponendo al legislatore di trattare in modo eguale le situazioni che esso mostra di considerare uguali, esige che la legge non detti discipline contraddittorie: esige, cioè, coerenza interna alla legge tributaria (TESAURO, 2019). Dopo aver affrontato i temi costituzionalmente garantiti della solidarietà e dell’uguaglianza all’interno del sistema tributario, possiamo definire quest’ultimo un sistema vulnerabile, basato, quindi, anche sul principio della vulnerabilità, in quanto non corrisponde alle esigenze di sviluppo economico e sociale del Paese. La pressione fiscale, uno dei maggiori indicatori di politica economica che misurano il sacrificio imposto dallo Stato alla collettività, risulta tra i più elevati del mondo. Il problema di fondo è che i provvedimenti legislativi di riferimento sono privi di una visione complessiva rivolta a una seria politica economica di sviluppo ma servono esclusivamente a far fronte ad esigenze di cassa imposta dall’emergenza e dagli impulsi derivanti dalla partecipazione dell’Italia agli obblighi unionali, il tutto a svantaggio delle classi meno abbienti che subiscono, più dei ricchi, il peso dell’eccessiva pressione fiscale. La vulnerabilità del sistema tributario, quindi, si pone in netta antitesi con i principi di solidarietà e uguaglianza che sono i principi ai quali dovrebbe mirare il sistema tributario secondo i dettami della nostra Costituzione.

2. La matrice solidaristica del dovere tributario

Il principio cardine dell’intero sistema tributario è contenuto nell’art. 53 Cost., laddove la norma recita testualmente che: *“Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva”*. Il principio di capacità contributiva contenuto in tale norma individua il necessario collegamento tra prelievo tributario e finanziamento delle spese

pubbliche, rimarcando il fondamentale ruolo svolto dai tributi, ovvero garantire le risorse per lo svolgimento delle attività dello Stato e degli altri enti territoriali. Per tale motivo il concorso da parte della collettività è espresso in termini di doverosità. L'interesse generale dello Stato alla percezione dei tributi è considerato un valore fondamentale per la collettività, definito "interesse fiscale" dalla giurisprudenza costituzionale (Corte Cost. n. 155/2001, n. 164/1975). Uno dei doveri "tassativi" di solidarietà politica, economica e sociale, è quello di concorrere alle spese pubbliche e l'adempimento di tale dovere è direttamente riconducibile all'art. 2 della Costituzione (DE MITA, 2002; FALSITTA, 2013; MOSCHETTI, 2010; UCKMAR, 1959). Il principio contenuto nell'art. 53 Cost., quindi, stabilisce il criterio in base al quale le spese pubbliche devono esser ripartite tra i singoli: il carico fiscale deve esser determinato in ragione della capacità contributiva di ognuno. La capacità contributiva è assunta dalla norma costituzionale quale causa giustificatrice del prelievo tributario, nonché regola di determinazione dell'*an* e del *quantum* del tributo. Nel delineare una situazione di doverosità del concorso alle spese pubbliche legata ad una dimensione causale data dall'apprezzamento di una generale forza economica del consociato, l'art. 53, comma 1, Cost. esprime una chiara componente solidaristica le cui fondamenta sono da individuarsi nell'art 2 Cost. L'attuazione dell'obbligo tributario risulta essere adempimento di "doveri inderogabili" di solidarietà "economica e sociale", essendo strutturato per comportare un maggior sacrificio economico in capo a coloro che manifestano una maggiore forza economica. Con specifico riferimento alle attività e prestazioni riconducibili al concetto di *Welfare State*, l'accoglimento di un simile criterio di riparto consente (almeno in teoria) l'erogazione dei servizi parametrata agli effettivi bisogni dei singoli, indipendentemente da una logica di stretto beneficio e, quindi di pura sostenibilità individuale della spesa. Il principio di solidarietà economica e sociale è poi ulteriormente rafforzato dal principio di progressività che ritroviamo nell'art. 53 Cost. comma 2, idoneo a determinare effetti (più o meno rilevanti) di redistribuzione della ricchezza. In definitiva mediante il principio di capacità contributiva, la Costituzione pone un vincolo di tipo sostanziale. Il prelievo tributario è legittimo esclusivamente se il soggetto manifesta una forza economica e solo entro i limiti quantitativi espressi dalla stessa. Solo rispettati tali vincoli, si può parlare di giusta imposizione.

3. Il principio di uguaglianza quale limite assoluto all'imposizione

Acclarato l'imprescindibile tratto solidaristico, è evidente che l'art. 53 vada oltre gli aspetti strettamente economici, per divenire parametro costituzionale di un riparto delle spese pubbliche tra i consociati, equo e ragionevole. In una così moderna accezione della capacità contributiva non è escluso che possa assumere rilievo anche una sorta di oggettiva «meritevolezza sociale» [ad es. chi inquina paga (più imposte), ovvero chi produce «innovando» paga meno imposte], non più meramente limitata alla tutela della persona (come avvenuto in passato, ad esempio per affermare l'intassabilità del minimo vitale), purché razionalmente valutabile in termini economici «concreti». «La ragionevolezza dell'imposizione, da apprezzare anche in termini di razionalità ed accettabilità socio-economica, diviene quindi il tratto generale e flessibile della capacità contributiva ex art. 53 Cost. e la violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., il vero limite assoluto dell'imposizione (ad es. è tuttora da ritenere sicuramente incostituzionale un tributo che discrimini in base al sesso ovvero alla religione)” (FIORENTINO, 2019). Dall'art 53 Cost., combinato con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), discende, quindi, il principio di uguaglianza tributaria (LA ROSA, 1968; GALLO, 2012; SCHIAVOLIN, 2011; MELIS, 2023), in base al quale “a situazione eguali devono corrispondere uguali regimi impositivi e, correlativamente, a situazioni diverse un trattamento tributario disuguale”.

Nel momento in cui il legislatore individua determinati fatti-indice aventi valenza economica intorno ai quali costruire la fattispecie normativa del tributo, la previsione di disposizioni o regimi diversificati non può esser lasciata alla mera discrezionalità legislativa, che sfocerebbe in una arbitraria discriminazione non in linea con l'art 53 Cost. (Corte Cost. n. 111/1997). L'introduzione di trattamenti fiscali differenziati diviene legittima costituzionalmente solo quando si presenti come ragionevole, giustificata, non arbitraria o sproporzionata, in base ad un giudizio condotto ai sensi degli artt. 3 e 53 Cost., oltre a doversi rispettare i principi e le disposizioni del diritto unionale. Dal principio dell'uguaglianza inteso come divieto di trattare in misura uguale situazioni sostanzialmente differenti, e differentemente situazioni sostanzialmente simili, discende un'imprescindibile esigenza di coerenza delle classificazioni ope-

rate dalla legge, la qual cosa impone l'impiego di criteri discriminatori appropriati, in termini di rispondenza alle specifiche esigenze di ogni settore disciplinare, in base ai quali poter procedere a classificare in termini di similitudine e dissimilitudine le mutevoli situazioni reali ("Poiché mai una situazione é uguale all'altra sotto ogni aspetto, il problema è quello della loro somiglianza, ossia della loro coincidenza per uno o più aspetti ritenuti essenziali. Uguaglianza non significa in nessun modo identità, ma somiglianza o analogia". (...) "Solo riscontrandosi delle situazioni che si assomigliano in alcuni punti di contatto fondamentali tanto da poter essere assimilate si può porre un problema di giustizia e quindi di parità di trattamento tributario. E viceversa, quando i profili di diversità tra le situazioni raffrontate sono tanto rilevanti da poter essere differenziate, giustizia vuole che la disciplina tributaria si conformi all'uguaglianza trattando difformemente quelle situazioni proprio in ragione della loro diversità" (INGROSSO, 1990). Siffatto criterio dovrà ineluttabilmente rispondere agli ideali di giustizia che si agitano nella società, in un determinato luogo ed in un particolare tempo, dimodoché siano assicurate, pur nell'inevitabile astrattezza tipica della disciplina legale, le necessarie condizioni affinché si persegua il fondamentale valore della giustizia distributiva di cui l'eguaglianza fornisce la rappresentazione più diretta e concreta.

Se dunque la scelta del criterio maggiormente adeguato varia in ragione delle particolari esigenze e finalità avvertite da parte di ogni specifico settore in cui risulta idealmente suddiviso l'ordinamento, il parametro da impiegare con riferimento alla materia tributaria non può non riconnettersi a fenomeni concernenti la capacità del singolo a fornire la prestazione imposta, la quale consiste nell'attitudine economica, a vario modo palesata dall'individuo, a disfarsi di parte delle sue personali ricchezze al fine di porle a disposizione della collettività (GIOVANNINI, 2012). Tale parametro trova dunque rispondenza in considerazioni di ordine logico-sistematico, nel senso che la sua adozione soddisfa l'esigenza di garantire che la chiamata solidaristica a contribuire alle pubbliche spese venga a fondarsi sulla presenza di indici rivelatori di ricchezza, i quali forniscono un parametro particolarmente adeguato attraverso il quale perseguire il valore fondamentale dell'eguaglianza nei rapporti tributari (DE MITA, 1995).

A tal proposito corre l'obbligo di puntualizzare come la capacità contributiva, pur risolvendosi in un concetto poggiante sulla capacità economica del soggetto, non si conformi perfettamente ad essa poiché non solo

tutta la capacità economica di un individuo non concorre necessariamente a fornire manifestazioni della sua capacità contributiva (a tal proposito può richiamarsi il concetto di “minimo vitale”, configurante una capacità economica minima appena sufficiente ad assicurare la sopravvivenza dell'individuo la quale, ragionevolmente, non é in grado di esprimere alcuna capacità contributiva (MOSCHETTI, 1973); ma anche, e di converso, le distinte manifestazioni di capacità contributiva di un individuo non dipendono esclusivamente dalla capacità economica di costui. Ne consegue che l'attitudine economica dimostrata da ciascuno non può, isolatamente assunta, giustificare l'uguale o differente trattamento tributario, ciò in quanto ulteriori valori intervengono ad affiancare il fattore di ordine economico nella determinazione di un parametro discriminatorio operante nella materia tributaria.

Di un certo rilievo sono le conseguenze che la ricostruzione sin qui fornita produce in punto di sindacato sul rispetto del principio di eguaglianza demandato alla Corte costituzionale. Ed infatti, nel momento in cui si attribuisce alla capacità contributiva una sua ben definita portata, preesistente alle statuizioni legali, a questa dovrà giocoforza farsi riferimento per sindacare il prodotto della potestà normativa esercitata dal legislatore sul piano del rispetto del generale principio dell'eguaglianza di trattamento impositivo dei singoli consociati. Tale soluzione impone dunque la presenza di margini molto ristretti di discrezionalità riferibili all'operato del legislatore il quale, nel valutare la capacità contributiva espressa dalle diverse situazioni di fatto, non potrà, se non marginalmente, discostare le sue statuizioni positive dai contenuti precettivi racchiusi dal suddetto principio¹.

Del tutto differente è invece la posizione di coloro i quali muovono dalla considerazione, sostenuta in questa sede, che la capacità contributiva non rinvienga nella Carta costituzionale una puntuale definizione dei suoi contenuti, ciò in quanto la sua enunciazione, da parte dell'articolo 53 Cost., non fornisce alcuna specificazione del suddetto principio, bensì si limita a collocare nella relazione funzionale innanzi descritta quel particolare parametro di giustizia la cui definizione, si è

¹ Sulla distinzione tra un giudizio di eguaglianza svolto attraverso il canone della ragionevolezza, ovvero attraverso un più puntuale “principio costituzionale di giustizia fiscale” si veda PALADIN, (1997) e si veda anche LA ROSA, (1968).

già avuto modo di sottolineare, scaturisce dalla considerazione delle peculiari finalità connesse alla disciplina tributaria. Propendendo per tale seconda soluzione interpretativa, l'unica indicazione incontestabile, scaturente dalla natura e finalità della disciplina tributaria, è quella che impone l'ancoramento delle scelte legislative a situazioni, economicamente rilevanti, capaci di esprimere una certa attitudine a sopportare l'incidenza del tributo da parte del soggetto passivo (GAFFURI, 1969).

In definitiva, tale soluzione apre ad una prospettiva di maggior libertà riconosciuta al legislatore il quale, in punto di individuazione delle situazioni di fatto manifestative di capacità contributiva, beneficia di spazi ben più ampi di discrezionalità. Tali scelte risultano sindacabili dall'esterno solo attraverso il principio dell'eguaglianza statuito all'articolo 3 Cost., il quale si risolve in ultima analisi nell'esigenza di coerenza e ragionevolezza in sede di individuazione dei presupposti impositivi. Il sindacato condotto sulla scelta del parametro di valutazione dell'uguaglianza o disuguaglianza delle vicende soggettive non può spingersi sino al punto di accedere a valutazioni che, in virtù del loro carattere squisitamente politico, sono esclusivamente riservate al legislatore ordinario, purtuttavia queste stesse determinazioni legislative non possono sottrarsi al controllo della ricorrenza di "... quel minimum di razionalità necessaria a dare fondamento a tali scelte, mancando la quale esse appaiono vere e proprie discriminazioni". Ulteriormente specificando quest'ultimo fondamentale aspetto, nella materia tributaria lo svolgimento della funzione legislativa non rinviene, per quanto attiene l'individuazione e l'apprezzamento di determinate situazioni di fatto da assumere quali presupposti delle differenti forme di imposizione, particolari restringimenti in virtù di quanto disposto al primo comma dell'articolo 53 Cost., al punto da poter configurare, quest'ultima, come un'attività vincolata. La scelta legislativa della forma di ricchezza soggettiva da incidere con il tributo resta una funzione caratterizzata da una sostanziale condizione di libertà la quale, tuttavia, rinviene un limite al suo libero esplicarsi nella clausola generale della "ragionevolezza", concettualmente sviluppata dalla Corte Costituzionale muovendo dal principio espresso dell'eguaglianza, per la verifica della quale non può prescindere dalle finalità legislative cui tende il sistema, trascendenti il soggetto dotato di discrezionalità, in rela-

zione alle quali le scelte e gli apprezzamenti operati possono, del tutto legittimamente, sindacarsi. In buona sostanza, una volta che si è inteso sottrarre al presidio esercitato dal principio della capacità contributiva l'identificazione della particolare situazione di fatto giustificativa della specifica tipologia di prelievo, l'enucleazione della clausola generale della ragionevolezza pone a disposizione della Consulta uno strumento per poter condurre una verifica sulle scelte del legislatore, non dovendo il sindacato di legittimità limitare il suo ambito ad un mero controllo del rispetto dei vincolanti divieti verso determinate forme discriminatorie (per motivi di sesso, razza, religione, opinioni politiche ecc.) ma occorrendo estendere, attraverso la valutazione della ragionevolezza appunto, il proprio esame sull'adequatezza delle misure legali vagliate ad assicurare il sostanziale rispetto del principio di eguaglianza consistente, come si è già avuto modo di puntualizzare, nella previsione di un pari trattamento, per le situazioni ritenute simili, ed un trattamento difforme, per le situazioni ritenute diverse.

4. Conclusioni: La vulnerabilità dell'attuale sistema fiscale nazionale

Sulla base di quanto fin qui descritto analizzando i temi costituzionalmente garantiti della solidarietà e dell'uguaglianza all'interno del sistema tributario, possiamo definire quest'ultimo un sistema vulnerabile, basato, quindi, anche sul principio della vulnerabilità, in quanto non corrisponde alle esigenze di sviluppo economico e sociale del Paese. La pressione fiscale, uno dei maggiori indicatori di politica economica che misurano il sacrificio imposto dallo Stato alla collettività, risulta tra i più elevati del mondo. Tuttavia, quest'ultima potrebbe abbassarsi leggermente nei prossimi anni: lo ha previsto la Commissione europea, nel suo rapporto annuale sulla tassazione. Sarebbe un dato in controtendenza, dato che storicamente la pressione sui contribuenti è sempre aumentata, ma nel periodo della ripresa post-pandemia è leggermente scesa. In ogni caso, si parlerebbe di un calo di pochi decimi percentuali: l'Italia resterebbe ai primissimi posti in Europa, superata nel 2025 solo da Francia, Belgio e Austria.

Nel corso del 2023 si pensi che i contribuenti italiani fedeli al fisco hanno subito una pressione fiscale reale del 47,4 per cento. Nello spie-

gare perché questo dato è superiore di quasi 5 punti rispetto al dato ufficiale, che lo scorso anno si è attestato al 42,5 per cento, la Cgia di Mestre ha sottolineato che il nostro Pil, come del resto quello di molti altri Paesi dell'Unione Europea, comprende anche gli effetti dell'economia non osservata il cui contributo alle casse dello Stato è per definizione nullo. Pertanto, alla luce del fatto che la pressione fiscale è data dal rapporto tra le entrate fiscali e il Pil, se da quest'ultimo storniamo la componente riconducibile al sommerso, il peso del fisco in capo ai contribuenti onesti sale inevitabilmente, consegnandoci un carico fiscale reale per il 2023 del 47,4 per cento. Si tratta di un livello di 4,9 punti superiore a quello ufficiale che, invece, si è attestato al 42,5 per cento.

La Cgia di Mestre ha inoltre evidenziato che nel 2023, rispetto all'anno precedente, la pressione fiscale è diminuita di 0,2 punti percentuali, grazie alla rimodulazione delle aliquote e degli scaglioni dell'Irpef e al modesto aumento del Pil. Ma, allo stesso tempo, è cresciuto il costo delle bollette, della Tari, dei ticket sanitari, dei pedaggi autostradali, dei servizi postali, dei trasporti, etc.

Ciò significa che da una parte le tasse sono diminuite, ma dall'altra le tariffe sono aumentate, di conseguenza i contribuenti non hanno potuto beneficiare pienamente della diminuzione della pressione fiscale perché, nel frattempo, sono aumentate le tariffe che, a differenza delle tasse, statisticamente non vengono incluse tra le voci che compongono le entrate fiscali. Secondo una recente analisi dell'Eurostat proprio sulla pressione fiscale nell'Unione europea, in Italia ogni mille euro di reddito circa 430 vanno al fisco. Lo studio ha sottolineato che nel 2022 le imposte e i contributi sono stati pari al 42,9% del Pil, in salita rispetto al 42,8% del 2021. Un dato che risulta essere sopra la media europea, ma che non è il peggiore dell'Unione europea. L'Italia, infatti, si posiziona al sesto posto su 27. La pressione fiscale più alta si registra in Francia (48%), Belgio (45,6%) e Austria (43,6%). Il problema di fondo a mio giudizio è che i provvedimenti legislativi di riferimento sono privi di una visione complessiva rivolta a una seria politica economica di sviluppo ma servono esclusivamente a far fronte ad esigenze di cassa imposta dall'emergenze e dagli impulsi derivanti dalla partecipazione dell'Italia agli obblighi unionali, il tutto a svantaggio delle classi meno abbienti che subiscono, più dei ricchi, il peso dell'eccessiva pressione fiscale.

La vulnerabilità del sistema tributario, quindi, si pone in netta antitesi con i principi di solidarietà e uguaglianza che sono i principi ai quali dovrebbe mirare il sistema tributario secondo i dettami della nostra Costituzione.

Riferimenti bibliografici

- Boria, P. (2006), *Commento all'art. 53 della Costituzione*, in di Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M. (a cura di), *Comm. Cost.*, vol. I. Utet. Torino.
- De Mita, E. (2002), *Principi di Diritto tributario*. Giuffrè. Milano.
- De Mita, E. (1995), Capacità contributiva. *Dig. disc. priv.*, sez. comm. Utet. Torino, vol. II, 457.
- Falsitta, G. (2009), Storia veridica, in base ai "lavori preparatori", della inclusione del principio di capacità contributiva nella Costituzione. *Riv. dir. trib.*
- Falsitta, G. (2013), Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico fino all'Assemblea costituente. *Riv. dir. trib.*
- Fiorentino, S. (2019), *Lezioni di diritto tributario*, parte generale. Esi. Napoli.
- Gaffuri, G. (1969), *L'attitudine alla contribuzione*. Giuffrè. Milano.
- Gallo, F. (2012), *L'uguaglianza tributaria*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Giovannini, A. (2012), *Capacità contributiva e imposizione patrimoniale: discriminazione qualitativa e limite quantitativo*, *Rass. Trib.*
- Ingresso, M. (1990), Diritto, sistema e giustizia tributari. *Rass. Trib.*
- La Rosa, S. (1968), *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*. Giuffrè. Milano.
- Melis, G. (2023), *Manuale di Diritto Tributario*. Giappichelli. Torino.
- Moschetti, F. (2010), I principi di giustizia fiscale della Costituzione italiana. *Riv. dir. trib.*
- Moschetti, F. (1973), *Il principio della capacità contributiva*. Cedam. Padova.
- Paladin, L. (1997), Il principio di uguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana. *Riv. dir. trib.*
- Schiavolin, R. (2011), Commento all'art. 53 Cost., in Falsitta G. (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie, Tomo I, Diritto costituzionale tributario e Statuto del contribuente*. Cedam. Padova.
- Tesauro, F. (2019) *Istituzioni di Diritto tributario, parte generale*. Utet. Torino.
- Tinelli, G. (2016), *Istituzioni di Diritto Tributario, I principi generali*. Cedam. Padova.

Uckmar, V. (1959) *Principi comuni di diritto costituzionale tributario*. Cedam.
Padova.

Andrea Napolitano

LA TRASFORMAZIONE DELLA COSTITUZIONE
ECONOMICA NEL COSTITUZIONALISMO MULTILIVELLO
INTERVENTO PUBBLICO,
SOLIDARIETÀ E GOVERNO DELL'ECONOMIA
NEL QUADRO DEL *NEXT GENERATION EU*

SOMMARIO: 1. Costituzione economica come dimensione strutturale della forma di Stato. – 2. Il passaggio dalla regolazione neutrale all'intervento pubblico strategico nell'economia. – 3. Il Next Generation Eu tra integrazione economica e rafforzamento della coesione sociale. – 4. Solidarietà europea e responsabilità intergenerazionale come criteri di legittimazione dell'intervento pubblico.

1. La Costituzione economica come dimensione strutturale della forma di Stato

La storia economica italiana, anche prima dell'entrata in vigore della Costituzione, è stata, come è noto, caratterizzata da interventi pubblici motivati dal salvataggio di imprese private in crisi o dall'esigenza di assicurare l'erogazione di servizi pubblici essenziali¹.

Con l'approvazione della Costituzione italiana e l'affermarsi del

¹ Prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e, ancor prima, della crisi dello Stato di diritto classico, caratterizzata dalla grande depressione economica del 1929, si ricorda come lo Stato non fosse libero di incidere sulla materia economica e, per questo motivo, eventuali misure pubbliche nella sfera dei rapporti economici erano poste in subordine all'iniziativa economica dei privati. Nello specifico, quindi, lo Stato si considerava legittimato ad intervenire nelle diverse forme del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta, solo in presenza di specifiche condizioni. Come è noto questi principi erano stabiliti in epoca fascista nella Carta del Lavoro all'interno della quale era stabilito che *“l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto o quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato: Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta”*. Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, (1959).

principio di uguaglianza sostanziale, tale presenza, inquadrandosi nella più ampia realizzazione dello Stato sociale di diritto², è stata considerata uno strumento volto ad eliminare gli squilibri economici oltre che sociali³.

Da ciò è derivata una regolamentazione delle attività economiche e private estremamente articolata e complessa, capace di adeguarsi, al tempo stesso, alle trasformazioni sociali, politiche ed economiche che coinvolgono l'evoluzione della forma di governo oltre che quella di Stato⁴.

² Sul punto parte della dottrina ha osservato come *“il concetto di Stato sociale non avrebbe nessun significato se isolato da quello di Stato di diritto, che è la linfa vitale della Costituzione. Lo Stato sociale è strettamente legato allo Stato di diritto, del quale costituisce l'ultima evoluzione, sul quale si fonda. La garanzia dello Stato sociale è costituita dallo Stato di diritto”*. Cfr. QUADRI, (1980, 30).

³ Per un'analisi più approfondita della materia si rinvia a LUCARELLI, (2003); BILANCIA, DE MARCO, (2004).

⁴ Cfr. sul punto ROSSANO (1966, 420) che evidenzia il “valore integrativo” dell'articolo 3 comma 2 rispetto agli altri principi e norme della Costituzione e, in particolare, in relazione alle fattispecie di cui agli articoli 41, 42 e 43 della Costituzione. Al tempo stesso, viene sottolineato l'imprescindibile dovere di intervento del soggetto pubblico nelle ipotesi in cui, l'esercizio delle libertà individuali e sociali, il c.d. “dinamismo del libero mercato”, non si presenti idoneo ad offrire tutela ad istanze giuridicamente rilevanti o, addirittura, si manifesti lesivo degli stessi. Il modello costituzionale si mostra pienamente conforme al canone della sussidiarietà anche sotto tale profilo in quanto, la mancata (o quanto meno inadeguata) protezione degli interessi di rango costituzionale da parte della libera e spontanea dinamica del sistema economico porterebbe, in alcuni casi, al “fallimento del mercato”. L'esigenza di prevedere forme di intervento e di ingerenza nella sfera economica è ampiamente soddisfatta da una molteplicità di disposizioni costituzionali, le quali trovano un eccezionale punto di sintesi nell'articolo 3 comma 2 della Costituzione, che impone all'ordinamento repubblicano, nelle sue diverse articolazioni, di attivarsi positivamente al fine di rimuovere gli ostacoli presenti in ambito sociale che, limitando la libertà e l'uguaglianza astrattamente riconosciute dal sistema costituzionale, a vantaggio di ogni essere umano, precludono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i consociati alla comunità civile e politica. Per questo motivo, l'intervento pubblico si colloca nella prospettiva segnata dall'esigenza del sistema costituzionale di inserirsi nell'ambito dei rapporti economici, allo scopo di tutelare determinati interessi socialmente deboli che non sono adeguatamente assicurati dallo spontaneo dinamismo economico. Cfr. D'ANDREA (2014, 9).

Il modello, definito tradizionalmente di “economia mista”⁵, delineato dal Costituente, si propone l’obiettivo di garantire una conciliazione tra esigenze pubbliche e private, nei rispettivi ambiti, attraverso la definizione concreta del sistema economico e di mercato⁶.

⁵ Cfr. in senso critico rispetto a questa nozione, LUCIANI, (1990, 376); MORBIDELLI, (1989, 1); LUCIANI, (1995, 566). In questa occasione l’Autore sostiene che *“affermare che i Costituenti optarono in favore di una economica di tipo “misto” non vuol dire un gran che. Tutte le forme di economia sono infatti “miste”, nel senso che in tutte sono compresenti elementi di privatezza ed elementi di pubblicità, sia pure diversamente bilanciati. Se invece, quando si parla di “economia mista” ci si riferisce, in realtà, al modello economico della democrazia sociale, è evidente che nessuna Costituzione del dopoguerra può permettersi storicamente il lusso di discostarsi da quel modello che oggi è consustanziale alla forma specifica assunta dalla democrazia pluralista, un modello in cui l’economia è il benessere che essa è in grado di produrre non solo il fine, ma il mezzo”* Cfr. BOGNETTI, (1983, 138), secondo il quale il modello tipico di sistema economico dello Stato democratico e sociale caratterizzerebbe tutti i maggiori stati occidentali contemporanei e si diversificherebbe, tra l’altro, *“per porre a proprio fondamento la libertà di iniziativa economica, vasti poteri di interventi dello Stato nel mercato, i molti limiti posti alla libertà di iniziativa economica privata e per la predisposizione di misure di previdenza e assistenza sociale, il promovimento delle condizioni di vita degli strati più umili della popolazione”*. Cfr. infine OCCHIOCUPO, (2010, 13). Al riguardo, l’Autore ha avuto modo di sottolineare che, pur nel riconoscimento del silenzio sul punto, il fatto che la Costituzione non accolga espressamente il principio del mercato e della concorrenza in senso oggettivo non significa che essa esprima un rifiuto per l’economia di mercato.

⁶ Sul punto parte della dottrina ha evidenziato come l’insieme delle disposizioni costituzionali dedicate ai rapporti economici costituzionali, non costituiscano un sistema chiuso, potendosi desumere dal testo costituzionale una precisa e rigida indicazione in materia di rapporti economici. Per questo motivo, quindi, risulterebbe difficile attribuire alla nozione di Costituzione economica uno specifico ed autonomo contenuto assiologico, potendo conferire alla stessa un mero valore descrittivo dello specifico settore disciplinato. Nello specifico, infatti, le “connessioni” tra la disciplina costituzionale in materia economica e la c.d. Costituzione politica, risultano intimamente collegate da impedire ogni forzata separazione della parte relativa all’ordinamento economico. Ciò induce a ritenere che non sia ammissibile una sostanziale mano libera del legislatore in materia economica, ma sia necessaria una particolare attenzione anche in campo economico e nella elaborazione delle politiche di intervento pubblico e di mercato, in riferimento alle ripercussioni che le decisioni economiche esercitano sul sistema costituzionale complessivo. Cfr. AZZARITI, (2000, 152). In riferimento alla necessità di considerare la Costituzione economica quale determinazione interna all’unità complessiva della Costituzione si veda SCHMITT, (1984, 149)

L'esame delle norme costituzionali, relative ai rapporti economici, mostra con chiarezza come la relazione tra ordinamento giuridico e sistema sia caratterizzata da una equilibrata convivenza tra le esigenze di garanzia di una sfera inviolabile di libertà e di autonomia dei diversi operatori economici e la necessità di un intervento del potere pubblico, nelle ipotesi di *market failures*⁷.

Da ciò deriva, quindi, che l'espressione "sistema ad economia mista", utilizzata per definire sinteticamente il modello delineato dalla Costituzione, non corrisponda ad uno statico e compiuto modello ma ad una varietà di forme di intervento pubblico indirizzate e coordinate al perseguimento di fini sociali, anche sulla base di scelte politiche democraticamente legittimate a tutela dei molteplici valori costituzionali a vario titolo coinvolti dalla sfera economica⁸.

Il sistema costituzionale, basato sul principio di sussidiarietà orizzontale, rifiuta, quindi, ipotesi unilaterali ed assolutistiche indirizzate ad assecondare inclinazioni dominanti di singole istanze assiologiche ed, al tempo stesso, opzioni autoritative rigide ed astratte, scollegate dalle molteplici variabili presenti nella sfera economica e sociale⁹.

Ad avvalorare tale ipotesi si rivela senza dubbio preziosa la presenza, all'interno della Costituzione, di concetti quali "utilità sociale"¹⁰,

secondo cui *"inesattamente si può parlare di una Costituzione sociale ed economica, separando l'uno dall'altra, nel modo tramandato dal XIX secolo, Stato e società, politica ed economia e considerandoli come distinti ambiti oggettivi. Ma una simile "Costituzione" economica o sociale non è precisamente la Costituzione dello Stato"*.

⁷ Cfr. sul punto AMATO, (2009, 7); PACE, (1993, 327); CASSETTI, (1997); IRTI, (1998, 24).

⁸ Sul difficile rapporto tra democrazia e libero mercato Cfr. SALVADORI, (2009); SALVATI, (2009). Cfr. inoltre NIRO, (2006, 846).

⁹ Al riguardo può ricordarsi parte della dottrina che definisce il principio di sussidiarietà *"autentico cardine della Costituzione economica delineata nella Carta costituzionale"*, in quanto elemento di sintesi tra istanze squisitamente liberali di limitazione del potere, da rinvenirsi nel diritto di ingerenza nella vita dei singoli e delle formazioni sociali, e modello solidaristico che caratterizza l'intervento dello Stato nei casi di incapacità dei singoli e delle aggregazioni sociali. Cfr. D'ANDREA, (2013) cfr. MOSCARINI, (1999, 245); FRANZESE, (2006); D'ANDREA (2011, 249).

¹⁰ Cfr. sul punto PREDIERI, (1963, 192); NIRO, (1994, 22). Cfr. inoltre LUCIANI, (2011, 10). Secondo l'Autore l'utilità sociale svolge un ruolo *"pivotal e nell'edificio costituzionale rappresentando il regolatore dei rapporti tra politica ed economia"*.

“funzione sociale”, “fini sociali” che, seppur all’apparenza indeterminati, impongono il necessario adattamento del sistema giuridico ai mutevoli fatti economico-sociali.

Da una analisi delle disposizioni costituzionali è infatti possibile riscontrare un vero e proprio *fil rouge* della disciplina costituzionale dell’economia, rinvenibile nella definizione di un nesso indissolubile e forte fra produzione di ricchezza ed eliminazione delle disuguaglianze economiche e sociali quale «modo di essere del testo costituzionale in ordine al fondamento della posizione del cittadino nei confronti della società e dello Stato, per ogni situazione intersoggettiva, per ogni tipo di rapporto»¹¹.

Tale legame si rinviene, come è noto, nell’ articolo 41 Cost. secondo il quale la disciplina delle attività produttive più che mirare al mero vantaggio individuale in termini economici, deve basarsi sulla creazione di lavoro e, per mezzo di quest’ultimo, sulla redistribuzione del profitto¹².

Un ruolo fondamentale nel quadro dei principi costituzionali di governo dell’economia è svolto, altresì, dall’articolo 43, dal quale emerge una configurazione di intervento pubblico nel quale lo Stato è chiamato a regolare la produzione e la crescita dei settori strategici dell’economia, gestiti da imprenditori privati o in maniera diretta dagli stessi soggetti pubblici, attraverso la previsione di riserve di imprese ed espropriazioni di singole imprese immaginando, inoltre, tre figure collettivizzazione (statalizzazioni nazionalizzazioni e socializzazioni, che

¹¹ Cfr. FERRARA, (1974, 1089). Cfr. inoltre GUARINI, (2008, 93).

¹² Si tratta quindi di una norma, considerata perno centrale della c.d. Costituzione economica che rientra a pieno titolo tra quelle che maggiormente sono state oggetto di attenzione da parte della dottrina che si è interrogata in merito alla identificazione dell’oggetto tutelato dalla stessa. Cfr. tra i tanti CHELI, (1960, 335); BELVISO (1961, 163); BALDASSARE, (1971, 599); GALGANO, (1982); GUARINO, (1992, 21); BILANCIA, (1996); BOGNETTI, (1997, 69); AA.VV (1997); AMATO, (1997, 19), op. cit.; BIFULCO, (1998, 505); IRTI, (1999); RESCIGNO, (2001, 1 ss.). Questa disposizione è stata, come è noto, oggetto di una recente modifica ad opera della legge costituzionale n° 1/2022 con la quale si è riconosciuto un espresso rilievo alla tutela dell’ambiente, sia nella parte dedicata ai Principi fondamentali, sia tra le previsioni della cosiddetta Costituzione economica. Non potendo in questa sede approfondire tale questione si rinvia tra i tanti a CASSETTI, (2022).

hanno consolidato, di fatto, un sistema che ha contribuito alla crescita economica ed allo sviluppo sociale del Paese¹³.

Nell'ambito del rapporto tra pubblico e privato è stato da più parti sottolineato come l'articolo 43 Cost. abbia assunto, al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, una portata innovatrice e riformatrice da un punto di vista politico-economico, in omogeneità con le altre componenti del sistema¹⁴, ponendosi in stretto legame non solo con l'articolo 41 ma anche con l'articolo 42 della Costituzione, «ossia con lo statuto costituzionale dell'impresa da un lato e con quello della proprietà dall'altro»¹⁵.

Nell'analizzare la portata garantista ed interventista della disposizione la Corte costituzionale ha inoltre evidenziato come la funzione della stessa debba rinvenirsi nella *«eliminazione dell'eventualità che il privato, col peso della propria impresa possa direttamente e profondamente influire su interi settori economici, con le conseguenze di ordine politico e sociale che a tale influenza sono connesse»*¹⁶.

La realizzazione dei fini di utilità sociale, vero e proprio punto di equilibrio tra il ruolo interventista dello Stato ed il riconoscimento del-

¹³Nel definire un modello economico, caratterizzato dall'esigenza di garantire il rispetto dei principi di solidarietà ed uguaglianza, all'interno del quale i diritti sociali sono da considerarsi elementi imprescindibili, i Costituenti immaginarono, infatti, un irrinunciabile collegamento tra l'articolo 41 e l'articolo 43 della Costituzione. In modo particolare si decise di scegliere uno schema economico contrapposto sia ad un'idea di collettivismo "puro", caratterizzato da pubblici poteri o collettività di produttori gestori di tutte le attività produttive, sia ad un sistema in cui il soggetto pubblico fosse chiamato a ricoprire il solo ruolo di regolatore di attività produttive riservate interamente ad imprenditori privati. Cfr. LUCARELLI, (2006, 304). Nonostante la disposizione avesse riconosciuto allo Stato la facoltà di riserva a sé le attività produttive in un determinato numero di settori, l'iniziativa economica privata era riconosciuta a legittimata ai sensi dell'articolo 41 cost., nella maggior parte dei settori produttivi dell'apparato economico. Cfr. BOGNETTI, (1983, 53) secondo cui l'attività economica dei privati rimaneva una colonna portante nell'edificio complessivo dell'economia del Paese.

¹⁴ Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA (1959, 338).

¹⁵ Cfr. GALGANO, (193, op. cit.). *Contra* POTOTSCHNIG, (1964, 107) il quale escludeva che l'attività di cui all'art. 41 cost. coincidesse con i casi previsti dall'art. 43 Cost. Secondo Pototschnig, sarebbero state possibili attività in mano pubblica, anche al di fuori dai casi previsti dall'art. 43 Cost.

¹⁶ Cfr. Corte cost. 6 luglio 1965, n. 58, in *Giur. cost.*, 1965, 727.

la libertà di iniziativa economica¹⁷, coincidente con il corretto funzionamento del sistema economico e, soprattutto, con la protezione diretta dei principi generali enunciati dall'articolo 3 comma 2 Cost, ha legittimato, quindi, la presenza pubblica nell'economia con l'obiettivo di rimuovere ostacoli di ordine economico e sociale ed assicurare il soddisfacimento di determinati bisogni della collettività¹⁸.

2. *Il passaggio dalla regolazione neutrale all'intervento pubblico strategico nell'economia*

Tale modello, considerato per molti anni fisiologico, ha subito, come è noto, un rilevante ridimensionamento a causa di una nuova visione del mercato, da intendersi quale motore della crescita economica e sociale di uno Stato dalla quale è derivato il periodo delle c.d. privatizzazioni¹⁹ ed il recepimento, in ambito nazionale, del principio dell'economia sociale di mercato²⁰.

A ciò si aggiunga, inoltre, l'intervento delle disposizioni europee in materia²¹ finalizzate alla costruzione di un mercato unico ed alla necessità di arginare le impostazioni dei singoli Stati basate su una importante partecipazione pubblica e sul mantenimento di situazioni di forte interventismo statale, anche in ipotesi non strumentali alla realizzazione di finalità sociali²².

La valorizzazione della libera concorrenza ha, quindi, messo fine la

¹⁷ Cfr. inoltre POTOTSCHNIG, (1964, 149).

¹⁸ Al riguardo sia consentito il richiamo a NAPOLITANO, (2019).

¹⁹ Per un inquadramento generale delle privatizzazioni cfr. MARCHETTI, (1995); BANI CARCELLI & PIERACCINI (1999); CLARICH & PISANESCHI, (2000, 432); BONELLI & ROLI, (2000, 994).

²⁰ Cfr. sul punto AMATO, (1997, 19) op. cit.; DAMIANI, (2009, 17); FELICE, (2009, 75); LUCHENA, (2020, 81).

²¹ Il riferimento è, come è noto, all' Atto Unico Europeo del 1986 ed al Trattato di Maastricht del 1992.

²² Cfr. sul punto Di PLINIO, (2004). Sul punto, l'Autore parla di un "*work in progress che parte da Roma e arriva a Maastricht ed oltre*" per evidenziare l'evoluzione sovranazionale in materia che ha avuto, come è noto, come "*spartiacque*" proprio il Trattato di Maastricht.

figura dello Stato imprenditore facendo emergere, allo stesso tempo, una rinnovata visione di intervento pubblico nell'economia caratterizzata da un nuovo dirigismo tramite la regolazione del mercato²³.

Lo Stato “regolatore”, in maniera differente rispetto allo Stato sociale, interviene in modo “conforme” al mercato, ritenuto il prodotto della regolazione pro-concorrenziale o *market making*²⁴, regolando e promuovendo la concorrenza attraverso organismi pubblici, indipendenti dal Governo e dal settore economico regolato, dotati di poteri autoritativi²⁵.

Al riguardo è stata inoltre riscontrata la coerenza tra la funzione regolatrice dello Stato ed i processi di liberalizzazione, caratterizzati dall'abrogazione delle disposizioni volte a limitare la concorrenza e, al tempo stesso, dalla sottoposizione delle attività economiche a incisive regolazioni pubbliche finalizzate alla tutela ed alla promozione dello stesso principio concorrenziale²⁶.

Sul punto attenta dottrina ha rinvenuto un riferimento esplicito alla concorrenza da considerarsi quale grimaldello²⁷ che la clausola dell'utilità sociale può usare per far entrare nel mercato²⁸ le istanze di

²³ Cfr. DE VERGOTTINI, (2010, 339).

²⁴ Cfr. IRTI, (1996, 232).

²⁵ Per un'analisi più approfondita dello Stato regolatore si rinvia a titolo esemplificativo a CASSESE, (1991, 378); ID, (1996, 579); ROPPO, (1997, 627); PIACENTINO, (2000, 305); LA SPINA & MAJONE, (2000, 27); DI PORTO, (2003, 201); LUCARELLI, (2019).

²⁶ Come è noto la Corte Costituzionale, chiamata in più occasioni a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del “principio concorrenziale”, ha sottolineato come “*la concorrenza non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quella accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri e favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali*”. Cfr. Corte costituzionale 13 gennaio 2004 n° 14, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2004, 237.

²⁷ Cfr. DE CESARE, (2020).

²⁸ Al riguardo si ricorda come la revisione costituzionale del 2001 abbia inciso profondamente sulla Costituzione economica nazionale, includendo “il mercato”, prima assente, e facendo in modo che la tutela della concorrenza, sottoposta alla potestà esclusiva dello Stato, risulti strettamente collegata alla giustizia sociale al fine di essere considerata precisazione del principio dell'economia sociale di mercato, in virtù del quale la produzione di beni e servizi sia affidata a soggetti privati all'interno di un

promozione sociale ad esso sottese in quanto strumento volto ad impedire che l'iniziativa privata configga con il progetto sociale della Costituzione²⁹.

A ciò si aggiunga, inoltre, come le norme europee risultino indirizzate verso un'economia di mercato basata sulla tutela della concorrenza nel mercato interno ed il perseguimento della "coesione economica europea"³⁰, che deve essere costantemente aggiornato proprio in con-

mercato aperto e concorrenziale, regolato, al tempo stesso, dai pubblici poteri, in modo da tutelare e promuovere il raggiungimento di finalità sociali. Può dirsi, in altri termini, che il revisore costituzionale ha dato prova dell'influenza del diritto europeo sulla Costituzione, non andando a modificare gli articoli dedicati alla Costituzione economica, così come strettamente intesa, ma inserendo nella parte seconda della Costituzione il riferimento ad istituti, quali la concorrenza, che negli anni hanno trovato nel diritto europeo la propria fonte primaria. In questo modo può infatti essere letto il riferimento, contenuto nell'articolo 117 Cost., alla "tutela della concorrenza" nelle materie riservate alla potestà esclusiva dello Stato al fine di attribuire, allo stesso, un potere legislativo orientato ad una uniformità sull'intero mercato nazionale. Cfr. CAMMELLI, (2001, 1274) che ha parlato di "*inedita costituzionalizzazione di principi come quello della concorrenza*". Contra BUFFONI, (2003, 366). Secondo l'Autrice "*non pare possibile, per profilassi costituzionale, ravvisare nell'art. 117 Cost., contenuto nella Parte II della Costituzione, il fondamento costituzionale del principio della libera concorrenza, intesa per di più in senso macroeconomico, quale assetto concorrenziale del mercato, perché così facendo si arriverebbe a modificare surrettiziamente, attraverso norme di riparto delle competenze il Titolo III (Rapporti economici), Parte I della Costituzione e, attraverso esso, finanche il delicato equilibrio tra la tutela del mercato e delle regole che ne garantiscono il corretto funzionamento e garanzia delle esigenze latu sensu sociali in esso a fatica raggiunto*". Cfr. inoltre CASSESE, (2002) che parla di una "costituzionalizzazione" dell'espressione tutela della concorrenza. Al riguardo si ricorda altresì parte della dottrina secondo la quale dalla configurazione costituzionale della libertà di concorrenza dipenda, oggi, la definizione stessa della nostra forma di Stato. Sul nesso tra libertà di concorrenza e forma di Stato e tra Costituzione economica e forma di Stato. Cfr. infine SPAGNUOLO VIGORITA, (1979, 50).

²⁹ Cfr. MERUSI, (1993); GUARNIER, (2016); Cfr. LIBERTINI, (2005, 1429); ZATTI, (2012); MANETTI, (2019, 325-326); PITRUZZELLA, (2019, 599). Cfr. infine BIN, 2019. Al riguardo l'Autore evidenzia la necessità di non tramutare la concorrenza da mezzo dell'utilità sociale a sua fine, in quanto la stessa non deve essere l'obiettivo da perseguire ma lo strumento utilizzato per impedire che l'iniziativa economica privata risulti in conflitto con il progetto sociale delineato in Costituzione.

³⁰ Per un'analisi più approfondita sul punto cfr. LUCARELLI, (2016).

siderazione dell'integrazione europea, fondata sul primato del diritto europeo su quello interno³¹.

Il modello economico che ha portato, storicamente, al sistema delle partecipazioni statali attraverso l'istituzione di enti di gestione considerati strategici per lo sviluppo dell'Italia³², è stato, quindi, secondo parte della dottrina, sostituito da un modello neoliberista, in virtù del quale la riserva in favore dello Stato risulta cedevole rispetto al principio della concorrenza³³.

Per questo motivo, ancor prima dello scoppio dell'attuale pandemia, il perdurare della crisi economica e le misure di *austerità* che, a loro volta, hanno impattato negativamente sui sistemi di erogazione di servizi e prestazioni sociali³⁴ hanno imposto una nuova riflessione sul modello previsto dall'articolo 43 Cost. che, nel corso degli anni, aveva perso centralità nel dibattito scientifico tanto da indurre, autorevole dottrina, a legittimare la sua sostanziale "inapplicabilità" alla luce del processo di integrazione europea susseguitasi al Trattato di Maastricht³⁵.

In questa nuova visione si è immaginato, ritenendolo necessario, il

³¹ Cfr. sul punto BILANCIA, (2015, 2223); ID, (2019).

³² Cfr. PAPA, (2001).

³³ Cfr. LUCARELLI, (2006, 310). Secondo parte della dottrina spetta, quindi, al diritto europeo stabilire in quali casi è eccezionalmente ammesso il conferimento dei diritti speciali ed esclusivi ad uno o più operatori. Cfr. sul punto NAPOLITANO, (2004, 805).

³⁴ Al riguardo parte della dottrina, ritenendolo necessario, ha, in parte, auspicato il ricorso alla riserva o alla ri-pubblicizzazione di alcune attività produttive di servizi pubblici, per garantire il perseguimento di quelle finalità proprie dell'economia sociale di mercato, caratterizzanti la Costituzione Repubblicana, restituire centralità alle garanzie sociali mortificate dall'attuale situazione economico-sociale. Secondo tale visione, quindi, la tutela dei diritti garantiti mediante l'erogazione dei servizi pubblici di interesse economico generale, sarebbe svilita da ottiche meramente imprenditoriale finalizzate al mero profitto. Anche per una ricostruzione della problematica cfr. LUCARELLI, (2016). Cfr. inoltre sul punto GABRIELE, (2005, 10), secondo il quale, anche se in ambito europeo l'intervento pubblico non sia stato mai effettivamente messo in discussione per quanto riguarda i principi lo è, senza dubbio, in riferimento alle *"sue forme, nella sua pienezza e nella sua consistenza, nella sua intensità, nella sua efficienza e nella sua efficacia, nella corrispondenza agli obiettivi prefigurati e da perseguire nei suoi limiti e, magari, nelle garanzie comunque da assicurare"*.

³⁵ Cfr. IRTI, (1998). *Contra* A. LUCARELLI (2006, 310).

ri-pubblicizzazione di alcune attività produttive di servizi pubblici, per garantire il perseguimento di quelle finalità proprie dell'economia sociale di mercato, caratterizzanti la Costituzione Repubblicana, e dare rilievo ossigeno alle garanzie sociali penalizzate dalla difficile situazione economico-sociale.

3. *Il Next Generation EU tra integrazione economica e rafforzamento della coesione sociale*

Già prima dello scoppio della crisi sanitaria da Covid-19, l'intervento pubblico connesso a finalità sociali, era stato oggetto di un ampio dibattito a livello nazionale ed europeo³⁶, riguardante la costruzione di un Europa sociale, che si era concretizzato nella proclamazione del Pilastro europeo dei diritti sociali³⁷.

Quest'ultimo, nonostante alcuni limiti riguardanti la natura giuridica³⁸, era stato considerato un fondamentale punto di partenza per l'avvio di una nuova fase del modello sociale europeo avvalorata dalla previsione di adeguate risorse finanziarie capaci di contribuire a “rendere saldo uno dei tradizionali zoccoli duri”³⁹ (BALDUZZI, 2018, 353) del processo di integrazione europea.

Lo scoppio della pandemia da Covid-19 ha accentuato questa riflessione avendo obbligato l'Unione europea ad intervenire, legittimando, seppur in via temporanea, interventi straordinari, non piena-

³⁶ Come è noto, infatti, si era iniziata a riconsiderare l'idea di superare un modello governato esclusivamente dalle logiche del mercato in favore di un intervento dei poteri pubblici a sostegno di politiche sociali. Cfr. sul punto MICCÙ, (2019, 25). Al riguardo l'Autore ha evidenziato come, anche in forza di una giurisprudenza evolutiva della Corte di Giustizia dell'UE (caso Pringle del 2012, caso Gauwelier del 2015, caso Weiss del 2018), con la crisi economica si sia registrato un cambio di paradigma dello stato regolatore ad una nuova forma di stato interventista o salvatore.

³⁷ Non potendo in questa sede approfondire si rinvia, tra i tanti, a GIUBBONI, (2017, 953).

³⁸ Cfr. sul punto SCUTO, (2022, 20) il quale ricorda come il Pilastro rimandasse agli strumenti del *soft law* non consentendo un effettivo ampliamento sui diritti sociali dal punto di vista della loro diretta applicabilità.

³⁹ Cfr. BALDUZZI, (2018, 253).

mente conformi alle «leggi del mercato»⁴⁰, destinati a sostenere i singoli Stati.

Dopo una prima concitata fase nella quale l'impostazione immaginata sembrava voler poggiare su meccanismi intergovernativi piuttosto che eurounitari⁴¹, le politiche europee si sono caratterizzate per la definizione di strumenti democratici adeguati, attraverso politiche economiche destinate a sostenere gli stessi Stati nell'affrontare le difficoltà.

Lo spirito solidaristico dimostrato dall'Unione europea, chiamata ad agire quale attore geopolitico comune⁴² ha quindi permesso ad ogni Stato membro di intervenire, anche in maniera autoritativa, e valorizzare il *“proprio ruolo politico e storico di promotore dell'uguaglianza, di garante dei diritti sociali e di attore dello sviluppo”*⁴³ (PAPA, 2019).

L'irrompere della pandemia ha, quindi, accelerato tale condizione e radicalmente mutato lo scenario di riferimento alla luce delle misure introdotte dall'Unione europea che sembrerebbero superare, definitivamente, quel modello basato su politiche europee di austerità che hanno impattato, in maniera negativa, sui sistemi di welfare e protezione sociale dei singoli Stati⁴⁴.

Il riferimento è, come è noto, alla sospensione temporanea del Patto di stabilità e crescita ed all'allentamento dei vincoli esistenti in am-

⁴⁰ Cfr. sul punto MERUSI, (2002, 7).

⁴¹ Il riferimento è al c.d. *European Stability Mechanism* (MES) che, come è noto, ha in passato dispiegato i suoi effetti devastanti sulla Grecia obbligandola non solo a privatizzazioni selvagge destinate a smantellare gli asset strategici ma anche a riforme riguardanti i diritti sociali. La scelta di questo modello avrebbe messo a rischio non solo la sopravvivenza dei popoli ma forse, anche della stessa Unione europea. Per un'analisi più approfondita della questione si rinvia, tra i tanti, a DONATI, (2013).

⁴² Cfr. D. CECCARELLI MOROLLI, *Appunti di geopolitica*, Roma, 2018, 211.

⁴³ Cfr. A. PAPA (2019, 165).

⁴⁴ La sempre maggiore rilevanza e centralità del mercato quale caratteristica di un nuovo modello di costituzionalismo ha “svilito”, come è noto, quelle norme costituzionali poste a fondamento dello Stato sociale. Cfr. tra i tanti BILANCIA, (2014, 7); SCUTO, (2022, 25) il quale ricorda come *“il nascente governo comune dell'eurozona si è affermato all'insegna dell'introduzione di rigide regole di bilancio, peraltro, non scarsamente legittimate da un punto di vista democratico che hanno imposto politiche nazionali di rigore che a loro volta hanno impattato negativamente sui sistemi di welfare e protezione sociale nazionale”*.

bito europeo derivanti dalla scelta di derogare alla rigida disciplina dell'Unione sugli aiuti di Stato⁴⁵.

Si tratta di scelte cruciali che hanno permesso agli Stati membri di fornire sostegni alle imprese colpite dalla crisi anche in un'ottica di tutela dell'occupazione e dei diritti sociali che sono stati considerati preminenti rispetto alle logiche di bilancio.

Ad avvalorare e rendere maggiormente visibile questo cambio di paradigma improntato verso un intervento pubblico nell'economia connesso a finalità di carattere sociale è stata, poi, l'approvazione del Piano "*Next Generation EU*" che può senza dubbio considerarsi lo strumento più innovativo e ricco di potenzialità e dalla cui applicazione su scala nazionale può evincersi un importante nesso con i principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale della nostra Costituzione⁴⁶.

Dall'applicazione dello stesso su scala nazionale ad opera del c.d. PNRR⁴⁷ deriva, infatti, un nuovo approccio (basato sulla transizione verde e quella digitale, l'occupazione e la crescita sostenibile, la coesione sociale e territoriale, la salute, la resilienza economica e sociale e le politiche per la "prossima generazione"⁴⁸) dell'Unione europea indirizzato al sostenimento ed al rafforzamento della tutela dei diritti sociali in una dimensione sovranazionale⁴⁹.

Si tratta, come ricordato, di una nuova logica innovativa di inter-

⁴⁵ Per un'analisi più approfondita si rinvia, tra i tanti, a BILANCIA, (2020); MARCHESE, (2021).

⁴⁶ Cfr. SCUTO, (2022, 30).

⁴⁷ Per una analisi approfondita dell'impatto del PNRR in riferimento all'inclusione sociale, ed in modo particolare alla parità di genere, alla protezione ed alla valorizzazione dei giovani ed al superamento dei diversi territoriali cfr. POGGI, (2021, 199).

⁴⁸ Per un'analisi più approfondita si rinvia a BIFULCO, (2008). Al riguardo l'Autore immagina la responsabilità intergenerazionale come "*le possibili forme di tutela giuridica, azionabili dagli uomini appartenenti alla generazione vivente, a favore degli interessi degli uomini ancora non esistenti si noti come la problematica della tutela dei diritti delle generazioni ancora non esistenti*". Cfr. inoltre sul punto BALAGUER, (2016); PAPA & PALOMBINO, (2018).

⁴⁹ Cfr. sul punto PASQUI, (2020); MAZZUCCATO, (2021). Al riguardo l'Autore auspica lo sviluppo di una nuova economia politica fondata su un ruolo di protagonista dello Stato nella "co-creazione" e nell'orientamento dei mercati, andando oltre l'idea di poter solo porre rimedio ai loro fallimenti.

vento dello Stato (e, di fatto, dell'Unione) nell'economia basato non solo sull'erogazione di prestiti a condizioni favorevoli ma, soprattutto, su fondi e convenzioni in un'ottica di solidarietà tra Stati e di riequilibrio delle risorse interne nell'ambito dell'intera Europa⁵⁰.

È altresì fondamentale ricordare come il sostegno finanziario immaginato dal *Next Generation EU* sia vincolato non solo al rispetto del principio di solidarietà ma anche, e soprattutto, a quello di condizionalità che obbliga gli Stati a presentare piani di riforme in settori strategici e a specificare le modalità di utilizzo dei fondi ricevuti⁵¹.

Nonostante la presenza di numerose condizionalità⁵² sia stata oggetto di critiche⁵³ appare ormai evidente l'esigenza di riconoscere il nesso inscindibile tra il raggiungimento di obiettivi di carattere sociale, ragione di fondo del piano, ed il rispetto dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità degli interventi.

Tale aspetto può, infatti, essere considerato perno fondamentale di un nuovo modello di crescita e sviluppo di lungo periodo capace di permettere agli Stati membri una ripresa duratura ed attenta all'utilità sociale ed all'eguaglianza sostanziale.

⁵⁰ Cfr. SCUTO, (2022, 120) secondo il quale “questo cambio di paradigma rappresenta un'occasione epocale per ripensare il ruolo dello Stato (e dell'UE) nell'economia e per rendere strutturale un nuovo approccio dell'Unione che non sia più orientato prevalentemente (se non esclusivamente) al mercato e alla tutela delle quattro libertà ma che legghi l'intervento pubblico alle esigenze di equità sociali e a tutela dei diritti sociali. Se si andasse effettivamente in questa direzione si tratterebbe di una nuova, fondamentale, tappa del processo di integrazione europea che avvicinerebbe, peraltro, i principi fondanti della nostra Costituzione economica orientati al progresso sociale a quelli della Costituzione economica europea in cui l'impianto dell'economia sociale di mercato delineato dai Trattati acquisirebbe una centralità che sino ad oggi non è stata riconosciuta.”

⁵¹ Si tratta di un principio strettamente connesso a quello di leale collaborazione che, nell'ordinamento europeo, che, come è noto, impone obblighi di azione a carico degli Stati membri nell'esecuzione delle decisioni e della normativa adottata dall'UE. Cfr. sul punto PIZZETTI, (2004, 91).

⁵² Per una analisi approfondita delle condizionalità previste dal Piano cfr. SALMONI, (2021, 78).

⁵³ Cfr. sul punto SALMONI, (2021).

4. Solidarietà europea e responsabilità intergenerazionale come criteri di legittimazione dell'intervento pubblico

Sulla base delle considerazioni svolte è possibile evincere come le scelte adottate in ambito europeo e nazionale debbano essere considerate positivamente non solo nell'ottica di risoluzione delle problematiche contingenti all'emergenza Covid-19 ma anche, e soprattutto, in quella di costruzione di una politica comune europea⁵⁴, capace di dare definitiva e concreta attuazione ad un modello di economia sociale di mercato in grado di rispondere alle molteplici sfide derivanti dai processi di globalizzazione e dalle attuali crisi di sistema.

Come si è avuto modo di evidenziare, infatti, lo scoppio della pandemia e le conseguenti misure adottate dall'Unione europea hanno definitivamente messo al centro del dibattito la necessaria, e non più rinviabile, costruzione di un'Europa sociale basata su un intervento pubblico connesso a finalità di carattere sociale⁵⁵.

Pur consapevoli della temporaneità dei provvedimenti appare, infatti, alquanto improbabile (e ad opinione di chi scrive non auspicabile) un ritorno alla precedente *governance* europea, focalizzata su aspetti finanziari a discapito di istanze sociali, che ha condannato gli Stati membri a rinunciare al proprio compito di promotore dell'uguaglianza e di diritti sociali⁵⁶.

⁵⁴ LUCHENA, (2020, 7). Secondo l'Autore, infatti, l'esercizio dei poteri speciali non dovrebbe essere «vissuto come una minaccia alle libertà economiche ma come uno strumento di politica economica comune».

⁵⁵ Al riguardo è stato inoltre correttamente sottolineato come «la ripresa del processo costituente europeo non può non passare anche dalla costituzionalizzazione dell'Europa sociale», in quanto «proprio nella congiuntura della crisi economica il salto di qualità dell'integrazione politica e sociale è ancora più necessario dal momento che unità economica ed unità politico-sociale costituiscono un'endiadi poiché non possono reggere l'una senza l'altra» Cfr. PATRONI GRIFFI, (2015, 2).

⁵⁶ Cfr. LUCHENA, (2016, 604). Cfr. inoltre sul punto Cfr. SCUTO, (2022, 207), secondo il quale «il forte allentamento della disciplina ha di fatto reso oggettivamente difficile ipotizzare che al termine dell'emergenza sia possibile, oltre che opportuno, ritornare sic et simpliciter alla precedente disciplina. In questo contesto, dunque appare necessario un ripensamento della normativa in materia nell'ottica di una sua revisione che consenta, anche dopo la pandemia, di evitare eccessive rigidità che possono ripercuotersi negativamente sul piano della tutela dei livelli occupazionali e della stessa coesione sociale».

Il radicale ripensamento delle politiche europee, basate non più su aspetti meramente consumeristici ma sui principi di solidarietà ed eguaglianza, e dell'intero governo dell'economia in ambito sovranazionale⁵⁷ si collega, inoltre, in maniera imprescindibile, alla necessità di attribuire all'Unione europea competenze specifiche in tema di diritti sociali al fine di *“introdurre meccanismi di solidarietà sociale e territoriale mediante azioni comuni dell'UEM”* e sviluppare, al tempo stesso, *“un assetto istituzionale in grado di promuovere il welfare e non limitarsi ad imporre sacrifici dettati da esigenze di bilancio e contenimento della spesa pubblica”*⁵⁸ (SCUTO, 2017, 300).

Tale circostanza impone, inoltre, la progettazione di ogni forma di intervento pubblico nell'economia basata su un approccio equilibrato, virtuoso e di lungo periodo delle risorse che rifugga da interventi dettati dall'emergenza e da un utilizzo, talvolta sregolato, di fondi pubblici.

In quest'ottica prescindendo dall'aspetto ideologico ed economico sotteso a tale decisione, appare evidente che la presenza di imprese pubbliche possa contribuire a creare, se operanti in maniera efficace, condizioni di efficienza tali da farne beneficiare l'intero sistema economico nazionale, superando, definitivamente, una visione ottocentesca che voleva *“il privato capace di fare meglio del pubblico”*.

Lungi dal promuovere *“una mera ri-attribuzione di fiducia alle forme pubblicistiche, che non hanno dato particolare prova di efficienza in riferimento soprattutto all'esigenza di garantire l'economicità della gestione”*⁵⁹ (PAPA, 2019, 168), è necessario, quindi, immaginare un intervento pubblico nell'economia, vincolato a verifiche necessarie ad accertare l'utilità e la funzionalità dello strumento rispetto agli obietti-

⁵⁷ Cfr. sul punto LUCARELLI, (2009, 299), che sottolinea *“un deficit genetico alla base di diritti sociali e del diritto sociale europeo che risente dell'incertezza del modello organizzativo e funzionale del potere”*.

⁵⁸ SCUTO, (2017, 300). Secondo l'Autore *“l'intervento dell'Unione si potrebbe inizialmente configurare come un intervento armonizzante, volto ad individuare una soglia minima di tutela di determinati diritti sociali al di sotto della quale non sarebbe consentito agli Stati membri di comprimere detti diritti, indipendentemente dalla congiuntura economica più o meno favorevole”*.

⁵⁹ Cfr. PAPA, (2019, 168).

vi prefissati e, infine, limitato dalla imprescindibile attenzione da destinare alle generazioni future⁶⁰.

In altri termini, si rende necessario coniugare la sostenibilità della finanza pubblica con un rinnovato intervento nell'economia, così da evitare di legittimare un ritorno a politiche prive di adeguata programmazione prospettica, capaci di generare – come dimostra l'esperienza attuale – un assetto socioeconomico strutturalmente esposto a vulnerabilità sistemiche.

Al contrario occorre costruire e perseguire scelte avvalorate da una prospettiva intergenerazionale quale vero e proprio fulcro, soprattutto in momento di crisi, delle decisioni pubbliche⁶¹.

Infine, ma certamente non secondaria, la presenza del soggetto pubblico nell'economia, sia in ambito nazionale che europeo, risulta altresì imprescindibile soprattutto in un contesto di economia globalizzata fortemente competitiva e contraddistinta da politiche aggressive da parte di alcuni Paesi, oltremodo funzionale ad evitare una *“minaccia effettiva e sufficientemente grave a uno degli interessi fondamentali della collettività”*⁶².

In altri termini gli Stati sono chiamati a salvaguardare il proprio controllo e l'efficiente funzionalità di quelli che vengono comunemen-

⁶⁰ Cfr. sul punto PALOMBINO, (2022).

⁶¹ Cfr. sul punto BALAGUER, (2016, 14-15); PALOMBINO, (2019, 5) secondo il quale *“appare condivisibile affermare che la tutela delle generazioni future sia un principio insito nel concetto stesso di Costituzione rigida e non possa, pertanto, che trovare una autonoma tutela anche all'interno della Costituzione italiana; infatti, imponendo un vincolo al legislatore rispetto alla modificabilità dei valori cristallizzati nella Carta repubblicana, il Costituente ha disposto anche – e, forse, soprattutto – per il futuro”*. Cfr. infine Corte costituzionale, 14 febbraio 2019 n° 18, in *Foro it.*, 2020, I, 75. Come è noto in questa occasione la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una disposizione che consentiva agli enti locali di definire, in un periodo di trenta anni, il piano di rientro da situazioni di pre-dissesto proprio per la violazione del c.d. diritto delle generazioni future a non essere responsabili di un debito creatosi per scelta politiche lontane nel tempo.

⁶² Cfr. sul punto ALVARO, LAMANDINI, POLICE, TAROLA, (2019); MACCARONE, (2020, 120) che giustamente ricorda come *«la tutela di alcuni interessi fondamentali non possa essere sacrificata in nome del libero mercato e delle sue dinamiche, sempre più globali e difficilmente governabili»*. Per una analisi più approfondita del tema sia consentito il riferimento a NAPOLITANO, (2020).

te considerati settori strategici al fine di garantire e tutelare l'unità giuridica ed economica delle stesse anche sul piano della sicurezza e del posizionamento internazionale.

Tale circostanza impone, infatti, una imprescindibile e necessaria predisposizione di una "adeguatezza strutturale" da parte dello Stato che dovrà farsi trovare pronto nell'affrontare le nuove sfide e l'emersione di nuove tipologie di minacce diretta conseguenza delle rapide ed inesorabili trasformazioni tecnologiche, rendendo al tempo stesso, opportuno ed equilibrato l'intervento pubblico al fine di scongiurare un utilizzo degli stessi in chiave prettamente dirigistica⁶³.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV. (1997), *La Costituzione economica, Atti del convegno AIC*, 11- 12 ottobre 199. CEDAM. Padova.
- Accarone M. (2020), Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative. In *www.osservatoriocostituzionale*, 2.
- Alvaro S., Lamandini M., Police A., Tarola I. (2019), La nuova via della sete e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. Il golden power dello Stato italiano e le infrastrutture finanziari. In *Quad. giur. Consob*.
- Amato G. (1997), Il mercato nella Costituzione. In AA.VV. (a cura di), *La Costituzione economica*. CEDAM. Padova.
- Azzariti G. (2000), *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*. Giappichelli. Torino.

⁶³ Lo Stato è quindi chiamato a ricoprire non solo la veste di regolatore del mercato ma anche quella di stratega in quanto il «*ruolo dello Stato, nell'esercizio dei poteri indicati, è non più quello di semplice regolatore, non dovendo mancare nei decisori pubblici una capacità di analisi strategica di tipo anche geoeconomico e geopolitico, naturalmente saldamente poggiante su verifiche e valutazioni tecniche complesse*» Cfr. GARO-FOLI, (2019, 20). Secondo l'Autore «*la casistica di sicurezza nazionale è destinata ad avere crescente importanza, principalmente per il cambio di paradigma attuale, in cui sia le telecomunicazioni che le reti di trasmissione energetiche e di trasporto, acquistando maggiore profondità tecnologica con le nuove modalità di connessione, divengono, allo stesso tempo, più vulnerabili del passato*».

- Balaguer F. (2016), La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto. In *Studi in onore di Francesco Gabriele*. Cacucci editore. Bari.
- Balduzzi R. (2018), Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica. In P. Bilancia (a cura di) *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in *Federalismi.it*, 4.
- Baldassare A. (1971), Iniziativa economica privata. in *Enc. Dir.*, XXI. Giuffrè. Milano.
- Bani C., Carcelli C., Pieraccini M. B. (1999). *Privatizzare*. Cedam. Padova.
- Belviso U. (1961), Il concetto di iniziativa economica privata. *Riv. dir. civ.*
- Bifulco R. (1998), Costituzioni pluraliste e modelli economici. In AA.VV., *Governi ed economia. La transizione istituzionale nell'XI Legislatura*. CEDAM. Padova.
- Bifulco R. (2008), *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*. FrancoAngeli. Milano.
- Bilancia P. (1996), *Modello economico e quadro costituzionale*. Giappichelli. Torino.
- Bilancia P. e De Marco E. (2004), *La tutela multilivello dei diritti*. Giuffrè. Milano.
- Bilancia P. (2014), Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea. *Rivista AIC*, 3.
- Bilancia P. (2015), Il modello dell'economia sociale di mercato tra Costituzione italiana e trattati europei. In M. Melica, M. Menzetti, V. Piergigli (a cura di), *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*. CEDAM. Assago- Padova.
- Bilancia P. (2019), L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione. In P. Bilancia, *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, in *Federalismi.it*, 5.
- Bilancia P. (2020), Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali. In G. De Minico, M. Villone (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia, Consulta on line*.
- Bin R. (2019), La concorrenza nel bilanciamento tra valori. In M. Ainis & G. Pitruzella (a cura di), *I fondamentali costituzionali della concorrenza*. Laterza. Bari.
- Bognetti G. (1983), Il modello economico della democrazia sociale e la Costituzione della Repubblica italiana. In AA. VV. (a cura di), *Verso una nuova Costituzione*. Giuffrè. Milano.

- Bognetti G. (1983), *Costituzione economica e Corte Costituzionale*. Giuffrè. Milano.
- Bognetti G. (1997), La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario. In *Associazione italiana dei Costituzionalisti, La Costituzione economica, Atti del convegno- Ferrara, 11-12 ottobre 1991*. CEDAM. Padova.
- Bonelli F. & Roli M. (2000), voce Privatizzazioni. In *Enc. dir.*, IV, agg. Giuffrè. Milano.
- Buffoni L. (2003), La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative. In *Le Istituzioni del federalismo*.
- Cammelli M. (2001), Amministrazione e interpreti davanti al nuovo Titolo V della Costituzione. *Le Regioni*.
- Cassese S. (1991), Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation. *Riv. trim. dir. pubbl.*
- Cassese S. (1996), Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato. *Riv. it. dir. pubbl. com.*
- Cassese S. (2002), L’energia elettrica nella legge costituzionale n°3/2001. *Federalismi.it*.
- Cassetti L. (2022), Riformare l’art. 41 della Costituzione alla ricerca di “nuovi” equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?. *Federalismi.it*, 4.
- Cassetti I. (1997), *La cultura del mercato tra interpretazione della Costituzione e principi, comunitari*. Torino.
- Ceccarelli Morolli D. (2018), *Appunti di geopolitica*. Valore italiano. Roma.
- Cheli E. (1960), Libertà e limiti dell’iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina. *Rass. dir. pubbl.*
- Clarich M. & Pisaneschi A. (2000), voce Privatizzazioni, in *Dig. disc. pubbl.* Utet. Torino.
- Damiani P. (2009), *Elementi di diritto pubblico dell’economia*. Aracne. Roma.
- D’Andrea L. (2011), Il principio di sussidiarietà tra radice personalistica e funzione conformativa del sistema normativo. *Iustitia*, 2.
- D’Andrea L. (2014), I principi costituzionali in materia economica. *Consultonline*.
- De Cesare I. (2020), Concorrenza e utilità sociale. *Federalismi.it*.
- De Vergottini G. (2010), La Costituzione economica italiana: passato e attualità. *Dir. e soc.*

- Felice F. (2009), *L'economia sociale di mercato*. Rubbettino. Catanzaro.
- Di Porto F. (2003), Regolazione di “prima” e “seconda” generazione. La liberalizzazione del mercato elettrico. *Mercato, regole, concorrenza*.
- Di Plinio G. (2004), La Costituzione economica nel processo costituente europeo. *Diritto pubblico comparato ed europeo*.
- Ferrara (1974), La pari dignità sociale. In *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*. Giuffrè. Milano.
- Franzese L. (2006), *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*. Cedam. Padova.
- Gabriele F. (2005), *Premessa introduttiva*, in F. Gabriele (a cura di), *Il governo dell'economia tra “crisi dello Stato” e “crisi del mercato”*. Cacucci. Bari.
- Galgano F. (1982), *Artt. 41 e 43*, in *Comm. cost.*, a cura di G. Branca. Laterza. Bologna-Roma.
- Garofoli R. (2019), Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative. *Federalismi.it*.
- Giubboni S. (2017), Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali. *Quaderni cost.*.
- Guarini P. (2008), Note in tema di concorrenza e giustizia economica nel processo di integrazione europea. In F. Gabriele in M.A. Cabiddu (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Processi di decisione politica e sovranità economica*, I. Giuffrè. Milano.
- Guarino G. (1992), Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie. *Quad. cost.*
- Guarnier T. (2016), *Libertà di iniziativa economica privata e libera concorrenza*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*. Esi. Napoli.
- Irti N. (1996), *Legislazione e codificazione*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma.
- Irti N. (1998), *Andato in desuetudine*, in N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*. Istituto della enciclopedia italiana. Bari.
- La Spina A. & Majone G. (2000), *Lo Stato regolatore*. Il Mulino. Bologna.
- Libertini M. (2005), La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana. *Giurisprudenza costituzionale*.
- Lucarelli A. (2003), Diritti sociali e principi “costituzionali” europei. Dalla Carta europea dei diritti fondamentali al Progetto di Trattato costituzionale. *Democrazia e diritto*, “Populismo e Democrazia”.
- Lucarelli A. (2006), Commento all'art. 43 della Costituzione, in R. Bifulco, A.

- Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*. Utet. Torino.
- Lucarelli A. (2009), *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato Costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*. Quad. Rass. Dir. pubbl., eur..
- Lucarelli A. (2016), *Scritti di Diritto Pubblico Europeo dell'economia*. Esi. Napoli.
- Lucarelli A. (2016), La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate. *Federalismi.it*, 2 novembre.
- Lucarelli A. (2019) Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia. *Rass. Dir. Pubbl. Eur. on-line*.
- Luchena G. (2020), Economia sociale di mercato, in C. Iannello (a cura di) *Neoliberalismo e diritto pubblico. Rassegna di diritto pubblico europeo*.
- Luchena G. (2020), Il c.d. decreto liquidità è una minaccia per il liberismo? Brevi note sul "nuovo" golden power. *ww.dirittifondamentali.it*
- Luciani M. (1990), voce Economia nel diritto costituzionale, in *Dig (disc. pubbl)*, V. Utet. Torino.
- Luciani M. (1995), Sui diritti sociali. *Dem. e dir.*.
- Luciani M. (2011), Unità nazionale e struttura economica: la prospettiva della Costituzione repubblicana. Relazione al Convegno AIC 2011, Costituzionalismo e costituzione nella vicenda unitaria, Torino. *Rivista AIC*.
- Manetti M. (2019), I fondamenti costituzionali della concorrenza. *Quaderni costituzionali*, n. 2.
- Marchese C. (2021), Il ruolo dello Stato a fronte dell'emergenza pandemica e le risposte elaborate in sede europea: la garanzia dei diritti ed il rilancio economico alla luce del rapporto tra condizionalità e solidarietà. *Rivista Aic*.
- Marchetti P. (1995), *Le privatizzazioni in Italia*. Giuffrè. Milano.
- Mazzuccato M. (2021), *Missione economica. Una guida per cambiare il capitalismo*. Laterza. Bari-Roma.
- Merusi F. (1993), *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. Bassi- F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*. Giuffrè. Milano.
- Miccù R. (2019), Le trasformazioni della Costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?. In P. Bilancia (a cura di), *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, in *www.federalismi.it*, 5.

- Morbidelli G. (1989), Iniziativa economica privata. In *Enc. giur.*, XVII. Istituto della enciclopedia italiana. Roma.
- Moscarini A. (1999), *Sussidiarietà e libertà economiche*, in AA.VV., *Trasformazione della funzione legislativa*. Giuffrè. Milano.
- Napolitano A. (2019), *Economia sociale di mercato e tutela dei diritti. Servizi essenziali e forme di gestione*. Giappichelli. Torino.
- Napolitano A. (2020), Il ritorno decisivo dello Stato imprenditore. Dalla nazionalizzazione di Alitalia alla estensione dei c.d. golden powers. *www.dperonline.it*, 2.
- Napolitano G. (2004), I servizi pubblici, in Dieci anni di riforme amministrative. Il diritto amministrativo tra XX E XXI Secolo, Atti del convegno, 27 maggio 2004. *Giornale dir. amm.*
- Niro R. (1994), *Profili costituzionali della disciplina antitrust*. CEDAM. Padova.
- Niro R. (2006), *Art. 41*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*. Utet. Torino.
- Occhiocupo N. (2010), *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in C. Rabitti Bedogni – P. Barucci (a cura di) *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato*, I. Giappichelli. Torino.
- Pace A. (1993), Libertà del mercato e nel mercato. *Pol., dir.*
- Palombino G. (2019), La solidarietà generazionale alla luce della sentenza n. 18 del 2019 della Corte costituzionale. *www.deiustitia.it*.
- Palombino G. (2022), *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*. Mondadori. Firenze.
- Papa A. (2001), Le imprese pubbliche tra Costituzione ed ordinamento comunitario. In S. Labriola e A. Catelani (a cura di), *La Costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*. Giuffrè. Milano.
- Papa A. & Palombino G. (2018), Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire, in L. Carpentieri (a cura di), *L'abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*. Giappichelli. Torino.
- Papa A. (2019), Passato e (incerto) futuro delle “nazionalizzazioni” tra dettato costituzionale e principi europei, in P. Bilancia, *Costituzione economica, integrazione sovranazionale effetti della globalizzazione*, in *Federalismi.it*.
- Pasqui L. (2020), Un'altra emergenza per l'Unione europea: tra intervento

- pubblico e governance. *Dir. Pubbl. europeo Rassegna on line*.
- Patroni Griffi A. (2015), L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo. *Diritto pubblico europeo Rass. On line*.
- Piacentino D. (2000), Le autorità indipendenti di regolamentazione e l'organizzazione dell'intervento pubblico in economia, in S. De Nardis (a cura di), *Le privatizzazioni italiane*. Il Mulino. Bologna.
- Pitruzella G. (2019), Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?. *Quaderni costituzionali*.
- Pizzetti F.G. (2004), Riflessioni sul principio di leale collaborazione nell'ordinamento comunitario, in P. Bilancia & F.G. Pizzetti, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*. Giuffrè. Milano.
- Poggi A. (2021), Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-sud). *Le Regioni*.
- Pototschnig U. (1964), *I pubblici servizi*. CEDAM. Padova.
- Predieri A. (1963), *Pianificazione e Costituzione*. Edizioni di Comunità. Milano.
- Quadri, G., (1980), *Diritto pubblico dell'economia*. CEDAM. Padova.
- Rescigno G.U. (2001), voce *Costituzione economica*, in *Enc. giur.*, X. Treccani. Roma.
- Roppo V. (1997), Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore. *Pol. dir.*
- Salmoni S. (2021), Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere. *Costituzionalismo.it*.
- Salmoni S. (2021), *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione.*, CEDAM. Milano.
- Salvadori M. (2009), *Democrazie senza democrazia*. Laterza. Roma-Bari.
- Salvati M. (2009), *Capitalismo, mercato e democrazia*. Il Mulino. Bologna.
- Schmitt C. (1984), *Dottrina della Costituzione*. Giuffrè. Milano.
- Scuto F. (2022), *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio*. Giappichelli. Torino.
- Scuto F. (2017), *Il Governo dell'economia nello Stato regionale italiano tra riforme costituzionali e crisi economica: L'indissolubile legame con i principi di solidarietà, eguaglianza e tutela dei diritti sociali. Possibili "spunti" per una costruzione federale europea*.
- Spagnuolo Vigorita, V. (1959), *L'iniziativa economica privata nel diritto pub-*

blico. Jovene, Napoli.

Zatti F. (2012), Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione. *Forum di Quaderni Costituzionali*.

*Alejandro Villaluenga Garrido**

ESTADO SOCIAL, PUEBLO Y PERTENENCIA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El problema de las asimetrías económicas y la centralidad de la “razón económica” en el contexto de la Unión Europea. – 3. Constitución, pueblo y pertenencia a la UE. – 4. Consecuencias constitucionales de la respuesta de la Unión Europea a la crisis de 2008. – 5. Consecuencias constitucionales de la respuesta de la Unión Europea a la crisis de 2020. – 6. Las reticencias al federalismo económico. – 7. A modo de conclusión: constitucionalización de la Unión, identidad y desarrollo del Estado social.

1. Introducción

“La Unión Europea es y tiene una realidad, pero, también, es una ideología. Hay toda una ideología dominante que incluye una sola manera de entender Europa, de un lado y, de otro, imponer la idea de que lo que existe como Europa es lo único que puede existir” (DE CABO, 2009, 18).

Esta reflexión del insigne profesor De Cabo se hacía actual a pocas semanas de que tuvieran lugar las elecciones al Parlamento Europeo del 9 de junio de 2024, cuando se preguntaba en las calles qué medidas le gustaría a la ciudadanía que la UE pusiera en marcha, o cuáles serían sus principales motivos para acudir a las urnas. Muchas respuestas hacían referencia a cuestiones sociales para las que realmente esta no tiene competencias efectivas, como los salarios, los alquileres o, en general, el acceso a la vivienda.

* Abogado especializado en Derecho público y derechos fundamentales. Ha trabajado en el Parlamento Europeo y actualmente es profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Geneva Business School y Doctorando en Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. Modo de contacto con el autor: avillalu@ucm.es.

La falta de estas competencias tiene unas razones histórico-políticas, si bien en los últimos años se han dado grandes pasos por ejemplo a la hora de proteger a la ciudadanía del desempleo derivado de las diversas crisis económicas sufridas. Las crisis, en general, han demostrado ser históricamente el mejor catalizador para la integración europea.

Mediante la presente comunicación, se pretende analizar el problema mencionado. Para ello, se hará referencia al problema de las asimetrías económicas y la concepción liberal de la Unión Europea, para luego analizar el problema de la falta de un verdadero “pueblo” europeo y cómo esto repercute a la hora de llevar a cabo políticas sociales o verdaderamente redistributivas. También se abordará someramente el contraste entre las respuestas ofrecidas por la Unión a lo largo de las dos últimas décadas, realizando finalmente una serie de propuestas basadas en la verdadera constitucionalización de la UE y el desarrollo de los derechos sociales en su seno.

2. El problema de las asimetrías económicas y la centralidad de la “razón económica” en el contexto de la Unión Europea

Que el capitalismo provoca un crecimiento desigual no es ninguna novedad. Este trastoca el orden del ciclo económico anticipando una parte de la distribución a la producción. De esta forma, se otorga a las finanzas y al trabajo una gran importancia en el conjunto de la cadena del ciclo, pues gracias a la existencia de capital no es necesario esperar hasta el ahorro.

Sin embargo, pueden existir una multitud de contingencias que puedan provocar una serie de “baches” financieros. Así pues, se va a producir una serie de “reciclado de excedentes” desde el futuro al presente, pero también desde las zonas excedentarias a las deficitarias para hacer frente a los mismos.

De esta manera, la inestabilidad del sistema capitalista parece clara. Como afirma el profesor AZPITARTE (2020, 2), “las asimetrías económicas hacen presente la experiencia de la desigualdad”, por lo que estas se convierten en un verdadero problema constitucional, tal y como se ha encargado de estudiar el profesor ARJONA (2021).

En el ámbito del Estado constitucional nacional, tradicionalmente esto se ha tratado de solucionar con políticas redistributivas, que parten del principio de solidaridad interterritorial o de la provisión de una serie de servicios públicos que aseguren unas necesidades básicas de la ciudadanía, sin importar el lugar donde se haya nacido y teniendo en cuenta que este tipo de políticas van a generar un beneficio común. Estos mandatos se van a constitucionalizar en la Carta Magna de los Estados constitucionales modernos, dando lugar a la denominada “Constitución económica” o “Constitución social”, que no dejan de tener una legitimidad directa, en tanto emanan de la voluntad popular de dichos Estados, que comparten una identidad común. Los derechos sociales tendrían así un claro valor económico-redistributivo.

Observamos entonces de qué forma la organización política y las políticas económicas cuentan con un vínculo ineludible. Pero ¿qué ocurre en la Unión Europea? Lo primero que debemos tener en cuenta es que la unión económica surge bastante antes de la política, y precisamente como fracaso de esta. La creación del mercado interior tiene como objetivo hacer frente a las políticas proteccionistas, pero no llevar a cabo políticas redistributivas. El diseño institucional del Banco Central Europeo o la imposibilidad de la UE de generar un tesoro propio a través de la emisión de deuda común así lo atestiguan.

La presunta ausencia de un claro *populus europaeum* que se sintiera parte del proyecto de la UE constituiría una razón más para que el diseño institucional fuera diferente en cuanto a política económica se refiere.

En línea con todo ello, se ha destacado cómo, contrariamente a la capacidad redistributiva y equilibradora del Estado social, y su difusión al conjunto social, que fue lo que posibilitó la integración europea y la apertura de los mercados, en la UE se ha consolidado la centralidad del mercado, esto es, de la “razón económica”. Otras finalidades de la UE quedarían subordinadas a la realización efectiva de dicha “razón económica”.

DE CABO (2009, 23-25) expone brillantemente dos ejemplos de dicha centralidad: por un lado, desde un punto de vista jurídico, la asunción de la competencia exclusiva por parte de la Unión sobre competencia “para el funcionamiento del mercado interior”, y también el entendimiento de los derechos y libertades enunciados en la

Carta de Niza desde la concepción liberal de la no intervención. Además, la constatación de la anteposición de los medios a los fines, dan buena cuenta de la dificultad para desarrollar los contenidos clásicos del Estado social, que en realidad se encuentran entre los objetivos de la Unión (piénsese en la enunciación del art. 3.3 TUE en materia social, por ejemplo).

Así las cosas, se rompería el tradicional pacto entre “razón económica” y “razón social” que ha caracterizado al poder constituyente a lo largo de la historia del constitucionalismo, con consecuencias importantes tanto para la organización constitucional a nivel supranacional, las políticas que emanan de la misma, y por tanto, y de manera evidente, para la vida de la ciudadanía de la Unión.

3. Constitución, pueblo y pertenencia en el ámbito de la UE

La construcción *schmittiana* del concepto de Constitución defiene que esta debe ser un reflejo del pueblo que pretende regir y representar. Por el contrario, Hobbes mantenía que esta debía de ser más bien un *pacto*. Esta última es la concepción que ha dominado en el constitucionalismo moderno, si bien en todas las Constituciones siempre existe algo de contenido identitario, porque todos los pueblos son resultados de su propia historia y, por tanto, sus instituciones también; y porque la Constitución es, primero y sobre todo, cultura, como bien se ha encargado de poner de manifiesto el maestro HÄBERLE¹.

Comparto con la doctrina constitucionalista más destacada la observación de que existe una tendencia natural a estudiar la Unión Europea desde las categorías clásicas del Estado-nación y, por tanto, desde una perspectiva teórica, las construcciones del Estado federal serían

¹ Este último dato también sería clave para superar la idea de la necesidad de contar con un pueblo “homogéneo”, pues Europa (y hay que entender que por tanto la Unión Europea) sí que cuenta con un acervo cultural común, como por ejemplo ha señalado Steiner en “La idea de Europa”, o con una cultura jurídica común europea, como ha puesto de manifiesto Häberle (cuyos elementos serían su historicidad, su dogmática jurídica, la independencia jurisdiccional y el Estado de Derecho y la neutralidad confesional e ideológica del Estado).

las soluciones a todos los problemas, si bien esta idea se da de bruces con la realidad, al haber sido rechazada la Constitución europea².

Sin embargo, en mi opinión, el carácter constitucional de la Unión Europea está fuera de toda duda, si bien, como veremos, debe ser perfeccionado. Se trata de un constitucionalismo particular, “un sistema de poder dividido para hacer frente a los retos de la globalización en la era postnacional” (PERNICE, 2001, 4)³, si bien ya el TJUE se encargó hace casi 40 años de ponerlo de manifiesto, al caracterizar los Tratados como la “carta constitucional fundamental” de una comunidad de Derecho como es la de la UE⁴.

Y es que *“el ordenamiento jurídico de la UE va más allá de la tradicional dicotomía entre; por un lado, organizaciones internacionales y sus reglas; y por otro, Estados y su Derecho interno, pues, aparte de que tiene como sujetos de su régimen jurídico, no solo a los Estados miembros sino también a sus nacionales, asigna poderes y tareas a diferentes órganos dentro del propio Estado miembro, en vez de simplemente referirse al Estado en sí mismo. Esto constituiría una de las razones por las que nos encontramos ante un orden constitucional y no internacional”* (ROSAS, 2014, 727).

Habitualmente, se ha venido defendiendo que no es necesario que exista una “nación europea”, con un “pueblo homogéneo” (de hecho, el artículo 1 TUE, consciente de esta dificultad, habla de “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa...”), sino que lo realmente necesario es la formación de una esfera pública común a nivel supranacional. En efecto, como ha desarrollado Habermas, la democracia requiere de un espacio público donde se pueda formar algo parecido a una voluntad política, donde la ciudadanía se informe, debata e incluso pueda cambiar de opinión a causa de la interacción con

² Cuando uno trabaja en una de las instituciones de la UE, se da cuenta de la dificultad de realización del Estado federal: al mismo tiempo que constata lo cerca que parece estar para los funcionarios de la Unión, advierte lo lejos que queda aún aunar sensibilidades de Estados tan dispares como los que componen nuestra organización supranacional.

³ Esta es la definición que hace Pernice de “constitucionalismo multinivel”, que luego desarrolla con cinco elementos.

⁴ Párrafo 23 de la STJCE de 23 de abril 1986, caso Los Verdes c. Parlamento Europeo, as. 294/83.

otros. Así, una solución podría ser que la esfera pública nacional se “abriera” más tanto a la UE como a otras esferas nacionales. De esta manera, más que la formación de una esfera pública supranacional, muchos académicos vienen defendiendo en los últimos años que con que las esferas nacionales fueran cada vez más sensibles a los asuntos de la UE, sería suficiente. Lo que importa por tanto es el hecho de que el debate ciudadano esté centrado por los mismos asuntos al mismo tiempo⁵.

Sin embargo, hay que advertir que la idea de una esfera pública centralizada en realidad es posible que siempre haya sido una ficción, o, al menos, una cosa del pasado, en un mundo con espacios públicos fragmentados, y numerosas maneras de informarse a través de diferentes medios públicos o privados (MÜLLER, 2016, 86).

Cada vez más personas son conscientes de la importancia de la Unión e incluso adoptan lo que los académicos han llamado una “visión transnacional”. El problema es que tienden a hacerlo únicamente los mejor educados y aquellos con mejores condiciones socioeconómicas. Por el contrario, aquellos que ocupan los estratos sociales más bajos han manifestado en ocasiones actitudes hostiles hacia la integración europea. Como ha demostrado en un importante estudio la politóloga de la Universidad de Ámsterdam Theresa Kuhn (2015), esta dinámica solo puede cambiarse si los ciudadanos tienen experiencias positivas al encontrarse con otros europeos. En este sentido, es conocida la afirmación del expresidente de la Comisión Europea Jacques Delors: “alguien no puede enamorarse del mercado común, pero sí de otro europeo”. Nos encontramos aquí ante una importante paradoja: el sentimiento de pertenencia, que constituye un factor trascendente para facilitar políticas redistributivas queda lejos de realizarse cuando se constata que aquellos que podrían verse afectados por las mismas, son

⁵ Algo que, creemos, lleva produciéndose de forma creciente desde la crisis económica de 2008, pasando por la denominada “crisis de los refugiados” de 2015, pero, sobre todo, tras la pandemia provocada por la COVID-19 y las consecuencias económicas de la invasión de Ucrania por parte de Rusia. Gobiernos y ciudadanos se han dado cuenta -si antes no estaba claro- de la fuerte interdependencia que tenemos en Europa, y, de hecho, ha provocado acciones de la UE hasta hace unos años impensables, como la emisión de deuda común, la compra conjunta de vacunas, la actuación en materia migratoria o la intervención del mercado eléctrico.

los que menos acceso tienen a oportunidades para facilitar ese sentimiento.

4. Consecuencias constitucionales de la respuesta de la Unión Europea a la crisis del 2008

Sea como fuere, existe un cierto consenso a la hora de caracterizar a la democracia como un proceso. Aunque este no sea perfecto, debe existir una cierta correlación entre los *inputs* y los *outputs* en el sistema político. Esto es aún más difícil de realizar en la Unión Europea, pues los mecanismos de control o *accountability* son menores y, además, en este siglo, a la hora de hacer frente a la Gran Recesión de 2008 la misma se presentaba como producto; esto es, con independencia de los resultados electorales, se imponían una serie de medidas económicas sin alternativa.

El profesor BALAGUER (2013, 449 - 454) ha realizado una fina crítica al señalar de qué forma los derechos sociales se vieron limitados como consecuencia de la aparente ineludible necesidad de limitar el gasto público. La “Constitución económica”, entendida desde la perspectiva del neoliberalismo, se imponía a la “Constitución social”, constituyendo entonces una “híper-Constitución” y siendo aplicada en unos términos que se presentaban como únicos. La idea de austeridad y el principio de equilibrio presupuestario no solo se podían conseguir a través de políticas de reducción del gasto. Como señala Balaguer, ese planteamiento no tenía en cuenta las cargas financieras que se habían generado en los Estados más afectados por la crisis como consecuencia de su pertenencia a la zona euro.

Las consecuencias de todo ello iban a ser, en general, la negación del conflicto social y político, y también la negación del papel mediador de la Constitución a la hora de recoger las políticas europeas, así como la configuración constitucional de los derechos fundamentales vinculados a la democracia pluralista.

En 2008, la actuación del BCE, el MEDE, el Semestre europeo y la supervisión bancaria fueron los instrumentos con los que se hizo frente a la crisis.

El BCE, con el “whatever it takes” de Mario Draghi, entendió que necesitaba reparar los desequilibrios derivados de la moneda común y decidió suministrar liquidez al sector financiero y también a los Estados. Compró títulos públicos en los mercados secundarios y se convirtió en pagador de última instancia, lo cual posteriormente iba a ser cuestionado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA).

5. Consecuencias constitucionales de la respuesta de la Unión Europea a la crisis de 2020

Ante la crisis de 2020, la actuación de la UE, aunque ha sido criticada por muchos como lenta, en nuestra opinión, ha sido más rápida y efectiva que en el pasado. Los objetivos de estabilizar los mercados, frenar el decrecimiento y garantizar el crédito estaban muy claros, por lo que el BCE se ha visto volviendo a utilizar las medidas de 2008 que habían dado resultado.

Pero sin lugar a dudas, la gran diferencia en relación a la crisis anterior ha sido la atención que se ha dado al carácter social de la misma. Mientras que en la década anterior se había considerado la precariedad laboral y el desempleo como consecuencias necesarias, centrándose sobre todo las medidas económicas en revitalizar la productividad empresarial, en esta ocasión se han puesto en marcha instrumentos que amortiguaran los efectos sociales de la crisis. Se trata de una cuestión de justicia. Además, de esta forma, la UE es consciente de que puede aumentar su legitimidad, lo cual siempre es necesario.

Así, algunos de los instrumentos más importantes dentro del Plan de recuperación europea (conocido como *NexGenerationEU*) han sido el programa SURE, el instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia a raíz del brote de COVID-19. Este se ha financiado a través de deuda pública de la Unión, a través de bonos sociales, lo cual previamente había sido un tema tabú.

Por otra parte, el programa REACT se dirige a la cohesión territorial para evitar una salida desigual de la crisis a corto plazo y el *Recovery Facility* ha pretendido ser una solución a largo plazo, a través del cual se ha logrado incluir una serie de requisitos que han formado par-

te del horizonte político de la Comisión Europea durante esta pasada legislatura, como la transición ecológica y digital. Al final, se ha logrado que una parte de la inversión sean transferencias y otra, préstamos a los Estados miembros según vayan cumpliendo con los hitos del plan.

Como apunta AZPITARTE (2020:11), la conclusión de todos estos mecanismos es que nos podríamos encontrar ante el germen de un tesoro europeo. La emisión de deuda común, el diseño de mecanismos específicos para atender el coste del desempleo, o el establecimiento de parámetros redistributivos de la riqueza a la hora de planificar las inversiones son sin duda pasos en la buena dirección para la construcción de esa “Europa social” tan anhelada por la gran mayoría de la ciudadanía europea.

6. Las reticencias al federalismo económico

Poco antes de que tuvieran lugar las elecciones al Parlamento Europeo de 2024, el entonces presidente del Consejo Europeo, Charles Michel, señaló: “ahora es muy difícil un acuerdo sobre los eurobonos para financiar las inversiones que precisa la UE”. “Sé que a muy corto plazo es muy difícil llegar a un acuerdo sobre los eurobonos porque hay algunos países reticentes a esa idea” (como Alemania, Países Bajos, Austria y otros países), ha declarado⁶.

Por otra parte, el TCFA se ha mostrado reacio a la transferencia de créditos a otros Estados o a la UE, pues esto vaciaría de competencias a su Parlamento. Como señala Azpitarte, esta conclusión se basa en la concreta idea de democracia que consiste en el entendimiento de que debe existir un vínculo necesario entre toda decisión política y el pueblo. En la UE, como hemos señalado, esto no sería tan sencillo, y de ahí surgirían los problemas.

⁶ <https://elpais.com/economia/2024-04-12/michel-ahora-es-muy-dificil-un-acuerdo-sobre-los-eurobonos-para-financiar-las-inversiones-que-precisa-la-ue.html>

Aunque esta no es la sede adecuada para analizar en profundidad la interesante STCFA de 5 de mayo de 2020⁷, baste aquí señalar los elementos centrales de la decisión. El *Bundesverfassungsgericht* va a materializar las amenazas planteadas desde Solange, pasando por Maastricht y Lisboa, al materializar un rechazo frontal a la autoridad del TJUE, declarando parcialmente inconstitucional la sentencia del TJUE de diciembre de 2018⁸, la cual responde a una cuestión prejudicial del TCFA, en la que el Tribunal de Luxemburgo rechaza las dudas de validez de las decisiones sobre compras de activos del sector público (PSPF) por parte del BCE como normas *ultra vires*, al haber ido en teoría este más allá de su mandato, incumpliendo la prohibición de la financiación monetaria. Además, del régimen de reparto de pérdidas de dicho programa tampoco se habría afectado la potestad presupuestaria del Parlamento Federal, y por tanto, no se habría vulnerado el principio democrático.

Aunque puede que dicha sentencia sea una respuesta a la falta de argumentación del TJUE (que además ya se vislumbraba en *Gauweiler* (2015), caso en el que también se dirimía la problemática a la que hacemos referencia)⁹ en relación con la justificación del programa de deuda mencionado y la competencia del BCE, es inadmisibles la insubordinación que muestra. El TCFA se erige con capacidad de controlar actos de las instituciones comunitarias, cuestión que solo le compete al TJUE, por lo que se consuma así una violación flagrante de los Tratados de la UE, rompiendo el principio de primacía, seguridad ju-

⁷ Véase el excelente comentario de Araceli Mangas en <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/el-tribunal-constitucional-aleman-y-su-fuego-amigo-sobre-el-tribunal-de-justicia-de-la-ue-y-el-bce/> o el gran trabajo de las profesoras Ragone y Ruiz Tarrías, “Supremacismo judicial” al estilo alemán: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el programa de compras de bonos en mercados secundarios”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15/12/2020.

⁸ STJUE de 11 de diciembre de 2018, as. C-493/17, Weiss y otros, caso C-493/17.

⁹ STJUE de 16 de junio de 2015, as. C-62/14, caso Gauweiler y otros. El TCA suscitaba la duda sobre la competencia del BCE, conforme a los Tratados de la UE, pues defendía que el Programa no era una medida de política monetaria, sino de política económica, encontrándose así fuera del mandato del BCE. Es preciso señalar que existe una gran controversia sobre la disociación entre política monetaria y económica. Además, la política económica es una competencia sui generis; teniendo el Consejo una capacidad de “orientación general” (art. 5 TFUE).

rídica e igualdad entre los Estados. Se da así la paradoja de que el TCFA, al controlar un acto que considera ultra vires, él mismo se coloca en una posición fuera de sus competencias.

7. A modo de conclusión: constitucionalización de la Unión, identidad y desarrollo del Estado social

Ortega y Gasset ya señalaba aquello de: “¿qué es Europa sino un conjunto de equilibrios?”. En mi opinión, uno de los grandes retos de las ciencias sociales este siglo es pensar la Unión Europea, con un discurso verdaderamente *uropeo*.

A lo largo de estas líneas, hemos observado de qué manera es necesaria una cierta vinculación o pertenencia entre el pueblo y las políticas redistributivas. Pertenencia, identidad... son diferentes los términos que se han utilizado para afrontar este problema en el ámbito de la Unión. No creemos que sean debates demasiado teóricos o estériles, pues tienen una serie de consecuencias como las que hemos mencionado en este trabajo.

Coincidimos con el profesor AZPITARTE cuando dice que hay que prestar más atención a los “momentos constitucionales” de Ackermann y no plantearlo todo en términos de grandes exigencias o proyectos. Las crisis han constituido un gran catalizador para la integración europea, pero falta ir más allá.

Nos parecen destacables las reflexiones de DE CABO (2009), cuando señala que, en tanto la UE sirve principalmente a la realización de los intereses del mercado (aunque hemos visto la novedad que representa la respuesta a la crisis del 2020) y de la acumulación capitalista, constituye la institución más perfeccionada de la globalización económica.

Así, abogamos también por una Unión verdaderamente constitucional, en el sentido de que, en tanto el Derecho Constitucional se inserta en las ciencias de la cultura, esta se dirija a la realización de los fines del hombre, y no se centre tanto en medios o procedimientos. La constitucionalización provocará la recuperación de la legitimación democrática a partir de las demandas reales de los ciudadanos y, por tanto, la recuperación del poder político como elemento central al par-

tir del cual poder articular y hacer efectivas dichas demandas (DE CABO, 2009, 40).

Aquí entrarían cuestiones como un mayor desarrollo de los derechos sociales, superando limitaciones competenciales, y poniendo las instituciones al servicio de las necesidades reales de la ciudadanía. La vivienda se convierte en este contexto en un ámbito prioritario de actuación. La Unión tiene que asegurar un verdadero “derecho a la vivienda”, superando los escollos procedimentales y por tanto las lógicas de acumulación capitalista que reinan en la proliferación de los apartamentos de uso turístico o la subida exagerada de los precios de los alquileres. Este es un ejemplo concreto y muy actual de la dialéctica que existe entre la “razón económica” y la “razón social”, de las que habla De Cabo, así como de la contradicción entre capital y trabajo, pues los principales afectados por esta problemática son los ciudadanos que componen la clase trabajadora. Del mismo modo, es una buena muestra del perfeccionamiento de las formas de propiedad a nivel supranacional, en un contexto de globalización económica, que se traduce en la existencia de grandes fondos de inversión que no permiten el desarrollo de los derechos de la ciudadanía.

En este sentido, no hay que perder de vista las posibilidades performativas del discurso político, a lo cual, por supuesto, no ayuda que las elecciones al Parlamento Europeo sean nacionales y no verdaderamente europeas, pues se acaba trasladando los conflictos constitucionales nacionales al espacio europeo, como bien ha desarrollado el profesor Balaguer. Sin embargo, parece claro que luchar por la justicia social para 450 millones de personas es un proyecto ciertamente atractivo.

El sentimiento de pertenencia a la Unión Europea solo se desarrollará si esta se ocupa de la “buena vida”. Y esto, en nuestra opinión, se traslada a tres ejes para el proyecto europeo: profundización democrática y en derechos, políticas sociales que ahonden en unas condiciones de vida dignas para todas las personas y la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático. De esta manera, será más sencillo desarrollar efectivamente el Estado social a nivel supranacional, poniendo la Unión al servicio de la mayoría del pueblo de la Unión Europea.

Bibliografía

- Arjona Sánchez, Miguel J (2021). *El euro, entre la nostalgia postmoderna al oro y un supra-federalismo europeo. Un debate constitucional*. Pamplona. Aranzadi.
- Azpitarte Sánchez, Miguel (2020). Crisis económicas: un problema constitucional – a propósito de la COVID. *ICADE. Revista de la Facultad de Derecho*.
- Balaguer Callejón, Francisco (2013). Una interpretación constitucional de la crisis económica. *ReDCE*, año 10, núm. 19.
- De Cabo, Carlos (2009). Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador. *ReDCE*, núm. 11.
- Kuhn, Theresa (2015). *Experiencing European Integration. Transnational Lives and European Identity*. Oxford.
- Müller, Jan-Werner (2016). The EU's democratic deficit and the public sphere. *Current History*, vol. 115, núm. 779
- Pernice, Ingolf (2001). *Multilevel constitutionalism in the European Union*, WHI – Paper 5/02. *European Law Review*.
- Rosas, Allan (2014). *The National Judge as EU Judge: Some Constitutional Observations*, *SMU Law Review*, núm. 67.

Luis Fernando Martínez Quevedo

EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LOS MENORES EN LA SOCIEDAD DIGITAL

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. El libre desarrollo de la personalidad: aspectos jurídicos más relevantes. – 2.1. Incorporación del libre desarrollo de la personalidad a nivel normativo. Perspectiva comparada. – 2.2. Tratamiento jurídico del libre desarrollo de la personalidad en España. – 3. El libre desarrollo de la personalidad de los menores en la sociedad digital. – 4. Conclusiones. – 5. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

Una vez bien entrado ya el siglo XXI, con un acceso a teléfonos móviles con conexión a internet por parte de las personas prácticamente pleno¹, conviene que nos detengamos y reflexionemos acerca de los diferentes riesgos que las (ya no tan) nuevas tecnologías suponen para la esfera jurídica de las personas, especialmente para las de menor edad. Es indudable que hemos experimentado una explosión de las redes sociales y aplicaciones de mensajería instantánea en las dos primeras décadas de este siglo, servicios que ocupan una posición de privilegio en nuestro tiempo, tanto de ocio como, en algunos casos, laboral, y que han supuesto una verdadera revolución a nivel comunicativo.

Junto a esto, es importante mencionar el advenimiento de la inteligencia artificial, cuyas funcionalidades están todavía por explorar y que seguramente van a suponer un nuevo desafío en lo relativo a la

¹ El INE calcula que el 99,5% de los hogares españoles, sin prácticamente tener incidencia alguna las variables del número de miembros, formación o nivel de ingresos, cuenta con, al menos, un teléfono móvil. El 96,4% tienen conexión a internet (de banda ancha). Se calcula, además, que un 94,7% de los menores de entre 10 y 15 años han utilizado internet en los últimos 3 meses y que un 70,6% disponen de teléfono móvil (datos consultados en la página web del Instituto Nacional de Estadística en septiembre de 2024).

protección de las personas y, específicamente, de sus derechos fundamentales. No obstante, cuando ya se presenta ante nosotros un futuro que, hace escasos años, aún creíamos lejano, lo cierto es que tenemos todavía retos pendientes del estadio tecnológico anterior. La web 2.0, las aplicaciones de mensajería instantánea y las redes sociales constituyen un grupo de servicios que plantea ciertos desafíos sobre nociones como las de dignidad y vulnerabilidad, sobre derechos fundamentales tales como la intimidad, la protección de datos o, incluso, la libertad de información y, finalmente, sobre la protección de colectivos vulnerables como el formado por los menores, que constituyen nuestro principal tema de investigación.

En este contexto, consideramos interesante abordar otro elemento, propio del Derecho constitucional, como es el del libre desarrollo de la personalidad en conexión con los parámetros propios de la sociedad digital. Es habitual abordar la relación de la dignidad o de los propios derechos fundamentales con la época actual, plenamente digitalizada, en tanto que se trata de aspectos que entrañan en sí mismos un innegable valor jurídico. Desde nuestro punto de vista, el libre desarrollo de la personalidad también merece un tratamiento pormenorizado, al revestir un interés específico, pues cobra precisamente un valor especial cuando los sujetos sobre los que nos centramos son menores de edad, etapa en la que la configuración de la personalidad y la identidad a través de la autodeterminación alcanzan una considerable cuota de relevancia². Por este motivo, nos proponemos en el presente trabajo realizar un breve acercamiento teórico a la figura del libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad y su proyección en la construcción de su identidad en la sociedad digital, especialmente en las redes sociales, para plantear algunos interrogantes, los cuales vienen a incidir en la necesidad de buscar soluciones satisfactorias al problema

² Esto no quiere decir que el libre desarrollo de la personalidad esté circunscrito a la etapa de niñez y juventud. Si bien es cierto que la construcción de la personalidad y de la identidad funcionan a pleno rendimiento en tales épocas (como demuestra el hecho de que la educación esté encaminada a su consecución), lo cierto es que hay otros aspectos cuyo momento es generalmente posterior: contraer matrimonio, someterse a la eutanasia o, en el caso de las mujeres, gestar (incluso gestar para otros) o abortar. Todas estas decisiones revisten un carácter eminentemente personal y la doctrina concuerda en entender implicado el libre desarrollo de la personalidad.

del uso de niños, niñas y adolescentes de estos servicios, que, además, impliquen en la medida de lo posible a los propios prestadores digitales.

2. El libre desarrollo de la personalidad: aspectos jurídicos más relevantes.

2.1. Incorporación del libre desarrollo de la personalidad a nivel normativo. Perspectiva comparada

El libre desarrollo de la personalidad constituye, sin ningún género de dudas, un aspecto importante de la esfera jurídica de las personas y, además, un elemento necesario para construir una sociedad cohesionada. En este sentido, el Estado Constitucional asume, como eje fundamental, la canalización y la articulación del conflicto social, inherente a toda sociedad, tal y como afirma BALAGUER CALLEJÓN³. Asimismo, se establece todo un sistema axiológico que, mediante el catálogo de derechos fundamentales incluido en la parte dogmática de la Constitución, sienta las bases del desarrollo de la personalidad del individuo, a través de cuya libertad supondrá, como veremos posteriormente, su integración pacífica en la sociedad⁴.

Partiendo de esta idea preliminar, es interesante realizar un recorrido a nivel internacional acerca de la presencia o ausencia de alusiones al desarrollo de la personalidad en el ámbito europeo y, fruto de la aparición de Constituciones más recientes, en el americano. Así las co-

³ BALAGUER CALLEJON, (2013, 92).

⁴ “En el Estado Constitucional se configura un sistema axiológico compuesto por el conjunto de valores y derechos fundamentado en el concepto de la dignidad personal que supone la consideración de la persona humana como valor anterior y superior al Estado (...). De esta manera, la Constitución adquiere su ‘contenido sustancial’ recogido en lo que configura su ‘parte dogmática’, esto es, el sistema de los derechos fundamentales, referida, pues, al favorecimiento del libre desarrollo de la personalidad en el ámbito social y conforme, a su vez, a los postulados de justicia e igualdad” (PERALTA MARTÍNEZ, 2004, 268).

sas, encontramos el desarrollo de la personalidad en los arts. 22⁵ y 26.2 DUDH⁶. En estos dos preceptos vemos una doble adjetivación para nuestra figura, bien como “libre” bien como “pleno”, dualidad que, también incorpora nuestra Carta Magna y que comporta interesantes matices. Vemos cómo, en un primer acercamiento, se relaciona el desarrollo de la personalidad con la dignidad, con las condiciones para ir llevándolo a término (a partir de su conexión con los derechos económicos, sociales y culturales) y con el derecho a la educación, incluido en el art. 13.1 PIDESC⁷, precepto en el que, consecuentemente, lo encontramos nuevamente recogido (frente a su ausencia en el PIDCP). En el plano internacional hay que resaltar, también, el silencio respecto a esta figura en el CEDH, frente a la CIDH que afirma que “un medio ambiente sano es indispensable para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia y la estabilidad política”, sosteniendo su art. 6 que la “participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad”; no obstante, este último precepto está claramente dirigido a reconocer un derecho de participación más que a incorporar, de algún modo, el libre desarrollo de la personalidad. Por último, tampoco lo encontramos incluido, como tal, en la CDFUE, a pesar de que se le

⁵ “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

⁶ “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.”

⁷ “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

dedica a la dignidad, valor íntimamente conectado al desarrollo de la personalidad, todo el Título I. Si bien, en el art. 32 CDFUE⁸, dedicado a la prohibición del trabajo infantil y a la protección de los jóvenes en el trabajo, el desarrollo en todos los planos de la persona opera claramente como límite a la posibilidad de que los menores puedan trabajar.

Respecto a los Estados de nuestro entorno, llama la atención cómo es incorporado en Constituciones como la alemana, la italiana o la portuguesa. El art. 2.1. de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dispone que toda “persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”; en otros términos más breves se pronuncia la Constitución de Portugal en su art. 26.1, al establecer que todos “tienen el derecho a la identidad personal, al desarrollo de su personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, a su buen nombre y reputación, a su imagen, a su expresión, a proteger la privacidad de su vida personal y familiar y a la protección legal contra cualquier forma de discriminación”. En España, en cambio, encontramos recogido el libre desarrollo de la personalidad en el art. 10.1 CE⁹ como fundamento del orden político y de la paz social, no como un derecho. Tampoco en la Constitución Italiana, en cuyo art. 2¹⁰ se considera que el desarrollo de la personalidad se debe producir, casi como *conditio sine qua non* en el seno de una formación social. Por otra parte, es llamativo el modo en que se articula el desarrollo de la

⁸ “Los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación”.

⁹ “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

¹⁰ “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social”.

personalidad en la Constitución Suiza, concretamente en su art. 11.1¹¹, al considerarlo un derecho de los niños y los jóvenes¹².

Finalmente, además de lo ya dicho respecto a la CIDH, interesa destacar la inclusión del libre desarrollo de la personalidad en el art. 19 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos¹³. En este caso, se prevé que el juez ordenará de oficio la prisión preventiva del imputado cuando se esté conociendo de delitos graves contra, entre otros, esta figura. También es conveniente destacar cómo es incorporado este libre desarrollo de la personalidad como un derecho, de un modo similar a los casos alemán y portugués, en el art. 16 de la Constitución de Colombia¹⁴, en el art. 2.1 de la Constitución Política del Perú¹⁵ o en el art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador¹⁶.

¹¹ “Los niños y los jóvenes tienen derecho a la protección especial de su integridad y a la promoción de su desarrollo”.

¹² Véase nuestra opinión al respecto en la nota 2.

¹³ “El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud”.

¹⁴ “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

¹⁵ “Artículo 2. Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”

¹⁶ “Art. 66. Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”.

2.2. Tratamiento jurídico del libre desarrollo de la personalidad en España

Tal y como hemos comentado en el apartado anterior, el libre desarrollo de la personalidad es recogido en el art. 10.1 CE como fundamento del orden político y de la paz social. Podemos afirmar que nos encontramos ante un concepto cuya naturaleza presenta cierta controversia tanto jurisprudencial como doctrinalmente. Desde la literalidad del precepto nos encontraríamos ante un fundamento, término al acompañan otros que presentan notables diferencias. Lo que sí parece claro es que el constituyente no lo incluye en el art. 10 CE fruto del azar, sino que hay un objetivo evidente: el art. 10 CE actúa como pórtico del Título I, enmarcando el rango de acción expansivo de los derechos fundamentales. Además, aparece junto a la dignidad, otra figura cuya naturaleza ha suscitado un amplio debate entre la doctrina pero que ocupa un lugar privilegiado en nuestro ordenamiento constitucional.

Profundizando en esta cuestión, la primera circunstancia para analizar es la de si las distintas interpretaciones y calificaciones del libre desarrollo de la personalidad están motivadas. Parece plenamente justificada la amplitud de teorías, precisamente cuando acabamos de ver que la Constitución Española lo califica como fundamento y, sin pretensión de exhaustividad, el resto de Constituciones y textos normativos recogidos en el apartado anterior lo recogen de diversas maneras: como parte del derecho a la educación, incluido entre los derechos de la infancia y la juventud, como un derecho en sí mismo o como límite para otros derechos.

Así las cosas, en la doctrina se refleja esta variedad de interpretaciones. PRESNO LINERA, por ejemplo, considera que “el libre desarrollo de la personalidad se convierte en un principio o mandato de optimización de dicha fundamentalidad [de los derechos]: por una parte, refuerza la preservación normativa (...) a favor de quien ostente la titularidad del derecho fundamental de que se trate (...). Por otra parte, orienta la labor de desarrollo del legislador (...).”¹⁷ Un estudio interesante es el realizado por ROBLES MORCHÓN, quien entiende, en pri-

¹⁷ PRESNO LINERA, (2022, 28).

mer lugar, que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho cuyo contenido se asemeja a la libertad general de acción del Derecho alemán¹⁸. Junto a esto, en segundo lugar, lo califica también como un “principio constitucional fundamental” al igual que el resto de los contenidos en el art. 10.1 CE¹⁹, añadiendo ESPINAR VICENTE “que actuaría como una cláusula para la defensa del libre albedrío individual”²⁰.

Por consiguiente, la doctrina no acierta a acordar si se trata de un derecho o de un principio. También la jurisprudencia del TC se ha pronunciado acerca de la naturaleza del libre desarrollo de la personalidad. Así, en la STC 44/2023, de 9 de mayo, el TC se refiere reiteradamente a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad como principios: “El libre desarrollo de la personalidad, como principio dotado de un valor preferente por el art. 10.1 CE, experimenta una afectación adicional en estos casos que legitima el que se conceda a la mujer embarazada un plazo superior a las catorce primeras semanas de gestación para poder llevar a cabo una interrupción voluntaria del embarazo” (FJ 7). En la STC 19/2023, de 22 de marzo, encontramos múltiples alusiones a nuestra noción, principalmente como principio: “En suma, en nuestro ordenamiento constitucional, la libertad individual para la adopción y puesta en práctica autónoma de decisiones personales privadas e íntimas de profunda relevancia vital goza *prima facie* de protección a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, configurados expresamente en la Constitución como “fundamentos del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE), y de los derechos fundamentales íntimamente vinculados a dichos principios, de entre los que cobra particular relevancia el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)” (FJ 6).

¹⁸ “La cláusula del ‘libre desarrollo de la personalidad’ del art. 10.1 establece, podemos decir, un derecho de libertad individual de carácter general. Es el individuo el que tiene el derecho a decidir libremente su proyecto vital, así como a cambiarlo cuantas veces quiera, e incluso a no tenerlo propiamente. La cláusula implica lo que en la doctrina alemana se ha llamado una ‘libertad general de acción’. Este es el contenido propio del libre desarrollo de la personalidad” (ROBLES MORCHÓN, 1995, 49).

¹⁹ ROBLES MORCHÓN, (1995, 52).

²⁰ ESPINAR VICENTE, (1995, 64).

La confusión, no obstante, se extiende al legislador. Así, por citar un ejemplo, el art. 12 de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, “garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación”. Si leemos con atención el precepto, vemos cómo las condiciones de la ley deben interpretarse del modo más favorable a una concreta serie de derechos fundamentales, entre los que parece encontrarse, en primer lugar además, el libre desarrollo de la personalidad. Tal conclusión se deriva al comprobar que los específicos derechos fundamentales, introducidos por la expresión “en particular”, pertenecen todos a la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, a excepción, claro está, del libre desarrollo de la personalidad. Llama la atención este aspecto, toda vez que no parece haber duda de su exclusión como derecho recurrible en amparo, a tenor de lo dispuesto en el art. 53 CE y por una unánime jurisprudencia del TC²¹.

No obstante, a pesar de la variedad de concepciones de esta figura jurídica, coincidimos con GAVARA DE CARA, quien afirma que en “definitiva, el principio del libre desarrollo de la personalidad es susceptible de ser protegido como derecho o como principio, pero las consecuencias a nivel de acciones de protección y de articulación de su contenido, dependen de su configuración en el sistema constitucional concreto en que se aplique”²². Dicho de otro modo, lo relevante es que el libre desarrollo de la personalidad y su contenido sean protegidos constitucionalmente, dependiendo, en resumidas cuentas, de cada ordenamiento si tal protección es dispensada bajo el prisma de los principios o bajo el de los derechos.

En lo relativo al contenido, por otra parte, es evidente que el término “desarrollo” hace referencia a un proceso, por lo que nos encontramos ante un concepto cuya incidencia jurídica se va a prolongar,

²¹ V. al respecto GABALDÓN LÓPEZ, (2001, p. 143).

²² GAVARA DE CARA, (2011, p. 140).

ineludiblemente, en el tiempo. No estamos, por tanto, ante un principio de aplicación esporádica o, en caso de entenderlo como un derecho, ante uno que se ejerce puntualmente. Nos encontramos, por el contrario, con una construcción de la propia personalidad continua, tarea que lleva a cabo la persona desde que comienza a descubrir sus intereses y aficiones, formar su opinión acerca del contexto que le rodea, la sociedad y el mundo, a ejercer sus derechos, en la medida en que tiene interés por ello, y, en definitiva, a configurar autónomamente su propio plan de vida, en palabras del TC²³. Cobra sentido, por tanto, vincular el libre desarrollo de la personalidad con los y las menores y con el derecho a la educación, aun cuando se trata de un proceso que dura toda la vida, que envuelve decisiones trascendentales de nuestra existencia (tener o no hijos, contraer matrimonio, interrumpir voluntariamente el embarazo o recurrir a la eutanasia son ejemplos claros de decisiones en las que, estando en el trasfondo el libre desarrollo de la personalidad, suelen tomarse a edades más avanzadas); no obstante, se presenta con una intensidad mayor en las primeras etapas de la vida.

El TC, en reiterada jurisprudencia, alude al plan de vida y a los elementos que lo configuran. Así, ha declarado que “el libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado si se impusieran a la persona decisiones u opciones vitales de naturaleza particularmente íntima y personal tales como la prohibición de la convivencia *more uxorio* o, en sentido contrario, la imposición del vínculo matrimonial (...), la imposición del matrimonio celebrado en determinada forma religiosa o la libre elección de cónyuge (...), o la continuación o terminación de una relación afectiva o de convivencia”. Asimismo, añade “que la libertad de procreación es una de las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad (...). El reconocimiento de dicha libertad, ínsita en el libre desarrollo de la personalidad, pone de relieve que la misma constituye uno de los aspectos configuradores del propio plan de vida” (STC 44/2023, de 9 de mayo, FJ 3).

En definitiva, nos encontramos con un principio que articula uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, la libertad. El desarrollo de la personalidad debe ser libre, es el sujeto de Derecho

²³ STC 60/2010, de 7 de octubre (FJ 8).

el que decide cómo diseñar su plan de vida, su dimensión y las acciones y decisiones a llevar a cabo para ir ejecutándolo. Además, como consecuencia del pluralismo, del principio democrático y del carácter social de nuestro Estado, se han de establecer los elementos necesarios para que cada cual pueda realizar su plan de vida en su máximo grado, consecuencia de ese carácter exponencial de la fundamentabilidad de los derechos. No se trata, en definitiva, únicamente de que el Estado no intervenga, permitiendo que toda persona construya su personalidad en función de sus posibilidades, idea de inspiración más liberal, sino de remover las condiciones que puedan dificultar los anhelos de cada sujeto, siempre y cuando tales deseos se encuentren dentro del marco permitido constitucionalmente. En este sentido, no podemos olvidar que, a diferencia de lo que ocurre con la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad no es absoluto, pudiendo entrar en conflicto con el ejercicio de derechos fundamentales por parte de otras personas u otras cuestiones como el orden público. Diferente es el contenido del art. 27.2 CE, que establece que el objetivo de la educación es que el desarrollo de la personalidad sea pleno y, además, a través del respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Por tanto, tales principios democráticos operan como un límite para el desarrollo integral de la personalidad. Dicho de otro modo, el constituyente entiende que la aspiración del sistema educativo en un Estado social de Derecho debe ser formar ciudadanos íntegros, que construyan su personalidad en el mayor grado posible dentro de sus deseos, pero asumiendo en tal proceso los valores propios de una convivencia democrática.

En conclusión, podemos afirmar que lo ideal es que cada sujeto construya su personalidad de un modo plenamente libre, en la idea de que la suma de cuantas más “personalidades” libremente construidas, tanto mejor para la sociedad, pues estará dando cabida a diferentes espiritualidades, cada una con su autonomía y autodeterminación, lo cual redundará directamente en beneficio de la democracia. Si cada libre desarrollo de la personalidad encuentra su espacio, la consecuencia será una sociedad más plural y más cohesionada.

3. *El libre desarrollo de la personalidad de los menores en la sociedad digital*

Una vez realizado un acercamiento al principio del libre desarrollo de la personalidad, procede analizar cómo inciden los parámetros propios de la sociedad digital en su construcción, especialmente en relación con los menores. Si partimos de la idea de que el libre desarrollo de la personalidad implica la libertad de cada individuo para construir su esfera íntima, personal y esencial en cada ámbito que configure su existencia y, junto a esto, la libertad de proyectarla hacia el exterior en la medida y el modo en que desee (con los únicos límites para ambos casos establecidos en el ordenamiento jurídico)²⁴, no parece difícil intuir que tal exposición voluntaria del carácter íntimo, de las ideas, de las creencias o de las emociones (en definitiva, de cualquier rasgo que ayude al sujeto a autoidentificarse y a hacerse identificar), en el contexto virtual se va a canalizar a través de, fundamentalmente, las redes sociales. No en vano, es lugar común aceptar que los nativos digitales viven “en” internet y no “con” internet²⁵.

Pero en este contexto en el que estamos inmersos, debemos afirmar que albergamos serias dudas acerca de que el desarrollo de la personalidad de los menores sea efectivamente “libre”. Dejando a un lado la problemática del control de la edad mínima (o la autorización del

²⁴ Afirma KOSMIDER que el “concepto del libre y pleno desarrollo de la personalidad del sujeto dispone de distintos atributos, uno de ellos reside en las garantías para efectuar la libertad de acción, es decir, de manifestarse hacia afuera que además coincide con la libertad de la vida privada y social, es decir, de comportarse libremente e iniciar y mantener relaciones con otras personas exentas de intromisiones, impedimentos y autocensura (la protección y el respeto a la vida privada), así se trata de expresiones de la personalidad en la esfera externa del individuo, y, por otro lado, consiste en poder desarrollar libremente y plenamente la esfera interna (personal, íntima) del mismo, la zona de lo psíquico, intelectual, cognitivo, axiológico, emocional, sentimental y espiritual de la persona” (KOSMIDER, 2018, 702).

²⁵ Sostiene LLORCA DÍEZ que en “la actualidad se han confirmado todas las predicciones. El tiempo de los más jóvenes se mide a través de internet. Las nuevas tecnologías han pasado a formar parte indispensable de sus vidas, lo interpretan como elemento base de sus hogares y de sus aulas, conformando también gran parte de su tiempo de ocio. Un universo que deja de ser paralelo para solaparse en sus manos, las pantallas se adaptan a ellos requiriendo de su atención” (LLORCA DÍEZ, 2018, 433).

titular de la patria potestad) para acceder a este tipo de servicios, no tenemos una certeza real de que los algoritmos y la inteligencia artificial que utilizan las redes sociales para personalizar la experiencia del usuario sea siempre y en todos los casos beneficioso para los y las menores. Los adolescentes del siglo XXI han incorporado las redes sociales a su cotidianeidad hasta tal punto, que construyen parte de su personalidad e identidad en ellas. Los nativos digitales actuales conocen, en mayor o menor grado, a qué se exponen en este tipo de aplicaciones, pero es tal la importancia que tienen para ellos que asumen con naturalidad los riesgos y continúan participando del contexto digital.

De hecho, el acceso a las redes sociales se produce cada vez más pronto, hablándose ya de los 8 años²⁶, etapas en que el proceso de formación de la personalidad se encuentra en un momento crucial, comenzándose a moldear los propios gustos, intereses o aficiones; paulatinamente, el menor va madurando, creando (y creándose) una imagen de sí mismo, un bagaje de opiniones que empiezan a deslizar una cierta visión del mundo, de la sociedad y, en definitiva, de su vida. En todo este proceso madurativo y socializador, el entorno digital desempeña un rol cuya relevancia es cada vez mayor. Las redes sociales aparecen como un espacio en el que compartir inquietudes, interactuar con los iguales, conocer gente y profundizar en nuevos intereses. Es precisamente en esto último en lo que el sistema de recomendaciones de las redes sociales centra su atención. El usuario muestra sus preferencias por determinados tipos de contenidos, bien a través de acciones voluntarias y reflexivas (por ejemplo, dar a me gusta a una publicación, compartirla con otros usuarios, almacenarla en un apartado específico de su perfil y/o seguir al autor del contenido), bien a través de acciones involuntarias (como detenerse un breve espacio temporal sobre ella). La inteligencia artificial, a través de algoritmos de aprendi-

²⁶ Así lo vemos en el informe *The Common Sense Census: Media Use by Tweens and Teens 2021*, publicado en marzo de 2022, si bien es cierto que los datos están referidos a Estados Unidos (disponible en https://www.commonsensemedia.org/sites/default/files/research/report/8-18-census-integrated-report-final-web_0.pdf). En España, la edad media de acceso a un dispositivo móvil propio con conexión a internet es de 10,96 años. Véase al respecto Morillas Fernández, 2023.

zaje automático²⁷, almacena toda esta información, la procesa y la devuelve en forma de recomendaciones, lo que se conoce como *feed*²⁸.

Es en este punto en el que se encuentran algunas cuestiones problemáticas. La primera de ellas es la relativa a la edad mínima necesaria para poder prestar un consentimiento válido para el tratamiento digital de los datos por parte de los prestadores de servicios²⁹, cuestión en la que no nos vamos a detener, aunque si entendemos conveniente insistir en la idea de que la eficacia de estas previsiones normativas está en entredicho, pues los prestadores de servicios no realizan ningún esfuerzo por comprobar fehacientemente la edad de sus usuarios.

La segunda cuestión problemática, en estrecha conexión con la anterior, es la que se deriva del contenido mismo de la pestaña de reco-

²⁷ Coincidimos con BUENO FERNANDES Y CAMPOS PELLANDA cuando afirman que entender “y debatir los algoritmos que conforman cada vez más nuestra forma de ver el mundo y nuestro sentido de la realidad es fundamental para comprender los impactos negativos de las nuevas tecnologías y como mitigarlos” (CAMPOS PELLANDA Y BUENO FERNANDES, 2023, 270).

²⁸ CALVA CABRERA y otros afirman que no “obstante, se debe recordar que los *feeds* de noticias dentro de las redes sociales digitales se personalizan de acuerdo al comportamiento del usuario -este trabajo es una responsabilidad de la IA, pues su labor es de relevancia- y en este entorno se convierten en el conjunto de algoritmos de aprendizaje automático que permiten predecir el comportamiento o gustos de un usuario, es decir, (...) se orienta a proporcionar y atender los requerimientos puntuales”, (CALVA CABRERA ET AL., 2024, 20). En este sentido también se expresan RODRÍGUEZ GORDO Y SARRIÓN ANDALUZ, quienes sostienen que “los algoritmos que procesan la información obtenida de las redes sociales se encargan de decidir qué publicaciones visualiza un usuario en su móvil con relación a su actividad y realizar un análisis acerca de su comportamiento para poder optimizar el primer proceso” (RODRÍGUEZ GORDO Y SARRIÓN ANDALUZ, 2021, 163).

²⁹ No profundizamos en esta cuestión, entre otros motivos, porque ya lo hicimos en el anterior VI Congreso del Seminario Ítaloespañol. Únicamente queremos manifestar que aquellos problemas siguen presentes en la actualidad, al no existir un eficaz control de la presencia de menores en las redes sociales ni constan mecanismos para certificar la autorización del titular de la patria potestad para la validez del consentimiento. Además de esto, el Gobierno de España ha presentado el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, con el que, entre otras medidas, pretende volver a elevar la edad mínima para prestar el consentimiento de forma válida a los 16 años, tal y como consta en el RGPD.

mendaciones en las redes sociales. Si, como hemos visto, los menores acceden a estos servicios cada vez a edades más tempranas, cuentan con un dispositivo propio y la vigilancia es una tarea muy compleja (es preciso acudir a aplicaciones de control parental, algo que no todo el mundo conoce y, entre quienes conocen, no todo el mundo lo considera positivo y que, además, plantean límites difusos con otros derechos como el de la intimidad del propio menor), es probable que exista un determinado grupo entre este tipo de usuarios que acceda y muestre preferencia por contenidos no apropiados en términos globales para su nivel de madurez y el desarrollo de su personalidad.

Entre estos contenidos, el primero al que generalmente se dirige la atención es la pornografía³⁰. Destaca TURIENZO FERNÁNDEZ que según “el informe de Save the Children España ‘(Des)información sexual: pornografía y adolescencia’ (p. 27), publicado en el año 2020, hoy en día, casi siete de cada diez menores de entre 13 y 17 años (concretamente, un 68,2%) consumen de manera habitual pornografía”, añadiendo que en nuestro país “los menores visualizan pornografía por primera vez entre los 8 y 12 años”³¹. Por tanto, se trata del acceso sin ningún impedimento a contenidos de índole sexual en momentos de conformación de la identidad y de la personalidad en los que aún no se ha tenido ninguna experiencia vital sobre el tema y, no se puede perder de vista, sin ningún tipo de *feedback* por parte de un adulto, por razones obvias. En este sentido, una primera consecuencia es que el “consumo temprano de contenido pornográfico repercute en el tipo de actitudes de los individuos, principalmente del hombre hacia la mujer. Las investigaciones realizadas con muestras representativas de adolescentes de 14 a 17 años han observado que ver regularmente pornografía en internet está asociado a la perpetración de coerción sexual y abuso sexual en los varones”³². No en vano, el aumento de casos de violencia sexual entre menores y adolescentes ha llevado a los

³⁰ Un estudio reciente y muy completo lo encontramos en TURIENZO FERNÁNDEZ, 2024.

³¹ Según la campaña “Por no, porno. Educa a tus hijos antes de que el porno lo haga por ti”, de la Fundación de Ayuda contra la Drogadicción, disponible en <https://fad.es/campana/pornoeducar/>

³² MUÑOZ VILLANUEVA, (2024).

expertos a preguntarse “en particular, si el consumo de pornografía a edades tempranas habría tenido algo que ver”³³. Junto a esto, es preciso destacar también la propensión a actitudes propias de la pornografía, tales como la práctica de sexo sin preservativo, sexo no consentido o el desarrollo de sentimientos de insatisfacción respecto a la propia imagen física y al rol desempeñado en las relaciones sexuales. En definitiva, un problema que, en principio, estaba circunscrito a páginas webs concretas, sin restricción real y eficaz de la edad, ha dado el salto a las redes sociales, que han sufrido un proceso de pornificación, a través de la elusión de los términos de uso del servicio, destacando en este aspecto Instagram, Tiktok y, sobre todo, X (antes Twitter), que no parece restringir en modo alguno este tipo de contenido³⁴.

No obstante, no es únicamente el pornográfico el contenido inapropiado para estas personas de menor edad. En una segunda categoría podríamos añadir aquellas publicaciones que atentan contra la convivencia o los valores de la misma democracia: mensajes de odio, discriminatorios, violentos... Existen muchos perfiles en redes sociales, de ideología abiertamente antidemocrática, con tendencia radical, que, amparándose en su libertad de expresión³⁵, publican contenido xenófobo, aporófono, claramente contrario a la igualdad de la mujer y nada respetuoso con el colectivo LGTB. Es interesante, en este punto, tener en cuenta que el algoritmo de las redes sociales recomienda contenido por el que se haya mostrado interés y, además, sitúa en una posición privilegiada aquellas publicaciones que crean controversia, pues la polémica genera más interacciones, más “likes”, más comentarios...

³³ TURIENZO FERNÁNDEZ, 2024, 453.

³⁴ Cfr. SÁNCHEZ RUBIO, 2021.

³⁵ Muy interesante la reflexión de MARABEL AMTOS, (2021), quien afirma que el “ordenamiento constitucional protege incluso a quienes lo niegan, ya que en términos generales el derecho a la libertad de expresión admite la protección de cualquier idea, por rechazable, pernicioso o aberrante que objetivamente pudiera parecer a muchos desde la perspectiva de los valores éticos, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existiría la sociedad democrática. Ahora bien, esta misma doctrina constitucional establece que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que está sujeta a las restricciones que pongan en manifiesto peligro la convivencia pacífica de los ciudadanos o la protección de otros bienes jurídicos, como la libertad y la dignidad de las personas”.

en definitiva, más movimiento³⁶. El riesgo, en este caso, es que se influya de tal manera que el desarrollo de la personalidad no sea ni libre ni pleno, representando un obstáculo evidente para su consecución en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, según se recoge en el art. 27.2 CE.

Como primera muestra, entre las muchas existentes, de esta problemática podemos mencionar el interesante estudio realizado por GIL RAMÍREZ Y GÓMEZ DE TRAVESEDO ROJAS, quienes abordan el tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en contenido presente en YouTube. Nos encontramos con vídeos que aportan opiniones subjetivas sin contrastar, que centran su discurso en tópicos auspiciados por posiciones ideológicas radicales, tales como el nivel de delincuencia, educación religiosa fanática o valores antidemocráticos, imágenes a las que se puede acceder sin ningún tipo de restricción y que configuran, precisamente, un relato poco pluralista, nada respetuoso con la dignidad de estas personas y, en definitiva, no en consonancia con los valores democráticos³⁷.

³⁶ Cfr. SELL TRUJILLO ET AL., (2023, 93): “Las redes sociales, por su propia inercia e intencionalidad explícita de conseguir visibilidad, tienen un elemento perverso relacionado con cómo se ‘premian’ los comentarios más arriesgados o generadores de controversia (...). La polémica genera visibilidad, que se traduce en el aumento de ‘visualizaciones’ o ‘seguidores’. A mayor impacto, mayor relevancia independientemente de que el impacto se haya generado por contenidos positivos o negativos/agresivos (que suelen ser más capitalizables).

³⁷ Señalan las autoras que la “red social YouTube estará desempeñando, en este sentido, una función de difusor de un discurso de odio (...) hacia la figura de los MENA que llegan o están en territorio español. El discurso de odio implica el uso de un lenguaje que considera al migrante como un sujeto antitético a los valores nucleares nacionales y como una amenaza a los valores que cimientan la convivencia social, y promueve mensajes que alimentan el rechazo, el menosprecio, la humillación, el descrédito y la estigmatización del individuo o colectivo en base a atributos que van desde la nacionalidad hasta la orientación sexual (...). En el caso de YouTube este discurso de odio se presenta construido principalmente a través de una narrativa emocional basada en opiniones subjetivas de ciudadanos particulares y/o anónimos, que no recurren a fuentes autorizadas para validar sus argumentos. (...) detectaron igualmente el uso de apreciaciones subjetivadas carentes o faltas de pluralidad de fuentes en los discursos de usuarios o colaboradores de medios convencionales hacia los inmigrantes” (GIL RAMÍREZ Y GÓMEZ DE TRAVESEDO ROJAS, 2022).

Otro buen ejemplo lo constituye la normalización de actitudes machistas en el ámbito de la pareja adolescente³⁸. Aunque sabemos que el tratamiento de la violencia de género ha llegado a los centros educativos, lo cierto es que es muy difícil contrarrestar el efecto que provocan las redes sociales, donde el bombardeo de contenidos que minimizan (o, incluso, directamente niegan) esta lacra es continuo. Además, la forma en que se tratan estos problemas no siempre es a través de una oposición frontal, sino que se recurre a otros modos, como el humorístico, circunstancia que quizás sea aún más peligrosa en cuanto a, entre otros aspectos, el reforzamiento de estereotipos³⁹.

Finalmente, abordamos un último grupo de contenidos potencialmente lesivos para los y las menores que utilizan las redes sociales: la salud, tanto en su vertiente física como mental. Instagram, Facebook o Snapchat nos sugieren perfiles y publicaciones de personas exitosas que llevan al extremo su cuidado corporal, fomentando modelos de belleza poco realistas. Los niños y adolescentes, especialmente ellas, acceden a este contenido, inocente a primera vista (pues aparentemente no es violento, ni discriminatorio, ni sexual), en el que se pueden

³⁸ El machismo estructural, en general, y la violencia de género, en particular, constituyen una materia importantísima en la actualidad, creciendo además la preocupación por la reproducción de patrones entre los y las más jóvenes. Muy interesante, al hilo de lo tratado en el presente trabajo, el estudio de PÉREZ VALLEJO (2021). La autora concluye (p. 618) que "no cabe duda que las conductas de dominio y sumisión entre parejas adolescentes en redes sociales y telefonía móvil están menos exploradas y requieren una mayor investigación. Es preciso realizar estudios que arrojen nuevas evidencias y cuestionen la influencia de la tecnología digital y de los medios de comunicación audiovisuales en el mantenimiento de estereotipos de género y patrones violentos sexualizados en línea; y el impacto que puedan tener para propiciar o favorecer la violencia de género en el entorno digital".

³⁹ Así, CIVILA DE DIOS y otros, (2023), afirman que "este estudio arroja luz sobre la forma en que TikTok utiliza el humor y la parodia para representar la VNA [*violencia en el noviazgo adolescente*], lo que conlleva riesgos de refuerzo de estereotipos, normalización de la violencia, promoción de relaciones tóxicas y trivialización del problema. Además, se subraya la influencia de TikTok en la percepción de la realidad y la dificultad de identificar la VNA, debido a su representación minimizada en la plataforma".

aconsejar hábitos⁴⁰ para mejorar el aspecto físico, entre ellos los relativos a la alimentación (lo cual, obviamente, supone un riesgo para la salud si no se realiza a través de las directrices y pautas de un profesional de la nutrición o de un médico, mediante el estudio personalizado de las condiciones de partida del cliente o paciente).

Respecto de la salud mental, es fácil de intuir que el principal problema es la adicción. Si nuevamente partimos de que el algoritmo propone aquello en lo que se muestra interés, puede ocurrir que situaciones en sí negativas puedan verse potenciadas. Por ejemplo, si un usuario padece problemas de salud mental previos (piénsese en adolescentes con trastornos alimenticios o que sufren un trastorno depresivo que los lleva a la autolisis o a pensamientos suicidas) y buscan publicaciones cuyas temáticas sean perjudiciales (siguiendo con la lógica mencionada, podríamos pensar en cómo evitar ingerir alimentos o adelgazar rápidamente, cómo autolesionarse sin dejar marcas o, directamente, métodos de suicidio⁴¹), siendo el contenido todavía accesible, sobre todo para aquellos usuarios más avezados, el algoritmo almacenará y tratará esta información, recomendando posteriormente perfiles y publicaciones similares, hecho al que urge encontrar una solución eficaz.

No obstante, además del problema recién descrito que continua en la línea de los ya comentados anteriormente, la actividad que se realiza en las redes sociales es altamente atractiva para sus usuarios, especial-

⁴⁰ Cfr. DE LIMA BURGO ET AL., (2020): “em um cenário em que as mulheres compõem o número predominante de usuários na plataforma do Instagram e que, historicamente, sofrem coerções estéticas imperativas e latentes, o público feminino acaba incorporando novas concepções de beleza, influenciadas pelo que é disseminado na mídia, especialmente nas redes sociais. No caso relatado neste estudo, a simples busca por três hashtags relacionadas a esses protótipos de beleza corporal foi o bastante para ocupar o campo visual do usuário com postagens relacionadas à temática, exibindo freneticamente imagens de mulheres magras, saradas e aparentemente sem marcas na pele, como estrias, celulites, ou quaisquer outros rastros de excessos de gordura, além de receitas e soluções, como dietas e exercícios físicos, para adquirir a silhueta considerada como bela, saudável e perfeita para o corpo feminino”.

⁴¹ Es cierto que cuando comenzaron a viralizarse este tipo de comportamientos, algunas redes sociales como Instagram o, aún por entonces, Twitter, implementaron sistemas de protección a través, principalmente, de enlaces a páginas de ayuda. No obstante, aún queda mucho margen de mejora, acelerando los procesos de retirada de contenidos, por ejemplo.

mente para los menores, que encuentran diversos modos para divertirse. Respecto de las recomendaciones algorítmicas, este encanto crece exponencialmente por dos motivos: el primero, ya analizado, el *feed* se basa en las específicas preferencias del usuario, a través del análisis de su propio comportamiento; el segundo, la presentación de los contenidos busca, precisamente, conseguir que la persona del otro lado de la pantalla emplee todo el tiempo posible en su aplicación. Para ello el formato es adictivo: vídeos con diferentes contenidos (humorístico, paródico, sentimental, deportivo, sobre videojuegos, sexual o sexualizado), de muy breve duración. Variedad y velocidad, dos elementos que apasionan a una generación que experimenta mucho en muy poco tiempo, que se aburre pronto de lo conocido y que, además, vive con prisa. De modo que es habitual acceder a la pestaña de recomendaciones para desconectar unos minutos y que, sin saber bien cómo, esos pocos minutos se conviertan en bastante tiempo más.

En este sentido, la adicción a los dispositivos y las redes sociales, o al menos su uso elevado, es una cuestión sobre la que ya encontramos estudios que indican una serie de consecuencias perjudiciales para los usuarios⁴². Tal es el grado de dependencia, que hay análisis que sostienen que los comportamientos de las personas adictas a sustancias químicas son similares a aquéllos manifestados por individuos dependientes de las nuevas tecnologías⁴³, sobresaliendo problemas como la pér-

⁴² ISIDRO DE PEDRO Y MORENO MARTÍN, (2018, 211): "No podemos, ni pretendemos, etiquetar de abuso o adicción los comportamientos de los sujetos de la muestra en cuanto al uso que hacen de las Redes Sociales y el *Whatsapp*. Sin embargo, de acuerdo con los resultados obtenidos, sí podemos afirmar que su uso es bastante elevado, así como también es alta la frecuencia general con la que se utilizan. De este modo, estas herramientas se han convertido en una parte importante de la vida cotidiana de las personas teniendo, casi constantemente, el móvil encima y estando, en muchos casos, conectados siempre a las redes. Y, por ende, esto puede suponer una limitación importante en sus vidas, generando dependencia y obstaculizando, perjudicando o dificultando otros aspectos de su vida social".

⁴³ TRESÁNCORAS ET AL., (2017, 28): "Griffiths (...) habló de adicciones conductuales a través del Modelo de Adicción Biopsicosocial, desde el que compara a personas adictas a sustancias químicas (tabaco, alcohol y otras drogas) con personas que interactúan con nuevas tecnologías u otros comportamientos reforzantes, concluyendo que la sintomatología es similar en ambos casos. Estos síntomas de dependencia se manifiestan en modo de aislamiento, bien estando en compañía o solo, bajo rendimiento

dida del autocontrol, preocupación extraordinaria por los servicios de conectividad móvil, uso excesivo en lugares públicos y situaciones no adecuadas, problemas en el estado de ánimo, conflictos interpersonales, prioridad de los dispositivos frente a las personas⁴⁴, descenso del rendimiento académico, ansiedad, depresión y pánico social, entre otros⁴⁵. En definitiva, no parecen las mejores condiciones para hablar de un desarrollo de la personalidad “libre”.

4. Conclusiones

Como conclusión, podemos afirmar que, en el contexto de la sociedad digital, las redes sociales y el ámbito virtual constituyen espacios en los que, con demasiada frecuencia, las personas, en general, y los menores de edad, en particular, desarrollan su personalidad, a través de la interacción con semejantes, la modulación de sus opiniones y la manifestación de sus intereses.

Los servicios digitales presentan distintos tipos de contenidos a los que los y las menores, con mayor o menor facilidad, pueden acceder, tras lo cual, el algoritmo almacena, analiza y procesa cómo se ha producido la interacción entre el usuario y la publicación o perfil mostrado, con el objetivo de predecir qué otras publicaciones o perfiles podrán seguir interesándole, siempre con el objetivo de conseguir el *engagement*. Nos encontramos ante un primer problema, relativo al consentimiento, del que podemos afirmar que hay una ingente cantidad de personas que utilizan habitualmente redes sociales que contravie-

de estudios o el trabajo y atención centrada en el uso de las tecnologías (...). También aparece pérdida de control, búsqueda desesperada por tener refuerzos rápidos y sentimientos de malestar si no usa la tecnología suficiente (...). En la misma línea, Young (...) expone que el uso desmedido o abusivo puede llevar a un uso patológico y de ahí derivar a una adicción".

⁴⁴ Cfr. el interesante estudio de SIMÓ SANZ ET AL., (2017).

⁴⁵ FLETA ZARAGOZANO Y OLIVARES LÓPEZ, (2009, 86): "se han descrito casos con bajo rendimiento escolar, síntomas depresivos, ansiedad y pánico social y, en casos más graves, trastornos de la personalidad y de la conducta e incluso el denominado trastorno de déficit de atención e hiperactividad (TDAH)".

nen lo dispuesto en el RGPD y en la LOPDGDD, sin que los prestadores de servicios traten de ponerle solución alguna.

Otra cuestión problemática es que, como hemos visto, el algoritmo no es neutro, pues recomienda no sólo aquello por lo que se ha mostrado preferencia (independientemente de que se trate de contenido apropiado o no a la edad del usuario), sino también lo que es susceptible de ser visto atractivo por el usuario y generar interacción. Lo cierto es que los prestadores de servicios y sus modelos de negocio no contemplan la posibilidad, de un modo real, de controlar el acceso de los menores a sus plataformas ni, puestos a imaginar imposibles, implementar sistemas algorítmicos neutros o, incluso, educativos, esto es, que la recomendación, basada en los intereses de los usuarios y usuarias menores de edad (lo cual, ya de por sí, implica un almacenamiento, recopilación y tratamiento de datos), esté dirigida a aportar, dentro del proceso de conformación de la personalidad que se vive a estas edades, publicaciones y perfiles cuyo contenido sea riguroso, imparcial y pluralista, y fomente valores democráticos como, entre otros, la igualdad y la no discriminación.

En definitiva, la red nos ofrece mucho contenido, al que es fácil acceder para cualquier persona que tenga unos mínimos conocimientos de internet, y esto, obviamente, incluye a los nativos digitales, cuyos primeros contactos con dispositivos conectados a la red se producen a edades cada vez más tempranas. Internet representa una gran oportunidad para la construcción de la propia personalidad, pues el ámbito digital es global y acoge a todo tipo de personas, lo cual sin duda es un aspecto positivo relativo al pluralismo. No obstante, la utilización por parte de las redes sociales de algoritmos dirigidos a adaptar los contenidos con mayor proyección económica supone la sugerencia de perfiles y publicaciones que pueden ser perjudiciales para determinadas personas, especialmente aquellas que, estando en plena fase de maduración, son específicamente vulnerables.

5. Referencias bibliográficas

Balaguer Callejón, F. (2013). Crisis económica y crisis constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98.

- Calva Cabrera, K. D., León Alberca, T. B., y Arpi Fernández, C. G. (2024). Capítulo 1. Inteligencia Artificial en las redes sociales digitales. *Espejo de Monografías de Comunicación Social*, 23.
- Campos Pellanda, E., y Bueno Fernandes, A. C. (2023). Estereotipos de género en TikTok e Instagram: un experimento de ingeniería inversa para entender los mecanismos de los algoritmos de las redes sociales. *Universitas XXI: Revista de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Politécnica Salesiana del Ecuador*, 37.
- Civila de Dios, S., De Casas Moreno, P., García Rojas, A. D., y Hernando Gómez, Á. (2023). TikTok y la caricaturización de la violencia en las relaciones de parejas adolescentes. *Anàlisi: Quaderns de comunicació i cultura*.
- De Lima Burgo, T., Sousa di Lauro, L., y Diógenes Moreira, M. (2020). Instagram e a reafirmação dos estereótipos de corpo ideal feminino. *Razón y palabra*, 24 (109).
- Espinar Vicente, J. M. (1995). Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social. En L. García San Miguel (Ed.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10.1 de la Constitución*. Editorial Universidad de Alcalá.
- Fleta Zaragoza, J., y Olivares López, J. L. (2009). Adolescencia y adicción a las nuevas tecnologías. *Boletín de la Sociedad de Pediatría de Aragón, La Rioja y Soria*, 39 (3).
- Gabaldón López, J. (2001). Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 44.
- Gavara de Cara, J. C. (2011). *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el art. 10.1 CE*. JMB.
- Gil Ramírez, M., y Gómez de Travesedo Rojas, R. (2022). Estrategia discursiva sobre los MENA en YouTube. Construcción de un discurso de odio. *Revista Latina de Comunicación Social*, 80.
- Isidro de Pedro, A. I., y Moreno Martín, T. (2018). Redes sociales y aplicaciones de móvil: uso, abuso y adicción. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 4 (1).
- Kosmider, M. R. (2018). El contenido jurídico del libre desarrollo de la personalidad con referencia especial a los sistemas constitucionales alemán y español. *Revista de Derecho UNED*, 23.

- Llorca Díez, M. Á. (2018). Internet: comunicación en estado puro para jóvenes. En F. J. Durán Ruiz (Ed.), *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital*. Tirant lo Blanch.
- Marabel Matos, J. J. (2021). Delitos de odio y redes sociales: el Derecho frente al reto de las nuevas tecnologías. *Revista de Derecho UNED*.
- Morillas Fernández, M. (2023). La protección de datos, atendiendo a la edad de los usuarios, como garantía en la prevención de los riesgos en la sociedad digital. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 29.
- Muñoz Villanueva, C. (2024). Consumo de pornografía y normalización de conductas violentas en las relaciones sexuales de los jóvenes. *Atlánticas - Revista Internacional de Estudios Feministas*, 9 (1).
- Peralta Martínez, R. (2004). Sobre la naturaleza del Estado Constitucional. *Revista de estudios políticos*, 125.
- Pérez Vallejo, A. M. (2021). Violencia de género digital en adolescentes. Previsiones legislativas y estrategias europeas para su abordaje y prevención. En G. Tomás Martínez y A. Vidu Afloarei (Eds.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*. Tirant lo Blanch.
- Presno Linera, M. Á. (2022). *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*. Marcial Pons.
- Robles Morchón, G. (1995). El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la C. E.). En L. (Coord.) García San Miguel (Ed.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (pp. 45-62). Editorial Universidad de Alcalá.
- Rodríguez Gordo, C., y Sarrión Andaluz, J. (2021). Polarización social y control político: algunas consecuencias de la inteligencia artificial y las redes sociales para la razón práctica. *Cuadernos salmantinos de filosofía*.
- Sánchez Rubio, B. (2021). Pornografía, redes sociales y violencia sexual. En C. Torres Fernández, J. Puig Guisado, G. Molano Caro, y Á. I. Aguilar Cuesta (Eds.), *Diversidad sexual y género a través de la educación y las artes* (pp. 72-84). Dykinson.
- Sell Trujillo, L., Núñez Domínguez, T., y Romo Parra, C. (2023). La violencia que seremos: jóvenes y taxonomía de mensajes de odio en las redes sociales. *Espejo de monografías de Comunicación Social*.
- Simó Sanz, C., Martínez Sabater, A., Ballester Tarín, M. L., y Domínguez Ramírez, A. (2017). Instrumentos de evaluación del uso problemático del teléfono móvil/smartphone. *Health and addictions*, 17 (1).

- Tresáncoras, A. G., García Oliva, C., y Piqueras, J. A. (2017). Relación del uso problemático de whatsapp con la personalidad y ansiedad en adolescentes. *Health and addictions*, 17 (1).
- Turienzo Fernández, A. (2024). Pornografía y daño a menores: principales efectos perjudiciales asociados a la exposición temprana a la pornografía. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2.

Marianna Cuomo*

IL DIRITTO ALLA SALUTE NEL QUADRO DELLA TRASFORMAZIONE DIGITALE

SOMMARIO: 1. A mo' di introduzione. – 2. Analisi del quadro giuridico di riferimento. La strategia europea per i dati e l'Intelligenza Artificiale. – 3. Prospettive evolutive: si può digitalizzare il diritto alla salute?. – 4. *Focus*. Fascicolo sanitario elettronico e IA. – 5. I rischi della *e-health*: cronaca di una relazione difficile. – 6. A mo' di conclusioni. – 7. Riferimenti bibliografici.

1. *A mo' di introduzione*

Fra i numerosi processi di digitalizzazione in atto, particolare rilievo sta assumendo l'impiego delle innovative tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (TIC) e dell'Intelligenza Artificiale (IA) in ambito sanitario¹. La *e-Health* costituisce, infatti, uno snodo fondamentale della più articolata e complessa sfida di innovazione e ammodernamento della Pubblica Amministrazione, di cui si è reso, più di recente, propugnatore il legislatore, tanto nel contesto europeo² quanto in quello domestico³.

Si tratta di una svolta significativa che sovverte e rivoluziona i modelli e le metodologie propri dell'*ars medica*, con evidenti vantaggi in

* Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Università di Granada.

¹ Secondo LAGIOIA (2020, 9), nel rielaborare i dati contenuti nel rapporto 2018 EU Industrial R&D Investment Scoreboard [disponibile al seguente link: <https://iri.jrc.ec.europa.eu/scoreboard/2018-eu-industrial-rd-investment-scoreboard>]: «Nell'era del techno-capitalismo, crescono in tutto il mondo gli investimenti in ricerca e i settori dell'ICT e della salute sembrano esserne la punta di diamante, registrando rispettivamente un incremento del 13% e del 7.7%».

² Decisione (UE) 2022/2481 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che istituisce il Programma Strategico per il Decennio Digitale 2030.

³ Si veda il Piano di ripresa e resilienza trasmesso il 30 aprile 2021 alla Commissione europea e la Decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia, Bruxelles, 13 luglio 2021.

termini di speditezza ed efficienza dei sistemi sanitari nonché di abbattimento dei relativi costi. Al tempo stesso è anche un momento di rottura, che infrange uno schema consolidato, innovando rispetto al dove, al come e al chi del rapporto di cura.

Le conseguenze politiche, sociali ed economiche connesse all'utilizzo di queste e molte altre tecnologie, vocate a realizzare una sanità più efficiente e sostenibile, sono innumerevoli e la loro consapevolezza sollecita nell'operatore del diritto profonde riflessioni circa i nuovi orizzonti che andranno a dischiudersi nel settore sanitario, ma anche circa la loro idoneità a combinare una tutela efficace del bene salute con le logiche di protezione dei diritti fondamentali della persona (cfr. FASANO, 2023, 233-244).

Muovendo da queste premesse, il presente contributo si propone di mettere in luce opportunità e criticità della digitalizzazione della salute nella cornice costituzionale. A tal fine, ricostruito il quadro giuridico di riferimento, e delineati i confini nazionali ed europei entro i quali si muove il processo di digitalizzazione sanitaria, si procederà ad analizzare tanto le prospettive evolutive della sanità in chiave digitale, quanto i potenziali rischi di compressione dei diritti della persona, con particolare riferimento al diritto alla privacy, all'uguaglianza e all'autodeterminazione informativa. Il lavoro si concluderà con alcune riflessioni sistematiche, orientate a valutare se e come il processo di digitalizzazione in atto possa contribuire a realizzare una sanità più efficiente e sostenibile, in grado di coniugare il progresso tecnologico con la garanzia effettiva del diritto alla salute e la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali della persona, nella prospettiva di una sanità costituzionalmente orientata anche nell'era digitale.

2. Analisi del quadro giuridico di riferimento. La strategia europea per i dati e l'Intelligenza Artificiale

Prima di avviare una analisi di tale portata, appare, dunque, prioritario delineare alcune coordinate di fondo, esaminando i principali atti normativi adottati in materia, in particolare in una prospettiva sovranazionale. Difatti, come è stato efficacemente fatto notare, «il diritto dell'IA nasce con un'impronta globale. [...] Bisogna [pertanto] ragio-

nare su un registro che è necessariamente sovrastatale, andare alla ricerca di principi comuni, nella consapevolezza che approcci parziali non servono di fronte a un cambio di paradigma che investe l'intera esperienza umana» (D'ALOIA, 2022, 657; cfr., *ex multis*, BALAGUER CALLEJÓN, 2023).

Già a partire dalla Comunicazione *L'Intelligenza artificiale per l'Europa* del 25 aprile 2018, la Commissione europea aveva espresso l'intento di costruire una strategia europea per l'IA finalizzata ad «assicurare un quadro etico e giuridico adeguato»⁴, fondato sui valori dell'Unione e coerente con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Nella prospettiva europea, l'IA e le sue applicazioni dovrebbero conoscere uno sviluppo antropocentrico, etico, sostenibile e rispettoso dei valori e dei diritti fondamentali⁵. Il Libro bianco sull'intelligenza artificiale ha ribadito il ruolo decisivo delle nuove tecnologie, sottolineando la necessità di promuovere un contesto di fiducia nelle interazioni tra macchina e cittadini europei e di incentivare gli investimenti pubblici e privati sull'IA per evitare la frammentazione del mercato interno⁶.

Significativo è stato altresì il contributo del Parlamento europeo che, in costante dialogo con la Commissione, ha segnato una tappa fondamentale nell'elaborazione della normativa europea in materia, con particolare attenzione alle fasi di progettazione dei sistemi di IA e di successivo controllo e intervento umano⁷. Nella risoluzione del 20 gennaio 2021 sull'intelligenza artificiale, il Parlamento europeo ha esortato gli Stati membri «a valutare i rischi connessi alle tecnologie basate sull'IA prima di automatizzare le attività relative all'esercizio dell'autorità statale, come la corretta amministrazione della giustizia», sottolineando come «l'uso di sistemi di IA nei processi decisionali delle pubbliche autorità [possa] condurre a decisioni di parte che comportano conseguenze negative per i cittadini». Tali decisioni devono

⁴ COM(2018) 237 final, 25 aprile 2018.

⁵ Commissione europea, *Creare fiducia nell'Intelligenza artificiale antropocentrica*, 8 aprile 2019, COM(2019) 168.

⁶ Commissione europea, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, 19 febbraio 2020, COM(2020) 65.

⁷ Parlamento europeo, *Raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate*, 20 ottobre 2020, P9_TA(2020)0275.

pertanto, «essere soggette a criteri rigorosi per controllarne, tra l'altro, la sicurezza, la trasparenza, la rendicontabilità, la non discriminazione e la responsabilità sociale e ambientale»⁸. Il Parlamento ha inoltre richiesto che, ove le autorità pubbliche facciano uso dell'IA, siano assicurate la spiegabilità degli algoritmi, la trasparenza, la sorveglianza regolamentare e la valutazione d'impatto *ex ante*⁹.

Con specifico riferimento all'ambito sanitario, il Parlamento europeo non ha mancato di evidenziare il ruolo sempre più rilevante delle applicazioni di IA, che spaziano dagli algoritmi di supporto alla diagnosi alla chirurgia robotica, dalle protesi intelligenti alle terapie personalizzate e predittive, fino ai *software* per l'anticipazione delle epidemie. In questo quadro di profonda innovazione, si insiste tuttavia sulla necessità di mantenere invariato il rispetto di alcuni principi cardine del diritto sanitario, quali la parità di trattamento dei pazienti in termini di accesso alle cure, la tutela del rapporto fiduciario tra medico e paziente, nonché la protezione dei dati personali dei pazienti e la prevenzione della loro diffusione incontrollata¹⁰.

È, dunque, in questo scenario che si colloca il Regolamento sull'intelligenza artificiale, entrato in vigore il 1° agosto 2024¹¹. Fin dai primi considerando, il Regolamento dichiara l'obiettivo di creare un «quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione nel mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione, in conformità ai valori dell'Unione, promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, 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, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente»¹². A tal proposito, dopo aver delimitato il proprio ambito di applicazione

⁸ Parlamento europeo, *Intelligenza artificiale: questioni relative all'interpretazione e applicazione del diritto internazionale*, 20 gennaio 2021, P9_TA-PROV(2021)0009, par. 52-53.

⁹ Ivi, par. 62.

¹⁰ Ivi, par. 64-65.

¹¹ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, anche noto come *Artificial Intelligence Act* o *AI Act*.

¹² Considerando n. 1, Regolamento (UE) 2024/1689.

(art. 2) e le definizioni rilevanti ai fini normativi (art. 3), l'*AI Act* adotta un approccio basato sul rischio, classificando i sistemi di IA in base al livello di rischio (inaccettabile, alto, basso o minimo). È interessante notare che tra i sistemi di IA ad alto rischio, oltre a quelli individuabili in base alle condizioni poste dall'art. 6, paragrafo 1 del Regolamento¹³, l'Allegato III¹⁴ annovera quelli destinati ad essere utilizzati dalle autorità pubbliche o per conto di autorità pubbliche per valutare l'ammissibilità delle persone fisiche alle prestazioni e ai servizi di assistenza pubblica essenziali, compresi i servizi di assistenza sanitaria (par. 5, lett. a), nonché i sistemi utilizzati per attribuire priorità in merito all'invio di servizi di emergenza di primo soccorso e di selezione dei pazienti per quanto concerne l'assistenza sanitaria d'emergenza (par. 5, lett. d).

Tale precisazione non è priva di conseguenze, anzi. Tanto i produttori quanto i c.d. *deployer*, ossia coloro che utilizzano un sistema di IA sotto la propria autorità e per lo svolgimento di una attività professionale¹⁵ (che, nel caso di specie, saranno strutture sanitarie, pubbliche o private, nonché singoli esercenti la professione medica), sono infatti chiamati ad una molteplicità di adempimenti, quali l'adozione di un sistema di gestione del rischio, il dovere di garantire standard elevati di qualità dei dati impiegati per addestrare il sistema di IA, l'assolvimento di obblighi di trasparenza e trasmissione delle informazioni per contrastare il rischio di opacità dell'algoritmo, la predisposizione di sistemi di sorveglianza umana del funzionamento del sistema di IA,

¹³ In base all'art. 6, par. 1, un sistema di IA è considerato ad alto rischio se sono soddisfatte entrambe queste condizioni: a) il sistema di IA è destinato a essere utilizzato come componente di sicurezza di un prodotto, o il sistema di IA è esso stesso un prodotto, disciplinato dalla normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato I; b) il prodotto, il cui componente di sicurezza a norma della lettera a) è il sistema di IA, o il sistema di IA stesso in quanto prodotto, è soggetto a una valutazione della conformità da parte di terzi ai fini dell'immissione sul mercato o della messa in servizio di tale prodotto ai sensi della normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato I.

¹⁴ «Oltre ai sistemi di IA ad alto rischio di cui al paragrafo 1, sono considerati ad alto rischio anche i sistemi di IA di cui all'allegato III» (art. 6, par. 2).

¹⁵ Per la definizione di *deployer* si rimanda al Considerando n. 13 del Regolamento.

e la garanzia di idonei livelli di accuratezza, robustezza e cybersicurezza.

All'interno della strategia europea per l'IA, particolare attenzione è altresì rivolta ai dati, destinatari di un pacchetto europeo *ad hoc* di cui fanno parte il Regolamento (UE) 2022/868 (c.d. *Data Governance Act*)¹⁶, che detta la disciplina sul riutilizzo dei dati, e il Regolamento (UE) 2023/2854 (c.d. *Data Act*)¹⁷, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo, del 13 dicembre 2023. Inoltre lo stesso Regolamento IA, tra i suoi considerando, richiama il Regolamento sullo Spazio Europeo dei Dati Sanitari (*European Health Data Space*, EHDS), in vigore dal 26 marzo 2025¹⁸, destinato a consentire un accesso affidabile e sicuro a dati di elevata qualità, utili anche per l'addestramento e per la validazione dei sistemi di IA¹⁹.

L'EHDS costituisce uno dei pilastri della strategia europea per i dati, in particolare nel settore sanitario, ove l'Unione mira a garantire a ciascun paziente un accesso immediato e semplice ai propri dati in formato elettronico, così da facilitare tanto il controllo sulla loro circolazione, quanto la condivisione degli stessi con i professionisti coinvolti nel processo di cura²⁰. Si precisa, difatti, che «per quanto riguarda la salute, lo spazio europeo dei dati sanitari agevolerà l'accesso non discriminatorio ai dati sanitari e l'addestramento di algoritmi di IA a partire da tali set di dati in modo sicuro, tempestivo, trasparente, affidabile e tale da tutelare la vita privata, nonché con un'adeguata *governance* istituzionale»²¹.

¹⁶ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022, relativo alla governance europea dei dati e che modifica il Regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla *governance* dei dati).

¹⁷ Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (regolamento sui dati).

¹⁸ Regolamento (UE) 2025/327 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2025 sullo spazio europeo dei dati sanitari e che modifica la direttiva 2011/24/UE e il regolamento UE 2024/2847.

¹⁹ Cfr. Considerando n. 68 del Regolamento (UE) 2024/1689.

²⁰ Cfr. art. 1, par. 2, della Proposta di regolamento (COM(2022) 197 final).

²¹ *Ibidem*.

L'EHDS conferma altresì il collegamento con il Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali (di seguito, GDPR)²², rinviando a quest'ultimo per la delimitazione del concetto di "dati sanitari elettronici personali", da quest'ultimo individuati nei "dati relativi alla salute e i dati genetici quali definiti nel regolamento (UE) 2016/679, nonché i dati relativi a determinanti della salute o i dati trattati nell'ambito della prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che sono trattati in formato elettronico"²³.

Infine, sul versante interno, va menzionata la legge n. 132/2025, "Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale"; un testo ambizioso, composto da ben 28 articoli, attraverso il quale si gettano le basi per la futura costruzione di una "via italiana" all'IA.

3. Prospettive evolutive: si può digitalizzare il diritto alla salute?

Tra i diversi settori giuridici che risentono più positivamente dell'impatto delle nuove tecnologie vi è sicuramente quello sanitario. Il connubio tra scienza e sanità si è concretizzato attraverso l'implementazione di diverse soluzioni pratiche, che vanno dalla diffusione della telemedicina (cfr. *ex plurimis*, FERRARO, 2022; TARASCO, 2010; BOTRUGNO, 2014, CAMPAGNA, 2020), allo sviluppo di sistemi diagnostici e chirurgici basati sulla intelligenza artificiale (GASTALDO, ENRICHENS, 2022), fino ad arrivare all'uso di sistemi di monitoraggio remoto dei pazienti (DE ANGELIS *et al*, 2021; GALEOTTI, 2021) e alla alimentazione di dispositivi di registrazione digitale dei dati sanitari (CATELANI, 2023), il cui perno centrale è rappresentato dal fascicolo sanitario elettronico²⁴, in cui convergono tutti i dati e documenti sanitari e socia-

²² 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 (regolamento generale sulla protezione dei dati).

²³ Art. 2, par. 2, lett. a), della Proposta di regolamento (COM(2022) 197 final).

²⁴ Il fascicolo sanitario elettronico è stato introdotto con il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 («Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese»), convertito con modificazioni in l. 17 dicembre 2012, n. 221. Rilevanti in materia sono anche le previsioni contenute

nitari generati da eventi clinici passati e presenti riguardanti l'assistito²⁵.

Rispetto alla dimensione spaziale della prestazione medica, non può sottacersi come sia stato principalmente l'impulso alla diffusione dei servizi di telemedicina ad aver garantito la continuità delle cure e dell'assistenza sanitaria durante la fase di massima acuzie dell'emergenza sanitaria da Covid-19 (GORI et al, 2021). La telemedicina ha permesso, infatti, di delocalizzare la prestazione sanitaria, trasferendo l'incontro tra medico e paziente su un piano immateriale. Il ricorso ai c.d. «atti medici fra assenti»²⁶ ha contribuito, tuttavia, a rafforzare l'effettività del diritto alla salute, inteso nel suo aspetto positivo di diritto alle cure (MORANA, 2022), anche oltre la fase emergenziale, assicurando – come già evidenziato dall'OMS nel 1997 – la «erogazione di servizi sanitari [anche] quando la distanza è un fattore critico»²⁷. In questo modo, la telemedicina si configura come strumento idoneo a promuovere condizioni di maggiore equità nell'accesso alle cure e nell'effettiva tutela del diritto alla salute. A titolo esemplificativo, si pensi alle difficoltà riscontrate nelle piccole isole (SAITTA, 2017), in cui è proprio la distanza da strutture più ampie ed organizzate e la scarsità di personale a condizionare in negativo le aspirazioni di cura della popolazione. Ma un discorso molto simile vale anche per tutte le altre aree disagiate del territorio, come quelle rurali e quelle di montagna; oppure, si pensi alle strutture dedicate all'assistenza degli anziani, le quali ben potrebbero investire in apparecchiature di monitoraggio a

nel d.P.C.M. 29 settembre 2015, n. 178, recante «Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico»; nonché nel d.l. 19 maggio 2020, n. 34 («Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»), convertito anch'esso con modificazioni in l. 17 luglio 2020, n. 77. Una definizione degli obiettivi e delle caratteristiche del fascicolo sanitario elettronico è contenuta nell'art. 12 del d.l. n. 179 del 2012, cui il nuovo seguente: art. 10, l. n. 132/2025 affianca un articolo 12-*bis* («Intelligenza artificiale nel settore sanitario»).

²⁵ Art. 12, comma 1, d.l. n. 179/2012.

²⁶ Cfr. Cass. pen, Sez. III, sent. 17 settembre 2019, n. 38485.

²⁷ A health telematics policy in support of WHO's Health-for-all strategy for global health development: report of the WHO Group Consultation on Health Telematics, 11-16 December, Geneva, 1997.

distanza della condizione dei loro ospiti, specie se affetti da patologie croniche, senza doversene allontanare, sfruttando dispositivi di *m-health*. Ma non va sottovalutata la possibilità di arricchire il ventaglio di prestazioni sanitarie in favore di detenuti, militari e soggetti condannati alla detenzione domiciliare.

In un'ottica ancor più ampia, è attualmente in fase di sviluppo il metaverso (cfr. *ex multis*, NASI, 2022; VENANZONI, 2020), una sorprendente dimensione interconnessa a metà tra realtà e simulazione, che in un futuro più o meno prossimo offrirà dei percorsi di cura ibridi, in cui a prestazioni sanitarie in presenza (*presence-care*) andranno ad affiancarsi servizi interamente erogati da remoto (*e-care*) (MUZJ, 2023).

Sotto altro profilo, relativo invece alle modalità di individuazione e debellazione del morbo, le applicazioni dell'IA in medicina sono vastissime, investendo le diverse fasi di diagnosi, chirurgia, sviluppo dei farmaci e riabilitazione. Com'è noto, i sistemi di IA nascono con l'obiettivo di apprendere compiti tradizionalmente svolti dal personale umano, restituendo risultati nettamente superiori e in tempi ristretti²⁸. Così, non solo diviene possibile sdoganare il personale medico, di per sé già esiguo, da procedure routinarie e burocratiche, ma migliorano altresì le capacità di analisi immagini e dati provenienti da fonti diverse, quali storia clinica, esame obiettivo, test genetici, e di conseguente identificazione di alterazioni nello stato di salute dell'individuo²⁹. Il

²⁸ Con un approccio meno semplicistico, per «sistema di IA» si intende «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali». Così, l'art. 3, par. 1, n. 1, del 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). Detta definizione è quella adottata anche a livello nazionale dalla legge n. 132/2025, all'art. 2, comma 1, lett. a).

²⁹ Secondo LAGIOIA (2020, 9): «Gli scienziati hanno applicato metodi di machine learning per l'estrazione e l'analisi di dati medici ottenuti da 1.362.559 visite di pazienti e contenuti nelle relative cartelle sanitarie elettroniche, dimostrando un'elevata ac-

campo chirurgico risulta a sua volta potenziato dall'impiego di sistemi robotici³⁰, i quali – pur non godendo di una totale autonomia, se non per lo svolgimento di alcune limitate e ben definite procedure chirurgiche – offrono un notevole supporto al chirurgo umano, che può raggiungere punti impervi o particolarmente ostici, e operare in maggiore sicurezza distinguendo più facilmente tra tessuti sani e tessuti malati³¹. In particolare, in letteratura si osserva come la chirurgia robotica apra nuove possibilità in termini di precisione negli interventi, riduzione dell'invasività e personalizzazione dei trattamenti basata sui dati specifici del paziente³².

4. Focus. Fascicolo sanitario elettronico e IA

In ambito diagnostico, le potenzialità dell'IA si misurano in larga parte sulla disponibilità e sulla qualità dei dati di cui può nutrirsi. Co-

curatezza diagnostica delle più comuni patologie infantili, dall'influenza alla meningite». Si veda anche la nota 11 che commenta il lavoro di LIANG et al. (2019).

³⁰ Si vedano ad esempio, DWIVEDI e MAHGOUB (2012); HOCKSTEIN et al. (2007); O'SULLIVAN et al. (2019). Inoltre, per un approfondimento sulla storia della robotica in chirurgia si leggano KALAN et al. (2010). Si tenga inoltre presente che «IA e Robotica si sovrappongono solo in parte. I sistemi di IA [...] spesso non hanno un corpo, cioè un contenitore fisico. Sono sistemi computazionali, processi algoritmici, capaci di analizzare enormi insiemi di informazioni e di dati e di ricavarne probabilità statistiche, predizioni, raccomandazioni, contenuti, inferenze. I robot, a loro volta, possono essere più o meno intelligenti, e quindi corredati di capacità e modalità operative che in qualche modo appaiono riconducibili alla sfera del comportamento intelligente, ma non esauriscono affatto il campo dell'IA» (D'ALOIA, 2022, 652).

³¹ Se in un primo momento, le abilità del chirurgo venivano incrementate mediante la predisposizione di bracci meccanici, verso la fine degli anni '90 videro la luce i primi sistemi di Telechirurgia, sfruttando i quali è oggi possibile eseguire interventi chirurgici a distanza. Uno dei primi interventi chirurgici a distanza, noto come *Lindberg Operation*, risale al 2001 e fu eseguito da un chirurgo a New York su un paziente che si trovava invece a Strasburgo.

³² Cfr. il testo elaborato dal gruppo di ricerca costituito nell'ambito dell'Osservatorio sulle Prospettive Cliniche dell'Intelligenza Artificiale, diretto dal professore Carlo Alfredo Clerici (Dipartimento di Oncologia ed Emato-Oncologia, Università degli Studi di Milano), dal titolo «Cosa me ne faccio dall'AI. Esperienze d'uso in clinica e nella didattica universitaria», pubblicato l'8 settembre 2024 in formato digitale.

me efficacemente osservato, «è evidente che la forza dell'IA sta nella sua capacità di apprendimento attraverso i dati» (COMANDÉ, 2019, 170). Senza un'adeguata alimentazione informativa, anche i più avanzati sistemi di intelligenza artificiale rischiano di operare su basi fragili, vanificando la loro capacità di supportare diagnosi precoci e personalizzate o di identificare fattori di rischio ancora latenti.

Per questo motivo, risulta indispensabile, ai fini di una efficace diagnosi, anche di patologie a insorgenza futura, garantire l'accesso pieno e tempestivo a tutti i dati sanitari del paziente, mediante strumenti quali la Cartella Clinica Elettronica (CCE) e il già menzionato Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE). Questi ultimi rappresentano nodi centrali nella costruzione di una sanità digitale orientata alla efficienza e alla personalizzazione delle cure, perché consentono di raccogliere e storicizzare dati clinici essenziali, favorendo l'interoperabilità tra sistemi sanitari e professionisti coinvolti nei processi di cura.

Tuttavia, come sottolineato anche dal Garante per la protezione dei dati personali nel parere reso sul disegno di legge n. 1146 in materia di intelligenza artificiale, «la protezione dei dati è il diritto fondamentale maggiormente coinvolto dal ricorso a sistemi di I.A., che nella maggior parte dei casi si avvalgono, appunto, di dati personali» (Garante per la protezione dei dati personali, 2024). La stretta interrelazione tra IA e protezione dei dati giustifica i rilievi sollevati dall'Autorità garante, che ha evidenziato la necessità di uno sviluppo antropocentrico dei sistemi di IA, rispettoso dei diritti fondamentali e del divieto di discriminazione (cfr. artt. 1, comma 1 e 3, comma 1, d.d.l. n. 1146).

Nel settore sanitario, queste preoccupazioni assumono particolare rilievo. Le garanzie di riservatezza previste appaiono, infatti, insufficienti, specie in relazione al trattamento delle particolari categorie di dati previste dall'art. 9 del Regolamento (UE) 2016/679³³, per le quali

³³ Lo stesso Garante privacy invitava ad integrare il testo dell'art. 7 del ddl «con il richiamo ai requisiti ben più stringenti che l'articolo 10 dell'AI Act esige per il trattamento dei dati personali, segnatamente appartenenti alle categorie particolari di cui all'articolo 9 del Regolamento, per sistemi, quali quelli in esame, considerati ad alto rischio (AI Act, all. III)». L'integrazione dovrà tener conto anche di quanto previsto nel Regolamento sullo Spazio Europeo dei Dati Sanitari (EHDS), approvato in data 24 aprile 2024 dal Parlamento europeo e in attesa dell'approvazione definitiva del Consiglio e della pubblicazione in Gazzetta ufficiale.

vige un generale divieto di trattamento, salvo specifiche eccezioni. Un nodo critico riguarda, in particolare, l'uso secondario dei dati sanitari elettronici per finalità di ricerca e per l'addestramento di algoritmi di IA; disciplina che risulta attualmente lacunosa e priva delle necessarie garanzie di trasparenza e chiarezza. Infatti, sebbene tali trattamenti siano finalizzati a obiettivi di interesse pubblico, difettano completamente le indicazioni puntuali richieste dall'art. 6, par. 3, lett. b) del GDPR, relative alle tipologie di dati trattati, ai soggetti interessati, ai destinatari dei dati, alle finalità specifiche del trattamento, alle limitazioni delle finalità, ai periodi di conservazione dei dati e alle misure necessarie per garantire un trattamento lecito e corretto.

Ulteriori criticità emergono in relazione all'adempimento degli obblighi informativi prescritti dagli artt. 13 e 14 GDPR: il disegno di legge sembrerebbe, infatti, ritenere sufficiente la pubblicazione dell'informativa sul sito web del titolare del trattamento, sebbene si tratti di una modalità che rischia di svuotare di significato il principio di trasparenza e il diritto dell'interessato a una informazione comprensibile, completa e personalizzata. Particolare attenzione merita, infine, l'art. 10 della l. n. 132/2025, che, novellando il d.l. n. 179/2012, affida a uno o più decreti ministeriali la disciplina delle soluzioni di intelligenza artificiale a supporto delle finalità di diagnosi, cura e riabilitazione perseguite attraverso il FSE³⁴. Una scelta che, pur nella sua flessibilità, solleva interrogativi circa la sufficiente garanzia di controllo democratico e tutela dei diritti fondamentali, specie in un settore delicato come quello della salute.

5. I rischi della e-health: cronaca di una relazione difficile

Molti dei profili problematici legati alla trasformazione digitale della sanità stanno attirando l'attenzione degli studi giuridici e dei legislatori, ai quali è demandato l'arduo compito di seguire da vicino lo

³⁴ Servizi di supporto, ai professionisti sanitari come agli utenti, in particolare per l'assistenza territoriale, sono affidate anche ad una piattaforma di intelligenza artificiale realizzata e gestita dall'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (AGENAS) in qualità di Agenzia nazionale per la sanità digitale (art. 9, comma 2, ddl n. 1146).

sviluppo scientifico e l'innovazione tecnologica, risolvendo questioni che in passato erano affidate esclusivamente alla classe medica. Infatti, pur tra le grandi e irrinunciabili opportunità dischiuse dalla *e-Health*, non sono da sottovalutare le criticità cui quest'ultima si accompagna. Come si è avuto modo di vedere, queste problematiche investono direttamente il rapporto di cura, incidendo sulle modalità di contatto tra i due *key actors* della relazione terapeutica, sulla raccolta dei dati sanitari, sui doveri informativi in capo al medico, sull'emissione delle prescrizioni mediche e dei certificati di malattia e, in ultima analisi, sulla stessa portata del principio di autodeterminazione in salute³⁵.

Pur promettendo un modello di salute centrato sul paziente, il venir meno dei caratteri di fisicità e umanità di cui si nutre la relazione tra curante e curato, rischia infatti di provocare un precipitoso scivolamento verso forme di contatto rigide e meccaniche³⁶, in cui ad assumere rilevanza sarebbe non più la persona in quanto tale, come *soma e psiche*, bensì la sua dimensione meramente informazionale (si veda, BOTRUGNO, 2024), i suoi dati, le sue informazioni sanitarie. In questo senso, «deve anzitutto essere evitato il rischio che la telemedicina e le altre risorse dell'*e-Health* possano trasformarsi in un mezzo attraverso cui venga incrinata o svuotata di contenuto quella alleanza terapeutica che costituisce un corollario immediato della libertà di cura» (MORANA, BALDUZZI, MORGANTI, 2022, 130-131).

Un altro aspetto che non va trascurato, oltre ai ben noti rischi di *bias* e discriminazioni (D'ELIA, 2023), riguarda l'introduzione di *Chatbot*, programmi informatici progettati per simulare conversazioni umane, nel rapporto di cura (NASI, 2023). Questi ultimi, se hanno il pregio di garantire una assistenza continua al paziente, anche in forma

³⁵ Il principio di autodeterminazione in salute, pur non trovando una manifesta collocazione all'interno della Carta costituzionale italiana, è stato codificato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale la quale, interrogata sul fondamento costituzionale dell'istituto del consenso informato, rinvenne quest'ultimo nella «sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute» (Corte cost., sent. n. 438/2008). Sul punto si v., *ex plurimis*, MARZOCCO (2012); CHIEFFI (2019); WELBY (2019); PASCUCCI (2013). Sul rapporto tra consenso informato e autodeterminazione, cfr. invece CARMINATI (2018); VERONESI (2019); RAPISARDA (2019). Nella dottrina spagnola, cfr. invece PÉREZ MIRAS (2025).

³⁶ Sui rischi connessi alle pratiche di telemedicina, v. SENIGAGLIA (2023).

anonima – elemento prezioso soprattutto nel campo della salute mentale³⁷ – presentano tuttavia una comprensione emotiva ben più limitata rispetto a quella del terapeuta umano. Ciò può determinare, da un lato, risposte inadeguate rispetto ai bisogni del paziente, ovvero dall'altro, il rischio che quest'ultimo sviluppi una dipendenza eccessiva da questi strumenti di supporto³⁸.

Nondimeno, anche il professionista sanitario si trova oggi in una fase di transizione, stretto tra un paziente sempre digitalmente impegnato (LUPTON, 2013), da un lato, e svariati *software* di diagnosi clinica, dall'altro.

La gestione dei danni eventualmente provocati da tali strumenti³⁹ – come diagnosi o trattamenti errati – è del resto complessa, potendo la relativa responsabilità ricadere sui diversi soggetti coinvolti nella produzione, programmazione, elaborazione o addestramento dell'algoritmo⁴⁰,

³⁷ Sul punto si rinvia al Fascicolo monografico di *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 4/2024, dedicato alla salute mentale. Segnatamente, per un approfondimento sull'ordinamento spagnolo, cfr. PÉREZ MIRAS (2024).

³⁸ Dipendenza che, invero, potrebbe colpire anche il personale medico. «Si pensi al rischio che nel tempo i medici possano sviluppare un ingiustificato ed eccessivo affidamento nelle capacità dell'automazione (si parla di *over-reliance*), che potrebbe portare allo sviluppo di una vera e propria dipendenza (*overdependence*) da questi sistemi che, nel lungo periodo, potrebbe condurre alla dequalificazione (*deskilling*), vale a dire alla riduzione del livello di competenza richiesto per svolgere una funzione, quando tutte o alcune delle componenti dei compiti corrispondenti siano state automatizzate». Così, CEREÀ F. (2020). *Intelligenza artificiale a servizio dei pazienti per il contrasto a Covid-19. La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 3, p. 49.

³⁹ Le questioni giuridiche legate all'uso dei sistemi di intelligenza artificiale sono state affrontate in numerosi documenti tra i quali figurano la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti *Norme di diritto civile sulla Robotica* (2015/2103), o ancora il documento della Commissione europea relativo alle strategie sull'intelligenza artificiale e il lavoro del Gruppo di Esperti di Alto Livello sull'IA.

⁴⁰ D'accordo con D'ALOIA (2022, 676): «Provando a riassumere sul piano soggettivo queste indicazioni, è possibile ipotizzare una catena di responsabilità che coinvolgano – a seconda dei casi e dei processi di causazione del danno e delle conseguenze pregiudizievoli – il produttore del software o del prodotto che incorpora il software, l'autore-ideatore della componente algoritmica e dei codici di programmazione, il proprietario del sistema di IA, l'utilizzatore, ovvero, nel caso di AI agents o systems

e non necessariamente sul medico che ne ha fatto uso⁴¹. Com'è stato fatto notare, «il profilo più problematico si annida nella difficile comprensione dei processi in base ai quali viene assunta una determinata decisione e, di conseguenza, elaborato un certo risultato, una determinata diagnosi, una determinata cura» (SCOTTI, 2024, 183).

In altre parole, a fronte di pazienti sempre più esposti e *trasparenti* immersi nella società digitale, in cui la raccolta e l'analisi dei dati sanitari spingono verso una medicina sempre più personalizzata e precisa⁴² (SPAGNOLO, 2017) si contrappone l'intrinseca opacità dei processi decisionali di alcune tecniche di IA (CASONATO, MARCHETTI, 2021, 426-428).

Questa opacità non esonera, tuttavia, il medico dai suoi doveri informativi nei confronti del paziente. L'art. 7, comma 3, l. n. 132/2025 prevede infatti che il paziente abbia diritto a essere informato sull'utilizzo di tecnologie di intelligenza artificiale, sui vantaggi che ne derivano e sulla logica decisionale impiegata. I successivi commi 5 e 6 stabiliscono, rispettivamente, che la titolarità della decisione medica rimane in capo al sanitario, svolgendo la macchina una mera funzione di supporto, e che i dati utilizzati dai sistemi siano soggetti a periodiche verifiche e aggiornamenti per ridurre il rischio di errore.

Ne consegue che i dubbi sopra esposti appaiano ancora lontani dall'essere risolti. Da un lato, le nuove tecnologie, orientate a incentivare l'autocura, sembrano riporre un'eccessiva fiducia nel *patient empowerment* e nella capacità del paziente di gestire consapevolmente

utilizzati da amministrazioni pubbliche, il soggetto pubblico o l'Autorità titolare della funzione delegata ai (o svolta con la collaborazione dei) sistemi autonomi».

⁴¹ Alla base vi è un'altra fondamentale questione, vale a dire quella relativa al riconoscimento di personalità giuridica ai sistemi di IA. Infatti, «è evidente che, qualora non siano riconosciuti come entità capaci di volontà e autonomia, la responsabilità in termini giuridici ricadrà sui soggetti coinvolti nel ciclo di vita del sistema, dalla progettazione fino al suo utilizzo, mentre, qualora siano riconosciuti come sistemi completamente autonomi, in linea di principio sarebbe possibile riconoscere l'imputabilità di tali sistemi». Così, LAGIOIA (2020, 82). Per un'analisi bibliografica approfondita sul tema, si veda VLADECK (2014).

⁴² Come osservato dal documento della Commissione europea (2013). *Commission Staff Working Document. Use of 'omics' technologies in the development of personalized medicine*, l'obiettivo sarà quello di riuscire a somministrare «*the right treatment, to the right person, at the right time*».

il processo di cura, trascurando sia i *deficit* nella comunicazione già presenti nel rapporto terapeutico, sia le disuguaglianze in termini di *health* e *digital literacy* tra pazienti. Dall'altro, emergono nuovi profili di responsabilità anche per il professionista sanitario, chiamato a interpretare e valutare criticamente le indicazioni fornite dagli algoritmi, in un contesto in cui l'antica logica paternalistica secondo cui, una volta chiaro l'obiettivo di guarigione del paziente, «il resto viene sottinteso, rimandato al discrezionale giudizio ed alla valutazione del professionista, [...] perché solo il medico possiede le nozioni tecniche per il compimento di quanto gli viene affidato, mentre il cliente è, di solito, un incompetente» (PALMIERI, 1964, 67), è oramai da considerarsi superata.

Ed infatti non è un caso che tale mutamento di paradigma abbia determinato l'esaltazione del momento del dialogo tra medico e paziente, considerato parte integrante del tempo di cura⁴³, nonché «strumentale rispetto alla libertà di cura, dal momento che esso svolge un ruolo servente nel processo di formazione consapevole del consenso (o del dissenso) a un determinato trattamento sanitario» (MORANA, BALDUZZI, MORGANTI, 2022, 132).

Senonché, la scarsa destrezza tecnologica del personale medico, in una certa misura irrisolvibile alla luce di quanto appena illustrato, unitamente alla refrattarietà con cui parte della popolazione si avvicina al tema delle nuove tecnologie, rischiano di ampliare, anziché ridurre, la distanza che separa curanti e curati.

6. *A mo' di conclusioni*

Si conferma, dunque, quanto anticipato: l'incontro tra salute e tecnica è attualmente responsabile di un paradosso strutturale. L'introduzione di strumenti come il FSE e le applicazioni di IA nella diagnosi e nella cura amplifica le possibilità di intervento precoce e personalizzato, ma espone a rischi di opacità, *bias* e discriminazioni sistemiche, oltre a sollevare complessi profili di responsabilità. Molte delle soluzioni necessarie per favorire un utilizzo consapevole dell'IA in sanità

⁴³ Art. 1, comma 8, l. 22 dicembre 2017, n. 219.

richiedono un approccio fondato sul bilanciamento, volto a coglierne le potenzialità senza trascurarne le criticità. Ciononostante, questa operazione risulta particolarmente complessa, poiché gli elementi da bilanciare sono spesso intangibili: in primo luogo, la libertà di cura, che riguarda tanto il paziente quanto il professionista sanitario. Entrambi sono chiamati a riflettere sul proprio ruolo all'interno del percorso di cura⁴⁴, l'uno – il paziente – nella maggiore comprensione e governo del proprio stato di salute o di infermità, l'altro – il professionista – nell'individuazione delle soluzioni, anche digitali, più appropriate da adottare caso per caso. In ambito sanitario, infatti, gli errori e «i danni per la salute costituiscono un rischio generalizzato, che coinvolge i rapporti tra tutte le componenti del sistema sanitario, la cui genesi dipende da una concatenazione di errori ed eventi, in cui l'errore umano o tecnologico sono solo l'ultimo anello della catena causale» (LAGIOIA, 2020, 74).

Il ruolo del personale medico, pertanto, non può ridursi a quello di mero esecutore delle indicazioni fornite dall'IA, né a semplice intermediario tra la macchina e il paziente. Per garantire livelli sempre maggiori di affidabilità e fiducia nelle tecniche di IA applicate alla sanità, è necessario fondare l'impiego di tali strumenti sul principio di trasparenza, intesa come spiegabilità, sia rispetto al quadro clinico del paziente, sia riguardo ai percorsi terapeutici proposti in vista del miglioramento delle condizioni di salute di quest'ultimo.

Va rammentato infatti che, la rivoluzione digitale in corso coinvolge, prima ancora che la prestazione sanitaria in sé, la relazione tra medico e paziente, trasformandola radicalmente. Essa non si configura più come rapporto esclusivamente bilaterale, ma assume le forme di un rapporto trilaterale, che include, oltre al personale sanitario e ai pazienti, anche i sistemi di intelligenza artificiale, che cooperano con il medico in una prospettiva di decisione condivisa.

⁴⁴ In senso più ampio, si v. FLORIDI (2022, 339), per il quale la tecnologia: «ci inviterà a riflettere più seriamente e con minore compiacimento, su chi siamo, potremmo essere o vorremmo diventare, e quindi sulle nostre responsabilità e sulla comprensione che abbiamo di noi stessi».

Cosicché, di fronte alla difficoltà di conciliare le vecchie garanzie costituzionali con le nuove sfide⁴⁵ poste, in modo particolare, anche se non solo, dall'IA, il rischio maggiore è quello di rinunciare a comprendere e a spiegare questi fenomeni. Sarà necessario del tempo per ripensare il rapporto medico-paziente, aggiornare i percorsi di formazione del personale medico e promuovere la consapevolezza digitale dei pazienti. Tuttavia, solo in questo modo sarà possibile garantire che, anche in un rinnovato contesto di digitalizzazione della cura, centro, motore e fine della prestazione sanitaria resti la persona.

7. Riferimenti bibliografici

- Balaguer Callejón, F. (2023). *La costituzione dell'algoritmo*. Mondadori. Milano (trad. ita).
- Botrugno, C. (2014). La diffusione dei modelli di cura a distanza: verso un “diritto alla telesalute”. *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1.
- Botrugno, C. (2024). Salute digitale, corporeità e il nuovo ordine tecnologico-informativo tra disciplina e controllo aperto e continuo, *Notizie di Politeia*, 153.
- Carminati, A. (2018). *Libertà di cura e autonomia del medico*. Cacucci. Bari.
- Casonato, C. (2019). Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2.
- Casonato, C., Marchetti B. (2021). Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3.
- Catelani, E. (2023). La digitalizzazione dei dati sanitari: un percorso ad ostacoli. *Corti Supreme e Salute*, 2.
- Cerea, F. (2020). Intelligenza artificiale a servizio dei pazienti per il contrasto a Covid-19. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 3.
- Chieffi, L. (2019). *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*. Giappichelli. Torino.

⁴⁵ Nelle parole di D'ALOIA (2022, 677): «L'adattamento segue dinamiche frammentate. In alcuni casi, possiamo continuare a lavorare con le nostre risorse concettuali, le categorie e i principi tradizionali, solo ridefinendone contenuti e implicazioni in rapporto a uno scenario indubbiamente modificato».

- Clerici, C.A. et al. (2024). *Cosa me ne faccio dell'AI? Esperienze d'uso nella clinica e nella didattica universitaria*, Osservatorio sulle Prospettive Cliniche dell'Intelligenza Artificiale. Disponibile in open access al seguente link: https://air.unimi.it/retrieve/56417d0f-d53f-4567-a1ce-67ca515361ba/Cosa%20me%20ne%20faccio%20dell_AI%20%281%29-compresso.pdf.
- Comand , G. (2019). Intelligenza artificiale e responsabilit  tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilit . *Analisi giuridica dell'economia*, 1.
- Commissione europea (2018). *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, Bruxelles, COM(2018) 795 final. Disponibile al seguente link: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22ee84bb-fa04-11e8-a96d-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF.
- Commissione europea (2019). Creare fiducia nell'Intelligenza artificiale antropocentrica, Bruxelles, COM(2019) 168 final. Disponibile al seguente link: [https://www.senato.it/web/docuorc2004.nsf/4d9255edaa0d94f8c12576ab0041cf0a/7464c680f259e79fc12583d6002ebb92/\\$FILE/ST-8396-2019-INIT-IT.pdf](https://www.senato.it/web/docuorc2004.nsf/4d9255edaa0d94f8c12576ab0041cf0a/7464c680f259e79fc12583d6002ebb92/$FILE/ST-8396-2019-INIT-IT.pdf).
- Commissione europea (2020). Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, Bruxelles, COM(2020) 65. Disponibile al seguente link: https://commission.europa.eu/document/download/d2ec4039-c5be-423a-81ef-b9e44e79825b_it?filename=commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_it.pdf.
- D'Aloia, A. (2012). *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli.
- D'Aloia, A. (2019). Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell'Intelligenza Artificiale. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1.
- D'Aloia, A. (2022). Intelligenza artificiale, societ  algoritmica, dimensione giuridica. Lavori in corso. *Quaderni costituzionali*, 3.
- D'Elia, C. (2023). Gli strumenti di intelligenza artificiale generativa nel contesto sanitario: problemi di ottimizzazione delle risorse e questioni di spiegatezza. *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2.
- Daniele, V. (2022). *AI e consenso informato del paziente: quando   possibile, le questioni da risolvere*, agendadigitale.eu, 21 luglio 2022.

- De Berardinis, V. (2020). L'impiego delle nuove tecnologie in medicina. In G. Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*. Pacini. Pisa.
- De Menech, C. (2022). Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria. *BioLaw Journal*, 1.
- Diurni, A., Riccio, G. (2023). ChatGPT: Challenges and legal issues in advanced conversational AI. *The Italian Law Journal*, 2.
- Dwivedi, J., Mahgoub, I. (2012). *Robotic surgery: a review on recent advances in surgical robotic systems in Florida conference on recent advances in robotics*, vol. I.
- Floridi, L. (2022). *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*. Raffaello Cortina. Milano.
- Garante per la protezione dei dati personali, *Parere su uno schema di disegno di legge recante disposizioni e deleghe in materia di intelligenza artificiale*, 2 agosto 2024, doc-web n. 10043532. Disponibile al seguente link: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/10043532>.
- Gori, F. *et al.* (2021). Telemedicina: da emergenza a nuova normalità. Riflessioni medico-legali. *Responsabilità civile e previdenza*, 2.
- Hockstein, N.G. *et al.* (2007). A history of robots: from science fiction to surgical robotics. *Journal of robotic surgery*, vol. I (2).
- Kalan, S. *et al.* (2010). History of robotic surgery, *Journal of Robotic Surgery*, vol. IV (3).
- Lagioia, F. (2020). *Intelligenza artificiale in sanità: un'analisi giuridica*. Giapichelli. Torino.
- Liang, H. *et al.* (2019). Evaluation and accurate diagnoses of pediatric diseases using artificial intelligence, *Nature Medicine*.
- Lofaro, G. (2023). Applicazioni del metaverso nei servizi sanitari: governance della realtà estesa e blockchain per l'automazione dei procedimenti amministrativi, in *Amministr@tivamente.it*, 4.
- Lupton, D. (2013). The Digitally Engaged Patient: Self-Monitoring and Self-Care in the Digital Health Era, *Social Theory & Health*, 11.
- Morana, D. (2022). L'effettività del diritto alla salute "oltre le Corti": vecchie e nuove questioni. *Rivista di diritti comparati*, 1.
- Morana, D., Balduzzi, T., Morganti, F., (2022). La salute "intelligente": e-Health, consenso informato e principio di non-discriminazione. *Federalismi.it*, 34.

- Muzj, F. (2023). Il metaverso quale nuova frontiera nella erogazione dei servizi sanitari a distanza: quali interrogativi per la scienza giuridica?. In A. Fuccillo, V. Nuzzo, M. Rubino De Ritis, (a cura di), *Diritto e universi paralleli: i diritti costituzionali nel metaverso*. ESI. Napoli.
- Nasi, C. (2023). “Generative AI”: il futuro della medicina tra opportunità e sfide per i diritti fondamentali. *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2.
- Nasi, F. (2022). Across the metaverse: un’introduzione al metaverso, *Pandora rivista*, 11 luglio 2022. Disponibile al seguente link: <https://www.pandorarivista.it/articoli/across-the-metaverse-un-introduzione-al-metaverso/>.
- O’Sullivan, S. *et al.* (2019). Legal, regulatory, and ethical frameworks for development of standards in artificial intelligence (AI) and autonomous robotic surgery. *The International Journal of Medical Robotics and Computer Assisted Surgery*, vol. XV (1).
- Palmieri, V.M. (1964). *Medicina forense*, I. Morano. Napoli.
- Parlamento europeo (2020). *Raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell’intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate*, Bruxelles, P9_TA(2020)0275. Disponibile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_IT.pdf.
- Parlamento europeo (2021). *Intelligenza artificiale: questioni relative all’interpretazione e applicazione del diritto internazionale*, Bruxelles, P9_TA-PROV(2021)0009. Disponibile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0009_IT.pdf.
- Pascucci, L. (2013). L’erogazione della prestazione medica tra autodeterminazione del paziente (capace) e autonomia professionale del medico: quali i confini della libertà di scelta terapeutica del malato?. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1.
- Pérez Miras, A. (2024). The right to health information in psychiatry in Spain. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 4.
- Pérez Miras, A. (2025). El derecho de información sanitaria: un análisis constitucional. In Balaguer Callejón, Vidal Prado, Elías Méndez (a cura di), *Estudios sobre Derecho Constitucional Español, Comparado y Europeo. Liber Amicorum Yolanda Gómez Sánchez*. Madrid.

- Piciocchi, C., Fasan, M., Reale, C.M. (2021). *Le (in)certezze del diritto*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Pizzetti, F. (2018). *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*. Giappichelli. Torino.
- Posteraro, N. (2021). La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza). *Federalismi.it*, 26.
- Rapisarda, I. (2019). Consenso informato e autodeterminazione terapeutica. *Le Nuove leggi civili commentate*, 1.
- Ruffolo, U. (2020). *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*. Giuffrè. Milano.
- Saitta, F. (2017). La tutela della salute nelle isole minori: il punto della situazione. *Sanità Pubblica e Privata*, 4.
- Senigaglia, R. (2023). Telemedicina ed essenza fiduciaria del rapporto di cura. *Persona e mercato*, 3.
- Spagnolo, A. G. (2017). Medicina personalizzata e medicina centrata sulla persona. *Medicina E Morale*, 66(4).
- Veronesi, P. (2019). Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2.
- Vimercati, B. (2014). *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*. Giuffrè. Milano.
- Vladeck, D.C. (2014). *Machines Without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence*, 89 Wash. L. Rev. 117.
- Welby, M. (2019). La lunga marcia dell'autodeterminazione terapeutica. *Notizie di Politeia*.

Leandra Abbruzzo

IL RUOLO DEI CAREGIVER NELL'ASSISTENZA SANITARIA AGLI ANZIANI

SOMMARIO: 1. La nozione di vulnerabilità. Cenni. – 2. Gli anziani e la telemedicina. – 3. La tutela dei caregiver nell'Unione europea. – 4. Il riconoscimento dei caregiver in Italia. – 5. Conseguenze dell'assenza di una legge statale. – 6. Note conclusive.

1. La nozione di vulnerabilità. Cenni

La protezione nei confronti di persone che versano in una situazione di svantaggio ha rappresentato uno degli scopi del costituzionalismo, evidente nelle Costituzioni che hanno gettato le basi del modello di Stato sociale (HÄBERLE, 2005, 214-215). In particolare, nella Costituzione italiana vi sono numerose disposizioni che descrivono molteplici situazioni di bisogno meritevoli di tutela, condizioni da cui traspare vulnerabilità (PIZZOLATO, 2019, 25 ss.). Al riguardo possono menzionarsi, oltre gli artt. 2 e 3 Cost., la garanzia ai non abbienti dell'accesso alla giustizia (art. 24, co. 3, Cost.), il diritto degli indigenti alle cure gratuite (art. 32, co. 1, Cost.), il diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi da parte dei capaci e meritevoli privi di mezzi (art. 34, co. 3, Cost.), la speciale protezione nei confronti della madre lavoratrice e del minore lavoratore (art. 37 Cost.) e di coloro che si trovano in una situazione di svantaggio in ambito lavorativo (art. 38 Cost.) (AMATO, 2022, 29 ss.).

La protezione delle persone vulnerabili è connessa all'inviolabilità della dignità umana, che ne giustifica un trattamento diverso. La pari dignità sociale *ex* art. 3, co. 1, Cost. è un elemento importante, ma non esauriente del principio del rispetto della dignità umana desumibile dall'art. 2 Cost. (FLICK, 2008, 56) e, infatti, particolarmente rilevante è anche il secondo comma. Con il tempo, appunto, l'attenzione per i soggetti vulnerabili si è spostata dall'ambito lavorativo (BELLOCCHI, PASSAGLIA, 2007) per focalizzarsi, in particolare, sui diritti sociali

(BALDASSARRE, 1989; BENVENUTI, 2013, 1 ss.): “attraverso il canone dell’eguaglianza sostanziale”, tali posizioni giuridiche soggettive vengono intese “proprio in funzione del superamento di quelle situazioni di svantaggio e difficoltà che sono nei fatti d’impedimento alla inclusione, nel sistema costituzionale democratico e pluralista, del soggetto che ne è vittima” (SCARLATTI, 2023, 268). L’art. 3, co. 2, Cost., dunque, rappresenta il fondamento dei diritti sociali, sulla cui base uno dei compiti dello Stato sociale si rinviene nella tutela dei soggetti più fragili (BALDASSARRE, 1989, 32; CARETTI, TARLI BARBIERI, 2017, 504; PACE, 1990, 59 ss.; PEZZINI, 2001, 189 ss.; ROVAGNATI, 2009, 29 ss.). La vulnerabilità, infatti, contraddistingue le relazioni tra le persone e lo Stato (CAPPELLATO, GARDELLA TEDESCHI, MERCURI, 2021, 192-193).

Le sollecitazioni legate alla salvaguardia delle persone vulnerabili possono intendersi come una reazione alla crisi dello Stato sociale: giacché la tensione tra il rispetto degli equilibri economico-finanziari *ex art.* 81 Cost. (COLAPIETRO, BARBARESCHI, 2021; MORRONE, 2014; SCACCIA, 2012) e il dovere di assicurare i livelli essenziali delle prestazioni uniformi in tutto il territorio nazionale (LUCIANI, 2016), ha inciso sul godimento dei diritti sociali comportando l’esclusione di alcune categorie dalla tutela statale (LOSURDO, 2016).

Nonostante le disposizioni sopra richiamate, è opportuno chiarire che la nozione di vulnerabilità non è di facile definizione e in una prospettiva giuridica si concretizza “nell’immagine di una soglia ultima dinanzi alla quale innalzare un limite estremo di difesa” (ROSSI, 2017, 1). Preliminarmente bisogna specificare che la categoria giuridica della vulnerabilità non può ricondursi ai soli diritti soggettivi. Non potendosi possedere la vulnerabilità, che rappresenta un elemento strutturale dell’essere umano poiché in essa si è calati (Pastore, 2014, 62 ss.), alla condizione giuridica in questione non può corrispondere una forma positiva, ragion per cui solo la forma dell’iscrizione può rappresentare il rapporto tra un soggetto e la sua vulnerabilità (GENSABELLA FURNARI, 2008, 120 ss.).

Nonostante sembri esservi una coincidenza tra soggetti deboli e soggetti vulnerabili, la vulnerabilità rappresenta un concetto ampio (MANETTI, 2019, 3387), presentando un’“apertura semantica” (LONGATO, 2001, 174) legata all’emersione di valori della persona umana ritenuti meritevoli tutela (ZULLO, 2016, 478), la cui salvaguardia si è

affermata attraverso la giurisprudenza, soprattutto della Corte europea dei diritti dell'uomo (CHENAL, 2018, 35 ss.; DICIOTTI, 2018, 13 ss.), proprio per forme di svantaggio non concepibili astrattamente.

Il diritto manifesta una particolare attenzione per i soggetti fragili: “l'età, l'handicap, la condizione di salute fisica o mentale non sono condizioni oggettive da registrare una volta per tutte, e davanti alle quali arrestarsi. Sono situazioni da scandagliare, identificando i casi in cui il sostegno di un terzo può accompagnare la volontà debole verso una decisione che ritrovi come protagonista il soggetto interessato” (RODOTÀ, 2007, 375). Attraverso la vulnerabilità assumono autonoma rilevanza diverse figure soggettive, espressive di molteplici condizioni esistenziali, nell'ordinamento giuridico (BERNARDINI, 2016, 137 ss.): ovvero composite categorie sociali verso cui le tutele giuridiche si sono mostrate inidonee e che per tale motivo richiedono garanzie.

La vulnerabilità suggerisce dunque che “sarebbe bene porre rimedio a questa situazione, garantendo a quell'individuo una particolare protezione, o eliminando una discriminazione cui è soggetto, o riducendo uno svantaggio di cui soffre” (DICIOTTI, 2020, 239).

La vulnerabilità, in cui si evince il punto di contatto tra il diritto e la vita, si presenta anche come una risorsa per la nascita del legame sociale (REICH, 2002, 13 ss.), il cui sviluppo suppone quella “comune vulnerabilità umana, una vulnerabilità legata alla vita stessa, (...) [che rappresenta] il segno di una condizione primaria di necessità e bisogno” (BUTLER, 2004, 52). Per tale ragione essa si associa alla cura, intesa come esempio di solidarietà orizzontale, poiché, come “un moto ascendente che dal basso va verso l'alto” (GALEOTTI, 1996, 10), deriva dal reciproco soccorso. La persona, dunque, diviene il fulcro di una rete di relazioni di assistenza e cura finalizzate a tutelare il soggetto vulnerabile di cui si occupa.

2. Gli anziani e la telemedicina

Tra i soggetti vulnerabili rientrano sicuramente gli anziani. Tale fenomeno di invecchiamento della popolazione è dovuto al miglioramento della qualità della vita e ai progressi quotidiani della medicina. Questo aspetto si associa parallelamente a un cambiamento nei bisogni

di salute, considerata la sempre più crescente percentuale di anziani affetti da patologie croniche e limitazioni funzionali. Si comprende quindi l'avvicinamento degli anziani al digitale.

Durante l'emergenza epidemiologica è stato necessario erogare prestazioni sanitarie a distanza alle persone in quarantena o in isolamento¹. In particolare, nel settore sanitario la necessità di erogare servizi sanitari a persone in quarantena nonché di garantire cura e assistenza nei confronti di persone anziani e vulnerabili ha imposto il ricorso alla prestazione sanitaria a distanza, da erogare "prioritariamente attraverso le tecnologie digitali e di telecomunicazione moderne, che offrono le migliori opportunità operative rispetto all'uso delle tecnologie precedenti" (Istituto superiore di sanità, 2020, 2)².

Il processo di trasformazione digitale in Italia sin dal 2008 si è concretizzato in una serie di misure idonee a diffondere l'*e-Health*, strumento volto al miglioramento della qualità dell'assistenza e del sistema sanitario. L'ampio utilizzo delle tecnologie nel campo medico permette la delocalizzazione della prestazione sanitaria, collocando in uno spazio virtuale il rapporto tra medico e paziente, che si trasforma in una relazione filtrata dalla condivisione telematica di dati clinici. Nonostante la *Digital Health Interventions* (DHI) ponga quindi questioni etiche inerenti al rapporto medico-paziente, essa determina effetti positivi sulla struttura e sull'organizzazione dei sistemi sanitari (GERARDI, STRATI, 2004) e, infatti, l'emergenza sanitaria da Covid-19 ha conferito un forte impulso alla telemedicina³, forma di prestazione sa-

¹ IRTI, (2023), sostiene che riconoscere la categoria degli anziani giuridicamente anche nel settore sanitario aiuta a selezionare a chi attribuire risorse, garantire diritti e specifiche tutela.

² Istituto superiore di sanità, (2020), *Indicazioni ad interim per servizi assistenziali di telemedicina durante l'emergenza sanitaria COVID-19*, 2.

³ Il Comitato nazionale per la bioetica, (2020), *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, 15 ss. l'attivazione di servizi assistenziali di telemedicina «consente due obiettivi posti in antitesi dall'emergenza Covid, contribuendo a combattere quel senso di sfiducia e di abbandono, che può portare non solo a rinviare controlli o interventi necessari, ma anche a interrompere terapie già stabilite e praticabili». In dottrina si vedano CANGELOSI, (2007), 431 ss.; COIERA, (1999); GIACOMETTI, GUALANO, BERT, SILIQUINI, (2013), 256-258; MANZI, SELVAGGI, SICA, (2010), 1-10; NARDONE, (2005), 127 ss.; SANTORO, (2002); STEFANINI, (2016), 1023-1032.

nitaria erogata a distanza mediante tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) che ha garantito la continuità della cura a coloro che non potevano recarsi nei luoghi di cura.

La telemedicina viene definita negli anni Settanta in letteratura come “la pratica della medicina senza l'usuale confronto fisico tra medico e paziente, utilizzando un sistema di comunicazione interattivo multimediale” (BIRD, 1975). Sul punto interviene anche la Commissione europea che la identifica nella “prestazione di servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso alle TIC, in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località”, prestazione che “comporta la trasmissione sicura di informazioni e dati di carattere medico grazie a testi, suoni, immagini o altre forme necessarie per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento e il successivo controllo dei pazienti”⁴.

Secondo le Linee di indirizzo nazionali sulla telemedicina, invece, essa è “una modalità di erogazione di servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso a tecnologie innovative, in particolare alle *Information and Communication Technologies* (ICT), in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località” (Ministero della salute, 2014, 10)⁵.

Nelle diverse definizioni riportate emerge chiaramente che il tratto distintivo della telemedicina è lo spazio telematico in cui si “incontrano” medico e paziente, determinando “la trasmissione sicura di informazioni e dati di carattere medico nella forma di testi, suoni, immagini o altre forme necessarie per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento e il successivo controllo dei pazienti” (Ministero della salute, 2014, 10)⁶.

Nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) la Missione 6, dedicata alla “Salute”, è nata per “colmare il divario tra le disparità territoriali ed offrire maggiore integrazione tra i servizi sanitari nei diversi ambiti assistenziali”, la cui Componente 1, “Reti di prossimità,

⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni *sulla telemedicina a beneficio dei pazienti, dei sistemi sanitari e della società*, COM(2008)689 definitivo.

⁵ Ministero della salute, (2014), *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali*, 10.

⁶ *Ibidem*.

strutture intermedie e telemedicina per l'assistenza territoriale", si propone, tra i vari obiettivi, di "sviluppare la telemedicina e superare la frammentazione e la mancanza di omogeneità dei servizi sanitari offerti sul territorio; sviluppare soluzioni di telemedicina avanzate a sostegno dell'assistenza domiciliare"⁷. In attuazione di tale Missione è stato adottato il decreto 21 settembre 2022⁸, con cui sono state approvate le linee di indirizzo per i servizi di telemedicina che definiscono i requisiti tecnici necessari per assicurare l'omogeneità e l'efficienza dei servizi.

Nell'Accordo Stato-Regioni del 2020⁹ la telemedicina "rappresenta un approccio innovativo alla pratica sanitaria", perché permette l'erogazione di servizi a distanza attraverso l'uso di dispositivi digitali, internet, *software* e delle reti di telecomunicazione, assicurando "la fruizione di servizi senza che il paziente o l'assistito debba recarsi presso le strutture sanitarie" e rendendo "accessibili le cure attraverso uno scambio sicuro di dati, immagini, documenti e videochiamate tra i professionisti sanitari e i pazienti".

La telemedicina, pertanto, potenziando l'accesso in termini di uguaglianza territoriale alla sanità (TARASCO, 2010, 1387 ss.), rende maggiormente efficiente il servizio sanitario e il godimento del diritto fondamentale alla salute *ex art.* 32 Cost.¹⁰ e, al contempo, concorrendo a ripensare l'assistenza sanitaria (NARDONE, TRIASSI, 2003, 27 ss.), rappresenta applicazione della c.d. amministrazione digitale (DUNI, 1993, 9 ss.; ID, 2008; RABBITO, 2010): secondo l'art. 9 del Codice

⁷ Decreto 30 settembre 2022, recante «Procedure di selezione delle soluzioni di telemedicina e diffusione sul territorio nazionale, nonché i meccanismi di valutazione delle proposte di fabbisogno regionale per i servizi minimi di telemedicina e l'adozione delle Linee di indirizzo per i servizi di telemedicina».

⁸ Decreto 21 settembre 2022, recante «Approvazione delle linee guida per i servizi di telemedicina. Requisiti funzionali e livelli di servizio».

⁹ Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, Accordo, ai sensi dell'art. 4, co. 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sul documento recante «Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina», 17 dicembre 2020.

¹⁰ In merito la letteratura è amplissima. Si vedano, tra gli altri, BALDUZZI, SERVETTI, (2013); CHIEFFI, (2020); FERRARA, (1997), 513 ss.; LUCIANI, (1991); MORANA, (2002); MONTUSCHI, (1976), 148 ss.; MORTATI, (1972), 13; PAPA, (2018); PEZZINI, (1983); SIMONCINI, LONGO, (2006), 655 ss.; VINCENZI AMATO, (2006), 167 ss.

dell'amministrazione digitale, infatti, lo Stato promuove “ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili sia individuali che collettivi”.

Nonostante la telemedicina rappresenti una grande opportunità, tuttavia, l'avvicinamento alla tecnologia (PAPA, 2011) in ambito sanitario non è privo di problemi soprattutto in riferimento alle persone anziane. L'ultimo Rapporto BES dell'ISTAT 2023 fotografa, infatti, la scarsa digitalizzazione nelle fasce di età più alte della popolazione italiana, evidenziando anche come le competenze digitali siano spesso prerogative di coloro che posseggono titoli di studio elevati¹¹. Questi dati sono confermati anche a livello globale giacché da alcuni studi pubblicati su *Jama internal medicine* è emersa l'impreparazione del 38% dei soggetti a sostenere una video-visita e l'inidoneità del 20% a gestire una visita telefonica: in particolare, i più impreparati alla telemedicina (72%) avevano un'età superiore agli 85 anni (PECCARISI, 2020).

Un altro fattore che ostacola la telemedicina è costituito, inoltre, dal *digital divide* ovvero il limitato accesso al digitale da parte dei nuclei familiari con over 65: un terzo delle famiglie in Italia non ha né un computer né un tablet e tale percentuale passa dal 14,3% tra le famiglie con almeno un minore al 70,6% per le famiglie con over 65¹².

Sulla base di queste considerazioni, si comprende quindi l'esigenza à che nel percorso di cura intervenga qualcuno che faciliti la comunicazione tra l'anziano e il digitale ovvero il caregiver, figura spesso presente anche durante la televisita (ROCCA, 2023, 5).

3. La tutela dei caregiver nell'Unione europea

Circa 6,4 milioni di persone anziane necessitano di forme di aiuto nello svolgimento di attività quotidiane non essendo completamente autosufficienti (GIUSTINELLI, 2023, 149). All'offerta pubblica dei ser-

¹¹ Rapporto Bes Istat del 2023,73.

¹² Fonte: elaborazione *The European House-Ambrosetti* su dati ISTAT 2020.

vizi per la non autosufficienza si accosta la fornitura informale di cura da parte dei caregiver familiari¹³, termine con cui si indica chi abitualmente in ambito domestico si occupa volontariamente e gratuitamente di una persona non autosufficiente, prestando attività assistenziali in maniera continuativa. Tale condizione dipende da una serie di variabili connesse, oltre alle specificità dei singoli casi, al funzionamento del sistema di *welfare* e al sostegno del sistema pubblico alle persone non autosufficienti.

La situazione in cui versa il caregiver è molto delicata. Il carattere empatico di questa relazione, considerata la dipendenza tra l'assistito e colui che presta le cure, rende complicato bilanciare i bisogni del malato, della propria famiglia propria e del proprio lavoro (MONTEMURRO, PETRELLA, 2016, 13).

La tutela dei caregiver familiari è uno degli obietti perseguiti dall'Unione europea. Ciò si evince dall'art. 3 del TUE, dall'art. 9 del TFUE e dall'art. 151 del TFUE. Anche la Carta dei diritti fondamentali riconoscendo molteplici principi e diritti¹⁴, tra cui la parità tra uomini e donne¹⁵, diritti degli anziani¹⁶ e inserimento dei disabili¹⁷, richiede la tutela sia dei soggetti vulnerabili che di coloro che li assistono. In proposito, il Pilastro europeo dei diritti sociali (PEDS) del 2017 prevede un sostegno ai caregiver familiari¹⁸: per la parte che qui rileva, infatti, il principio 9 si occupa di regolare l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare, mentre il principio 18 riconosce il diritto all'assistenza a lungo termine. Per attuare il PSDE, in particolare, la Commissione europea ha presentato un piano di monitoraggio della realizzazione del Pilastro¹⁹ e previsto l'elaborazione di un piano d'azione²⁰.

¹³ Sul ruolo del sistema di cura familiare CAMPEDELLI, (2019),4-6. Si vedano anche le riflessioni di ARLOTTI, (2012),559-560; PALLANTE, (2018),78-87.

¹⁴ Sul Trattato di Lisbona si veda BILANCIA, (2012).

¹⁵ Art. 23.

¹⁶ Art. 25.

¹⁷ Art. 26.

¹⁸ Per un'analisi dei diritti sociali in Europa nella prospettiva del PEDS, si rimanda a BILANCIA, (2019), 1 ss.

¹⁹ Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *Monitorare l'attuazione del Pilastro europeo dei diritti sociali*, 13 marzo 2018, COM(2018) 130 final.

La Commissione, inoltre, ha ribadito l'esigenza di attuare il PSDE soprattutto dopo l'emergenza epidemiologica²¹. Per tale ragione per cui, considerate anche le conseguenze della precedente crisi economico-finanziaria (GRASSO, 2016; MORRONE, 2014), l'Unione ha stanziato nuovi fondi con il *Next generation UE*.

Riferimenti ai caregiver sono presenti anche in alcuni documenti, tra cui la Relazione sui servizi di assistenza nell'UE per una migliore parità di genere (2018/2077(INI)) della Commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza di genere che riflette sui sistemi di cura.

Nel 2022 il Comitato economico e sociale europeo (CESE) ha pubblicato un parere sul ruolo del caregiver nell'Unione Europea²², in cui sono stati riportati i dati dell'indagine condotta nel 2018 dall'Eurostat sulla "Conciliazione tra vita lavorativa e familiare"²³: dalla stessa, emerge che nel periodo esaminato il 34% della popolazione di età tra i 18 e i 64 anni aveva responsabilità di assistenza. Tra coloro che prestavano assistenza, il 12% si occupava di familiari non autosufficienti. L'indagine, altresì, conferma l'asimmetria di genere, prestando assistenza il 63% delle donne rispetto al 37% di uomini.

Dopo aver manifestato preoccupazione per le condizioni di vita dei caregiver, peggiorate durante la pandemia, il CESE ha evidenziato l'esigenza di definire in maniera univoca la figura di chi presta assistenza, delineandone peculiarità e interventi e, in particolare, ha rimarcato l'importanza di garantire servizi di tutela della salute, servizi e

²⁰ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, 14 gennaio 2020, COM(2020) 14 final. In proposito GOTTI, (2021), 166 ss.

²¹ Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, 27 maggio 2020, COM(2020) 456 final.

²² Il documento è intitolato "Il ruolo dei familiari che prestano assistenza alle persone con disabilità e alle persone anziane: l'esplosione del fenomeno durante la pandemia" ed è elaborato dalla Sezione Occupazione, affari sociali e cittadinanza del CESE.

²³ *Reconciliation between work and family life Labour Force Survey (LFS) ad-hoc module 2018 — Quality report*. Consultabile al link <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-statistical-reports/-/ks-ft-19-006>

sostegni per l'abitare, servizi di domiciliarità e servizi di sostegno psicologico.

In proposito la Commissione europea ha presentato la Strategia europea per l'assistenza nel 2022 per assicurare servizi di qualità, accessibili in tutta l'Unione europea e per migliorare la situazione sia dei beneficiari dell'assistenza sia di coloro che prestano assistenza²⁴, mentre, per quanto concerne il tema dell'assistenza a lungo termine, la Commissione raccomanda agli Stati membri di elaborare piani d'azione nazionali per rendere l'assistenza nell'UE più accessibile, garantendo che essa sia tempestiva e a prezzi accessibili; incrementando la varietà dei servizi professionali di assistenza a lungo termine; assicurando criteri di qualità per i prestatori di assistenza a lungo termine; sostenendo i prestatori di assistenza informale e stanziando finanziamenti adeguati.

Si evince dunque l'attenzione dell'ordinamento europeo incentrata sui caregiver al fine di garantire un equilibrio tra il lavoro di cura, la vita privata e professionale.

4. Il riconoscimento dei caregiver in Italia

In Italia, diversamente da altri Stati europei²⁵, non è prevista una specifica tutela per coloro che si occupano di un proprio familiare che versa in uno stato di bisogno (BOSI, 2008, 78 ss.), ma, essendo più di sette milioni di persone impegnate nel caregiving, il riconoscimento giuridico di questa categoria non è più differibile.

La tutela del caregiver è richiesta dall'interpretazione dei principi costituzionali, in particolare dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost., rientrando nel compito di rimozione degli ostacoli che si frap-

²⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni *sulla strategia europea per l'assistenza*, COM(2022) 440 final.

²⁵ In Francia, in Spagna e Finlandia i caregiver hanno il diritto di godere di prestazioni pensionistiche ed assicurative per malattia e infortuni e, in alcuni casi, di percepire un'indennità; in Austria, Germania, Svezia e Finlandia possono essere sostituiti temporaneamente da personale qualificato; Germania e Svezia, invece, hanno introdotto un sistema di sostegno psicologico e di assistenza informativa.

pongono alla realizzazione dell'individuo (D'ALOIA, 2023, 573 e 581), ed è importante per attuare la difesa e la promozione della dignità umana²⁶, in tutte le sue proiezioni (FLICK, 2014; PICIOCCHI, 2013; RODOTÀ, 2013; RUGGERI, 2013).

L'esigenza della tutela effettiva dei caregiver è necessaria anche per escludere che la cura di un familiare ne pregiudichi i diritti²⁷, tra cui il diritto al lavoro (art. 4 Cost.), la partecipazione alla vita sociale e istituzionale (artt. 2 e 51 Cost.); il diritto alla salute (art. 32 Cost.), l'istruzione, nel caso di *young* caregiver (art. 34 Cost.); la formazione professionale (art. 35 Cost.) e il diritto a un'adeguata tutela previdenziale (art. 38 Cost.).

È opportuno altresì riflettere su un ulteriore tema ovvero quello dell'asimmetria di genere²⁸: sono per lo più le donne a ricoprire il ruolo di caregiver rinunciando spesso al proprio lavoro (SAITTA, 2013) ed accentuando conseguentemente il divario di genere nell'occupazione (SMURAGLIA, 2005).

In merito al principio di eguaglianza sostanziale rileva anche la pari dignità sociale (CELOTTO, 2006, 72 ss.; FERRARA, 1974, 1089 ss.; APOSTOLI, 2019, 10 ss.; D'ALOIA, 2023, 273 ss.), la quale sottolinea la contrapposizione tra la precarietà dei caregiver e il contributo fornito da tale categoria alla collettività.

Sul piano delle politiche legislative, il riconoscimento giuridico del lavoro di cura informale, che spesso supplisce all'assenza del soggetto pubblico, sottintende la possibilità di soddisfare alcune istanze di tutela connesse all'esercizio di tale attività, tra cui un'adeguata informazione e formazione, la prevenzione di disturbi fisici e psichici causati dallo stress nonché il riconoscimento di tutele previdenziali, coperture assicurative, pensionistiche e di agevolazioni fiscali.

²⁶ Sul carattere "aperto" della nozione di vulnerabilità, SCARLATTI, (2023), 266 ss. Cfr. anche AINIS, (1999), 25 ss. e BELLOCCHI, PASSAGLIA, (a cura di), (2007).

²⁷ Sul difficile compito del caregiver TRABUCCHI, (2021), 11 ss.

²⁸ Sul tema, tra gli altri, AZZARITI, (2006), 491 ss.; CARTABIA, (2007), 45 ss.; CECCHINI, (2020); D'AMICO, (2020); FERRAJOLI, (1997); PALICI DI SUNI, (2008), 593 ss.; PEZZINI, LORENZETTI, (a cura di), (2019); RESCIGNO, (2016), 217 ss.; SCIORTINO, (2020), 19 ss. Sull'aumento delle disuguaglianze di genere durante il Covid si vedano CATELANI, D'AMICO, (a cura di), (2021). Per un'analisi del rapporto tra eguaglianza e politiche pubbliche, cfr. PROFETA, (2021).

Nonostante alcuni tentativi, il Parlamento ancora non ha adottato una legge statale che tuteli la figura del caregiver familiare; vi sono solo previsioni frammentate come la legge n. 104/1992 che attribuisce il diritto a tre giorni di permesso al mese, a un congedo straordinario fino a 2 anni per i casi più gravi e la possibilità di pensione anticipata.

Una definizione di questa figura si rinviene per la prima volta nell'art. 1, co. 255, della legge di bilancio per il 2018 (l. n. 205/2017), che ha anche istituito il Fondo per il sostegno del ruolo di cura e assistenza del caregiver familiare (art. 1, commi 254-256), le cui risorse con il d.l. n. 86/2018 sono state indirizzate al finanziamento di interventi finalizzati al riconoscimento del valore dell'attività di cura non professionale del caregiver familiare. Dal 2020 Il Fondo è stato ripartito tra le Regioni per la realizzazione di servizi di sostegno per i caregiver, stabiliti sulla base della programmazione degli interventi di integrazione sociosanitaria e delle misure per i soggetti non autosufficienti, consentendo agli enti territoriali regionali di distribuire risorse agli Ambiti Territoriali Sociali (ATS). Il Legislatore è intervenuto nuovamente istituendo un secondo fondo con la legge di bilancio per il 2021 (l. n. 178/2020, art. 1, co. 334), per il finanziamento degli interventi legislativi indispensabili al riconoscimento della attività non professionale del prestatore di cure familiari.

Con l'approvazione nel marzo della legge delega n. 33/2023 recante "Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane" (ANDREANI, 2024), che ha consentito il raggiungimento del primo obiettivo della riforma dell'assistenza alle persone anziane non autosufficienti (sancito dalla Missione 5, Componente 2, del PNRR), il Parlamento ha risposto alle istanze emerse dalla società evidenziate in dottrina (PASQUINELLI, 2023; LONGO, 2023). I concetti fondamentali dell'azione statale sono "integrazione" e "sistema": la legge prevede strumenti di integrazione della programmazione e della *governance* tra Stato, Regioni e Comuni volti all'assistenza sanitaria, sociosanitaria e sociale²⁹. L'integrazione si basa altresì sull'individuazione dei LEA e i LEPS per la non autosufficienza. Al fine di rafforzare la rete dell'intervento pubblico e privato la legge ricerca un nuovo equilibrio tra le istanze dell'uniformità e quelle della differenziazione, dal momento

²⁹ Critica PIOGGIA, (2024), 53-64.

che sono rafforzate le funzioni del Terzo settore e contestualmente viene riconosciuto il ruolo della famiglia e del caregiver nella fornitura di cura. Il Parlamento ha inoltre disposto la ricognizione delle agevolazioni fiscali per il sostegno della regolarizzazione del rapporto di cura prestato a domicilio e la definizione della formazione per lo svolgimento delle attività professionali esercitate nell'ambito della cura e dell'assistenza alle persone anziane non autosufficienti.

L'attuazione della legge delega, tuttavia, mostra frizioni con la riforma della sanità territoriale, in particolare in merito al potenziamento dell'assistenza domiciliare integrata (ADI)³⁰, ed è inoltre indispensabile il coordinamento delle norme d'attuazione con la legge statale sulla condizione giuridica del caregiver familiare in discussione (ORRÙ, 2021, 73-94).

Per quanto concerne le proposte di legge inerenti a questa figura, invece, finora non sono state ancora approvate (PESARESI, 2021, 75 ss.; MARCHETTI, 2022, 532 ss.). Attualmente è in discussione il d.d.l. n. 1461³¹, che definisce “caregiver familiare la persona che gratuitamente assiste e si prende cura in modo continuativo del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, anche oncologica, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18” (art. 2). In particolare, il caregiver è colui che “assiste e si

³⁰ La legge delega dispone l'integrazione tra ADI e SAD, ma il DM 77/22 prevede la sola estensione dell'offerta dell'ADI per il raggiungimento della presa in carico del 10% della popolazione anziana entro il 2026.

³¹ Atto Senato n. 1461, «Disposizioni per il riconoscimento ed il sostegno del caregiver familiare», presentato in data 7 agosto 2019; annunciato nella seduta n. 144 del 7 agosto 2019. Assegnato alla 11ª Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) in sede redigente il 23 ottobre 2019. Per un commento PESARESI, (2021), 76 ss.

prende cura della persona, la sostiene nella vita di relazione, concorre al suo benessere psico-fisico e la aiuta nella mobilità e nel disbrigo delle pratiche amministrative, rapportandosi e integrandosi con gli operatori del sistema dei servizi sociali, socio-sanitari e sanitari professionali che forniscono attività di assistenza e di cura” (art. 1, co. 2).

Per favorire l’accesso ai servizi sociali, il d.d.l. prevede mediante d.p.c.m la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) sociali da garantire ai caregiver familiari su tutto il territorio nazionale nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica e l’introduzione nei livelli essenziali di assistenza (LEA) di servizi e prestazioni per i caregiver e gli assistiti, come la domiciliarizzazione di visite e prestazioni specialistiche.

Nel testo sono previste tutele di natura previdenziale (art. 5), misure a favore della conciliazione tra l’attività di cura e lavorativa (art. 7), il riconoscimento delle competenze apprese in qualità di caregiver per un reinserimento o un nuovo accesso lavorativo (art. 8) e detrazioni per carichi di famiglia (art. 9). Nel d.d.l., tuttavia, manca il riconoscimento di un diritto soggettivo autonomo rispetto ai diritti dell’assistito né quello a percepire un’indennità (CUZZOLA, 2013).

Anche le Regioni³², “soggetti costruttori di eguaglianza e di opportunità concrete per un’esistenza dignitosa” (D’ALLOIA, 2023, 574), sono intervenute in proposito e infatti, hanno già predisposto forme di tutela dei caregiver familiari. Tra queste Emilia-Romagna³³, Abruzzo³⁴, Veneto³⁵, Campania³⁶, la Provincia autonoma di

³² Per un’analisi approfondita del ruolo delle Regioni nell’ambito del sistema multilivello si veda, tra i tanti, PAPA, (2017).

³³ Legge Regionale 28 marzo 2014, n. 2, «Norme Per il riconoscimento e il sostegno del caregiver familiare (persona che presta volontariamente cura ed assistenza)».

³⁴ Legge regionale 27 dicembre 2016, n. 43, «Norme per il riconoscimento ed il sostegno del caregiver familiare (persona che presta volontariamente cura e assistenza)».

³⁵ Legge regionale 17 ottobre 2017, n. 38, «Norme per il sostegno delle famiglie e delle persone anziane, disabili, in condizioni di fragilità o non autosufficienza, per la qualificazione e il sostegno degli assistenti familiari».

³⁶ Legge regionale 20 novembre 2017, n. 33, «Norme per il riconoscimento ed il sostegno del caregiver familiare».

Trento³⁷, Puglia³⁸ e Lombardia³⁹ hanno adottato leggi per realizzare una rete di sostegno al lavoro di accudimento del caregiver familiare. La Regione Molise in materia ha adottato una delibera della Giunta recanti “Linee guida regionali per il riconoscimento ed il sostegno del caregiver familiare”⁴⁰.

Più dettagliatamente Emilia-Romagna, Abruzzo, Puglia e Campania hanno disposto il riconoscimento dei caregiver familiari, la valutazione dei loro bisogni⁴¹, e una loro partecipazione alla programmazione sociale, socio-sanitaria e sanitaria; la possibilità di accedere, limitatamente alle risorse disponibili, ai servizi pubblici integrati⁴²; l’elaborazione di Piani di assistenza individuali⁴³, in cui sono stabilite i contributi, i supporti e le prestazioni da fornire ai caregiver da parte dei servizi sociali e sanitari; la formazione e il riconoscimento delle competenze dei caregiver nonché misure di supporto di tipo psicologico. Inoltre, Abruzzo, Molise, Campania, Lazio, Lombardia e Veneto prevedono contributi economici⁴⁴.

³⁷ Legge Provincia autonoma di Trento 13 giugno 2018, n. 8, «Modificazioni della legge provinciale sull’handicap 2003, della legge provinciale sulle politiche sociali 2007, della legge provinciale 24 luglio 2012, n. 15 (Tutela delle persone non autosufficienti e delle loro famiglie e modificazioni delle leggi provinciali 3 agosto 2010, n. 19, e 29 agosto 1983, n. 29, in materia sanitaria), della legge provinciale sulla tutela della salute 2010 e della legge provinciale di recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici 2016».

³⁸ Legge regionale 27 febbraio 2020 n. 3, «Norme per il sostegno del caregiver familiare».

³⁹ Legge Regionale 30 novembre 2022, n. 23, «Caregiver familiare».

⁴⁰ D.G.R. dell’11 agosto 2017, n. 310, «Linee guida regionali per il riconoscimento ed il sostegno del caregiver familiare».

⁴¹ Le leggi regionali dell’Abruzzo e della Campania prevedono una relazione biennale al Consiglio regionale sull’attuazione della legge, mentre l’Emilia-Romagna ha introdotto nel d.G.R. n. 858/2017 un monitoraggio degli interventi realizzati al fine di attuare la l.r. n. 2/2014.

⁴² La legge regionale della Campania ha previsto l’istituzione di un registro dei caregiver familiari (art. 8).

⁴³ Le leggi regionali della Puglia e dell’Emilia-Romagna prevedono il Progetto assistenziale individualizzato (PAI), mentre Abruzzo e Campania disciplinano rispettivamente un Piano personalizzato di assistenza (PPA) e un Progetto individuale per le persone disabili.

⁴⁴ La Lombardia, con delibera della Giunta n. 4443 del 22 marzo 2021, ha stanziato

Alcune Regioni hanno sviluppato programmi che prevedono interventi socioassistenziali e sanitari per sostenere i caregiver: per esempio le Regioni Lombardia e Liguria sperimentano le cd. “RSA aperte”, ossia RSA (Residenze Sanitarie Assistenziali) accreditate dalla Regione. La Regione Veneto ha intrapreso, invece, un’azione di monitoraggio dei bisogni dei caregiver, mentre talvolta altre hanno erogato contributi per riconoscere il suo lavoro di assistenza⁴⁵. Anche hanno previsto analoghi aiuti economici.

5. Conseguenze dell’assenza di una legge statale

L’assenza di una disciplina legislativa che tuteli e riconosca i caregiver familiari crea diverse frizioni con l’ordinamento giuridico, sia sotto il profilo dei diritti individuali che della struttura del *welfare*. I caregiver svolgono un ruolo fondamentale nella società, fornendo assistenza a familiari disabili o anziani, spesso a tempo pieno e senza compenso; tuttavia, la mancanza di una normativa specifica che li tuteli può essere vista come una violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione.

Si può operare, per esempio, un riferimento al diritto alla dignità personale, riconosciuto dall’art. 2. Per i caregiver l’assenza di una disciplina che ne riconosca ruolo e diritti porta a una compressione della loro dignità in vari modi. Il lavoro dei caregiver, a titolo esemplificativo, pur essendo essenziale per il benessere dei loro assistiti e per

to oltre 10 milioni di euro per potenziare gli interventi a sostegno dei caregiver familiari per il 2021; il Veneto, nel marzo 2021, ha approvato la delibera nella quale vengono stabiliti i criteri per la destinazione dei fondi per il sostegno dei caregiver familiari; la Toscana, nel marzo 2021, ha previsto un contributo di quasi 5 milioni di euro per assegni mensili di cura per i caregiver che assistono familiari in condizione di disabilità gravissima o che non hanno potuto accedere alle strutture residenziali a causa della pandemia, nonché un supporto psicologico telefonico offerto da un centro di ascolto regionale. La Provincia autonoma di Trento prevede, invece, nella legge n. 8/2018 la promozione di misure di sostegno ai contributi per la prevenzione integrativa e complementare.

⁴⁵ Il Piemonte nel 2021 ha stanziato complessivamente 11 milioni di euro per sostenere i caregiver.

l'intera società, non viene riconosciuto né retribuito, relegandolo a una sfera invisibile e svalutata. Questo incide profondamente sulla dignità della persona, che si trova a dedicare gran parte della propria vita a un'attività che non ha alcun riconoscimento economico o sociale. Si incide di conseguenza negativamente sul diritto all'autorealizzazione siccome l'impegno richiesto spesso costringe chi assiste i propri familiari a rinunciare a carriere professionali, attività sociali e personali, limitando la loro libertà di realizzarsi pienamente come individui. La mancanza di congedi retribuiti, flessibilità lavorativa o altre forme di supporto impedisce a chi presta lavoro di cura informale di conciliare vita privata e assistenza, sacrificando così il loro diritto all'autodeterminazione.

Vi è altresì una violazione dell'art. 3, poiché l'assenza di una disciplina specifica per i caregiver crea evidenti disparità, in particolare di suguaglianze economiche, poiché, non potendo conciliare il loro ruolo con un lavoro remunerato, subiscono un grave impoverimento economico. Questo problema si aggrava per le famiglie con meno risorse, che non possono permettersi assistenza privata. L'assenza di sostegni economici adeguati accentua le disuguaglianze tra chi può contare su risorse esterne e chi deve fare affidamento esclusivamente sull'assistenza familiare. Meritevoli di considerazioni sono anche le disuguaglianze di genere. La maggior parte di coloro che assiste i propri familiari sono donne e la mancanza di riconoscimento giuridico ed economico per il loro ruolo amplifica le disuguaglianze di genere già presenti nel mercato del lavoro e nella società. Le donne caregiver si trovano così in una posizione di doppia esclusione: non solo sono penalizzate economicamente e socialmente rispetto agli uomini, ma la mancanza di riconoscimento formale del proprio ruolo rafforza questa condizione di emarginazione, precludendo loro possibilità di avanzamento professionale e personale.

L'assenza del riconoscimento di tale categoria si riverbera sul diritto al lavoro, considerata la frequente rinuncia dei caregiver a opportunità lavorative, cui consegue una probabile condizione di precarietà economica e previdenziale, esponendoli a un rischio di povertà in età avanzata, quando non avranno accesso a una pensione adeguata al lavoro svolto. Il tempo dedicato all'assistenza rappresenta una lacuna contributiva che riduce sensibilmente l'importo della pensione futura

e questo crea un ulteriore svantaggio economico a lungo termine. Sempre nel mondo del lavoro si registrano altre criticità, come l'assenza di congedi retribuiti sufficienti e la difficoltà di molti caregiver di mantenere un'occupazione stabile.

Un altro aspetto sfavorevole è la precarietà economica imputabile all'assenza di retribuzione per il lavoro di cura, che incide negativamente sul reddito familiare. Le famiglie si trovano a dover far fronte non solo alla perdita di un reddito, ma anche ai costi diretti legati alla cura del familiare, come spese mediche o di assistenza, incrementando il divario economico tra nuclei che hanno la possibilità di accedere a servizi di assistenza privati e quelli che invece devono fare affidamento esclusivamente su caregiver non retribuiti.

Il mancato riconoscimento giuridico e previdenziale dei caregiver comporta ugualmente implicazioni negative per il sistema di *welfare* nel suo complesso. L'assenza di supporto istituzionale aumenta la pressione sui servizi pubblici determinando un sovraccarico del sistema sanitario alla luce della richiesta di cure ospedaliere o servizi di assistenza esterni che, in molti casi, potrebbero essere gestiti in modo più efficiente con il giusto sostegno ai caregiver.

Da menzionare sono anche le frizioni con il diritto alla salute e con i diritti di partecipazione politica e sociale. Coloro che prestano lavoro di cura informale spesso si trovano esclusi da questi processi partecipativi per vari motivi, tra cui isolamento sociale e la mancanza di rappresentanza: senza un riconoscimento giuridico, i caregiver non hanno una voce istituzionale che possa rappresentare i loro interessi nelle decisioni politiche e questo li rende invisibili nelle politiche pubbliche e priva di forza le loro richieste di tutela.

Un'altra conseguenza importante concerne il diritto ai servizi sociali, garantito dall'articolo 38. L'assenza di uno *status* giuridico chiaro rende difficile l'accesso a molti servizi di assistenza e sostegno, tra cui bonus e agevolazioni fiscali, con gravi ripercussioni sulla qualità della vita dei caregiver stessi e dei loro assistiti.

6. Note conclusive

Dal quadro brevemente descritto, è chiaro che nell'ordinamento italiano manchi una visione complessiva sui bisogni delle famiglie di cui faccia parte una persona non autosufficiente (CEMBRANI, VECCHIATO, DE LEO, TRABUCCHI, 2024), nonostante gli interventi legislativi menzionati indichino la volontà di colmare tale lacuna, anche in una prospettiva di tutela dei diritti multilivello. È imprescindibile l'adozione di una legge che tuteli i caregiver, assicurandogli non solo un riconoscimento economico e una copertura previdenziale, ma anche un diritto soggettivo autonomo rispetto ai diritti dell'assistito (GOTTARDO, 2001, 121 ss.).

In assenza di una legge statale, infatti, le Regioni potrebbero approvare decisioni diverse determinando discriminazioni nel godimento di strumenti di protezione e promozione della dignità umana. Il sostegno deve concretizzarsi in misure che alleggeriscano il lavoro di cura evitando pregiudizi alla qualità della vita e al benessere psico-fisico; che garantiscano servizi di formazione e di supporto psicologico. In sostanza, la legge statale dovrebbe determinare i livelli essenziali delle prestazioni (LEP) e i livelli essenziali di assistenza (LEA) da garantire e, successivamente, le Regioni, sulla base di questa cornice e considerando le proprie specificità territoriali, dovrebbero intervenire nuovamente per apprestare ulteriori forme di garanzia.

È altresì necessario realizzare un sistema di *welfare* che redistribuisca i compiti di cura tra Stato, società e famiglia (DI NICOLA, 2017, 609 ss.) e che valorizzi l'assistenza territoriale e domiciliare e il ruolo delle RSA e RSD per eliminare gli ostacoli al pieno sviluppo della personalità dei caregiver familiari e i pregiudizi ai propri diritti. Attualmente, infatti, il *welfare* è presente solo in caso di assenza della famiglia e di necessità poiché l'assistenza domiciliare integrata eroga prestazioni medico-infermieristiche solo per brevi periodi e i servizi domiciliari dei Comuni offrono servizi a persone non autosufficienti sole e prive di risorse finanziarie.

In questo contesto si inserisce il PNRR, strumento con cui l'Italia, delineando gli obiettivi e le riforme che intende realizzare attraverso i fondi della *Next generation Eu*. Per la parte che qui rileva, il PNRR rappresenta un'opportunità per redistribuire i compiti di cura fra Sta-

to, società e famiglie e per assicurare un maggior sostegno ai caregiver, anche per eliminare l'asimmetria di genere nel lavoro di cura. La Missione 5, dedicata a "Inclusione e coesione", infatti, si prefigge obiettivi quali la promozione dell'*empowerment* femminile, il contrasto alle discriminazioni di genere, l'adozione di misure finalizzate a diminuire il sovraccarico del lavoro di cura che preme sulle donne. Anche la Missione 6, incentrata sulla "Salute", si propone il rafforzamento e la creazione di strutture e presidi quali Case della comunità, il potenziamento dell'assistenza domiciliare; lo sviluppo della telemedicina e dell'integrazione tra i servizi socioassistenziali e sanitari (BELLETTI, 2006, 1176 ss.). In particolare, la riforma dei servizi domiciliari comprende interventi fondati sul *care* multidimensionale in cui i caregiver familiari godono di molteplici servizi (di sostegno e informazione anche usufruendo di tecnologie, come la telemedicina).

Al fine di attuare il PNRR e riconoscere i caregiver, è importante osservare due coordinate ovvero rafforzare le autonomie locali e l'assistenza domiciliare integrata senza indebolire i servizi locali comunali⁴⁶. Le politiche volte a fornire maggiore assistenza alle persone vulnerabili e alle loro famiglie devono considerare anche gli interventi regionali che già si inseriscono nelle previsioni del PNRR (PEZZINI, 2002). Sulla base di queste considerazioni è imprescindibile una riforma del sistema assistenziale aumentando la disponibilità di strutture residenziali a costi più accessibili e rafforzando i servizi di assistenza domiciliare e *long term care*. Dovrebbe quindi essere prevista la realizzazione di reti territoriali di servizi integrati socio-sanitari di assistenza (previsti anche dalla legge n. 328/2000)⁴⁷; un consolidamento dei servizi territoriali e un incremento delle ore di assistenza domiciliare. È inoltre importante determinare misure di conciliazione della vita familiare con quella professionale per i caregiver, ad esempio promuovendo lo *smart working* e aumentando le ore di permesso.

⁴⁶ FERRERA, (2021), evidenzia che «il Governo sembra ora intenzionato a concentrare i primi interventi del PNRR proprio sull'Adi, depotenziando i servizi dei Comuni».

⁴⁷ Per un'analisi del sistema integrato di interventi e servizi sociali si vedano: BALBONI, BARONI, MATTIONI, PASTORI, (2007); MAGGIAN, (2013).

Un ulteriore principio da osservare concerne la distribuzione ottimale dei fondi, considerata la scarsità delle risorse disponibili, che impediscono l'incremento degli interventi nel campo dei servizi socio-assistenziali. Oltre le risorse pubbliche è necessario attirare anche quelle private che possono contribuire al finanziamento degli interventi. In merito, l'art. 1, co. 210, della legge di bilancio per il 2024 (l. n. 213/2023) istituisce dal 1° gennaio 2024 il Fondo unico per l'inclusione delle persone con disabilità, che presenta molteplici fini, in cui sono confluiti i precedenti fondi abrogati, ma in realtà le risorse finanziarie non sono state implementate. Non essendo stati previsti degli investimenti specificamente dedicati al sostegno dei caregiver, viene rimarcata un'asimmetria che trascura il lavoro informale di cura, spesso capace "di evitare o ritardare l'istituzionalizzazione della persona non autosufficiente, con un notevole risparmio di risorse pubbliche" (TORRETTA, 2024, 219).

Alla luce di queste riflessioni, dunque, nonostante il Legislatore abbia compreso di dover colmare la lacuna inerente alla tutela dei caregiver, l'attuazione del PNRR e del PSDE richiede un maggiore impegno da parte dello Stato e delle Regioni ad incrementare le risorse per evitare che si trascuri la rilevanza del lavoro informale di cura (Bosco, 2018, 120 ss.), idoneo spesso a escludere o posticipare l'istituzionalizzazione della persona non autosufficiente (PESARESI, 2021, 27).

Riferimenti bibliografici

- Ainis, M., (1999), I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale. *Pol. dir.*
- Amato, G., (2022), I vulnerabili e la Costituzione italiana. *Gli ultimi. La tutela giuridica dei soggetti deboli, Atti del 70° Convegno nazionale di studi, UGCI – Unione Giuristi Cattolici Italiani, Roma, 9-11 dicembre 2021.* Aracne. Roma.
- Andreani, T., (2024), L'assistenza continuativa e integrata alle persone anziane non autosufficienti: prime considerazioni d'insieme intorno alla legge delega 33 del 2023. *Corti supreme e salute*, n. 1.
- Apostoli, A., (2019), La dignità sociale come orizzonte dell'uguaglianza nell'ordinamento costituzionale. *Costituzionalismo.it*, n. 3.

- Arlotti, M., (2012), Le politiche per la non autosufficienza: il caso italiano in prospettiva comparata. *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 3.
- Azzariti, G., (2006), Il ruolo della cultura e dei soggetti sociali nella riflessione dei giuristi in tema di “non discriminazione” e cittadinanza. C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*. Giappichelli. Torino.
- Balboni, E., Baroni, B., Mattioni, B., Pastori, G., (2007), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, 2ª ed. Giuffrè. Milano.
- Baldassarre, A., (1989), Diritti sociali. *Enc. Giur.*, XI. Treccani. Roma.
- Balduzzi, R., Servetti, D., (2013), La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio Sanitario Nazionale. R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*. il Mulino. Bologna.
- Belletti, M., (2006), Il difficile rapporto tra tutela della salute ed assistenza ed organizzazione sanitaria. Percorsi di una prevalenza che diviene cedevole. *Le Regioni*.
- Bellocci, M., Passaglia, P., (2007) (a cura di), La tutela dei «soggetti deboli» come esplicazione dell’istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale. *Corte costituzionale - Studi e ricerche*.
- Benvenuti, M., (2013), *Diritti sociali*. Utet. Torino.
- Bernardini, M.G., (2016), *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*. Giappichelli. Torino.
- 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), Per uno spazio europeo dei diritti sociali. Id. (a cura di), *La dimensione europea dei diritti sociali*. Giappichelli. Torino.
- Bird, K., (1975), *Telemedicine; concept and practice*. Springfield.
- Bosi, P., (2008), Famiglia e *welfare*: tra servizi e trasferimenti economici. *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 1.
- Butler, J., (2004), Violenza, lutto, politica. *Vite precarie. Contro l’uso della violenza in risposta al lutto collettivo*, Meltemi. Roma.
- Campedelli, M., (2019), Nuovi scenari sull’integrazione sociosanitaria per le disabilità e le non autosufficienze. *Ricerca&Pratica*, n. 35.
- Cangelosi, G., (2007), I servizi pubblici sanitari: prospettive e problematiche della telemedicina. *Dir. famiglia*.
- Cappellato, V., Gardella Tedeschi, B., Mercuri, E., (2021), *Anziani. Diritti, bisogni, prospettive un’indagine sociologica e giuridica*. il Mulino. Bologna.

- Caretti, P., Tarli Barbieri, G., (2017), *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, IV ed. Giappichelli. Torino.
- Cartabia, M., (2007), Donne, famiglia, lavoro: le principali tappe di un'evoluzione in corso. M. Gigante (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Catelani, E., D'amico, M. (a cura di), (2021), *Effetto Covid. Donne: la doppia discriminazione*. il Mulino. Bologna.
- Cecchini, S., (2020), *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Celotto, A., (2006), Art. 3, primo comma, Cost. R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I. Utet. Torino.
- Cembrani, F., Vecchiato, T., De Leo, D., Trabucchi, M., (2024), Le politiche a favore degli anziani non autosufficienti Dibattiti Molti gli annunci, troppi i rinvii e davvero riservate a pochissime persone le nuove tutele. *Corti supreme e salute*, n. 1.
- Chenal, R., (2018), La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali. *Ars interpretandi*, n. 2.
- Chieffi, L., (2020), La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali. *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 1.
- Coiera, E., (1999), *Guida all'informatica medica, Internet e telemedicina*. il Pensiero scientifico. Roma.
- Colapietro, C., Barbareschi, S., (2021), Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione. *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1.
- Cuzzola, G., (2013), Lo sviluppo delle politiche di assistenza ai non autosufficienti in Italia nel quadro del metodo aperto di coordinamento per la protezione e l'inclusione sociale. E. Rossi, V. Casamassima (a cura di), *La politica sociale europea tra armonizzazione normativa e nuova governance. L'impatto sull'ordinamento italiano*. Pisa University Press. Pisa.
- D'Aloia, A., (2023), Eguaglianza sostanziale e Regioni. Note di sintesi. *Le Regioni*, n. 2-3.
- D'Amico, M., (2020), *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*. Cortina. Milano.

- Di Nicola, P., (2017), Principi di “giustizia”: la sfida del lavoro di cura per le famiglie e per la società degli individui. *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 3.
- Diciotti, E., (2018), La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo. *Ars interpretandi*, n. 2.
- Diciotti, E., (2020), La percezione e i problemi della vulnerabilità. *Etica & Politica*, XXII.
- Duni, G., (1993), Teleamministrazione. *Enc. giur.*, XXX. Treccani. Roma.
- Duni, G., (2008), *L’amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nell’evoluzione telematica*. Giuffrè. Milano.
- Ferrajoli, L., (1997), Differenze di genere e garanzie di uguaglianza. F. Bimbi, A. Del Re (a cura di), *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant’anni dal voto*. Rosenberg & Sellier. Torino.
- Ferrara, G., (1974), La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione). *Studi in onore di G. Chiarelli*, II. Giuffrè. Milano.
- Ferrara, R., (1997), Salute (diritto alla). *Dig. disc. pubb.*, XIII. Utet. Torino.
- Ferrera, M., (2021), I fondi e gli errori da evitare per un aiuto vero agli anziani. *Corriere della Sera*, 17 ottobre 2021.
- Flick, G.M., (2008), Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica. E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Flick, G.M., (2014), Elogio della dignità (se non ora quando?). *Rivista AIC*, n. 4.
- Galeotti, S., (1996), Il valore della solidarietà. *Dir. soc.*
- Gensabella Furnari, M., (2008), *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*. Rubbettino. Soveria Mannelli.
- Gherardi, S., Strati, A., (2004), *La telemedicina. Fra tecnologia e organizzazione*. Carocci. Roma.
- Giacometti, M., Gualano, M.R., Bert, F., Siliquini, R., (2013), La sanità pubblica a portata di mano: l’uso degli Smartphones nel contesto sanitario italiano. *Igiene e sanità pubblica*.
- Giustinelli, L., (2023), I diritti economici e quelli inespressi degli anziani. C. Sangalli, M. Trabucchi (a cura di), *Età anziana: tempo di diritti e responsabilità*. il Mulino. Bologna.
- Gottardo, R., (2001), Lavoro di cura. Spunti di riflessione. *Lavoro e diritto*, n. 1.

- Gotti, G., (2021), L'implementazione partecipata del Pilastro europeo dei diritti sociali: "nuovo inizio" e vecchi problemi. *Rivista AIC*, n. 1.
- Grasso, G., (2016), I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale. *Rivista AIC*, n. 4.
- Häberle, P., (2005), Lo Stato costituzionale. Istituto della Enciclopedia italiana. Roma.
- Irti, C., (2023), *La rilevanza giuridica della persona anziana*. Pacini Editore. Pisa.
- Longato, F., (2001), La felicità: un diritto dell'uomo? Sul rapporto tra felicità, benessere, vita buona e diritti umani nella filosofia pratica contemporanea. *Ragion Pratica*, n. 16.
- Longo, F., (2023), Legge Delega Anziani e *Long-Term Care*. *I luoghi della cura online*.
- Losurdo, F., (2016), *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*. Giappichelli. Torino.
- Luciani, M., (1991), Diritto alla salute (dir. cost.). *Enc. giur.*, XXVII. Treccani. Roma.
- Luciani, M., (2016), Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale. *Rivista AIC*, n. 3.
- Maggian, R., (2013), *I servizi socio-assistenziali. Sistema integrato di interventi e servizi sociali*. Roma. Carocci.
- Manetti, M., (2019), I nuovi diritti nascenti dal mercato: illusioni e delusioni. *Giur. cost.*.
- Manzi, E., Selvaggi, S., Sica, V., (2010), Tecnologie informatiche e della comunicazione in medicina: la telemedicina. V. Sica, S. Selvaggi (a cura di), *Telemedicina. Approccio multidisciplinare alla gestione dei dati sanitari*. Springer Verlag. Milano.
- Marchetti, G., (2022), La tutela multilivello dei diritti dei caregiver familiari anche nella prospettiva di rimuovere le asimmetrie di genere. *Federalismi.it*, n. 4.
- Montemurro, F., Petrella, A., (2016), a cura dell'Ires Morosini, *Le politiche per gli anziani non autosufficienti nelle regioni italiane*, Torino.
- Montuschi, L., (1976), Art. 32, 1° comma. G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*. Laterza. Bologna – Roma.
- Morana, D., (2002), *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*. Giuffrè. Milano.

- Morrone, A., (2014), Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa. *Quad. cost.*, n. 1.
- Morrone, A., (2014), Pareggio di bilancio e stato costituzionale. *Rivista AIC*, n. 1.
- Mortati, C., (1972), La tutela della salute nella Costituzione italiana. *Raccolta di scritti, III, Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*. Giuffrè. Milano.
- Nardone, A., (2005), *Tutela della salute e nuove tecnologie. La Telemedicina*. Jovene. Napoli.
- Nardone, A., Triassi, M., (2003), Profili organizzativi e giuridici della telemedicina nel quadro delle risorse tecnologiche in sanità. *Sanità pubblica*.
- Orrù, S., (2021), La cura e l'assistenza all'anziano non autosufficiente da parte del caregiver familiare tra diritti fondamentali e effettività di tutela. Corrias, E. Piras (a cura di), *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli.
- Pace, A., (1990), *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, II ed. Cedam. Padova.
- Palici Di Suni, E., 2008, Parità di genere. *Dig. Disc. Pubbl.*, agg. III, vol. 2. Utet. Torino.
- Pallante, F., (2018), La non-autosufficienza tra diritto alla salute, discrezionalità politica e limitatezza delle risorse: la normativa illegittima della Regione Piemonte. *Democrazia e diritto*, n. 2.
- Papa, A. (a cura di), (2011), *Comunicazione e nuove tecnologie*. Aracne. Roma.
- Papa, A., (2017), Le Regioni nella *multilevel governance* europea. A. Papa (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*. Giappichelli. Torino.
- Papa, A., (2018), La tutela della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione. *Federalismi.it*, num. Spec. 4.
- Pasquinelli, S., (2023), Non autosufficienza: si volta pagina. *Welforum.it*.
- Pastore, B., (2014), La concretezza dei diritti umani. *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*.
- Peccarisi, C., (2020), Anziani e telemedicina. *Farmacia. Notizie&informazione*, 1 dicembre 2020.
- Pesaresi, F., (2021), Le proposte di legge di riforma in Italia. Id. (a cura di), *Il manuale dei caregiver familiari. Aiutare chi aiuta*. Maggioli editore. Santarcangelo di Romagna.

- Pezzini, B., (1983), Il diritto alla salute: profili costituzionali. *Diritto e Società*, n. 1.
- Pezzini, B., (2001), *La decisione sui diritti sociali*. Giuffrè. Milano.
- Pezzini, B., (2002) Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione. R. Balduzzi, G. Di Gaspare (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*. Giuffrè. Milano.
- Pezzini, B., Lorenzetti, A. (a cura di), (2019), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*. Giappichelli. Torino.
- Piciocchi, C., (2013), *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*. Cedam. Padova.
- Pioggia, A., (2024), L'assistenza alle persone anziane non autosufficienti nella legge delega 33 del 2023: una pericolosa risposta sociale alle carenze del sistema sanitario?. *Sistema salute*, vol. 68, n. 1.
- Pizzolato, F., (2019) Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità. *Ars interpretandi*, n. 2.
- Profeta, P., (2021), *Parità di genere e politiche pubbliche. Misurare il progresso in Europa*. Università Bocconi editore. Milano.
- Rabbito, C., (2010), *Sanità elettronica e diritto. Problemi e prospettive*. Società editrice Universo. Roma.
- Reich, W.T., (2002), Prendersi cura dei vulnerabili: il punto di incontro tra etica secolare ed etica religiosa nel mondo pluralistico. *Annali di Studi religiosi*, vol. 3. EDB Edizioni Dehoniane Bologna. Trento.
- Rescigno, F. (2016), Il parametro del sesso e l'eguaglianza oltre la barriera del genere. Id. (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*. Giappichelli. Torino. 217 ss.
- Rocca, P., (2023), Telemedicina e anziani: l'inizio di una storia d'amore?. *I luoghi della cura rivista online*, 5.
- Rodotà, S., (2007), Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica. *Fil. pol.*, n. 3.
- Rodotà, S., (2013), *La rivoluzione della dignità. la scuola di Pitagora*. Napoli.
- Rossi, S., (2017), Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale. *Rivista AIC*, n. 2.
- Rovagnati, A., (2009), *Sulla natura dei diritti sociali*. Giappichelli. Torino. 29 ss.

- Ruggeri, A., (2013), Il principio personalista e le sue proiezioni. *Federalismi.it*, n. 17.
- Saitta, A., (2013), Famiglia e politiche promozionali: scorci di un dibattito. *Rivista Gruppo di Pisa*.
- Santoro, E., (2002), *Guida alla medicina in rete*. Il Pensiero Scientifico. Roma.
- Scaccia, G., (2012), La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio. *Rivista AIC*, n. 3.
- Scarlati, P., (2023), Soggetti deboli, Costituzione ed istanze della vulnerabilità. *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 1.
- Sciortino, A., (2020), L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele. *Rivista AIC*, n. 4.
- Simoncini, A., Longo, E., (2006), Art. 32. R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I. Utet. Torino.
- Smuraglia, C., (2005), *Le discriminazioni di genere sul lavoro: dall'Europa all'Italia*. Futura editrice. Roma.
- Stefanini, E., (2016), Telemedicina, «mHealth» e diritto. *Rass. dir. farmaceutico e della salute*, n. 5.
- Tarasco, A.L., (2010), La telemedicina per lo sviluppo della sanità del Mezzogiorno: una introduzione giuridica. *Riv. giur. del Mezzogiorno*, n. 4.
- Trabucchi, M., (2021), *I caregiver: un ruolo importante, complesso, gravoso*. F. Pesaresi (a cura di), *Il manuale dei caregiver familiari. Aiutare chi aiuta*. Maggioli editore. Santarcangelo di Romagna.
- Vincenzi Amato, D., (2006), Art. 32, 2° comma. G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*. Laterza. Bologna – Roma.
- Zullo, S., (2016), Lo spazio sociale della vulnerabilità tra «pretese di giustizia» e «pretese di diritto». Alcune considerazioni critiche. *Pol. dir.*, n. 3.

Marta Barranco Dos Santos

BREVE APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN JURÍDICA
DE LA EUTANASIA EN ESPAÑA:
DE LA PENALIZACIÓN A LA REGULACIÓN NORMATIVA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Delimitaciones conceptuales: una aproximación a la eutanasia. – 3. Eutanasia en el ordenamiento jurídico español. – 3.1. El Código Penal de 1973 y la Ley General de Sanidad de 1986. – 3.2. Ley Orgánica del 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente. – 3.4. Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. – 3.5. Sentencia del Tribunal Constitucional español. Derechos y bienes de valor constitucional afectados por la eutanasia. – 4. Conclusiones.

1. Introducción

Las cuestiones relacionadas con el final de la vida han adquirido una enorme trascendencia en sociedades occidentales como la nuestra, motivada tanto por el aumento de la esperanza de vida, como por el actual avance hacia una creciente que ha generado en muchas personas el temor de tener que mantenerse vivas hasta edades muy avanzadas en situación de importante deterioro físico y psíquico sin lograr la curación o una mejora significativa de la calidad de vida¹. En este contexto, se ha avanzado hacia el reconocimiento jurídico de nuevas esferas de libertad al final de la vida, especialmente mediante el derecho a la autonomía del paciente, derivado de los derechos fundamentales a la integridad personal y a la vida privada. No obstante, estos avances han resultado insuficientes para quienes, sin estar en proceso de muerte inminente, solicitan ayuda para morir debido a situaciones de sufrimiento o invalidez².

¹ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2021 de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

² MORALES FERRER (2019, 158).

Este trabajo propone reconstruir esa evolución desde una perspectiva jurídico-constitucional, siguiendo una línea argumental que parte del derecho a la renuncia a tratamientos médicos como manifestación de la integridad personal, pasa por la legitimación de la sedación paliativa y culmina en el reconocimiento legal de la eutanasia activa directa mediante la Ley Orgánica 3/2021, recientemente ratificada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 19/2023, que cual sostiene que la ayuda médica para morir encuentra cobertura constitucional en los artículos 15 y 10.1 de la Constitución Española, en conexión con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, este reconocimiento plantea interrogantes aún no resueltos sobre la naturaleza y el alcance del derecho a la eutanasia: ¿nos encontramos ante un verdadero derecho fundamental autónomo? ¿O ante una manifestación derivada de otros derechos fundamentales, sin garantía plena frente al legislador? Frente a aquellos sectores que consideran que el Tribunal Constitucional ha “inventado” un derecho no previsto por el constituyente, este trabajo defiende que se trata de un proceso de constitucionalización abierto, basado en una interpretación evolutiva del derecho a la integridad y a la autodeterminación personal.

El propósito de este capítulo es, por tanto, doble. De un lado, ofrecer una síntesis argumentativa del proceso jurídico que ha conducido al reconocimiento legal de la eutanasia como prestación sanitaria. Por otro lado, analizar los desafíos teóricos y jurídicos que plantea su eventual configuración como derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a su protección frente al legislador ordinario. La eutanasia, más que un derecho fundamental plenamente consolidado, parece presentarse como un derecho emergente cuya fundamentación constitucional continúa en disputa.

2. Delimitaciones conceptuales: una aproximación jurídica a la eutanasia

El término “eutanasia”, aunque carece de definición legal en el ordenamiento jurídico español, se identifica con aquella intervención voluntaria destinada a provocar la muerte de una persona con el fin de aliviar un sufrimiento físico o psíquico intenso. Etimológicamente,

proviene del griego *eu* (buena) y *thanatos* (muerte)³, lo que sugiere ya una fuerte carga valorativa y sujeta su interpretación a factores culturales, éticos y personales⁴.

Debido a la complejidad de este fenómeno, existen múltiples definiciones posibles para el término de eutanasia⁵. No obstante, de forma general suele entenderse como una intervención voluntaria dirigida a provocar la muerte de una persona con el fin de aliviar un sufrimiento intenso⁶. En este sentido, la doctrina bioética y penalista española coincide mayoritariamente en restringir el concepto de eutanasia desde un punto de vista técnico, a sus modalidades «activa» y «directa». Por el contrario, suelen excluirse de esta categoría otros supuestos como la llamada «eutanasia pasiva» – relativa a la renuncia o interrupción de tratamientos de soporte vital conforme a la *lex artis* – y la «eutanasia indirecta», vinculada a la administración de cuidados paliativos que, si bien buscan aliviar el dolor, pueden tener como consecuencia secundaria el acortamiento de la vida⁷.

Esta distinción es fundamental para el análisis jurídico y constitucional que se propone en este trabajo, por lo que conviene detenerse brevemente en las modalidades de eutanasia que serán referidas a lo largo de este estudio. De esta forma, en función de la conducta del

³ En su acepción histórica el término eutanasia constituye un neologismo formado a partir de los términos acuñados en 1622 por el filósofo Francis Bacon en su obra *Historia Vitae e Mortis*, para referirse al homicidio compasivo de quien sufre graves dolores y que formaría parte de las actividades médicas. En nuestra lengua, sin embargo, el neologismo aparece en el año 1925, siguiendo a Joan COROMINES I VIGNAUX, citado por SERRANO RUÍZ-CALDERÓN (2001, 32).

⁴ MARCOS DEL CANO (1999, 33), la cual afirma que “detrás de cada definición se esconde un juicio de valor, de modo que la mayor parte de la literatura sobre el tema no hace sino enturbiar más la cuestión”.

⁵ Este catálogo albergaría definiciones como la elaborada en la Declaración de la Asociación Médica Mundial (AMM) acordada en Tifis, Georgia, en octubre de 2019, la cual contraria a este acto de disposición de la propia vida, explica la eutanasia como aquel (acto) médico que administra deliberadamente una sustancia letal o que realiza una intervención para causar la muerte de un paciente con capacidad de decisión por petición voluntaria de este”.

⁶ CABELLO MOHEDANO, GARCÍA GIL Y VIQUERA TURNER (1990, 41).

⁷ Tal y como declara el Preámbulo, punto primero, de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia.

profesional y su relación causal con el fallecimiento, se diferencia entre *eutanasia activa o positiva*, aquella en la que se realiza una acción destinada a provocar directamente la muerte del paciente⁸, y la *eutanasia pasiva u occisiva*, consistente en abstenerse de aplicar o mantener tratamientos que prolongan artificialmente la vida, respetando así la voluntad del paciente de “dejarse morir”⁹.

Por su parte, según la voluntad del paciente, es posible distinguir entre *eutanasia voluntaria*¹⁰, solicitada expresamente por quien la recibe; *no voluntaria*¹¹, cuando la persona se encuentra en una situación en la que no puede manifestar su voluntad (por ejemplo, en estado vegetativo persistente), e *involuntaria*¹², que se produce contra la voluntad expresa del paciente o sin su consentimiento.

Finalmente, atendiendo a la intencionalidad del acto, se habla de *eutanasia directa*¹³, cuando la finalidad principal es provocar la muerte para evitar el sufrimiento, y de *eutanasia indirecta*¹⁴, cuando la muerte es un efecto secundario de una acción médica cuyo objetivo es aliviar el dolor, como sucede con la sedación paliativa en la fase terminal.

A partir de estas categorías articularemos el análisis normativo y jurisprudencial que sigue, centrado especialmente en la transición de

⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Y BARBER BURUSCO, (2012, 123 y 124).

⁹ La expresión “eutanasia pasiva” se utiliza en ocasiones indebidamente para referirse a una práctica médica correcta, cual es la adecuación del esfuerzo terapéutico ya estudiada (AET). Esta práctica no constituye una modalidad de eutanasia, sino que, por el contrario, resulta conforme tanto a la bioética como a la deontología médica, y respeta el derecho del paciente a la autonomía para decidir y a la renuncia de su tratamiento, tal y como indica NOMBELA CANO, (2009, 8).

¹⁰ NOMBELA CANO y otros., (2009, 7).

¹¹ La persona no puede manifestarse al respecto, por ejemplo, porque es un recién nacido, se encuentra incapacitado – en estado vegetativo persistente – o no había realizado ninguna declaración previa acerca de esta posibilidad. JOSÉ AUSÍN Y PEÑA, (1998, 14).

¹² Ídem.

¹³ Un ejemplo de ello sería la inyección de un cóctel lítico a una persona para que muera sin sufrimiento. RODRÍGUEZ ARIAS, (2008, 2).

¹⁴ Se trata del denominado por Tomás de Aquino “problema del doble efecto”. Se acepta voluntariamente el resultado de adelantar la muerte, pero no se busca esto, sino aliviar el sufrimiento. BÁEZ ROFRÍGUEZ.

AYALA QUIÑONES, ORTEGA PEDRO, GÓMEZ PERDOMO, Op. Cit., 3.

la eutanasia pasiva e indirecta hacia la eventual legalización y constitucionalización de la eutanasia activa directa, tal y como ha sido reconocida por la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia y avalada por la STC 19/2023, de 22 de marzo.

3. Inicio del tránsito jurídico hacia la autodeterminación vital: la disposición sobre la propia vida en el derecho penal y sanitario español

3.1 El Código penal de 1973 y la Ley General de Sanidad de 1986

Con el objetivo de analizar la evolución y consolidación del derecho a disponer de la propia vida, partiremos del escenario anterior a la despenalización de los supuestos de «eutanasia pasiva» y «eutanasia indirecta», identificando los pasos dados hacia su regularización, así como la consolidación de estas prácticas como manifestaciones del derecho fundamental a la integridad física (Art. 15 CE). En el momento al que nos referimos, la regulación vigente se circunscribía al Código Penal de 1973 y a la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril.

En esta primera etapa nos encontramos en un contexto caracterizado por el predominio de situaciones en las que se producía una prolongación artificial de la vida en contextos médico-asistenciales. De esta forma, como contrapartida a las ventajas ofrecidas por el desarrollo de la medicina, entre las que se destacaba el aumento de la esperanza de vida, en ocasiones, el abuso de estas nuevas posibilidades técnicas dio lugar a supuestos de «encarnizamiento terapéutico», en virtud de los cuales se obligaba al paciente a vivir en situaciones de gran crueldad y dramatismo. Así, resultó habitual que el personal médico, a pesar de conocer con total seguridad la imposibilidad de que se produjese la curación o salvación del paciente, decidiese utilizar hasta sus últimas consecuencias todas las posibilidades técnicas a su alcance. En otras ocasiones, por su parte, los supuestos de «obstinación terapéutica» obedecían a que el diagnóstico se producía llegado un punto en el cual, para dejar de prolongar artificialmente la vida, se habría precisado de una acción positiva por parte del médico – por ejemplo,

de la desconexión de un respirador artificial, situación que se encontraba castigada por la regulación penal vigente hasta 1995¹⁵ –.

Este escenario, resultado de la ausencia de una regulación legal adecuada capaz de delimitar jurídicamente aquellas conductas concernientes a los momentos finales de la vida que se estimaban admisibles y deseables, de aquellas otras que no, provocó que el personal médico se encontrase frecuentemente en la disyuntiva de poder ser acusado, bien de no respetar las decisiones manifestadas por el paciente en el ámbito del derecho a disponer sobre su propio cuerpo y tratamiento, – derecho, que por lo demás, se encontraba ya reconocido y amparado por la Ley General de Sanidad¹⁶, aunque sin aportar claridad al respecto¹⁷ – o bien, de verse inmerso en un proceso por homicidio dada la penalidad indiscriminada de todas las conductas que pudiesen constituir una forma de auxilio al suicidio – dada la vigencia del artículo 409 del Código penal –¹⁸.

Así, de un lado, la regulación de los delitos contra la vida recogida en el Código penal de 1973¹⁹, partía de la defensa del carácter «absoluto e intangible» del derecho a la vida, así como de la ausencia de toda posibilidad de disposición de la misma por parte de su titular. El artículo 409 del entonces vigente Código Penal regulaba los supuestos de «homicidio consentido», aunque sin atribuir al consentimiento un valor eximente. Además, la pena prevista para este tipo penal se asimilaba bastante a la del homicidio simple (art. 407), lo que implicaba, en

¹⁵ El País” en su publicación con fecha 3 de mayo de 1988, titulada “El senador socialista Rodríguez Aguilera elabora un proyecto de ley para regular la eutanasia” Disponible en: https://elpais.com/diario/1988/03/03/sociedad/573346801_850215.html.

¹⁶ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

¹⁷ En la Exposición de Motivos se reconocía esta limitación de la LGS y se consideraba que, uno de los objetivos venía constituido precisamente por la necesidad de determinar de manera precisa las circunstancias y requisitos que debiesen concurrir en aras de posibilitar el ejercicio de este derecho en un contexto de seguridad jurídica que amparase a ambas partes, así como del tratamiento médico en cada caso procedente. GAFO FERNÁNDEZ, (1990,110).

¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS Y MUÑOZ SÁNCHEZ, (1996, 45).

¹⁹ Decreto 2096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973).

la práctica, una equiparación entre las acciones de causar la muerte y auxiliar en ella por razones piadosas, altruistas o vinculadas al respeto de la dignidad y libertad del paciente, como en los casos de eutanasia. Como consecuencia, se convirtió en la respuesta penal que, en nuestro ámbito cultural, junto con el Código Penal italiano, más gravemente castigaba estas conductas²⁰.

A la vista de las consecuencias derivadas de la regulación penal en esta materia, conviene asimismo detenerse en las posibilidades conferidas La Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, – en adelante, LGS –.

La Ley General de Sanidad de 1986 supuso un primer paso hacia el reconocimiento de la autonomía del paciente al recoger por primera vez en España una Carta de Derechos y Deberes del usuario del sistema sanitario (art. 10 LGS). Aunque su estructura respondía al nuevo modelo autonómico y su objetivo primordial era garantizar el acceso universal a la salud (art. 43 CE), la LGS introdujo avances significativos en la relación médico-paciente, reconociendo por primera vez de manera expresa el principio del “consentimiento informado” y con ello, el derecho a rechazar tratamientos médicos (art. 10.6 LGS)²¹. Este reconocimiento, sin embargo, quedó limitado por previsiones legales como la obligación de firmar la alta voluntaria en caso de no aceptación del tratamiento (art. 11.4 LGS), lo que, en la práctica, vaciaba de

²⁰La doctrina defendía que el artículo 409 incurría en dos errores capitales: “primero, castigaba con la misma sanción la muerte en la que mediaba consentimiento, o incluso petición de la víctima, que la muerte sin consentimiento; segundo, tampoco distinguía entre los casos en los que la muerte se causaba a un enfermo en condiciones de salud precarias e incluso irreversibles, que la pedía a consecuencia de ello, y los supuestos en que no se producía esta situación”. REY MARTÍNEZ, (2007, 17 y 18). Igualmente, se afirmó que: “La tipificación penal de la eutanasia excede del principio de intervención mínima (...) No ya por mantener la tipificación a pesar del concurso del consentimiento, se excede porque castiga esta modalidad con la misma pena que el homicidio (reclusión menor: de doce años y un día a veinte años, equiparando ambas conductas, lo que se nos antoja absolutamente desproporcionado”. MARÍN GÁMEZ, (1998, 106).

²¹ “La obligación del médico de no actuar sobre el cuerpo de su paciente, más que cuando éste haya consentido libremente, debe estar acompañada necesariamente del reconocimiento un deber por parte del médico de informar acerca de estos extremos”. ATAZ LÓPEZ, J., (1985, 69).

contenido la facultad de renuncia²². A pesar de ello, la ley evidenció un giro desde un modelo paternalista hacia un enfoque más respetuoso con la dignidad del enfermo, anticipando el debate jurídico sobre el rechazo terapéutico como expresión del derecho a la integridad física²³.

De esta forma, aunque no llegó a abordar directamente el tema de la eutanasia, contribuyó a la apertura de un camino a través del cual, con posterioridad, la doctrina y la jurisprudencia comenzarían a considerar la renuncia, interrupción o no aceptación de tratamientos médicos como una forma incipiente de autodeterminación vital. Esta evolución culminaría más adelante con el Convenio de Oviedo²⁴ y la Ley 41/2002, de autonomía del paciente²⁵, que analizaremos a continuación.

3.2. Ley Orgánica del 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal y la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente

Tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, comenzó a cuestionarse la validez del artículo 409 del CP de 1973, que negaba toda eficacia al consentimiento en los supuestos de auxilio al suicidio.

²² GARCÍA AMEZ, (2013, 30); GAFO FERNÁNDEZ, (1990, 108 y 109).

²³ “Del paternalismo médico se ha pasado a un sistema de autonomía del paciente en el cual el paciente es el eje, la persona encargada de decidir sobre las cuestiones que afectan a su salud sin verse sometida a condicionantes externos” GARCÍA AMEZ, (2011, 85). Asimismo, la STS núm. 3/2001, de 12 de enero, en su FJ. 1, afirma que: “El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas portaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la auto disposición sobre el propio cuerpo”.

²⁴ En concreto, el Convenio de Oviedo señala en su artículo 5 que “no podrá llevarse a cabo intervención alguna sobre una persona en materia de salud sin son consentimiento informado y libre (...) la persona afectada podrá retirar su consentimiento en todo momento y con entera libertad”.

²⁵ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE. Núm. 274, de 15/11/2002).

De este modo, la dignidad de la persona (art. 10 CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) impulsaron una reinterpretación del marco penal tradicional en la que se consideraba que tanto la obstinación terapéutica como la prolongación artificial de la vida podían construir tratos inhumanos o degradantes contrarios a los derechos fundamentales, y al reconocimiento del rechazo de tratamientos o a la sedación terminal debían entenderse como manifestaciones legítimas de la autodeterminación personal²⁶.

Este giro doctrinal alentó un proceso progresivo de despenalización de determinadas formas de eutanasia del que formaron parte el Borrador del Proyecto de Ley impulsado por Rodríguez Aguilera en 1988, la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal (1993) y los sucesivos intentos de reforma del Código Penal, que culminaron en la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre²⁷. Dicha norma supuso la despenalización de la eutanasia pasiva y la eutanasia indirecta, al no mencionarlas en su artículo 143, centrando la punición únicamente en los supuestos de eutanasia activa directa, que pasarían a regularse de forma diferenciada.

Por primera vez, el Código penal de 1995 contemplaba expresamente -aunque sin denominarla- la eutanasia activa directa²⁸, a través del artículo 143.4, que introducía un tipo privilegiado para los casos en los que la conducta de “auxilio al suicidio” se ejecutara en un contexto marcado por una enfermedad grave, padecimientos permanentes y una petición seria e inequívoca del paciente. Se reconocía así, aunque de forma limitada, la relevancia jurídica de la voluntad del sujeto y el sufrimiento como factores atenuantes, en línea con los valores constitucionales del libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación vital.

Los efectos prácticos de esta reforma legislativa se tradujeron en la aplicación de una rebaja punitiva en los supuestos de eutanasia, que

²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, MUÑOZ SÁNCHEZ (1996, 54).

²⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE. Núm. 281, de 24/11/1995).

²⁸ “Hay acuerdo general en que el art. 143.4 CP tipifica únicamente la eutanasia (activa) directa, esto es, no solo la ayuda «en» morir, sino la ayuda «a» morir: la producción intencionada de la muerte o la cooperación activa en ella bajo las condiciones que se describen”, REY MARTÍNEZ, (2008, 16).

podía dar lugar a penas sustitutivas o incluso no privativas de libertad²⁹. Con ello, la respuesta penal quedó situada en un punto intermedio entre la despenalización y la criminalización absoluta, permitiendo en la práctica una reacción más flexible ante este tipo de conductas. No obstante, la ambigüedad respecto al alcance de dicha atenuación y la persistencia del castigo en los casos de eutanasia activa directa suscitaron críticas doctrinales³⁰, especialmente desde sectores que reclamaban una regulación plenamente conforme con los valores constitucionales de dignidad y autonomía personal. En definitiva, la nueva regulación se limitó a asumir las prácticas vinculadas a la «eutanasia pasiva» y a la «eutanasia indirecta», sin resolver de forma definitiva la tensión jurídica existente en torno a la eutanasia activa directa³¹.

Esta configuración normativa se mantiene hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, que modificó el artículo 143 CP e introdujo, por primera vez, un supuesto de exclusión de antijuridicidad para la eutanasia activa directa realizada dentro de un contexto eutanásico regulado, culmi-

²⁹ “De tal manera que, si el sujeto activo cooperó con actos necesarios a la muerte de quien la solicitó, la degradación de la pena debe partir de la prisión de dos a cinco años, con lo cual la sanción reducida en un grado que corresponde será la prisión de un año a dos años menos un día; y la inferior en dos grados irá desde los seis meses a un año menos un día; si la cooperación del sujeto activo llegó hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte, la disminución se hará partiendo de la pena de seis a diez años de prisión de modo que la pena inferior en un grado será la prisión de tres a seis años menos un día, y la inferior en dos grados tendría una extensión de un año y seis meses a tres años menos un día. Y, por tanto, en el caso de la cooperación necesaria que no avance hasta la ejecución de la muerte, la pena nunca llegará a los dos años y un día, límite temporal que el Código Penal establece para la suspensión de la pena”, en virtud de los artículos 80 apartado 1º, y 81 apartado 2º del Código Penal de 2004, y actual artículo 81, y REY MARTÍNEZ, (2008, 18-21); MARÍN GÁMEZ, (1998, 113).

³⁰ “Me sumo así a una corriente doctrinal, cada vez más numerosa, partidaria de una impunidad expresa de la eutanasia pasiva e, incluso, de algunos supuestos de eutanasia activa (y ello), sobre la base de entender que la idea de la dignidad como principio de justicia material de todo el ordenamiento y la prohibición de todo trato inhumano o degradante, conducen a mantener el principio de que nadie tiene el deber de seguir viviendo, y la admisión en primer lugar de la eutanasia pasiva y, en segundo lugar, de ciertas formas de eutanasia activa.”, BAJO FERNÁNDEZ, (1998, 289).

³¹ TOLEDANO TOLEDANO (1999, 125).

nando así el proceso normativo de reconocimiento legal de la facultad de disponer de la propia vida en determinadas circunstancias.

A continuación, nos detendremos en el estudio de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente. La promulgación de la esta norma supuso un hito fundamental en la evolución del ordenamiento jurídico español hacia el reconocimiento de un derecho a disponer de la propia vida, configurando legalmente el consentimiento informado como expresión de la dignidad personal y de la autonomía del paciente. Esta norma, inspirada por el Convenio de Oviedo, introdujo por primera vez una regulación sistemática de los derechos del paciente, incluyendo el derecho a renunciar a tratamientos médicos, incluso cuando dicha negativa pudiera conducir a la muerte.

La Ley 41/2002 sustituyó así el modelo paternalista característico del sistema sanitario previo, en el que el paciente era considerado mero objeto pasivo de tratamiento, y reorganizó la relación médico-asistencial bajo el principio de autonomía personal³². Entre sus aportaciones más relevantes destacan las siguientes: (1) la exigencia del consentimiento previamente informado del paciente -otorgado en forma escrita-, (2) la facultad de realizar una elección entre las distintas opciones presentadas por el médico, (3) y especialmente, el reconocimiento al paciente del derecho a renunciar a tratamientos médicos, aunque no de manera absoluta sino condicionada a la exigencia del cumplimiento de determinadas previsiones legales -y a su constancia en forma escrita-. Este último, aunque limitado por ciertas condiciones formales y excepciones (riesgo para la salud pública o peligro grave e inminente para la integridad del paciente), quedó reforzado por la introducción de los llamados documentos de instrucciones previas (DIP), mediante los cuales se habilitaba a cualquier persona capaz a manifestar anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y tratamientos que desea o no recibir en caso de perder la capacidad para decidir³³.

³² BAJO FERNÁNDEZ (2005, 13).

³³ son un instrumento que permite a cualquier persona mayor de edad, capaz y libre, manifestar anticipadamente su voluntad respecto de los cuidados y tratamientos de salud, *con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente*. De este modo, la figura

Si bien estos documentos no eran automáticamente vinculantes, su valor como expresión cualificada del consentimiento presunto fue reconocido por la jurisprudencia. No obstante, su eficacia se encontraba limitada por tres condiciones: no podían contener disposiciones contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis* o al supuesto de hecho contemplado por el otorgante (art. 11 Ley 41/2002). Esta última restricción impedía que los DIP se utilizasen como vía para acceder a la eutanasia activa directa, que seguía siendo penalmente sancionada hasta la entrada en vigor de la LORE en 2021.

En consecuencia, aunque la Ley 41/2002 no reguló de forma expresa la eutanasia, sí supuso un avance decisivo en la consolidación de un marco normativo en el que el paciente adquiriría un verdadero poder de autodeterminación sobre su salud, incluyendo la posibilidad de rechazar tratamientos que alargasen artificialmente la vida. Así, se consolidó en la práctica un derecho a la “muerte natural”, que permitía poner fin al encarnizamiento terapéutico, incluso en contextos de inconsciencia, gracias al reconocimiento de las voluntades anticipadas. En definitiva, aunque esta regulación no resolvió el problema jurídico de la eutanasia activa directa, sentó las bases para su futura regulación, creando las condiciones normativas y éticas que desembocarían, dos décadas después, en la aprobación de la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia.

3.3. La consolidación legislativa: Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia

La promulgación de la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia (en adelante, LORE), representa el punto culminante de un proceso normativo y constitucional orientado a reconocer, dentro del ordenamiento jurídico español, un derecho prestacional a recibir ayuda médica para morir en contextos clínicamente definidos. Esta norma no solo despenaliza la eutanasia activa directa, sino que la configura

de las instrucciones previas, encontraría su fundamentación en el consentimiento informado que preside la relación médico-paciente, y vendría a realizar la autonomía del paciente respecto de aquellos supuestos en que el paciente previamente capaz, hubiese perdido tal capacidad. CADENAS OSUNA, (2019, 16).

como una prestación integrada en el Sistema Nacional de Salud, accesible a aquellas personas que cumplan determinados requisitos clínico-jurídicos.

Así, como hemos visto, tras las demandas iniciales orientadas a la legalización de la eutanasia pasiva y la eutanasia activa indirecta – manifestaciones tempranas del principio de autonomía en el ámbito sanitario –, la lucha social y doctrinal se dirigió progresivamente hacia el reconocimiento de la eutanasia activa directa, especialmente en aquellos supuestos de sufrimiento físico o psíquico persistente e intolerable. La Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia (LORE), da respuesta a esta evolución, situándose según su exposición de motivos, en el contexto de una sociedad pluralista, madura y comprometida con los valores constitucionales de la dignidad, la libertad y la autonomía personal (arts. 10.1 y 15 CE). Partiendo del asentamiento del principio de autonomía del paciente, la norma reconoce la existencia de una “demanda social sostenida” que exige ofrecer una respuesta jurídica adecuada a las situaciones de sufrimiento vital que resultan insostenibles. En tales casos – afirma el legislador –, impedir el acceso a una muerte digna puede suponer una forma de trato inhumano y degradante, contrario a los derechos fundamentales a la integridad y a la dignidad de la persona.

La LORE articula esta respuesta mediante el reconocimiento de la “prestación de ayuda para morir” como un nuevo derecho individual de carácter prestacional, exigible en el marco del Sistema Nacional de Salud y sujeto a un estricto protocolo de garantías (art. 1 LORE). El ejercicio de este derecho se condiciona a que la persona se encuentre en situación de enfermedad grave e incurable o de padecimiento grave, crónico e imposibilitante, que cause sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable (arts. 3.b y 5.1.a LORE), y siempre que lo solicite de manera libre, consciente e informada (arts. 4 y 5 LORE). Asimismo, para asegurar que la decisión del paciente refleje de manera inequívoca su voluntad, la ley exige que esta se formule por escrito, se reitere a lo largo del tiempo y quede debidamente documentada en la historia clínica (art. 5.1 LORE). Además, el procedimiento está sometido a un doble control previo: primero, por parte del equipo médico responsable, y posteriormente, por una Comisión de Garantía y Eva-

luación independiente, encargada de verificar el cumplimiento de todos los requisitos legales (arts. 6, 7 y 17 LORE).

Paralelamente y, en consonancia con el respeto a la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios, se reconoce el derecho a la objeción de conciencia, siempre que esta se haya manifestado previamente y por escrito (art. 16 LORE). De este modo, la LORE articula un equilibrio entre el derecho del paciente a solicitar la ayuda para morir y el respeto a las convicciones personales de los profesionales implicados. No se trata, por tanto, de una liberalización absoluta de la eutanasia, sino de una regulación estricta basada en el principio de proporcionalidad, que busca equilibrar el respeto a la autonomía personal con la protección del derecho a la vida y la necesidad de evitar abusos. En este sentido, puede afirmarse que la LORE constituye la culminación del proceso de constitucionalización progresiva del derecho a la autodeterminación vital, que se inició con la legitimación del consentimiento informado, se consolidó con el reconocimiento del derecho a rechazar tratamientos y se proyecta ahora hacia la posibilidad de solicitar ayuda médica para morir. Su aprobación responde a una evolución doctrinal y social que ha dejado atrás el paradigma del Estado paternalista, para transitar hacia un modelo constitucional centrado en la dignidad y libertad de la persona hasta el final de su vida.

3.4. El aval constitucional y naturaleza jurídica del derecho a la eutanasia

La Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo, marca un hito decisivo en el debate jurídico sobre la configuración del derecho a la eutanasia en España, al avalar la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de eutanasia. Esta resolución – a la que se suma la STC 94/2023, de 12 de septiembre, que desestima un segundo recurso de inconstitucionalidad –, considera que la ayuda médica para morir puede ser regulada como una actividad lícita y, además, como un derecho público subjetivo de naturaleza prestacional, siempre que se respeten los requisitos y garantías establecidos en la ley³⁴.

³⁴ STC 19/2023, FJ 5.

La resolución distingue entre los motivos de impugnación formales y los motivos sustantivos planteados en el recurso. En cuando a los primeros, el TC rechaza que existan vicios de inconstitucionalidad en el procedimiento parlamentario de tramitación de la norma, recordando que, al tratarse de una proposición de ley, no eran elegibles los informes preceptivos para los proyectos legislativos (art. 87 CE)³⁵. En lo sustantivo, el análisis se centra en dos aspectos clave: por un lado, si la eutanasia activa directa puede regularse como una actividad lícita sin vulnerar el derecho fundamental a la vida; por otro, si puede configurarse como un derecho prestacional exigible dentro del sistema público de salud.

Respecto al primer aspecto, el TC reafirma los límites de su función jurisdiccional, recordando que el legislador actúa con libertad dentro del marco constitucional. Subraya que la Constitución no impone un modelo cerrado, sino que constituye un texto abierto y evolutivo, compatible con múltiples opciones políticas siempre que se respeten los contenidos esenciales de los derechos fundamentales. Por ello, el control de constitucionalidad debe limitarse a verificar que la opción legislativa de regular la ayuda médica para morir no excede esos límites.

En relación con la posibilidad de que el legislador regule la eutanasia activa directa como actividad lícita, el Tribunal Constitucional (STC 19/2023) reafirma su papel como garante de los límites constitucionales, no como ejecutor del texto constitucional, señalando expresamente que “el legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea derecho con libertad dentro del marco que esta le ofrece”. A este respecto, sostiene que “la Constitución no es un programa cerrado sino un texto abierto”, es decir, “un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo”, en coherencia con el pluralismo político como valor superior del ordenamiento. Por tanto, el TC concluye que su función se limita a verificar que la opción legislativa concreta – en este caso, la regulación de la prestación de ayuda para morir – respeta los límites constitucionales, sin imponer al legislador restricciones que la propia Constitución no exija de forma inequívoca.

³⁵ STC 19/2023, FJ. 3, en relación con la tramitación como proposición de ley.

En relación con la segunda cuestión, el TC recurre a dos criterios hermenéuticos clave: la interpretación evolutiva del texto constitucional – concebido como un “árbol vivo” que debe adaptarse a las transformaciones sociales para mantener su legitimidad – y la interpretación conforme a la Constitución, que exige integrar principios, derechos y valores en una lectura sistemática y unitaria del ordenamiento. Ambos enfoques permiten fundamentar la legitimidad constitucional de la regulación contenida en la Ley Orgánica 3/2021.

Sobre la interpretación evolutiva y contextual como aval en el reconocimiento de nuevos derechos, resulta de gran relevancia el FJ. 4 de la referida sentencia, en el cual se afirma que “la prestación de ayuda para morir” se deriva del desarrollo previo de la «autonomía del paciente» y del «consentimiento informado», que han ampliado el contenido del derecho a la integridad física y moral, así como de los principios de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. En este contexto, el Tribunal sostiene, que, “en el juicio de constitucionalidad de una ley como la que ahora es objeto de impugnación, se debe comprobar si la constitución, como marco de encuentro de opciones político-legislativas legítimamente heterogéneas, responde y ofrece cobertura a nuestros derechos”. Con base en esta argumentación, concluye que la Constitución permite al legislador configurar la eutanasia activa directa como actividad lícita y reconocerla como derecho público subjetivo de naturaleza prestacional siempre que se respeten los límites establecidos por la LORE. En particular, se exige que la solicitud de ayuda para morir se formule dentro de un “contexto eutánico” médicamente controlado, asociado a una enfermedad grave e incurable o a un padecimiento crónico e imposibilitante que cause sufrimiento inaceptable al paciente.

El Tribunal Constitucional, ante la falta de precedentes en la doctrina constitucional española sobre la eutanasia, recurre a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), asumiendo cuatro principios esenciales: (1) el derecho a la vida no comprende el derecho a morir; (2) el derecho al respeto de la vida privada (art. 8 CEDH) incluye la posibilidad de decidir cómo y cuándo morir, siempre que la decisión sea libre; (3) dicho derecho no es absoluto y debe ponderarse con la obligación estatal de proteger la vida; y (4) los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para equilibrar

ambos intereses. Con base en ello, el TC considera que la ayuda para morir es constitucional al derivar del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Asimismo, afirma que este derecho puede configurarse como un derecho público subjetivo, ejercitable mediante resolución administrativa que acredite los requisitos legales. En el FJ 5, el Tribunal aclara que “no puede oponerse como motivo original y definitivo de inconstitucionalidad de la ley un entendimiento del derecho a la vida trascendente a la persona e inmune a sus decisiones libres y conscientes”, equiparando así la autodeterminación en la eutanasia activa directa con la ya admitida en la pasiva e indirecta.

Esta prestación, sin embargo, no parece configurarse como un derecho fundamental autónomo, sino como una facultad derivada de derechos constitucionales ya reconocidos, o como la atribución de nuevos significados a derechos preexistentes³⁶. Ello, conlleva a su vez implicaciones relevantes, a saber, que su garantía no es absoluta y que su mantenimiento depende de la voluntad del legislador, siempre que respete el contenido esencial de los derechos implicados. De este modo, esta nueva delimitación se ha interpretado como el tránsito del derecho a que “nos dejen morir” – Fundado en obligaciones negativas del Estado – al derecho a que “nos ayuden a morir”, que implica deberes positivos de prestación³⁷. Asimismo, se ha advertido que, si bien la jurisprudencia reconoce la licitud constitucional de la prestación de ayuda para morir, no consagra un auténtico derecho fundamental plenamente protegido frente al legislador, sino una opción legislativa válida y reversible dentro del marco constitucional³⁸.

Con respecto a la constitucionalidad de la intervención de terceros en la muerte, en relación con la protección del derecho fundamental a la vida, el Tribunal Constitucional afirma que dicha intervención resulta legítima siempre que existan garantías normativas que aseguren que

³⁶ “Desde una perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha rechazado un derecho fundamental a morir por lo que el derecho de ayuda a la eutanasia solo puede ampararse en otros derechos fundamentales distintos del derecho a la vida”, RICO RUIZ RICO (2023, 141).

³⁷ PRESNO LINERA (2021, 28).

³⁸ REY MARTÍNEZ (2023, 300 - 301).

la decisión de acceder a la ayuda para morir sea libre, consciente e informada. La LORE cumple con estos requisitos³⁹ y se alinea con la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que ha afirmado que la eutanasia no vulnera el artículo 2 del Convenio siempre que se someta a un marco normativo garantista. Así, en *Mortier c. Bélgica* (STEDH 4 de octubre de 2022, apdos. 124, 135 y 136), se estableció que la compatibilidad con el Convenio exige un control médico independiente, un marco legal preciso y la verificación efectiva de la voluntad del solicitante. En consecuencia, el Tribunal concluye que el derecho a la vida no impone una obligación de vivir, y que la autodeterminación sobre el final de la propia existencia en contextos de sufrimiento extremo encuentra fundamento constitucional en el derecho a la integridad personal, declarado así la constitucionalidad de la LORE.

4. Conclusiones: del consentimiento informado a la ayuda para morir como derecho prestacional

El recorrido jurídico abordado en este trabajo permite constatar una transformación progresiva en la forma en que el ordenamiento jurídico español ha regulado las decisiones sobre el final de la vida. Desde los primeros pasos hacia la despenalización de la eutanasia pasiva e indirecta – permitidas por la reforma del Código penal de 1995 – y por el reconocimiento del consentimiento informado en la Ley 41/2002 –, el ordenamiento ha transitado hacia una concepción más amplia del principio de autodeterminación personal.

Este proceso culmina, por el momento, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, y con su posterior validación por parte del Tribunal Constitucional en la STC 19/2023. Esta sentencia no reconoce la eutanasia como un derecho fundamental

³⁹ Como hemos visto, mediante un procedimiento estructurado que exige la reiteración de la solicitud con separación temporal (art. 6.1), la supervisión médica independiente (art. 8) y la intervención de las Comisiones de Garantía y Evaluación (arts. 10 y 18), encargadas de verificar la legalidad del proceso y realizar un control posterior que prevenga vulneraciones del derecho a la vida.

autónomo, sino como una manifestación derivada del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), en línea con la interpretación evolutiva del texto constitucional⁴⁰. El Tribunal sostiene que la prestación de ayuda para morir puede ser considerada una opción legislativa legítima – pero no obligatoria – dentro del marco constitucional, siempre que respete los límites derivados de los derechos fundamentales.

Asimismo, el Tribunal considera que la intervención de terceros en el proceso eutanásico no vulnera el derecho a la vida (art. 15 CE), en la medida en que esté sometida a garantías normativas suficientes que aseguren la libertad de conciencia e información del solicitante. En este sentido, la LORE se configura como una norma garantista cuyos mecanismos procedimentales cumplen con los estándares exigidos tanto por la jurisprudencia constitucional como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH *Mortier c. Bélgica*, 2022).

En conclusión, el derecho a solicitar la ayuda médica para morir no emerge como un nuevo derecho fundamental autónomo, sino como el resultado de una evolución normativa y jurisprudencial que ha ampliado el contenido de los derechos ya reconocidos. La eutanasia activa directa, tal como ha sido regulada, representa la etapa más avanzada de esta evolución, y se presenta como un derecho prestacional constitucionalmente legítimo.

Referencias bibliográficas

Arruego, G. (2021), “Las coordenadas de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 122.

⁴⁰ “Parece que la concepción que anima le ley sigue siendo la tradicional (y creo que difícilmente sostenible) «perspectiva del conflicto» entre el bien de la vida humana y un entramado de derechos y principios constitucionales que prestaría cobertura a la autonomía individual”, ARRUEGO, G., (2021), Las coordenadas de la Ley Orgánica de regulación de eutanasia, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 122, 113.

- Báez Rodríguez, A. M., Ayala Quiñones, A., Ortega Pedro, M. Y Gómez Perdomo, J. (2012), La eutanasia vs. el derecho a la vida. *Panorama Cuba y Salud*, Vol. 7, núm. 3.
- Bajo Fernández, M. (1998), El deber ético de respetar la voluntad ajena en el Derecho Penal. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Vol. 2.
- Cabello Mohedano, F., García Gil, J. M. Y Viquera Turnez, A. (1990), *Entre los límites personales y penales de la eutanasia*. Cádiz. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.
- Díaz Y García Conlledo, M. Y Barber Burusco, S. (2012), Participación en el suicidio y eutanasia: esbozo del tratamiento penal en España. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 8, núm. 79.
- Díez Ripollés, J. L. (1995), Eutanasia y Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. 12.
- García Améz, J. (2011), Rechazo al tratamiento y riesgos para la vida del paciente. *Derecho y Salud*, Vol. 21, núm. 1.
- García Améz, J. (2013), Autonomía del paciente y rechazo al tratamiento: el derecho a decir 'no'. *Derecho y Salud*, Vol. 23, núm. 1.
- José Ausín, F. J. Y Peña, L. (1998), Derecho a la vida y eutanasia: ¿Acortar la vida o acortar la muerte?. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. 15.
- Marcos Del Cano, A. M. (1999), *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*. Madrid. Marcial Pons.
- Marcos Del Cano, A. M. (2020), Eutanasia: ¿Excepción moral válida o derecho subjetivo?. *Moralia*, Vol. 59, núm. 233.
- Marín Gámez, J. Á. (1998), Reflexiones sobre la eutanasia: cuestión pendiente del derecho constitucional a la vida. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 18, núm. 54.
- Morales Ferrer, S. (2019), La aplicación de la eutanasia en España: un estudio sobre la proposición de la Ley Orgánica de la Eutanasia del Partido Socialista Obrero Español. *Revista de Estudios Jurídicos*, Vol. 42, núm. 2.
- Muñoz Conde, F. (1988), *Auxilio e inducción al suicidio. Homicidio en riña tumultuaria*, en *Derecho Penal. Parte Especial* (7.^a ed., pp. 23–63). Valencia. Tirant lo Blanch.
- Nombela Cano, C. (2009), La eutanasia: perspectiva ética, jurídica y médica. *Debate actual: Revista de religión y vida pública*, Vol. 10.
- Presno Linera, M. Á. (2021), La eutanasia como derecho fundamental. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Vol. 29.

- Rey Martínez, F. (2008), *Eutanasia y derechos fundamentales*. Madrid. Estudios Constitucionales.
- Rey Martínez, F. (2023), El derecho a recibir ayuda para morir en el contexto eutanásico: ¿nuevo derecho fundamental? Comentario crítico de las SSTC 19/2023 y 94/2023. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 27, núm. 2.
- Rico Ruiz Rico, C. (2023), El derecho fundamental a la eutanasia y su problemática constitucional en España. *Revista de Bioética y Derecho*, Vol. 48.
- Rodríguez Arias, D. (2008), Eutanasia: propuesta de definición. *Dilemata: Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, disponible en: <https://www.dilemata.net/blog/actualidad-de-la-bioetica-medica/62-eutanasia-propuesta-de-definici>.
- Sánchez Jiménez, E. (1999), *La eutanasia ante la moral y el derecho*. Sevilla. Universidad de Sevilla.
- Serrano Ruíz-Calderón, J. M. (2001), Eutanasia y vida dependiente. *Ediciones Internacionales Universitarias*, Vol. 96.
- Toledano Toledano, J. R. (1999), *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España*. Barcelona. Atelier.

IL FILO SOTTILE TRA DIGNITÀ E SOSTEGNO VITALE:
IL SUICIDIO ASSISTITO NEL PRISMA COSTITUZIONALE
ALLA LUCE DELLA SENT. N. 135/2024

SOMMARIO: 1. intricato labirinto giuridico: cenni introduttivi. – 2. Alla ricerca di una (im)possibile e condivisa definizione di sostegno vitale: una questione aperta. – 3. La libertà di scelta e il paradosso del sostegno vitale: tutela o vincolo? – 4. Dall'Italia alla Spagna: un'analisi comparativa. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Un intricato labirinto giuridico: cenni introduttivi

Il dibattito sul fine vita, in costante evoluzione¹, si muove su un terreno accidentato (AMATO, 2011): dove si intreccia inestricabilmente con la dignità umana² e con il diritto all'autodeterminazione (CHIEFFI, 2019; D'ALOIA, 2012, 21 ss.), ponendo interrogativi complessi (RODOTÀ, 2010) sul confine tra la tutela della vita e il rispetto delle scelte individuali, soprattutto in contesti di sofferenza irreversibile (BUTLER, 2004).

La crescente attenzione verso l'autonomia del paziente e il riconoscimento del suo diritto a rifiutare o interrompere trattamenti medici, anche quelli necessari alla sopravvivenza, hanno portato a significative evoluzioni legislative e giurisprudenziali in diversi Paesi. In Italia, il concetto di trattamento di sostegno vitale si è affermato come un nodo cruciale, generando controversie sulla sua definizione, sulla sua portata e sulle sue implicazioni etiche e giuridiche (CASONATO, 2012, 12-13). Inoltre, è nota ai più, l'assenza di una normativa specifica sul fine vita che ha portato la Corte costituzionale a intervenire con pronunce che,

¹ Per un'analisi approfondita sulle recenti evoluzioni giurisprudenziali riguardanti il suicidio assistito in Italia e le difficoltà pratiche ancora presenti, si veda CHIEFFI (2024). In generale, si veda, BILANCIA (2020).

² Per una riflessione sul rapporto tra dignità e fine vita, si veda BILANCIA (2019).

pur riconoscendo il diritto all'aiuto al suicidio in determinate circostanze, hanno stabilito criteri rigorosi per l'accesso a tale pratica. Tra questi, il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale ha sollevato un acceso dibattito, aprendo un intricato labirinto giuridico. L'ambiguità intrinseca a questa nozione, la mancanza di una definizione univoca nella letteratura medica e le diverse interpretazioni offerte dalla giurisprudenza hanno creato un'area grigia che alimenta incertezze applicative e solleva dubbi sulla compatibilità di tale requisito con il principio di autodeterminazione.

Questo contributo muovendo da un'analisi comparativa³ tra il modello italiano e quello spagnolo, si propone di esplorare il concetto di trattamento di sostegno vitale, analizzandone le diverse sfaccettature e le sue implicazioni. Attraverso l'esame di casi giurisprudenziali emblematici e di pareri autorevoli espressi dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), si cercherà di tracciare un percorso all'interno di questo intricato labirinto, evidenziando le criticità del modello italiano e le possibili soluzioni offerte dall'esperienza spagnola, che ha optato per una regolamentazione più ampia e inclusiva dell'aiuto al suicidio.

2. Alla ricerca di una (im)possibile e condivisa definizione di sostegno vitale: una questione aperta

L'analisi dei trattamenti di sostegno vitale rivela la complessità e l'importanza di questi interventi per la vita dei pazienti in condizioni critiche, aprendo la strada a un dibattito che si intreccia con aspetti bioetici, giuridici e sociali, richiedendo una riflessione attenta che tenga conto dei presupposti stabiliti dalla Corte costituzionale.

In particolare, il CNB ha recentemente espresso un'opinione sul tema, evidenziando come la mancanza di una definizione chiara e condivisa di trattamento di sostegno vitale nella letteratura medica crei ambiguità significative sia nell'applicazione delle normative vigenti sia nel processo decisionale medico ed etico. L'assenza di una definizione univoca rappresenta un ostacolo importante, soprattutto in un contesto in cui la tecnologia e la ricerca medico-clinica avanzano rapida-

³ Per un'ampia prospettiva comparata sul tema, si veda CÁMARA VILLAR (2021).

mente, cercando di rispondere al bisogno crescente di preservare la vita di pazienti con patologie complesse attraverso lo sviluppo di nuove terapie.⁴

Per affrontare questa mancanza di chiarezza, il CNB suggerisce l'adozione di un criterio flessibile che tenga conto di tre aspetti centrali: la finalità del trattamento, l'intensità dell'intervento e le conseguenze della sua eventuale sospensione. Nella visione delineata, i trattamenti di sostegno vitale includono quei trattamenti mirati a gestire condizioni cliniche che mettono a rischio imminente la vita del paziente. Non si tratta di un semplice sostegno, ma di una vera e propria sostituzione di funzioni vitali che l'organismo non è più in grado di svolgere autonomamente. Questi trattamenti, in molti casi, richiedono l'uso di tecnologie sofisticate e procedure specialistiche che risultano invasive e che devono essere somministrate con continuità, anche a lungo termine.

Nell'elaborazione del CNB, si distingue tra trattamenti sanitari ordinari e trattamenti di sostegno vitale, sulla base delle differenti finalità perseguite (ROMANO, 2024). I trattamenti ordinari sono finalizzati al miglioramento della qualità della vita e al prolungamento della sopravvivenza. I trattamenti di sostegno vitale, invece, sono interventi volti a mantenere in vita pazienti le cui critiche condizioni cliniche hanno compromesso in modo grave e irreversibile le funzioni di organi essenziali. In assenza di tali trattamenti, la morte sopraggiungerebbe in tempi brevissimi.

Tale distinzione, di natura concettuale e giuridico-bioetica, trova un riscontro anche nella prassi clinica.

Dal punto di vista medico, il concetto di trattamenti di sostegno vitale include un'ampia varietà di interventi progettati per preservare la vita di pazienti affetti da gravi patologie o disfunzioni che compromettono le funzioni vitali. Questi trattamenti possono essere suddivisi in diverse categorie, ciascuna delle quali gioca un ruolo cruciale nel mantenimento della vita e nel miglioramento della qualità di vita del paziente (MORI, 2024).

⁴ Per approfondire, CNB, Parere n. 4/2024. Per la dottrina, si veda ROMANO (2024).

Una delle principali tipologie di trattamenti di sostegno vitale è rappresentata dai dispositivi esterni per il supporto delle funzioni compromesse. Tali dispositivi comprendono, ad esempio, ventilatori meccanici per la gestione dell'insufficienza respiratoria, utilizzati nei casi in cui i polmoni non riescono a garantire autonomamente un'adeguata ossigenazione e la macchina per dialisi, impiegata nei pazienti con insufficienza renale per filtrare i prodotti di scarto dal sangue e regolare il bilancio dei liquidi (MAZZON, 2024).

Oltre ai dispositivi esterni, esistono anche impianti interni progettati per prevenire complicazioni potenzialmente letali. Tra questi, i *pacemaker* e i defibrillatori si distinguono per la loro capacità di mantenere un ritmo cardiaco regolare e prevenire aritmie che potrebbero condurre a morte improvvisa (BERSTEN E SONI, 2010).

Per quanto riguarda le malattie croniche, i pazienti possono trarre beneficio da una serie di dispositivi che somministrano in modo continuativo farmaci o impulsi elettrici. Ad esempio, i microinfusori di insulina sono essenziali per il controllo del diabete, mentre alcuni dispositivi erogano stimoli elettrici per il trattamento del Parkinson, alleviando sintomi motori gravi e migliorando significativamente la qualità della vita. Accanto a questi dispositivi tecnologici, vi sono le terapie salvavita che consistono nella somministrazione di farmaci per stabilizzare funzioni vitali compromesse, come l'ossigenoterapia, fondamentale per i pazienti con insufficienza respiratoria, e la somministrazione di farmaci vasoattivi per il trattamento di *shock* circolatori (MAZZON, 2024).

Infine, un ruolo indispensabile è svolto dalle cure infermieristiche specializzate: la gestione delle stomie e delle piaghe da decubito è cruciale per i pazienti affetti da patologie croniche e gravi limitazioni motorie. Tali interventi non solo evitano infezioni e ulteriori complicazioni, ma rappresentano un elemento chiave per garantire il benessere e la dignità del paziente (*ibid.*).

Si può pertanto affermare che i trattamenti di sostegno vitale in ambito medico rappresentano una categoria estremamente variegata e in continua evoluzione, soprattutto alla luce dei rapidi progressi della ricerca in questo campo, come sostenuto dal CNB. Tale dinamicità rende complesso inserirli in una definizione statica e definitiva.

Una lettura più articolata e inclusiva del concetto di trattamento di sostegno vitale, così come definito nella sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, emerge dalla pronuncia della Corte d'Assise di Massa n. 1 del 2020⁵, riguardante il caso Trentini⁶. Nella sentenza, la Corte d'Assise interpreta il concetto di trattamento di sostegno vitale in modo estensivo, considerando che esso non si limiti alla sola dipendenza del paziente da apparecchiature mediche o macchinari. L'interpretazione proposta va oltre, includendo ogni tipo di trattamento medico essenziale alla sopravvivenza del paziente, il cui arresto porterebbe inevitabilmente alla morte, anche se non in maniera immediata⁷.

In particolare, la sentenza chiarisce che il trattamento di sostegno vitale può comprendere interventi medici di diversa natura, come la somministrazione continua di farmaci o terapie che, pur non sostituendo direttamente una funzione vitale, mantengono una condizione di equilibrio fisiologico indispensabile. L'interpretazione avanzata amplia quindi la nozione tradizionale di sostegno vitale, includendo anche trattamenti che agiscono indirettamente per garantire la sopravvivenza, come terapie farmacologiche per il controllo di patologie croniche o degenerative.

Questa visione è stata ulteriormente confermata e consolidata dalla successiva sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Genova, n. 1 del 2021⁸. Anche in questo caso, i giudici hanno affermato che il concetto

⁵ Si rinvia a Corte d'Assise di Massa (2020): Sentenza n. 1, in cui si legge: l'interpretazione del trattamento di sostegno vitale non si limita alla dipendenza da apparecchiature, ma include ogni intervento sanitario indispensabile, come terapie farmacologiche, assistenza clinica o paramedica e l'uso di strumentazione medica.

⁶ Davide Trentini, affetto da sclerosi multipla dal 1993, scelse di ricorrere al suicidio assistito in Svizzera nel 2017, con l'aiuto di Mina Welby e Marco Cappato. Il caso ha avuto rilevanza giuridica in Italia per il processo a carico dei due attivisti, concluso con l'assoluzione perché il fatto non costituiva reato. Sul punto, si veda Associazione Luca Coscioni, «La storia di Davide Trentini».

⁷ Ancora, si rinvia a Corte d'Assise di Massa (2020): Caso Trentini: La dipendenza costante da cure mediche e l'assistenza permanente nell'espletamento di una funzione organica integrano la condizione della dipendenza dai trattamenti di sostegno vitale di cui alla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale.

⁸ Si richiama, Corte d'Assise d'Appello di Genova (2021): sent. n. 1, in cui si legge: il riconoscimento del trattamento farmacologico come forma di sostegno vitale,

di trattamento di sostegno vitale non si limita alla mera dipendenza fisica da macchinari.

Nel caso di Davide Trentini, quindi, la Corte ha stabilito che, pur non essendo connesso ad alcun apparato tecnologico per la sopravvivenza, egli era comunque dipendente da un trattamento farmacologico continuo, necessario a mantenere una condizione di vita ritenuta artificiale. Tale condizione derivava dal fatto che la terapia non arrestava la progressione della malattia, ma ne posticipava un esito infausto, accompagnato da sofferenze fisiche significative e difficilmente tollerabili.

L'estesa interpretazione del concetto di trattamento di sostegno vitale sottolinea come la vita di alcuni pazienti sia mantenuta solo grazie a un costante intervento medico, che non sempre si manifesta in modo evidente, come nel caso dei macchinari. La nozione di vita artificiale impiegata dai giudici per descrivere la condizione di Trentini evidenzia l'elemento di temporaneità e di sofferenza che caratterizza queste situazioni: il trattamento medico prolungava la vita, ma senza garantire una qualità della stessa, lasciando il paziente in uno stato di persistente vulnerabilità e di dipendenza totale da cure esterne.

È interessante notare che il parametro del trattamento di sostegno vitale è presente solo in Italia e la sua definizione appare strettamente legata alle interpretazioni della Corte costituzionale e della giurisprudenza nazionale.

Questa peculiarità ordinamentale trova un utile termine di confronto nel contesto spagnolo, dove la disciplina dell'aiuto medico a morire, regolata dalla *Ley Orgánica 3/2021(LORE)*⁹, non contempla la categoria del trattamento di sostegno vitale, ma si fonda su due principali condizioni cliniche come requisiti per l'accesso all'eutanasia¹⁰. I criteri spagnoli riflettono una concezione del sostegno vitale diversa e considerano il dolore e la qualità della vita del paziente come parametri centrali.

confermando l'assoluzione dalle accuse di istigazione e facilitazione al suicidio nel caso di Davide Trentini.

⁹ *Ley Orgánica 3/2021*, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

¹⁰ Per un'approfondita riflessione, si veda TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2021), *passim*.

Il primo requisito, definito come «padecimiento grave, crónico o imposibilitante», descrive una condizione che altera profondamente la capacità del paziente di gestire la propria autonomia fisica e di svolgere le normali attività quotidiane. I pazienti che rientrano in questa categoria non sono in grado di prendersi cura di sé stessi, di comunicare efficacemente con gli altri o di mantenere relazioni sociali significative. Questa condizione si distingue per le sofferenze fisiche o psichiche costanti, intollerabili, con la prospettiva che tali limitazioni persistano senza alcuna possibilità di miglioramento sostanziale. In molti casi, questo stato può comportare una dipendenza assoluta da tecnologie di supporto, come ventilatori o altri dispositivi medici, anche se tale dipendenza non è necessariamente presente.

Il secondo criterio stabilito dalla LORE riguarda la «enfermedad grave e incurable», ovvero una malattia che non solo provoca sofferenze insopportabili, ma per la quale non esiste alcun trattamento che possa alleviare il dolore o offrire una qualità di vita accettabile per il paziente, portando inevitabilmente a una condizione di vulnerabilità estrema. Tale requisito, più ampio rispetto a una singola dipendenza tecnologica, consente di prendere in considerazione non solo malattie specifiche e incurabili, ma anche situazioni di grave non autosufficienza, nelle quali il paziente necessita di un'assistenza costante per soddisfare i propri bisogni essenziali, senza che vi sia necessariamente l'impiego di tecnologie di supporto sofisticate (CARMINATI, 2021).

In questo modo, il legislatore spagnolo amplia il raggio d'azione del sostegno vitale, includendo nelle condizioni che danno diritto all'eutanasia¹¹ anche stati di grave vulnerabilità e dipendenza che non implicano un supporto tecnologico continuo.

¹¹ Sul punto è opportuno chiarire la distinzione tra il suicidio assistito e l'eutanasia, due concetti spesso confusi ma sostanzialmente differenti. Il suicidio assistito consiste nel fornire al paziente i mezzi necessari, come un farmaco letale, affinché possa autonomamente porre fine alla propria vita. In tale scenario, l'atto finale è compiuto dal paziente stesso, mentre il medico si limita a predisporre gli strumenti necessari senza intervenire direttamente nella somministrazione. Diversamente, l'eutanasia implica un intervento attivo da parte di un medico che, su esplicita richiesta del paziente, somministra direttamente un farmaco letale al fine di porre termine alla vita del paziente. Si tratta quindi di un'azione eseguita direttamente dal professionista sanitario.

A differenza dell'approccio italiano, il modello spagnolo, come delineato in particolare dalla *Ley Orgánica* 3/2021, è maggiormente orientato al rispetto della dignità del paziente e alla gestione della sofferenza intollerabile. Tali principi sono posti in evidenza fin dal preambolo della LORE, che fonda la sua ragion d'essere sulla necessità di rispettare la dignità e l'autonomia della persona di fronte a un contesto di sofferenza insopportabile non altrimenti alleviabile. La prospettiva normativa trova un solido fondamento e una chiara interpretazione nella autorevole dottrina costituzionalista (CÁMARA VILLAR, 2024), la quale sottolinea come la legge, lungi dall'introdurre un «diritto alla morte», regoli piuttosto l'esercizio di un'estensione della libertà e dell'autonomia individuale, profondamente radicata nel principio di dignità umana, esercitabile in circostanze estreme caratterizzate da una sofferenza che compromette la qualità della vita percepita dall'individuo (ibid). Tale concezione si discosta, pertanto, da una focalizzazione prevalente sulla mera prosecuzione dei trattamenti o sull'impiego indefinito di dispositivi medici (CÁMARA VILLAR, 2021a, CÁMARA VILLAR, 2021b) ponendo al centro del sistema giuridico-sanitario la volontà autodeterminativa del paziente e il riconoscimento della sua dignità sino al termine della vita, specialmente in presenza di sofferenze ineludibili.

La legge risponde così alla necessità di includere tra i candidati all'eutanasia persone che, pur non essendo tecnicamente dipendenti da macchinari, si trovano in una condizione di vita insostenibile, che limita fortemente la loro autonomia e qualità della vita, così da suggerire un ampliamento della loro sfera di autodeterminazione (ALESSI, 2023).

3. La libertà di scelta e il paradosso del sostegno vitale: tutela o vincolo?

Nell'ambito delle Costituzioni nazionali del XX secolo, la Carta italiana emerge come un documento particolarmente attento alle situazioni di bisogno, offrendo una protezione «speciale» che mira alla pari dignità sociale e al pieno sviluppo dell'individuo. Diverse disposizioni

costituzionali, sia specifiche che di principio, forniscono tutele particolari in risposta a condizioni di vulnerabilità¹².

Tra queste disposizioni, l'articolo 32 rappresenta un pilastro fondamentale per la tutela della salute e il rispetto della dignità della persona. Nella sua seconda parte, si legge: «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»¹³. Ciò significa che solo una legge può imporre l'obbligo di sottoporsi a un trattamento sanitario, sempre che tale disposizione si fondi su un interesse collettivo di primaria importanza. Esempi rilevanti, com'è noto, sono il Trattamento Sanitario Obbligatorio (TSO), previsto per i casi di gravi disturbi psichiatrici e regolato dalla legge Basaglia¹⁴ o le vaccinazioni obbligatorie per i bambini, imposte in alcuni casi per garantire la salute pubblica, con la possibilità di arrivare alla sospensione della patria potestà qualora i genitori si oppongano a tali cure¹⁵. La Costituzione sottolinea così il rispetto per la dignità umana, anche nel contesto di obblighi sanitari, come nel caso delle emergenze sanitarie globali, COVID-19 (MASSA, 2023) o di altre malattie diffusi-

¹² Ad esempio, la Costituzione italiana prevede cure gratuite per gli indigenti (Cost. It., art. 32), garantisce l'accesso alla giustizia per i non abbienti (Cost. It., art. 24), e promuove l'istruzione superiore per gli studenti meritevoli ma privi di mezzi (Cost. It., art. 34). Inoltre, offre protezione a categorie vulnerabili nel mondo del lavoro, come i disabili, i lavoratori infortunati o affetti da malattie, e i disoccupati involontari (Cost. It., art. 38). Queste misure costituzionali si estendono anche a individui sottoposti a restrizioni di libertà (Cost. It., art. 13 e 27), minoranze linguistiche (Cost. It., art. 6), e stranieri privati dei loro diritti democratici nel proprio Paese (Cost. It., art. 10).

¹³ Sul tema del diritto alla salute, si rinvia a MANFRELLOTTI (2023), 144-148; Servizio Ricerca del Parlamento Europeo (EPRS) (2022); MORANA (2020); CHIEFFI (2019); CASONATO (2017), 1-15.

¹⁴ Per una riflessione sui livelli essenziali e sulla ragionevolezza della funzione pubblica sanitaria nel contesto della Legge n. 180 del 1978, si veda MANFRELLOTTI (2012), in CHIEFFI (a cura di), 281-296.

¹⁵ Sulle disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, si veda la Legge 31 luglio 2017, n. 119, di conversione del decreto legge 7 giugno 2017, n. 73, che stabilisce l'obbligatorietà di alcune vaccinazioni per i minori tra zero e sedici anni, prevedendo sanzioni amministrative pecuniarie (art. 1) e, in casi di rischio per la salute del minore, la possibilità di segnalazione ai servizi sociali per eventuali provvedimenti da parte del tribunale per i minorenni.

ve, dove la legge può richiedere trattamenti obbligatori per tutelare la collettività.

In assenza di tali situazioni eccezionali, la scelta di sottoporsi a trattamenti sanitari è lasciata all'individuo, riaffermando il diritto alla libertà personale e all'autodeterminazione¹⁶. Questo principio riflette una tutela profonda della libertà e della dignità della persona, garantendo che l'individuo mantenga il controllo sulle decisioni riguardanti il proprio corpo e la propria salute.

L'art. 32 della Costituzione, sancendo il diritto alla salute e la libertà di scelta del paziente in materia di trattamenti sanitari, si interseca in modo complesso con il requisito del trattamento di sostegno vitale per l'accesso all'aiuto al suicidio. L'obbligo di sottoporsi a tali trattamenti, in assenza di una chiara volontà contraria, potrebbe limitare l'autodeterminazione del paziente, creando un paradosso: chi desidera porre fine alla propria vita in condizioni di sofferenza irreversibile si vede costretto a prolungare la propria esistenza solo per poter accedere al suicidio assistito.

Il diritto all'autodeterminazione, infatti, si radica profondamente nelle discussioni della Costituente italiana, dove la tutela della libertà di cura e della dignità personale sono stati dichiarati principi fondanti, opponendosi all'autoritarismo e al paternalismo che avevano caratterizzato l'era fascista. In questo contesto, la Costituzione, attraverso gli articoli 2, 13 e 32, riconosce all'individuo il diritto di gestione consapevole e libera del proprio corpo. Tale impostazione sancisce un modello fondato sull'autonomia della persona e sul rispetto della sua dignità, costruendo una relazione terapeutica di collaborazione tra paziente e medico che si discosta dalla subordinazione imposta dallo Stato in epoche passate, in cui il medico deteneva un ruolo decisionale predominante (CASONATO, 2009).

L'articolo 32 deve necessariamente essere interpretato anche alla luce del diritto transnazionale (*ibid*). Tale prospettiva permette di collocare il diritto alla salute in un contesto giuridico più ampio e dinamico, risultato essenziale per affrontare efficacemente le sfide presenti e future connesse alla sua protezione e sostenibilità (BOMBILLAR SÁENZ,

¹⁶ In particolare, sull'autodeterminazione, si rinvia a MANFRELLOTTI (2023), 132-135; CHIEFFI (2019); FORNASARI, PICOTTI, VINCIGUERRA (a cura di) (2019).

PÉREZ MIRAS, 2015). La protezione della salute, infatti, trova espressione in diverse fonti normative di rilevanza primaria (*ibid.*).

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) si configura come un pilastro per la tutela dei diritti umani, stabilendo principi condivisi che garantiscono la protezione dell'individuo. Parallelamente, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea¹⁷ offre disposizioni più specifiche in materia: l'Articolo 35 di tale Carta assicura esplicitamente il diritto alla protezione della salute e rafforza il principio del rispetto delle scelte individuali del paziente, ponendo le basi per un approccio centrato sulla persona.

Ulteriormente, i Trattati dell'Unione Europea ribadiscono l'importanza trasversale della salute. In particolare, l'Articolo 168 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)¹⁸ sottolinea la necessità di integrare la protezione della salute in tutte le politiche dell'Unione. Il medesimo articolo, nel suo ultimo comma, riconosce in modo esplicito il rispetto dei desideri del paziente nel contesto delle cure sanitarie, rafforzando il principio di autodeterminazione. Accanto a queste disposizioni, la Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, firmata a Oviedo nel 1997, regola specificamente i diritti dei pazienti in ambito sanitario, e la Carta dei diritti del malato del 2002 riafferma il diritto del paziente a prendere decisioni informate sul proprio trattamento sanitario, incluso il diritto a interrompere le cure secondo la propria volontà (RODOTÀ, 2006).

Un ulteriore contributo di valore è rappresentato dalla Dichiarazione Universale dell'UNESCO sulla bioetica e i diritti umani del 2005, che definisce i principi etici fondamentali in ambito medico, rafforzando il diritto al consenso informato. Questo consenso, che garantisce – nell'ottica dell'autodeterminazione – una decisione consapevole

¹⁷ Si richiamano le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 3, commi 1 e 2, che sanciscono il diritto all'integrità fisica e psichica e il rispetto del consenso informato, nonché l'art. 35, che garantisce il diritto alla prevenzione sanitaria e a un livello elevato di protezione della salute umana.

¹⁸ Come stabilito dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), art. 114; art. 168, commi 1, 7 e ultimo comma; art. 169, comma 1; e art. 191, comma 1, l'Unione si impegna a garantire un elevato livello di protezione della salute pubblica e della sanità ambientale, rispettando al contempo le competenze degli Stati membri nell'organizzazione dei servizi sanitari e nella tutela della salute dei consumatori.

e volontaria, rappresenta un diritto inalienabile della persona. In Italia, la sentenza n. 438 del 2008¹⁹ della Corte costituzionale ha stabilito che il consenso informato è una manifestazione concreta del diritto all'autodeterminazione, radicato negli articoli, più volte richiamati, 2, 13 e 32 della Costituzione. Si tratta di un diritto essenziale, volto a tutelare la dignità e l'autonomia dell'individuo, proteggendolo da qualsiasi imposizione indebita. Anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nel caso *Pretty c. United Kingdom* (2002)²⁰, ha chiarito che l'imposizione di trattamenti medici senza il consenso del paziente violerebbe il diritto al rispetto della vita privata, garantito dall'art. 8 della, già citata, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Il panorama giuridico contemporaneo, di fatto, si arricchisce di un fenomeno sempre più diffuso: il dialogo tra i giudici italiani e quelli stranieri²¹. Le decisioni delle corti di altri Paesi si intrecciano sempre più spesso con le pronunce del nostro giudice costituzionale, creando una rete di influenze reciproche che supera i confini nazionali. In un contesto in cui le interpretazioni normative si muovono fluidamente attraverso ambiti transnazionali e sovranazionali, il vincolo alla legge assume un significato più ampio, trasformandosi in un legame con un diritto condiviso. Si tratta di un diritto che non è patrimonio esclusivo di un solo ordinamento, ma deve essere curato collettivamente, frutto di contributi che appartengono a una comunità giuridica globale (ZAGREBELSKY, 1992).

Pertanto, l'articolo 32, in combinazione con i riferimenti internazionali e l'evoluzione giurisprudenziale, esprime un modello di tutela

¹⁹ Si richiama la Corte costituzionale, (2008), sent. n. 438, la quale afferma «La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute [...], proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione».

²⁰ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, (2002), *Pretty c. Regno Unito* (Applicazione n. 2346/02)

²¹ Si vedano Supreme Court of New Jersey, (1976, 31 marzo), *Quinlan case*; (1987, 24 giugno), *Nancy Ellen Jobes case*; Supreme Court of the United States, (1997, 26 giugno), *Vacco c. Quill*; Bundesgerichtshof, (2003, 17 marzo), decisione sull'assistenza al suicidio; House of Lords, (1993, 4 febbraio), *Case B*.

della salute che integra i principi di libertà e dignità della persona, offrendo una visione avanzata e completa del diritto alla salute, sempre ancorata al rispetto dell'autonomia individuale.

In tale prospettiva il trattamento di sostegno vitale mette in luce la complessità del bilanciamento tra il diritto alla vita e il principio di autodeterminazione, con la dignità dell'individuo quale cardine di questo equilibrio. La possibilità di scegliere se accettare o rifiutare tali trattamenti, specialmente in condizioni di sofferenza estrema o terminale, non è solo un esercizio di libertà personale, ma un riconoscimento del valore intrinseco della volontà individuale come espressione ultima della dignità umana. Per garantire una tutela realmente efficace, sarebbe essenziale che il sistema giuridico adotti un approccio flessibile e sensibile, capace di rispettare le specificità di ogni situazione, senza trasformare un diritto in un vincolo, ma offrendo a ciascuno la possibilità di vivere – o concludere – la propria esistenza in accordo con le proprie scelte e convinzioni.

4. Dall'Italia alla Spagna: un'analisi comparativa

Nel contesto giuridico e sociale italiano, la questione del fine vita (PÉREZ MIRAS, TERUEL LOZANO, RAFFIOTTA, 2013, 351-440), si pone al centro di un delicato dibattito²² che mira alla ricerca di un equilibrio tra il principio di autodeterminazione individuale, esaminato in precedenza, e le norme che regolano la tutela della vita. La mancanza di una normativa chiara e definita in merito contribuisce in maniera determinante ad alimentare la vulnerabilità sociale dei pazienti in condizioni terminali, costringendoli, in molti casi, a cercare soluzioni all'estero²³ o addirittura a optare per mezzi illegali per porre fine alla propria sofferenza. Questa lacuna normativa non solo lascia in sospeso le necessità di coloro che vivono in condizioni di sofferenza estrema, ma rischia di

²² Sul tema della ricerca di un punto di incontro, si veda AMATO (2024), in CAPORALE PALAZZANI (a cura di). Si veda anche CASONATO, PICIOCCHI (a cura di), (2006).

²³ Sul punto, PAPPAGALLO, (2014), analizza il fenomeno noto come «turismo suicida», identificando la Svizzera come un punto di riferimento globale per coloro che ricorrono alla scelta di porre fine volontariamente alla propria esistenza.

allontanare il nostro ordinamento giuridico dai principi di autodeterminazione e dignità umana sanciti dalla Costituzione italiana. Uno dei principali ostacoli alla creazione di una legge completa e moderna sul fine vita è rappresentato dalle profonde divergenze culturali e religiose²⁴ che permeano il dibattito. Tali differenze sono esacerbate da posizioni contrastanti tra le varie forze politiche e istituzionali, che hanno portato a un'impasse legislativa (CHIEFFI, GIUSTINIANI, 2010). Inoltre, l'assenza di qualsiasi dibattito parlamentare serio e costruttivo dimostra come il decisore politico sia determinato a non affrontare una domanda sociale che è comunque presente.²⁵

In attesa che il nostro legislatore decida di occuparsi del tema e di prendere in considerazione le molteplici proposte di legge depositate in Parlamento, alle pronunce della Corte costituzionale che più e più volte ha cercato di spingere il nostro legislatore a legiferare si aggiungono i ritardi con cui le strutture ospedaliere regionali e i Comitati etici locali hanno esaminato lo stato di salute dei pazienti. Tali ritardi hanno fatto emergere ulteriori incertezze nella fase esecutiva, soprattutto riguardo alle modalità, alla qualità e al processo di somministrazione del farmaco letale (CHIEFFI, 2024).

Il caso Cappato²⁶ può essere paradigmatico al riguardo. Esso ha portato alla luce l'urgenza di regole chiare e condivise, suscitando l'intervento della Corte costituzionale italiana. L'analisi giurisprudenziale evidenzia come la Corte, nelle sentenze più recenti, abbia mostrato una sensibilità crescente verso le problematiche connesse alla vulne-

²⁴ Sul punto, in generale, si rinvia a RODOTÀ (2012). Si veda, anche VILLONE (2011).

²⁵ Sul punto, ADAMO (2016), in cui si analizza l'ostinazione irragionevole nel contesto del fine vita, con particolare riferimento a eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari.

²⁶ Il caso si riferisce a Marco Cappato, attivista italiano, imputato per aver accompagnato in Svizzera Fabiano Antoniani (Dj Fabo), affetto da tetraplegia e cecità totale, affinché potesse accedere al suicidio assistito. La vicenda ha portato la Corte costituzionale italiana (sent. n. 242/2019) a riconoscere che, in presenza di precise condizioni – malattia irreversibile, sofferenze insopportabili, dipendenza da trattamenti vitali e piena capacità di autodeterminazione – l'aiuto al suicidio non è punibile. Cappato è stato assolto nel 2020 con la formula «il fatto non sussiste». Per un'analisi alla luce dell'ordinanza n. 207/2018, RIONDATO, (2019), in FORNASARI, PICOTTI, VINCIGUERRA (a cura di), 35-50.

rabilità sociale nel contesto del fine vita in risposta all'inerzia del nostro legislatore²⁷.

Ripercorrendo i casi emblematici e fortemente divisivi che hanno contribuito a coinvolgere un'ampia opinione pubblica, come quelli di Eluana Englaro (2006)²⁸, Piergiorgio Welby (2006)²⁹, Giovanni Nuvoli (2007)³⁰, Lucio Magri (2011)³¹, Fabiano Antoniani - Dj Fabo (2017)³², Davide Trentini (2017) e Loris Bertocco (2017), si comprende come il dibattito sul fine vita sia stato alimentato da vicende che hanno messo in discussione il limite tra il diritto alla vita e quello all'autodeterminazione, portando alla ribalta questioni etiche, giuridiche e politiche di grande complessità. Questi eventi hanno segnato tappe cruciali nel lungo percorso della regolamentazione sul fine vita, caratterizzato da non poche controversie. Eventi che hanno portato all'adozione della Legge n. 219 del 2017, in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (DAT)³³. Tale legge permette ai cittadini di dichiarare le proprie volontà in merito ai trattamenti sanitari futuri, conferendo un'importanza particolare alla dignità della persona e alla qualità della vita fino alla sua fine. Si tratta di una legge di grande rilevanza, poiché dedica una parte significativa alla medicina palliativa; ciò nonostante, essa non rappresenta una soluzione completa al problema. L'ambito delle decisioni relative alla fine della vita è infatti molto più ampio rispetto a quello regolato dalla legge in questione, che si concentra principalmente su un elemento specifico: la possibilità di esprimere – attraverso strumenti come le Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT) e la Pianificazione Condivisa delle Cure (PCC) – le proprie volontà riguardo a trattamenti medici e accertamenti diagnostici in previsione di una futura incapacità o nell'ambito

²⁷ In tema di inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale, si veda ZICCHITTU (2019).

²⁸ Sul caso Englaro, si rinvia a CHIEFFI (2019), 18-71. Si veda anche RODOTÀ (2008).

²⁹ Sempre sul punto, CHIEFFI (2019). Si veda anche ZAGREBELSKY (2007).

³⁰ Si veda, CHIEFFI (2019).

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ Per approfondire, si legga, CHIEFFI (2019), 123-180. Si rinvia anche a CASONATO (2018), 11-12.

di un percorso terapeutico condiviso per una patologia già diagnosticata. Rimane invece privo di regolamentazione il tema della possibilità di decidere – previa definizione di condizioni e modalità – di anticipare la fine della propria vita nel caso di una prognosi infausta, quando il prolungamento della stessa contrasti con i principi di dignità umana. In questo contesto, va ricordata anche la legge n. 38 del 2010, in merito alle cure palliative e alla terapia del dolore. Questa legge rappresenta un pilastro normativo nell'ambito della sanità italiana, garantendo il diritto dei cittadini di accedere a cure palliative e a trattamenti per la gestione del dolore, in un'ottica di rispetto della dignità e dell'autonomia della persona.

Tra le principali innovazioni introdotte dalla legge, vi è la definizione stessa delle cure palliative e della terapia del dolore: «interventi diagnostici, terapeutici e assistenziali rivolti alla persona malata e al nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale del paziente, quando la malattia non risponde più a trattamenti specifici» (Legge n. 38/2010, art. 2). La terapia del dolore, d'altra parte, comprende interventi volti a «sopprimere e controllare il dolore attraverso l'uso di farmaci, tecnologie e interventi psicologici o riabilitativi appropriati» (*ibid*).

Un altro aspetto rilevante è l'istituzione delle reti assistenziali per le cure palliative e la terapia del dolore, descritte come strumenti per «assicurare la continuità assistenziale tra le strutture ospedaliere, le strutture residenziali e il domicilio del paziente», coinvolgendo figure professionali specializzate (Legge n. 38/2010, art. 5).

La legge, inoltre, ha semplificato l'accesso ai farmaci analgesici, agevolando i pazienti che necessitano di oppiacei per la gestione del dolore cronico. Secondo l'art. 10, «le modalità di prescrizione e utilizzo di farmaci per il trattamento del dolore, inclusi gli oppiacei, devono essere rese accessibili, semplificando le procedure burocratiche e garantendo la disponibilità sul territorio».

La realizzazione di questo diritto, tuttavia, richiede risorse e strutture adeguate, che in molte parti del Paese risultano ancora carenti. Tale disuguaglianza rende difficile per molti pazienti beneficiare delle cure palliative, sottolineando il legame inscindibile tra il diritto all'autodeterminazione e la disponibilità di servizi sanitari appropriati, ed evidenziando come la libertà di scelta sia, in molti casi, limitata dal-

le risorse del sistema sanitario «con l'effetto di provocare il declassamento del diritto a non soffrire ad una mera aspettativa» (CHIEFFI, 2024, p. 407).

Eppure, la Corte costituzionale italiana ha più volte ribadito l'importanza di garantire cure palliative adeguate prima di considerare il suicidio assistito, affermando che il coinvolgimento in un percorso di questo tipo deve costituire un prerequisito per qualsiasi altra opzione del paziente (EUSEBI, 2019).

Come dimostrato dalla sentenza n. 242 che pone particolare enfasi al coinvolgimento del paziente in un percorso di cure palliative che deve costituire, infatti, «un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo...». La Corte sottolinea non solo il contenuto già espresso nell'ordinanza n. 207 del 2018, secondo cui «il ricorso a un percorso di cure palliative rappresenta un presupposto imprescindibile per ogni ulteriore decisione del paziente in merito a percorsi alternativi»³⁴, ma anche il chiaro appello del Comitato Nazionale per la Bioetica, che definisce tali cure «una priorità assoluta nelle politiche sanitarie»³⁵.

Oltretutto la Corte, con questa storica decisione, ha sancito l'illegittimità costituzionale parziale dell'articolo 580 del Codice penale (istigazione e aiuto al suicidio) ed ha aperto la strada ad una regolamentazione più equilibrata del supporto medico alla morte volontaria in specifiche circostanze, pur mantenendo fermo il divieto assoluto di eutanasia attiva. Fra le numerose questioni, la sentenza n. 242 del 2019 riconosce ad ogni persona capace di agire il diritto di rifiutare o di interrompere qualsiasi trattamento sanitario, compresi quelli necessari per la propria sopravvivenza (c.d. rimendi o trattamenti di sostegno vitale), come l'idratazione e la nutrizione artificiale³⁶, affermando con forza il principio dell'auto-determinazione.

³⁴ Si rinvia a, Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 11.

³⁵ Per approfondire, Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) (2023), parere: "Cure palliative".

³⁶ Si richiama la Corte cost., sent. n. 242 del 22 novembre 2019, «La legge n. 219 del 2017 riconosce, infatti, ad 'ogni persona capace di agire' il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella relativa nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale».

Tra i criteri³⁷ stabiliti dalla Corte costituzionale per l'accesso al suicidio assistito, particolare rilevanza viene, quindi, attribuita al requisito secondo cui chi richiede tale aiuto deve essere «una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale». Questo criterio, se interpretato in maniera restrittiva, potrebbe obbligare i pazienti affetti da patologie irreversibili e sofferenze insopportabili a dover ricorrere a macchinari come la ventilazione meccanica per poter esercitare il loro diritto di scelta. La mancanza di una definizione univoca di trattamento di sostegno vitale contribuisce a una crescente incertezza applicativa, anche per la chiarezza delle condotte penalmente rilevanti, mettendo in discussione il principio di legalità e aumentando l'arbitrio giudiziario. Inoltre, la definizione di trattamenti di sostegno vitale è fonte di numerosi dibattiti, poiché essa resta ambigua e aperta a interpretazioni differenti. La vaghezza della terminologia utilizzata genera confusione e lascia spazio a interpretazioni contrastanti³⁸, portando a discussioni su quali interventi rientrino effettivamente in questa categoria. Trattamenti come la ventilazione artificiale, l'idratazione e l'alimentazione forzata vengono considerati esempi di sostegno vitale; tuttavia, non esiste un elenco esaustivo di questi trattamenti, come sottolineato dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel suo parere del 1° luglio 2024, che esamineremo nel corso di questo scritto.

Il 18 luglio del 2024, la Corte costituzionale si è espressa con la sentenza n. 135³⁹ su uno dei criteri definiti nella sentenza n. 242 del 2019 per l'accesso all'aiuto medico alla morte volontaria, in particolare quello che richiede la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale⁴⁰.

³⁷ La Corte, nella sent. 245 par. 2.3 del Considerato in diritto, individua i criteri «... in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

³⁸ Sulla nozione, in ambito medico, di trattamento di sostegno vitale, si veda MORI (2024). Sempre sul punto MAZZON, (2024).

³⁹ Si veda VERONESI (2024), 253 ss.; RUGGERI (2024); 935 ss., LEOTTA (2024); CANDIDO (2024); ADAMO (2024); VITALE (2024); CEMBRANI (2024).

⁴⁰ Sul requisito del trattamento di sostegno vitale, si veda SIGNORELLA (2024). Ancora sul punto LEOTTA (2024); VITALE (2024).

Il caso esaminato riguarda un uomo, toscano di 44 anni, affetto da sclerosi multipla, che ha scelto di ricorrere al suicidio assistito in Svizzera. La sua condizione era caratterizzata da un rapido e significativo peggioramento delle sue condizioni di vita, che lo aveva portato a una quasi totale immobilizzazione, compresi gli arti superiori, e a sofferenze psicologiche che considerava insostenibili. Di fronte a questa situazione, aveva espresso la volontà, libera e consapevole, di ricorrere al suicidio assistito. L'atto è avvenuto in Svizzera, dove l'uomo utilizzando il braccio che poteva ancora controllare, ha assunto per via orale un farmaco letale, confermando definitivamente la sua volontà.

Un punto cruciale del caso è la non dipendenza della persona da trattamenti di sostegno vitale, ovvero non faceva uso di supporti come nutrizione, idratazione o ventilazione artificiale, né era sottoposto a terapie farmacologiche salvavita. Tuttavia, a causa della progressiva immobilizzazione, dipendeva sempre più dal supporto di terzi per le attività quotidiane, trovandosi in una condizione di vulnerabilità estrema sia fisica che psicologica.

Il giudice per le indagini preliminari (GIP) del Tribunale di Firenze, nell'istanza presentata alla Corte costituzionale, ha sottolineato che l'uomo non soddisfaceva il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale per poter accedere al suicidio assistito. L'istanza sollecitava la Corte a dichiarare costituzionalmente illegittima la norma che limita la non punibilità di chi assiste al suicidio solo nel caso in cui la persona sia mantenuta in vita da trattamenti salvavita⁴¹. Secondo l'istanza, questo requisito contrasta con i principi costituzionali di eguaglianza, autodeterminazione terapeutica e dignità della persona.

La Corte ha respinto le questioni sollevate dal GIP di Firenze, confermando i requisiti per accedere al suicidio assistito, già definiti nella sentenza precedente: irreversibilità della patologia, sofferenze intollerabili, dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e capacità decisionale del paziente. La sentenza evidenzia la necessità di un bilanciamento tra autodeterminazione e tutela della vita umana, che si esprime proprio nei presupposti prima citati, senza riconoscere un diritto generale al suicidio assistito (ROMANO L., 2024).

⁴¹ Per approfondire, si rinvia a Servizio Studi del Senato (2024).

Tra i trattamenti indicati come esemplificativi di trattamenti di sostegno vitale, si annoverano la ventilazione artificiale, l'idratazione artificiale e l'alimentazione artificiale. Si tratta di interventi medici considerati essenziali per garantire la sopravvivenza di pazienti in condizioni critiche e, qualora fossero interrotti, condurrebbero inevitabilmente al decesso. Tuttavia, come evidenziato nella sentenza, il concetto di trattamenti di sostegno vitale non è stato circoscritto in modo preciso e definitivo. Questo ha aperto il dibattito sulla possibilità di estendere tale definizione a forme diverse di assistenza medica, che potrebbero includere anche trattamenti farmacologici o altre terapie indispensabili per la sopravvivenza del paziente. Tale ambiguità solleva interrogativi sulla portata e sui limiti della definizione, richiedendo un'ulteriore riflessione utile a chiarire i confini normativi di questi trattamenti.

La sentenza, in tale contesto, rappresenta un punto cruciale seppur parziale. La definizione di sostegno vitale riaffermata dalla Corte resta «fragile» (FERRARI, 2024): se da un lato, chiarisce, in qualche modo, il significato di sostegno vitale, offrendo un'interpretazione utile per le ASL e portando speranza a molte persone, dall'altro permangono delle incertezze, che potremmo definire discriminatorie, ad esempio il criterio della dipendenza del paziente da trattamenti di sostegno vitale esclude i malati oncologici. La mancanza di una definizione chiara dei trattamenti di sostegno vitale lascia aperte questioni che richiederanno un ulteriore intervento del legislatore e delle istituzioni, nella speranza di garantire un sistema equo e rispettoso dei diritti di ogni individuo.

Nel corso degli anni, la Corte costituzionale italiana è stata al centro di accesi dibattiti riguardo alla sua presunta invasione del campo legislativo, venendo talvolta accusata di oltrepassare i limiti delle sue competenze con sentenze che, secondo alcuni, incidono su questioni riservate al Parlamento. Un caso emblematico di tale critica riguarda proprio la sentenza n. 135 del 2024, che ha nuovamente sollevato polemiche in merito al ruolo della Corte in ambiti delicati e fortemente etici. Tuttavia, è davvero corretto interpretare tali interventi come una indebita interferenza?

A fronte dell'assenza di una regolamentazione specifica su temi eticamente delicati, la Corte costituzionale si limita a stabilire il limite minimo di tutela costituzionale, come ribadito: «Il compito di questa Corte non è quello di sostituirsi al legislatore nella individuazione del

punto di equilibrio in astratto più appropriato tra il diritto all'autodeterminazione di ciascun individuo sulla propria esistenza e le contrapposte istanze di tutela della vita umana, sua e dei terzi; bensì, soltanto, quello di fissare il limite minimo, costituzionalmente imposto alla luce del quadro legislativo oggetto di scrutinio, della tutela di ciascuno di questi principi, restando poi ferma la possibilità per il legislatore di individuare soluzioni che assicurino all'uno o all'altro una tutela più intensa»⁴².

La Corte, tramite le sue pronunce, non assume il ruolo di legislatore ma si limita a interpretare la Costituzione, cercando di colmare vuoti normativi che potrebbero compromettere i diritti fondamentali dei cittadini. La sentenza n. 242 del 2019 e la successiva n. 135 del 2024 rappresentano esempi significativi di questo approccio: entrambe affrontano la questione dell'aiuto al suicidio, interpretando in modo estensivo il concetto di trattamenti di sostegno vitale per includere il diritto all'autodeterminazione dei pazienti. In tal senso, l'intervento della Corte non può essere automaticamente considerato una violazione delle prerogative parlamentari, ma anzi si pone come una risposta alla inerzia legislativa su temi in cui è necessario proteggere i diritti costituzionali anche in assenza di una legge esplicita. Questa interpretazione trova conferma in autorevole dottrina secondo cui la Consulta è «custode dei diritti sanciti dalla Costituzione, impegnata nella loro tutela e continua valorizzazione» (AMATO, STASIO, 2023). Il ruolo della Corte costituzionale è, dunque, essenziale e di grande rilevanza sociale, in quanto le sue decisioni, insindacabili, influenzano profondamente la vita delle persone, l'ordinamento giuridico e il funzionamento stesso delle istituzioni.

Parallelamente, la questione del fine vita in Italia ha visto recenti sviluppi anche a livello regionale (CANDIDO, 2024). La Regione Emilia-Romagna ha approvato delibere che regolano l'accesso al suicidio assistito per i pazienti terminali, una decisione che ha portato il governo centrale, attraverso la Presidenza del Consiglio e il Ministero della Salute, a presentare un ricorso al TAR, contestando l'autorità regionale su tale materia (PICARIELLO, 2024). Tali regolamenti regionali rispondono alla necessità di fornire un supporto pratico ai malati, in li-

⁴² Corte cost., sent. n. 135/2024, punto 7.2 del Considerato in diritto.

nea con i diritti sanciti dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale. Nello specifico, le aziende sanitarie locali sono state incaricate di definire procedure chiare, stabilendo un limite massimo di 42 giorni dalla richiesta del paziente per accedere alla somministrazione della terapia. Una delle novità introdotte è la creazione del Comitato Regionale per l'Etica Clinica (Corec), che fornisce un parere non vincolante sulle richieste dei pazienti, affiancato dai comitati territoriali incaricati di seguire i pazienti lungo tutto il percorso fino all'auto-somministrazione del trattamento⁴³.

La regolamentazione regionale dell'Emilia-Romagna rappresenta, dunque, un tentativo di attuare quanto espresso dalla Corte costituzionale, evidenziando la necessità di un intervento legislativo nazionale che disciplini in modo organico il fine vita, anche sotto il profilo procedimentale teso a perfezionare la decisione finale.

In Italia, come evidenziato più volte in questa analisi, manca ancora una normativa chiara e univoca in materia, diversamente da altri paesi europei (CÁMARA VILLAR, 2021), che hanno già introdotto leggi specifiche per garantire un accesso regolamentato e sicuro a pratiche come l'eutanasia e il suicidio assistito.

La Spagna, a differenza dell'Italia, ha adottato una regolamentazione definita sull'aiuto al suicidio con la, già citata, *Ley Orgánica 3/2021 de Regulación de la Eutanasia* (LORE)⁴⁴. Pur riconoscendo l'obiezione di coscienza per i medici, la LORE stabilisce criteri di accesso meno restrittivi rispetto a quelli italiani, focalizzandosi sulla sofferenza del paziente e sulla sua qualità di vita, piuttosto che sulla dipendenza da tecnologie specifiche.

La legge, primariamente, definisce l'eutanasia come «l'azione che provoca direttamente e intenzionalmente la morte di una persona attraverso un rapporto causa-effetto unico e immediato, su richiesta informata, espressa e ripetuta della stessa»⁴⁵. Il suicidio assistito, invece,

⁴³ Si rinvia a REGIONE EMILIA-ROMAGNA, (2024), *Fine vita: percorso in Emilia-Romagna alla luce della sentenza della Corte costituzionale*.

⁴⁴ Si veda, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, (2021). Per una riflessione, si rinvia a BALAGUER CALLEJÓN, F.; AGUILAR, J. F. L.; BALAGUER CALLEJÓN, M. L., (2024), 599 ss., 445 ss.

⁴⁵ Si riporta, in lingua originale, il testo dell'art. 3 della *Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia*, ove l'eutanasia è definita come «la actuación que produce la

si verifica quando il paziente stesso compie l'atto finale di porre fine alla propria vita, con assistenza medica diretta.

Nel capitolo III della legge, l'accesso all'aiuto medico a morire è subordinato a requisiti stringenti.

L'articolo 5 stabilisce che il paziente deve essere maggiorenne, capace di intendere e volere, e affetto da una malattia grave e incurabile o da una condizione cronica gravemente invalidante che provoca sofferenze fisiche o psichiche insopportabili. La normativa prevede, inoltre, quale condizione imprescindibile per l'accesso all'aiuto medico a morire, la presentazione di una richiesta espressa in forma scritta, manifestata in piena autonomia e reiterata nel tempo. L'articolo 5 della LORE stabilisce, in tal senso, che la volontà debba essere espressa «volontariamente e per iscritto, in due occasioni separate da un minimo di quindici giorni di calendario». Tale previsione mira a garantire che la decisione sia effettivamente frutto di un processo riflessivo e consapevole, esente da condizionamenti esterni o pressioni indebite.

Il processo prevede diverse fasi di controllo. *Il médico responsable* ha il compito di valutare se il paziente soddisfa i criteri richiesti e deve consultare un secondo medico, indipendente, per confermare la diagnosi e la situazione clinica. La supervisione finale spetta alla *Comisión de Garantía y Evaluación*, un organismo regionale incaricato di verificare che siano soddisfatti i requisiti stabiliti dalla presente legge e di rilasciare un parere favorevole o sfavorevole sulla domanda (LORE, art. 11). Questo sistema multilivello garantisce trasparenza e tutela sia per i pazienti sia per gli operatori sanitari.

Tra gli aspetti salienti della disciplina normativa rientra il riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza in capo ai professionisti sanitari direttamente coinvolti nel processo assistenziale. L'articolo 16 dispone, infatti, che tali operatori possano astenersi dal partecipare alla procedura, esercitando un diritto che deve essere previamente dichiarato in forma scritta. La previsione normativa si configura come espressione di un bilanciamento tra l'autodeterminazione del paziente

muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo por dicha persona».

e la libertà di coscienza del personale medico, delineando uno dei nodi centrali del sistema di garanzie delineato dalla legge.

Si tratta di un passo importante verso il riconoscimento della dignità e dell'autodeterminazione del paziente, inserito in un quadro normativo che mira a evitare abusi e a garantire la massima trasparenza.

La sua applicazione, però, non è stata esente da problematiche: si riscontrano significative differenze tra le diverse comunità autonome spagnole, con disomogeneità nell'accettazione delle richieste e nei tempi di attuazione, che in alcuni casi compromettono l'efficacia della tutela dei diritti del richiedente. Nel dicembre 2023, il rapporto del Ministero della Salute ha evidenziato criticità nel «sistema di eutanasia», con ritardi nelle procedure (75 giorni contro i 35 previsti) e un significativo numero di domande non conteggiate per mancanza del rapporto del medico responsabile, con 48 persone «disperse» nel 2022, pari all'8% delle 576 domande complessive. Inoltre, un terzo dei richiedenti (152 persone) è deceduto prima della conclusione della procedura, e il 20% delle domande è stato respinto per decisione medica o della Commissione di Garanzia e Valutazione (SANZ, 2024).

Questo quadro giuridico variegato, seppure avanzato, presenta sfide operative non indifferenti. Anche in Spagna, le difficoltà di attuazione evidenziano l'esigenza di un focus ulteriore, una volta stabilita la regolamentazione, sull'eliminazione dei divari territoriali. Un simile obiettivo potrebbe essere perseguito attraverso misure di perequazione, anche infrastrutturali, per garantire l'effettivo esercizio dei diritti alla persona, indipendentemente dalla regione di appartenenza (CHIEFFI, 2012).

Nell'ottica di questa analisi, le sentenze n. 19/2023⁴⁶ e n. 94/2023⁴⁷ del Tribunale Costituzionale spagnolo rappresentano un passaggio fondamentale nell'interpretazione giuridica della *Ley Orgánica 3/2021* (CHUECA RODRÍGUEZ, 2024). Entrambe le decisioni hanno confermato la validità costituzionale della normativa, rigettando i ricorsi di incostituzionalità presentati dai gruppi parlamentari Vox e Partido Popular. Questi ultimi sostenevano che la LORE violava il diritto alla vita

⁴⁶ Si rinvia a, Tribunal constitucional, sentencia 19/2023.

⁴⁷ Si rinvia a, Tribunal constitucional, sentencia 94/2023.

sancito dall'art. 15 della Costituzione spagnola e criticavano lacune tecniche e procedurali nella legge⁴⁸.

Il Tribunale ha stabilito che il diritto alla vita non è assoluto né indipendente dalla volontà del suo titolare, sottolineando che « la Costituzione non abbraccia una concezione del diritto alla vita slegata dalla volontà del suo titolare »⁴⁹. La LORE, infatti, non mina tale diritto, ma ne riconosce il limite nella tutela dell'autodeterminazione individuale, soprattutto nei contesti di sofferenza estrema⁵⁰. In questa prospettiva, il diritto all'integrità fisica e morale, insieme ai principi di dignità umana e libero sviluppo della personalità, costituiscono il fondamento costituzionale che legittima la possibilità di richiedere assistenza medica per porre fine alla propria vita⁵¹.

Un elemento rilevante introdotto dal Tribunale è il concetto di *contexto eutanásico*, che identifica le condizioni cliniche e tecniche necessarie per accedere all'aiuto a morire. La LORE stabilisce che tali condizioni devono essere verificate attraverso procedure rigorose, con *controles expertos* che includono valutazioni mediche indipendenti e il coinvolgimento di organi di controllo specializzati⁵². Questa impostazione garantisce un equilibrio tra il rispetto dell'autonomia personale e la necessità di evitare abusi o decisioni arbitrarie.⁵³

Nonostante il rigetto delle questioni sollevate, il Tribunale ha evidenziato alcune carenze tecniche della legge. Una delle principali critiche riguarda la mancanza di definizioni precise per termini centrali come *eutanasia* e *suicidio asistido*, che la normativa sostituisce con

⁴⁸ Si rinvia a, SSTC 19/2023, FJ 6.B.c; SSTC 94/2023, ant. C.a.

⁴⁹ Si veda STC 19/2023, FJ 6.C.b.iv, dove il Tribunale approfondisce il rapporto tra diritto alla vita e volontà del titolare.

⁵⁰ Si veda SSTC 19/2023, ant. 6.A.a, e SSTC 94/2023, ant. 7.B.a.i, dove il Tribunale riconosce il limite del diritto alla vita nella tutela dell'autodeterminazione individuale, in particolare nei contesti di sofferenza estrema.

⁵¹ Si veda STC 19/2023, FJ 6.D.a, dove il Tribunale individua nel diritto all'*integridad física y moral*, insieme ai principi di *dignidad humana* e *libre desarrollo de la personalidad*, il fondamento costituzionale per richiedere assistenza medica al fine di porre termine alla propria vita.

⁵² Sul concetto di *contexto eutanásico* e le procedure rigorose previste dalla LORE, con valutazioni mediche indipendenti e organi di controllo, si rinvia a STC 19/2023, FJ 6.C.d.ii, e STC 94/2023, FJ 6.B.b.

⁵³ Sul tema si rinvia a STC 19/2023, FJ 4.

l'espressione generica «*prestación de ayuda para morir*».⁵⁴ Questa ambiguità semantica, secondo il Tribunale, potrebbe complicare l'applicazione uniforme della legge. Inoltre, alcuni magistrati dissidenti, come Espejel e Arnaldo, hanno espresso preoccupazione che il Tribunale abbia introdotto implicitamente un nuovo diritto fondamentale alla morte assistita, definito come «un presunto diritto fondamentale autonomo all'autodeterminazione in merito alla propria morte nei contesti di eutanasia».⁵⁵

Le sentenze si inseriscono in un panorama giuridico europeo che pone crescente attenzione ai diritti legati al fine vita. Il Tribunale ha fatto riferimento al caso *Mortier c. Bélgica* del 2022, pronunciato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che sottolinea la necessità di garantire il margine di apprezzamento statale, combinato con solide garanzie procedurali.⁵⁶

Tirando le somme, le sentenze 19/2023 e 94/2023 rafforzano la legittimità costituzionale della LORE, riconoscendo l'importanza di regolamentare l'*auxilio médico para morir* come espressione di autodeterminazione personale. Pur evidenziando margini di miglioramento tecnico, queste decisioni riaffermano l'impegno verso una normativa rispettosa della dignità umana e delle garanzie costituzionali, ponendo le basi per futuri sviluppi legislativi e giurisprudenziali.

5. Considerazioni conclusive

Il tema del suicidio assistito, analizzato attraverso la lente della sentenza n. 135 del 2024, offre uno spunto privilegiato per interrogarsi sul rapporto tra la norma costituzionale e l'esperienza umana nella sua dimensione più vulnerabile (CONTI, 2014). Il dibattito giuridico attorno al requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, co-

⁵⁴ Per approfondire, si rimanda a STC 19/2023, FJ 6.B.a.

⁵⁵ Si veda, in lingua originale, VP Espejel, STC 19/2023; STC 94/2023, VP Arnaldo, ove si fa riferimento a «un presunto derecho fundamental autónomo a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos».

⁵⁶ Si rinvia al caso *Mortier c. Bélgica* (2022), richiamato in STC 19/2023, FJ 6.D.a; STC 94/2023, FJ 3.B.b.

me emerso, riflette una tensione intrinseca tra il dovere dello Stato di tutelare la vita e il diritto dell'individuo di autodeterminarsi, specialmente in condizioni di sofferenza irreversibile. La Corte costituzionale, riaffermando tale requisito, ha scelto di mantenere un equilibrio prudente tra la tutela della vita come valore primario e il riconoscimento della dignità della persona quale principio fondante dell'ordinamento costituzionale.

Il confronto con l'esperienza spagnola fornisce una prospettiva preziosa: un modello in cui la centralità della dignità del paziente e la flessibilità normativa possano concorrere a un approccio più inclusivo e rispettoso delle scelte individuali, senza che ciò comprometta, almeno per i più, il principio della tutela della vita. L'impostazione iberica, inoltre, suggerisce un'evoluzione concettuale che consente di includere anche il momento della morte tra i «luoghi» in cui il diritto deve garantire il rispetto della persona (PÉREZ MIRAS, 2013, 39-53). Si tratta di un diritto che non è chiamato esclusivamente a difendere l'integrità fisica e psicologica di un soggetto, ma anche a garantire che «il morire» avvenga in condizioni di rispetto della dignità, delle convinzioni e della propria volontà personale (*ibid*).

Nell'ambito di questa dinamica, il legame profondo tra il principio di dignità umana e l'esigenza di rispondere a nuove e complesse forme di debolezza ha portato i giudici a utilizzare sempre più spesso il concetto di vulnerabilità come chiave di volta nella tutela dei diritti fondamentali⁵⁷. Questo concetto, però, si presenta come una nozione complessa e indeterminata, capace di abbracciare una gamma molto ampia di individui e fattispecie, dalle disabilità fisiche e psichiche fino alla sofferenza dovuta a condizioni di marginalità sociale o dipendenza da trattamenti di sostegno vitale.⁵⁸

Il ruolo del giudice, pertanto, diviene inevitabilmente creativo e discrezionale, poiché si trova a valutare, caso per caso, quali situazioni esigano una tutela particolare, individuando le norme applicabili al caso specifico ed interpretandole alla luce dei principi costituzionali e del contesto individuale (CHIEFFI, 2019). La fragilità dell'individuo, intimamente legata al principio di dignità umana, implica inevitabil-

⁵⁷ In generale, si rinvia a LORUBBIO, BERNARDINI (a cura di) (2023).

⁵⁸ Sul punto, si veda BUSATTA, CASONATO, PENASA, TOMASI (2023).

mente un giudizio di valore che richiede al giudice una sensibilità non solo giuridica, ma anche morale e sociale, sollevando questioni delicate riguardo alla tenuta dei principi costituzionali e al rapporto tra giudici e legislatori. D'altro canto, una parte autorevole della dottrina ritiene persino preferibile l'approccio giurisprudenziale rispetto alla rigidità della regolamentazione legislativa, poiché quest'ultima risulta incapace di adattarsi alla singolarità e alla molteplicità di situazioni sempre nuove e variabili (RODOTÀ, 2009, 91).

Da questa prospettiva, e in particolare riguardo al tema del fine vita, la giurisprudenza svolge un ruolo complementare rispetto alle lacune normative, intervenendo come un correttivo che integra e, in alcuni casi, supplisce alle mancanze del diritto positivo. Questo intervento non sostituisce l'attività legislativa, ma garantisce che la tutela dei diritti fondamentali rimanga aggiornata e adeguata ai mutamenti sociali, culturali e tecnologici. Pur evidenziando una critica verso l'inerzia del legislatore, si riconosce il contributo costruttivo della magistratura nel rispondere in modo dinamico a questioni nuove e complesse, offrendo soluzioni giuridiche in assenza di un quadro normativo chiaro.

La sentenza n. 135 della Corte costituzionale, *de facto*, rappresenta una significativa novità, solo formalmente classificata come «interpretativa di rigetto». In essa, il giudice delle leggi introduce nuovi elementi di precisazione, ampliando in modo rilevante l'ambito dell'autodeterminazione individuale. In particolare, introduce un nuovo linguaggio funzionale, sottolineando come la capacità di scelta dell'individuo in materia sanitaria debba essere considerata in senso molto più esteso. L'interpretazione offerta dalla Consulta non è «neutra», ma invita esplicitamente i giudici e i medici a un esercizio di discrezionalità orientato alla ragionevolezza e alla sensibilità per il caso concreto. In effetti, i medici e le strutture sanitarie sono chiamati a prestare un'attenzione maggiore e più accurata alle volontà del paziente, riconoscendogli un ruolo centrale nelle decisioni che riguardano il proprio percorso sanitario. Non si tratta di un mero adempimento formale, ma di un cambio di paradigma: il paziente diviene soggetto attivo e consapevole, cui deve essere garantito il massimo rispetto in questioni di estrema importanza personale ed esistenziale, evitando rigidità che potrebbero mortificare il diritto all'autodeterminazione. Per di più, la Corte con la sentenza n. 135 impone una duplice responsabilità: da un

lato, al legislatore, affinché si assuma l'onere di normare un tema così sensibile con lungimiranza e rispetto delle complessità etiche, giuridiche e sociali; dall'altro, alla società nel suo complesso, per favorire un dibattito culturale che sappia affrontare con maturità il confine delicato tra il diritto alla vita e quello alla libertà di porvi fine in modo consapevole e dignitoso. Questo secondo appello è più ampio, rivolto agli indirizzi culturali presenti in società, che possono essere utili per orientare le decisioni dei giudici su temi di estrema delicatezza.

In epilogo, la possibilità di riconoscere il diritto di porre termine volontariamente alla propria vita a determinate condizioni, si sta consolidando. Senz'altro, permane essenziale la necessità di accertare che la decisione di richiedere l'aiuto al suicidio non sia frutto di uno stato d'animo transitorio, come uno sconforto momentaneo; di contro, laddove tale volontà risulti consolidata e ben radicata, non vi sono ragioni ostative all'accoglimento della richiesta, nel pieno rispetto dei principi di libertà e dignità sanciti dalla Carta costituzionale italiana.

Costituzione, la nostra, che si fonda sui principi di indisponibilità e inalienabilità della vita, stabilendo, in sostanza, che nessuno, nemmeno lo Stato, può disporre della vita di un individuo. Eppure, il tema del fine vita, solleva un interrogativo profondo: può lo Stato obbligarmi a vivere contro la mia volontà?

Potrebbe essere utile considerare il caso del «fine vita» non solo come un «problema» giuridico, ma come un'occasione per ridefinire il rapporto tra diritto e società in un'epoca in cui la vulnerabilità, lungi dall'essere un limite, si configura come la misura della nostra capacità di garantire la dignità umana nella sua forma più autentica.

È in questo spazio che il legislatore è chiamato a intervenire, colmando le lacune normative con una regolamentazione chiara, organica e coerente, che possa dare risposte alle molteplici istanze di tutela e di libertà (D'AVACK, 2019).

Riferimenti bibliografici

Adamo, U. (2016). Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari pro-

- dotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili. *Rivista AIC*, n. 2.
- Adamo, U. (2024). La Corte costituzionale ritorna ancora sull'aiuto al suicidio, ma non scrive l'ultima parola. *Le Costituzionaliste*.
- Alessi, G. (2023). Spagna – Tribunal Constitucional – sent. n. 19/2023 (recurso n. 4057/2021): legittimità costituzionale della Ley Orgánica 3/2021 sull'eutanasia». *Biodiritto.org*. Disponibile all'indirizzo: <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Spagna-Tribunal-Constitucional-sent.-n.-19-2023-recurso-n.-4057-2021-legittimita-costituzionale-della-Ley-Organica-3-2021-sull-eutanasia>.
- Amato, G.; Stasio, D. (2023). *Storie di diritti e di democrazia: La Corte costituzionale nella società*. Feltrinelli.
- Balaguer Callejón, F. B.; Aguilar, J. F. L.; Balaguer Callejón, M. L. B. (2024). *Estudios sobre el Estado social y democrático de derecho: liber amicorum Gregorio Cámara Villar (Tomo II)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bersten, A. D.; Soni, N. (2010). *Ob. Manuale di terapia intensiva*. Elsevier. Milano.
- Bilancia, P. (2020). Dignità umana e fine vita in Europa. In: *Scritti in onore di Pasquale Costanzo*. Giuffrè. Milano.
- Bilancia, P. (2019). Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita. *Federalismi.it*, n. 5.
- Busatta, L.; Casonato, C.; Penasa, S.; Tomasi, M. (2023). Le “maschere” della vulnerabilità nella cura della persona. In: *Liber Amicorum per Paolo Zatti. Volume primo*.
- Butler, J. (2004). *Precarious life: The powers of mourning and violence*. Verso. Londra.
- Cámara Villar, G. (2021). La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVII.
- Candido, A. (2024). Il fine vita tra Stato e Regioni, *Consulta Online*.
- Caporale, C.; Palazzani, L. (a cura di) (2024). *Dialogo sul suicidio medicalmente assistito*. Consulta Scientifica del Cortile dei Gentili. Cnr Edizioni. Roma.
- Carminati, B. (2021). Spagna - Ley n. 3/2021 del 24 marzo 2021: approvata legge organica sull'eutanasia, *Biodiritto.org*. Disponibile all'indirizzo:

- <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/Spagna-Ley-n.-3-2021-del-24-marzo-2021-approvata-legge-organica-sull-eutanasia>.
- Casonato, C. (2009). Riflessioni sul fine vita. La tutela multilivello dell'autodeterminazione individuale. Relazione all'incontro organizzato dalla Fondazione Italianieuropei, Roma, 17 marzo 2009, *www.personaedanno.it*, 3-4.
- Casonato, C. (2017). La salute e i suoi confini. Una prospettiva comparata. In: G. Cerrina Feroni, M. Livi Bacci, & A. Petretto (a cura di), *Pubblico e privato nel sistema di welfare*. Fondazione CESIFIN. Firenze.
- Casonato, C. (2018). La legge n. 219 del 2017: Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1.
- Casonato, C. (2021). Il dilemma tra progresso e bioetica. *Formiche*, 2021(1).
- Casonato, C.; Piciocchi, C. (a cura di) (2006). *Biodiritto in dialogo*. Cedam. Padova.
- Cembrani, F. (2024). Ricadute pratiche della sentenza n. 135 del 2024 della Corte costituzionale che, pur non smentendo sé stessa, ha (di fatto) esteso il diritto di accesso alla morte medicalmente assistita. *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*.
- Chieffi, L. (2012). *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*. Giappichelli. Torino.
- Chieffi, L. (2019). *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica: Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*. Giappichelli. Torino.
- Chieffi, L. (2024). Suicidio assistito in Italia tra aperture giurisprudenziali e persistenti impedimenti nelle concrete prassi. *Rivista AIC*, (1).
- Chieffi, L.; Giustiniani, P. (2010). *Percorsi tra bioetica e diritto: Alla ricerca di un bilanciamento*. Giappichelli. Torino.
- Chueca Rodríguez, R. (2024). Dos Sentencias sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia (SSTC 19/2023, de 22 de marzo y 94/2023, de 12 de septiembre)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 130.
- Comitato Nazionale Per La Bioetica. (2021). *Parere: Vulnerabilità e cura nel welfare di comunità. Il ruolo dello spazio etico per un dibattito pubblico*. Disponibile all'indirizzo: <https://www.biodiritto.org>
- Comitato Nazionale Per La Bioetica. (2023, 14 dicembre). *Cure palliative*. Disponibile all'indirizzo: https://bioetica.governo.it/media/tbfmesys/p151_2023-cure-palliative_def.pdf

- Comitato Nazionale Per La Bioetica. (2024). *Parere n. 4/2024: Risposta al Quesito del Comitato Etico Territoriale della Regione Umbria del 3 novembre 2023 sui Trattamenti di sostegno vitale (1° luglio 2024)*. Disponibile all'indirizzo: <https://bioetica.governo.it>.
- Conti, R. (2014, 24 gennaio). Testo rielaborato di un intervento al convegno "Persone vulnerabili e diritti fondamentali". Intervento presentato alla Biblioteca del Senato della Repubblica, Roma, Italia.
- D'aloia, A. (2012). Il diritto alla fine della vita, *Collana del Dipartimento di Giurisprudenza, Studi Politici e Internazionali dell'Università degli Studi di Parma*.
- D'avack, L. (2019). L'aiuto al suicidio medicalizzato sotto il controllo della Corte costituzionale. Disponibile all'indirizzo: <https://www.biodiritto.org>
- Eusebi, L. (2019). Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. *Corti Supreme e Salute*.
- Ferrari, P. (2024). Suicidio assistito/ La Corte costituzionale torna sulla fragile definizione di sostegno vitale. In: *Sanità24, Il Sole 24 Ore*. Disponibile all'indirizzo: <https://www.sanita24.ilsole24ore.com/art/sentenze/2024-07-22/suicidio-assistito-corte-costituzionale-torna-fragile-definizione-sostegno-vitale-110601.php?uuid=AFfWA0zC>.
- Fornasari, G.; Picotti, L.; Vinciguerra, S. (a cura di) (2019). *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*. Cedam. Padova.
- Leotta, D. C. (2024). L'aiuto al suicidio del malato tenuto in vita da un trattamento di sostegno vitale: l'art. 580 c.p. torna davanti alla Corte costituzionale. *Consulta Online*.
- Lorubbio, V.; Bernardini, M. G. (a cura di) (2023). *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Erickson, Trento. Disponibile all'indirizzo: https://static.erickson.it/prod/files/ItemVariant/itemvariant_sfogliolibro/208273_9788859033813_edp3254_diritti-umani-e-condizioni-di-vulnerabilita.pdf
- Manfrellotti, R. (2023). *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino.
- Massa, M. (2023). Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali. *Corti supreme e salute*, (1), 1-25.
- Mazzon, D. (2024). Sul fine vita va chiarito il concetto di trattamenti di sostegno vitali. *Quotidiano Sanità*. Disponibile all'indirizzo: https://www.quotidianosanita.it/lettere-al-direttore/articolo.php?articolo_id=111376
- Morana, D. (2020). *La salute come diritto costituzionale*. Giappichelli. Torino.

- Mori, M. (2024, 18 giugno). Ancora sulla nozione di “trattamento di sostegno vitale”: un’analisi storica e lessicale. *Quotidiano Sanità*. Disponibile all’indirizzo: https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=122888
- Pappagallo, M. (2014, 21 agosto). Svizzera, centro di viaggi per il suicidio assistito, *Corriere della Sera*. Disponibile all’indirizzo: https://www.corriere.it/salute/14_agosto_21/svizzera-centro-viaggi-il-suicidio-assistito-add1b77c-2906-11e4-8091-161094bc7e0e.shtml
- Pérez Miras, A.; Teruel Lozano, G. M.; Riaffiotta, E. C. (a cura di) (2013). *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: vida y ciencia. Sfide per i diritti della persona nel XXI secolo: vita e scienza. Challenges of individual rights in the XXI century: life and science*, Aranzadi.
- Picariello, A. (2024, 18 aprile). Il governo fa ricorso contro le linee guida dell’Emilia-Romagna sul fine vita. *Avvenire*. Disponibile all’indirizzo: <https://www.avvenire.it/attualita/pagine/fine-vita-ricordo-del-governo-contro-le-linee-guida-dell-emilia-romagna>
- Riondato, S. (2019). Caso Cappato/assistenza al suicidio (Corte cost. ord. n. 207/2018): Quale incostituzionalità e quale intervento legislativo?. In: G. Fornasari, L. Picotti, & S. Vinciguerra (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*. Cedam. Padova, 35-50.
- Rodotà, S. (2006). *La vita e le regole: Tra diritto e non diritto*. Feltrinelli. Milano.
- Rodotà, S. (2008). Politica prepotente davanti a Eluana. *La Repubblica*. Editoriale.
- Rodotà, S. (2009). *Perché laico*. Laterza. Roma-Bari.
- Rodotà, S. (2010). *Il nuovo “habeas corpus”: La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*. Laterza. Roma-Bari.
- Rodotà, S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Laterza. Roma-Bari.
- Romano, L. (2024). Riflessioni bioetiche sui trattamenti di sostegno vitale: la sentenza n. 135/2024 della Corte costituzionale. *Corti Supreme e Salute*, n. 2.
- Ruggeri, A. (2024). La Consulta equilibrata sul filo del fine-vita (a prima lettura di Corte cost. n. 135 del 2024). In: *Giurcost.org*, II.
- Sáenz, F. M. B.; Miras, A. P. (2015). El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de Derecho comparado. *Revista europea de derechos fundamentales*, (25).

- Sanz, F. (2024). *Análisis del proceso de eutanasia en España: Informe anual 2022*, Ministerio de Sanidad, España. Disponibile all'indirizzo: https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/docs/InformeAnualEutanasia_2022.pdf
- Servizio Ricerca Del Parlamento Europeo (EPRS). (2022). *Il diritto alla salute: Una prospettiva di diritto comparato*, Parlamento Europeo.
- Servizio Studi Del Senato. (2024). *La sentenza n. 135/2024 della Corte costituzionale (depositata il 18 luglio 2024), circa il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale ai fini della non punibilità dell'aiuto al suicidio*. Disponibile su: <https://www.parlamento.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01425463.pdf>
- Signorella, R. (2024). Corte costituzionale – sent. n. 135/2024: la Corte chiarisce la portata del requisito della “dipendenza da trattamenti di sostegno vitale” richiesto per la procedura di assistenza al suicidio. In: *Biodiritto.org*. Disponibile all'indirizzo: <https://www.biodiritto.org/Biolawpedia/Giurisprudenza/Corte-costituzionale-sent.-n.-135-2024-la-Corte-chiarisce-la-portata-del-requisito-della-dipendenza-da-trattamenti-di-sostegno-vitale-richiesto-per-la-procedura-di-assistenza-al-suicidio>.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (a cura di) (2021). *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons.
- Veronesi, P. (2024). A primissima lettura: se cambia, come cambia e se può ulteriormente cambiare il “fine vita” in Italia dopo la sentenza n. 135 del 2024. In: *Giurcost.org*, II.
- Villone, M. (2011). *Il diritto a morire*. Scriptaweb. Napoli.
- Vitale, A. R. (2024). La morte assistita e i trattamenti di sostegno vitale come problemi biogiuridici tra il nominalismo della Corte costituzionale e l'ontologia della realtà (giuridica). *Consulta Online*.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Einaudi. Torino.
- Zagrebelsky, G. (2007). «Il giudice, la legge e i diritti di Welby». In: *La Repubblica*, 19 marzo.
- Zicchittu, P. (2019). Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio. *Diritti Fondamentali*.

Rafael Deyongh Cedeño

EL DERECHO A LA MUERTE MÉDICAMENTE ASISTIDA:
UN ANÁLISIS COMPARADO SOBRE SUS FUNDAMENTOS
CONSTITUCIONALES
EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS
COLOMBIANO Y ESPAÑOL

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La disponibilidad de la propia vida en el Sistema Europeo de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. – 2.1. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. – 2.2. La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. – 3. El encaje constitucional de la muerte médicamente asistida en el ordenamiento jurídico español y colombiano. – 4. El derecho a la disponibilidad de la propia vida en el modelo de derechos fundamentales de las Constituciones democráticas. – 5. Conclusiones.

1. Introducción

El debate alrededor de la legalización de la eutanasia activa directa¹, en su dimensión constitucional, cobra especial relevancia cuando nos adentramos en el estudio de la fundamentación constitucional del derecho a disponer de la propia vida. En los ordenamientos jurídicos de los distintos países se han construido diversas soluciones jurídicas que vinculan la pertenencia de la eutanasia y el suicidio asistido como

¹ En el caso de la eutanasia activa (positiva o por acción), nos referimos a los actos ejecutivos de un profesional médico quien produce la muerte de una persona suministrándole medicamentos idóneos para ello o a través de alguna intervención. Con la eutanasia pasiva (negativa o por omisión), la conducta del médico se configura en un “no hacer”, en el que se abstiene de aplicar medicamentos, tratamientos o medios terapéuticos que prolonguen inútilmente la vida del paciente. La eutanasia directa, por su parte, se caracteriza porque la conducta del médico tiene la voluntad de producir la muerte al paciente. En cambio, en la indirecta la acción no está encauzada a provocar la muerte, sino que esta es producto de la utilización de tratamientos o medicamentos que buscan aliviar el sufrimiento del paciente, pero cuyos efectos colaterales implican un acortamiento de su vida.

derechos a un determinado modelo interpretativo del derecho a la vida y a la autonomía personal.

Por ejemplo, en América Latina, Colombia y, recientemente Ecuador, han despenalizado la eutanasia activa directa (en el caso de Colombia, también el suicidio asistido), a través de decisiones de sus tribunales constitucionales². En Europa, por el contrario, estas prácticas han sido reguladas por medio del poder legislativo (España, Bélgica, Holanda, Luxemburgo y Portugal) y en algunos casos han sido objeto de debate en el seno de los tribunales constitucionales.

Si escalamos la conversación al nivel regional o supranacional, la falta de uniformidad hacia una armonización del derecho a la muerte asistida se hace aún más clara, y las dificultades para alcanzar una integración constitucional parecen ser mayores. Por ejemplo, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que los Estados tienen un margen de apreciación en la regulación del derecho penal general sobre aquellas actividades que amenazan la vida y la seguridad de otras personas, pero admite que si un Estado decide reconocer el derecho a la muerte asistida, existen ciertos límites que deben observarse, dado que está enraizado en el derecho a la vida privada reconocido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³. En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esos asuntos aún deben ser examinados, sin embargo, sus pronunciamientos sobre el derecho a la vida privada y a la vida permiten entrever elementos para una interpretación que admite la configuración del derecho a la eutanasia partir de estos.

Estas consideraciones nos permiten confirmar que, a pesar de su escasa configuración legal en la mayoría de los Estados de Latinoamé-

² Sentencia C-239 de 1997 y Sentencia 233/2021 (Colombia); Sentencia 67-23-IN/24 (Ecuador).

³ GROSS V. SWITZERLAND. (2013). §65-67. En esta sentencia el Tribunal de Estrasburgo señala que Suiza es responsable por la violación del artículo 8 del Convenio al no establecer lineamientos jurídicos claros para el acceso a medicamentos cuyo fin es terminar la propia vida. Como lo indica Adamo (2021), el TEDH «(...) reconoce un amplio margen de apreciación si se deben legalizar o no las prácticas eutanásicas, pero no sobre *cómo* hacerlo. Si se decide sobre la reglamentación de las prácticas eutanásicas, el margen de apreciación se retrae y el juez europeo se considera competente para examinar el fondo del recurso y para dictar sentencias particularmente incisivas».

rica y Europa occidental, el derecho a la muerte médicamente asistida se ha construido y asentado en la esfera constitucional de diversos sistemas jurídicos, y que la interpretación de los ingredientes iusfundamentales que le han dado origen, por ser comunes en esos ordenamientos, merecen la debida atención por la doctrina constitucional.

El presente trabajo tiene como propósito examinar los argumentos jurídicos de las Altas Cortes del sistema europeo e interamericano de protección de derechos humanos y de los tribunales constitucionales colombiano y español (por su riqueza argumentativa y al ser las experiencias más recientes⁴), para finalmente compartir unas reflexiones sobre la emergencia de un nuevo derecho a la muerte médicamente asistida y su encaje en el modelo de derechos fundamentales de las Constituciones democráticas.

2. Reconocimiento del derecho a la muerte médicamente asistida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Europeo de Derechos Humanos

2.1 La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con las decisiones al final de la vida

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH posee una importancia medular para entender la regulación de la eutanasia en el contexto europeo. Esto en la medida que su modelo concreto atiende a las exigencias generales descritas en el caso GROSS VS. SUIZA (2014), donde dicho órgano establece que un Estado miembro que tiene despenalizada conductas relativas a las decisiones al final de la vida (la ayuda o inducción al suicidio en este caso)⁵, en cumplimien-

⁴ Si bien la experiencia ecuatoriana es más reciente que la colombiana, en el caso de esta última, la Corte Constitucional ha tenido un desarrollo jurisprudencial sobre la materia que, como se explicará más adelante, inició con la sentencia C-239 de 1997 y ha continuado progresivamente mediante varias sentencias de constitucionalidad y tutela, lo cual enriquece sustancialmente el análisis comparado pretendido en este trabajo.

⁵ El caso suizo es de una especial particularidad respecto a los demás países que han regulado legislativamente esta práctica en Europa. Allí rige una despenalización

to del ámbito de protección del artículo octavo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante), continente del derecho a la vida privada y familiar, debe establecer claros lineamientos o pautas legales que definan las circunstancias bajo las cuales los profesionales médicos deben llevar a cabo estas prácticas⁶.

Como ha afirmado ARRUEGO (2019), la jurisprudencia del TEDH se ha caracterizado por una sutil modulación del alcance del deber de protección de la vida humana establecida en el artículo segundo de la CEDH, que ha estado impulsada por una gradual inclusión del principio de autonomía individual mediante el artículo 8 de la CEDH, y ha permitido el desarrollo de decisiones sobre el final de la propia vida⁷.

Esta construcción escalonada del derecho a decidir cómo y cuándo morir, a partir del derecho a la vida privada, puede encontrar sus raíces en la sentencia *Pretty vs. Reino Unido* (2002), donde se establecieron unas bases iniciales que permitirían posteriormente la consolidación de un principio de autonomía de la voluntad (derivado del artículo 8 CEDH) que modularía el deber estatal de protección jurídica de la vida.

En esta sentencia, Diane Pretty – quien sufría de una enfermedad incurable neuro-degenerativa que le producía el progresivo debilitamiento de sus músculos – reclama ante el TEDH que el rechazo por las autoridades británicas de su solicitud de concesión de inmunidad a su esposo para asistirle a suicidarse es violatoria⁸, entre otros, del artículo 2 (derecho a la vida) y 8 (derecho a la vida privada y familiar) del CEDH, toda vez que por su condición médica, esta se encontraba paralizada del cuello hacia abajo por lo que no podía llevar a cabo dicha conducta por sus propios medios⁹. Adicionalmente, la demandante argumentaba que rechazar la garantía de inmunidad a su esposo pa-

de facto del suicidio asistido, toda vez que este sí está tipificado como una conducta penal punible, pero únicamente cuando es llevada a cabo con “motivos egoístas”, por lo que en los demás eventos donde este móvil no se halle, sí está permitida su práctica.

⁶ SSECHR. *Gross v. Switzerland* (2013). §69.

⁷ ARRUEGO RODRÍGUEZ (2019, 62).

⁸ Para la fecha de los hechos, el suicidio como conducta punible se encontraba despenalizada en Inglaterra como producto del Suicide Act de 1961. No obstante, dicha ley sí tipificaba la ayuda o inducción al suicidio como un delito.

⁹ SSECHR. *Pretty v. The United Kingdom*. (2002). §35.

ra asistirla ejecutivamente en su suicidio, contravenía el derecho a la autodeterminación vislumbrado en el artículo 8 CEDH, del cual se deriva, *inter alia*, la capacidad de escoger libremente cuándo y cómo morir¹⁰.

Frente a la situación planteada, el Tribunal de Estrasburgo delimita una clara interpretación sobre el derecho a la vida que servirá de base en pronunciamientos posteriores, para entender de dónde se deriva el derecho a decidir sobre el fin de la propia vida. Respecto a la violación al artículo 2 CEDH, el Tribunal señala que el derecho a la vida no puede interpretarse de forma que se derive de él un derecho negativo u opuesto, es decir, un derecho a morir (como sí podría deducirse, por ejemplo, del derecho de asociación que integra el derecho a no ser forzado a pertenecer a una organización determinada) bien sea por la intervención de un tercero o con la asistencia de una autoridad¹¹. En este confluye una obligación negativa (abstención de toda conducta activa e intencional contraria a derecho que atente contra la vida) y una positiva, referida al deber del Estado de procurar todas aquellas medidas dentro de su jurisdicción que garanticen la vida de sus ciudadanos, que implica la toma de medidas por las autoridades orientadas a la protección de un individuo cuya vida esté en riesgo por los actos delictivos de otra persona¹².

En lo referente a los cargos por vulneración del artículo 8 CEDH por el Reino Unido, el Tribunal de Estrasburgo afirma, en primer lugar, una aseveración que se verá reproducida a lo largo de sus consideraciones jurídicas formuladas en sentencias posteriores sobre el derecho a la vida privada, consistente en el hecho de que dicho concepto, en su esencia, goza de una gran amplitud que no lo hace susceptible de enmarcarlo dentro de una definición exhaustiva. Para la Corte, a pesar de que no se han establecido previamente en su jurisprudencia un derecho a la autodeterminación derivado del artículo 8, la noción de autonomía personal es un principio medular que subyace a la interpretación de sus garantías¹³.

¹⁰ *Ibidem.* §58.

¹¹ *Ibidem.* §§39-40.

¹² *Ibidem.* §38.

¹³ *Ibidem.* §61.

Ahora bien, dándole atención al punto crucial de la discusión, el TEDH reconoce que sin negarse “el principio de sacralidad de la vida” acogido por el Convenio, las nociones sobre la calidad misma de la vida tienen sentido cuando se examinan a la luz del artículo 8 CEDH. Adicionalmente, establece que está claro que, en el caso sometido a examen, se le prohíbe a la demandante legalmente el ejercicio de su libertad para evadir lo que considera un final indigno a su vida, y que la Corporación no está preparada para excluir que ello constituye una interferencia a su derecho a la vida privada garantizado en el párrafo 1 del artículo 8 CEDH¹⁴.

En esta línea, le corresponde examinar a continuación al órgano judicial, si esta injerencia se ajusta a los requerimientos establecidos en el inciso segundo del artículo 8 CEDH. En este caso, para la Corte los Estados tienen un margen de apreciación en la regulación del derecho penal general sobre aquellas actividades que atentan contra la vida y seguridad de otros individuos. En este sentido, la norma que prohíbe la asistencia al suicidio, fue diseñada con el propósito de salvaguardar la vida de aquellas personas que, por su condición vulnerable y debilitada, no están en posición de tomar decisiones informadas frente a actos encaminados a terminar sus vidas o asistirles en dicho proceso.¹⁵ Por ello, la Corte no considera que la naturaleza general de la prohibición del suicidio asistido sea desproporcionada, toda vez que la injerencia en este caso está justificada por ser necesaria en una sociedad democrática, donde es fundamental la protección de los derechos de otros.¹⁶

Estas bases, como hemos anotado, vendrían a ser desarrolladas posteriormente por el TEDH en el caso *Haas c. Suiza* (2011), donde el ciudadano suizo Ernest Haas¹⁷, demandó ante el Tribunal de Estras-

¹⁴ *Ibidem.* §65-67.

¹⁵ La Corte precisa: “The more serious the harm involved the more heavily will weigh in the balance considerations of public health and safety against the countervailing principle of personal autonomy”. *Ibidem.* §74.

¹⁶ *Ibidem.* §76-78.

¹⁷ El ciudadano, al momento de presentar la demanda, llevaba más de veinte años batallando un diagnóstico psiquiátrico de trastorno bipolar que, en dos ocasiones, lo llevó a intentar suicidarse y a ser internado en múltiples ocasiones en hospitales psiquiátricos, sin éxito alguno en el tratamiento.

burgo que dicho Estado vulneraba su derecho a decidir cómo y cuándo morir, amparado por el artículo 8 CEDH, debido a que la legislación nacional exigía que, para el acceso a un medicamento necesario para suicidarse, se requería de una prescripción médica la cual era imposible de obtener toda vez que ningún médico aceptaba prescribirle dicha sustancia¹⁸.

La Corte desestimó los argumentos del demandante considerando el margen de apreciación que tienen los Estados para configurar sus legislaciones de manera que se tenga en cuenta la materia en examen y la importancia de los intereses en juego, y que la exigencia de la normativa en Suiza es completamente necesaria especialmente en este país, donde sus disposiciones permiten, con relativa facilidad, el acceso al suicidio asistido, por lo que la adopción de medidas preventivas que disminuyan los riesgos de abuso inherentes en un sistema que flexibiliza el acceso al suicidio asistido está justificada por cuanto están orientadas a la protección de la salud pública y la garantía de que la decisión de terminar la vida corresponda realmente a una decisión producto de la voluntad no viciada del individuo¹⁹.

No obstante, esta sentencia presenta máxima relevancia en la construcción de la doctrina del TEDH sobre el derecho a decidir cómo y cuándo morir, por cuanto establece explícitamente que, siempre que una persona pueda tomar una decisión libremente y actuar en consecuencia, tiene el derecho para decidir bajo qué medios y en qué momento terminar su vida, y que esto configura uno de los aspectos protegidos por el derecho al respeto de la vida privada reconocido en el artículo octavo de la CEDH²⁰.

Seguidamente, encontramos el caso *Gross c. Suiza* (2013)²¹, que representa un hito en la jurisprudencia del TEDH, en vista de que aquí

¹⁸ SSECHR. *Haas v. Switzerland*. (2011). §§32-34.

¹⁹ *Ibidem*. §§57-58.

²⁰ SSECHR. *Haas v. Switzerland*. (2011). §51. Esta jurisprudencia fue reiterada en el caso *Koch c. Alemania* (2012).

²¹ Este caso está relacionado a la situación de la señora Gross, una mujer de la tercera edad que ya no tiene deseos de vivir –sin subyacer en ella una enfermedad grave e incurable o una enfermedad mental, si no el solo deseo de terminar su vida– y para ello requiere una dosis de pentobarbital sódico que solo puede adquirir mediante una prescripción médica.

el órgano establece que la falta de lineamientos legales claros y expresos en legislación suiza bajo los cuales los individuos puedan acceder a la prescripción de un medicamento para terminar la vida en condiciones dignas imposibilita determinar el alcance del derecho a la vida privada y familiar y por lo tanto configura una violación al artículo 8 del CEDH²².

Con mayor importancia aún, puede precisarse lo indicado por la Corte, cuando manifiesta que el deseo de la demandante para que se le conceda la sustancia que le permita terminar su vida, se encuentra dentro del ámbito de protección de su derecho al respecto a su vida privada, bajo el artículo 8 de la CEDH²³. Esto, como lo manifiesta ARRUEGO (2019), es importante dado que desplaza la discusión sobre la existencia o no de un derecho a decidir cómo y cuándo ponerle fin a la propia vida, confirmado que sí se encuentra amparado por el derecho a la vida privada, y la enfoca a la cuestión del “cómo y con qué límites puede reconocerse y regularse en el marco del Convenio”²⁴.

Frente a esto, desde un análisis también general sobre la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, autores como ADAMO (2021) han identificado que el TEDH “(...) reconoce un amplio margen de apreciación si se deben legalizar o no las prácticas eutanásicas, pero no sobre *cómo* hacerlo. Si se decide sobre la reglamentación de las prácticas eutanásicas, el margen de apreciación se retrae y el juez europeo se considera competente para examinar el fondo del recurso y para dictar sentencias particularmente incisivas”²⁵.

Debe aclararse que el caso *Gross c. Suiza* no concluyó con la sentencia de la Segunda Sección del TEDH, ya que, al conocerse el fallecimiento de la demandante en 2011, el Gobierno suizo solicitó remitir el caso a la Gran Sala alegando abuso del derecho de petición, según el artículo 35 del CEDH. La Gran Sala aceptó este argumento y declaró la demanda inadmisibile por motivos de forma, sin entrar a analizar el fondo del asunto sobre el derecho a la vida privada. No obstante, la interpretación de la Segunda Sección del TEDH sobre este derecho permanece relevante para el análisis académico, al referirse la sala únicamente a cuestiones formales de inadmisibilidad y no pronunciarse sobre los aspectos materiales.

²² *Gross v. Switzerland*. (2013). §67.

²³ *Gross v. Switzerland*. (2013). §60.

²⁴ ARRUEGO RODRÍGUEZ, (2019, 66).

²⁵ ADAMO, (2021, 366): “El final de la vida a los veinte años de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

Finalmente, la jurisprudencia del TEDH logró un hito en cuanto al derecho a disponer sobre la propia vida cuando examinó el caso *Mortier v. Bélgica* (2022). Este se centró en la aplicación de la ley belga sobre la eutanasia de Godelieva de Troyer, madre del demandante, Tom Mortier. De Troyer solicitó y recibió la eutanasia en 2012 debido a una profunda depresión. Su hijo argumentó que el Estado belga violó varios artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) al no proteger adecuadamente la vida de su madre y no informarle sobre su decisión, principalmente los artículos 2 y 8 del CEDH.

El TEDH concluyó que Bélgica no violó el Artículo 2 del CEDH, que protege el derecho a la vida, al considerar que el procedimiento de eutanasia se llevó a cabo conforme a las leyes nacionales y que el Estado había implementado un marco regulatorio efectivo para el control de la eutanasia.

En relación con el artículo 8 del CEDH, que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el TEDH evaluó si Bélgica había fallado en su obligación de proteger este derecho en el caso de Mortier. El Tribunal determinó que, aunque el Estado tenía la responsabilidad de garantizar procedimientos adecuados y transparentes en las decisiones de eutanasia, los médicos responsables habían seguido el protocolo legal, y los controles posteriores del Comité Federal de Control y Evaluación de la Eutanasia cumplieron con los requisitos para salvaguardar la dignidad y la libertad de elección de la paciente. Por lo tanto, no se consideró que hubiera habido una violación del Artículo 8.

En resumen, el TEDH no encontró violaciones a los derechos humanos por parte del Estado belga en el caso de Mortier. Sin embargo, enfatizó la importancia de la supervisión y control en la aplicación de leyes sobre la eutanasia para asegurar que los procedimientos respeten tanto la voluntad del individuo como los marcos legales nacionales e internacionales, subrayando la necesidad de un equilibrio cuidadoso entre el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación en contextos de eutanasia.

2.2. La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relacionada con el derecho a la vida

En lo atinente a la doctrina de la Corte Interamericana de Dere-

chos Humanos – Corte IDH, es menester señalar desde el inicio que hasta el momento este órgano judicial no ha tenido la oportunidad de emitir pronunciamientos relacionados con las situaciones al final de la vida y la disposición de esta por su titular con asistencia de terceros. No obstante, en materia del derecho a la vida (artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos – CADH), existen unas consideraciones valiosas cuya mención es relevante, visto que están relacionados al ámbito de la vida digna y nos permiten llegar a unas reflexiones relevantes sobre el camino evolutivo del derecho a disponer sobre la propia vida²⁶.

Respecto al alcance del derecho a la vida, la Corte IDH ha precisado que este es un “derecho humano fundamental”²⁷. En el caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, relacionado con la responsabilidad internacional del Estado por la detención arbitraria y homicidio de una serie de jóvenes, tres de ellos niños, por unos agentes policiales y la omisión de investigación de los hechos y sanción de sus autores, estableció que este derecho constituye prerequisite para la materialización de todos los demás derechos reconocidos en la convención. En ese sentido, no se permite hacer un enfoque restrictivo del mismo. Su garantía no se agota con el simple cumplimiento del deber de no privar a otros de su vida, sino que se

²⁶ ZELADA & BERTONI (2019, 146): “Apuntes sobre la vida privada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Fondo. Serie C No. 63. §144.

Al respecto, la Corte IDH señaló: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.

extiende al derecho que asiste a todo individuo a no se socaven las condiciones que le permitan una existencia digna²⁸.

Esto, como puede entenderse, refleja la posición de la Corte IDH según la cual el derecho a la vida no alberga en su contenido una obligación negativa sino también un deber positivo de protección por los Estados miembros de la vida. El Tribunal lo ha reiterado en su jurisprudencia más reciente. Por ejemplo, en el caso *Ortiz Hernández y otros vs. Venezuela*, estableció que la Convención Americana en su artículo 4 no solo contiene una proscripción de privar arbitrariamente a otro de su vida, sino también una obligación para el Estado de adoptar las medidas necesarias para proteger y preservar el derecho a la vida²⁹.

Ahora bien, la Corte no solo se ha pronunciado respecto al alcance del derecho a la vida. También ha tenido en cuenta su relación con el principio de dignidad humana y, en diversas ocasiones, ha entrado a demarcar qué se entiende por vida digna en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

En el caso “*Instituto de Reeducción del menor*” vs Paraguay, relacionado con la responsabilidad internacional del Estado por la muerte de niños que se encontraban internados en dicho establecimiento debido a los incendios allí ocurridos, la Corte IDH afirmó que el Estado era responsable por no adoptar las medidas positivas y necesarias para garantizar el desarrollo de una vida digna que les permitiera fortalecer su proyecto de vida, en especial cuando se refiere a personas en situación de vulnerabilidad y riesgo³⁰.

Ahora, este carácter absoluto del derecho a la vida y su inviolabilidad no significaría, a nuestro juicio, una completa exclusión de la posibilidad de encajar la eutanasia dentro de la CADH como derecho. En el caso *Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, relacionado con la responsabilidad del Estado chileno por no haber brindado información clara y precisa a la familia de un paciente respecto al procedimiento

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Fondo. Serie C No. 63. §144.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 17 de abril de 2015. Fondos, reparaciones y costas. Serie C No. 338. §§100-103.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 2 de septiembre del 2004. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 112. §§164, 177.

médico al cual fue sometido y no haber obtenido su consentimiento informado para la intervención, la Corte IDH determinó que existe una relación “entre la obtención del consentimiento informado antes de la realización de cualquier acto médico, y la autonomía y la autodeterminación del individuo, como parte del respeto y garantía de la dignidad de todo ser humano, así como en su derecho de libertad”, la cual protege la libertad del individuo para tomar decisiones sobre su propio cuerpo, como someterse o no a una intervención médica, directamente conectada con los derechos humanos reconocidos por la Convención³¹.

Lo anterior da luces sobre la posibilidad jurídica de una articulación convencional de la eutanasia activa directa con los derechos y principios consagrados en la CADH – tal como la experiencia del sistema regional europeo ha demostrado – si se llega a la conclusión de que el derecho del individuo a decidir sobre su propio cuerpo comprende aquellas decisiones relativas al final de la vida. Esto encontraría asidero en otra sentencia de la Corporación, quien precisando el concepto de libertad contenido en el artículo 7 de la Convención, lo define como “la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, permitiéndole a toda persona organizar, conforme a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”³².

En el famoso caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, a pesar de estar referido a la relación entre vida privada y sexualidad, la Corte manifiesta expresamente que la protección de la vida privada incluye la capacidad del individuo para desarrollar su propia personalidad, el derecho a la autonomía personal, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad y un derecho de cuya efectividad es fundamental para que la persona ejerza la autonomía personal “sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de la vida

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 349. §170.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *I.V vs. Bolivia*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 329. §151.

de la persona”³³. Esto, a nuestro parecer, en lectura conjunta con la doctrina sobre la libertad, podría ser un elemento que permita definir a futuro el núcleo de un eventual derecho a la muerte médicamente asistida.

3. El encaje constitucional de la muerte médicamente asistida en el ordenamiento jurídico español y colombiano

3.1 Sobre el encaje constitucional del derecho de las personas a solicitar la prestación de ayuda para morir en España

Como se anotó introductoriamente, la regulación de la eutanasia es de carácter reciente en el ordenamiento jurídico español, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia – LORE, del 24 de marzo del 2021. Con esta, el legislador estableció un modelo medicalizado³⁴ con el que se pretendía hacer compatibles, por un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad.

En el caso español, por lo general, el debate sobre la constitucionalidad de la eutanasia se enfoca desde el conflicto e intento de armonización entre distintos derechos: el derecho a la vida (art. 15 C.E), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 C.E), el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17.1 CE), el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), entre otros. Esto se ve reflejado en la LO, cuando en su preámbulo

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 257. §143.

³⁴ De acuerdo a DELBEKE (2011), si se hace un ejercicio comparativo de las normas sobre el suicidio asistido entre tres países europeos (Bélgica, Luxemburgo y Suiza) y tres estados federales de los Estados Unidos (Oregon, Washington, Montana), se encuentra que existen dos evidentes modelos resultantes: el medicalizado y el no-medicalizado (propio de Suiza). Estos modelos se diferencian el uno del otro en dos aspectos principales: los requisitos exigidos respecto a la capacidad de la persona que provee asistencia al suicidio y la condición relacionada al estado de salud de la persona que cometerá el suicidio. DELBEKE (2011, 149-162).

menciona que el contexto eutanásico “conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida”, que debe armonizarse con otros derechos y bienes protegidos constitucionalmente.

Sin descartar la importancia de la cohesión de la eutanasia activa directa con los derechos mencionados, no puede negarse que en esta materia el debate constitucional está centrado fundamentalmente alrededor del derecho a la vida, el alcance de su contenido y su relación con la autonomía personal como una libertad. Esto, en atención a que la cuestión, como se demuestra en el preámbulo de la LO 3/2021, orbita principalmente alrededor de dos derechos en aparente conflicto: el derecho a la vida y el derecho a la autonomía personal entendida como autodeterminación.

Esto se confirma en las Sentencias 19/2023 y 94/2023 del Tribunal Constitucional español, en las que resuelve los recursos de inconstitucionalidad presentados por los diputados de los grupos parlamentarios de Vox y del Partido Popular, contra la LORE. En estas, el TC concluyó que el derecho legal de prestación de ayuda a morir en contextos eutanásicos sí es conforme a la Constitución Española y que la regulación de la LORE sí cumple con las garantías constitucionalmente exigidas.

La discusión sobre la constitucionalidad de la eutanasia activa directa se inicia con la cuestión de si la Constitución Española prohíbe absolutamente cualquier regulación sobre esta práctica. Este análisis se basa en dos argumentos principales presentados por los recurrentes: primero, que la eutanasia activa directa contradice el derecho a la vida protegido por el artículo 15 de la Constitución y, segundo, que no existe un fundamento constitucional para establecer un derecho a recibir asistencia para morir. Para abordar estos argumentos, es fundamental examinar tanto el alcance del derecho a la vida como el posible fundamento constitucional del derecho a la eutanasia.

En cuanto al derecho fundamental a la vida, la demanda argumenta que este derecho tiene un carácter absoluto, imponiendo al Estado un deber incondicional de proteger la vida, incluso contra la voluntad del individuo. Sin embargo, para el TC esta interpretación es cuestionable desde el punto de vista constitucional. El derecho a la vida debe ser entendido no solo como un mandato de protección de la existencia

física, sino también en relación con otros derechos fundamentales, como la dignidad humana y la autonomía personal. La protección absoluta de la vida, sin consideración alguna por la voluntad del titular, podría llevar a la imposición de un “deber de vivir”, lo cual es incompatible con una interpretación equilibrada de la Constitución³⁵.

El análisis del Tribunal Constitucional español – que se hilvana con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – revela que la vida no es un derecho absoluto sin excepciones. Aunque el derecho a la vida implica tanto obligaciones negativas (no quitar la vida intencionalmente) como positivas (proteger la vida), estas no pueden ser interpretadas como una obligación incondicional de mantener la vida en contra de la voluntad de la persona. Por ejemplo, la jurisprudencia permite la decisión de rechazar tratamientos médicos incluso si esto lleva a la muerte, en nombre del derecho a la integridad personal y la autonomía del paciente. Esto indica una cierta disponibilidad sobre la vida cuando se enfrenta a situaciones de sufrimiento extremo.

El Tribunal Constitucional subraya que el derecho a la vida no puede considerarse de forma aislada, sino que debe interpretarse en relación con otros derechos y principios constitucionales, como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Estos principios subrayan la importancia de la autonomía personal, permitiendo a los individuos tomar decisiones significativas sobre sus propias vidas, incluso en contextos de sufrimiento extremo o enfermedad incurable. La autodeterminación, en este sentido, se manifiesta en la capacidad de cada persona para decidir sobre las intervenciones en su propio cuer-

³⁵ El TC lo dice así: “Es cierto que la afirmación del carácter absoluto del derecho a la vida aparece como *obiter dicta* en alguna resolución de este tribunal que en el recurso se cita (STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 2). Cualquiera que sea el significado que así quiera atribuirse a esta polisémica calificación, aquella aseveración conllevaría – descartado el manifiesto absurdo de un derecho autorreferente, esto es, sin alteridad – la tesis de que habría de pesar sobre la persona, en mérito del art. 15 CE, una suerte de obligación constitucional de mantenerse con vida o, dicho de otro modo, que los deberes públicos de protección que derivan de la proclamación del derecho habrían de prevalecer en todo caso sobre la voluntad de quien decidiera poner fin a la propia vida o asumir, en hipótesis ya diferente, riesgos letales para sí mismo. Expuesta en tales términos generales y sin matiz alguno, la tesis no es constitucionalmente aceptable”.

po y sobre el final de su vida, sin que el Estado imponga un deber de vivir que anule esta libertad. Al proteger la dignidad y la autonomía del individuo, la Constitución permite que se considere la disponibilidad de la vida en ciertos casos, reconociendo que la imposición de mantener la vida a toda costa podría contradecir el respeto debido a las decisiones libres y conscientes de cada persona. Esta interpretación amplia del derecho a la vida, en armonía con otros derechos fundamentales, muestra que la Constitución no exige una protección absoluta de la vida sin excepciones, sino que permite valorar las circunstancias particulares de cada caso, especialmente cuando se trata de decisiones íntimas y trascendentales sobre la existencia misma.

En conclusión, el Tribunal Constitucional sostiene que no se puede considerar que el derecho a la vida sea un obstáculo absoluto para la regulación de la eutanasia activa directa. La Constitución, interpretada sistemáticamente, permite un espacio para la autodeterminación en decisiones vitales, siempre que se respeten los derechos fundamentales y se proteja la dignidad humana. Por lo tanto, la prohibición absoluta de la eutanasia activa directa no encuentra fundamento en la Constitución, abriendo la posibilidad de una regulación que contemple la autonomía del individuo y el respeto a su dignidad.

3.2 Sobre el encaje constitucional del derecho fundamental a la muerte digna en Colombia

En el caso colombiano, no existe una ley emanada directamente del Congreso de la República como órgano legislativo estatal, que establezca las causales o el procedimiento bajo el cual puede aplicarse la misma. Por el contrario, el Código Penal Colombiano, en su artículo 106, contempla como delito el “homicidio por piedad”, tipo penal vigente hasta la fecha. No obstante, como resultado de la actividad de la Corte Constitucional colombiana (en adelante, CC), como garante de la Constitución Política y los derechos fundamentales allí consagrados, a partir de la Sentencia C-239 de 1997, el contenido de dicho tipo penal fue modulado, declarándolo exequible (constitucional) condicionadamente, es decir, entendiendo que no configuraba conducta constituyente de homicidio por piedad aquella que cumpliera las siguientes

tres condiciones: el consentimiento del paciente, la intervención del médico tratante y la existencia de una enfermedad en fase terminal.

Posteriormente, la Corte Constitucional colombiana profirió la Sentencia C-233 del 2021, mediante la cual se examina nuevamente la constitucionalidad de la eutanasia – bajo unos argumentos que mencionaremos más adelante – ampliando el contenido del derecho reconocido en la Sentencia C-239 de 1997, para quienes padezcan un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable.

En la C-239 de 1997, la Corte inicia su análisis estableciendo que el examen de la vida como presupuesto de la realización de los demás derechos debe hacerse siempre desde una perspectiva secular y pluralista, de manera que solo así puede respetarse puramente la autonomía moral de la persona y las libertades sobre las cuales se erige el ordenamiento superior. La Corte establece que el derecho a la vida no está circunscrito a un ámbito de mera subsistencia, sino que está indefectiblemente ligado a condiciones de dignidad que debe cumplir. La vida, afirma, no solo es entendida como un derecho sino también como un valor constitucional, y frente a este es claro que existen unos deberes positivos del Estado para protegerla; sin embargo, el aparato estatal no puede hacerlo recusando de la autonomía y la dignidad de los individuos.³⁶

El deber de protección estatal de la vida, afirma la Corte, debe hacerse compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello, la decisión sobre cómo y cuándo disponer de la propia vida, en el caso de los enfermos terminales que padecen de intensos sufrimientos, el derecho fundamental a vivir dignamente implica necesariamente el derecho a morir dignamente, ya que “condenar a una persona prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral”³⁷. Así, el Estado no puede obstruir esta decisión del individuo que desea terminar con su vida y solicita ayuda para ello. Para la Cor-

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

te, esto no implica una disminución del deber de protección estatal de la vida, sino el reconocimiento de que dicha obligación no puede convertirse en un mandato absoluto de conservación de la vida como hecho biológico a toda costa.³⁸

Como puede observarse, en esta ocasión, la Corte Constitucional efectúa la construcción de un derecho de carácter autónomo, el derecho fundamental a la muerte digna, armonizado con el derecho a la vida y la autonomía personal, pero enmarcándolos en una concepción de la vida como valor constitucional cuyo contenido está intrínsecamente relacionado con la dignidad como principio fundacional del ordenamiento jurídico que indica que aquella solo puede entenderse si se desempeña en condiciones dignas para el individuo.

Décadas después, en la sentencia C-233/2021, la Corte tuvo nuevamente la oportunidad de analizar el derecho a la disponibilidad de la propia vida. El examen de constitucionalidad de la se centró en determinar si existe una protección constitucional insuficiente cuando de la disposición demandada³⁹ solo se desprende una excepción punitiva para aquellos enfermos en fase terminal y no para quienes padecen intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable.⁴⁰ Para ello, analizó conjuntamente la posible violación de los artículos constitucionales 11 (derecho a la vida digna), 12 (derecho a no ser sometido a tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes) y 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad), siendo estos dos últimos, en la concepción de la Corte, dimensiones de la dignidad humana. Este análisis la llevará a ampliar el precedente constitucional establecido en la Sentencia C-239 de 1997, eliminando la barrera para el acceso al derecho fundamental a la muerte digna para aquellas per-

³⁸ La Corte incluso apunta que este deber de no matar tiene claras excepciones en la legislación penal, como es el caso de legítima defensa o el estado de necesidad.

³⁹ La Corte Constitucional evaluó si el artículo 106 del Código Penal, que penaliza el homicidio por piedad, ya había sido juzgado en la Sentencia C-239 de 1997. La Corte concluyó que había cosa juzgada material, no formal, debido a la identidad normativa entre ambas disposiciones. Sin embargo, determinó que, a pesar de la cosa juzgada, el caso podía ser revisado debido a cambios en el contexto normativo y en la interpretación de los principios constitucionales sobre el derecho a morir dignamente.

⁴⁰ *Ibidem*.

sonas que padecen enfermedades graves e incurables que no son terminales.

Según la Corte, cuando se establecen exigencias como la proximidad de la muerte (enfermedad en fase terminal) para el acceso al derecho fundamental a la muerte digna, se crea una barrera irrazonable y desproporcional que impide a otros individuos afectados también por enfermedades graves e incurables y que producen un sufrimiento insostenible, considerando que limita el ejercicio de su autodeterminación y la elección de sus propios intereses vitales, como es “la posibilidad de establecer cuándo una situación de salud es incompatible con las condiciones que hacen a la vida digna”⁴¹.

Lo más destacable en esta sentencia, a nuestro juicio, está en el examen que la Corte hace del derecho fundamental a no soportar tratos crueles, inhumanos y degradantes, puesto que este conforma una de las dos dimensiones del principio de la dignidad humana en torno al problema jurídico estudiado.

La Corte indica que supeditar el acceso a la eutanasia a una condición médica terminal, se traduce en un injustificado sometimiento a la persona, de manera indefinida, a soportar los intensos sufrimientos derivados de la lesión o enfermedad, situación que configura una vulneración a su derecho fundamental a no recibir un trato crueles, inhumanos y degradantes. Carece de sentido alguno que solo quienes tengan un diagnóstico de enfermedad terminal puedan elegir terminar con su vida, cuando en ese escenario el sufrimiento de por sí ya tiene un tiempo limitado, en oposición a quienes padecen de graves dolencias no terminales, que se ven condenados a vivir un sufrimiento extendido por su pronóstico de vida incierto.

Esto supone la adición de un ingrediente constitucional ausente en el discurso judicial sobre la eutanasia en Colombia⁴². Considerar la penalización del homicidio pietístico – en los casos antes descritos – co-

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² No obstante, en la Sentencia C-239 de 1997, ya podemos encontrar el germen de la futura integración de este derecho a su núcleo esencial. En esa oportunidad la Corte manifestó que condenar a una persona a continuar viviendo en condiciones de profundo sufrimiento cuando no es su deseo, es un trato cruel e inhumano. Si bien no dedicó un apartado a su análisis individual como una dimensión de la dignidad humana, sí sentó las bases que le permitirían articularlo en un pronunciamiento posterior.

mo una vulneración de la proscripción de tratos crueles e inhumanos, articula el núcleo esencial del derecho constitucionalmente construido en el año 1997 con un nuevo pilar iusfundamental a través del cual el intérprete busca soportar la pretendida ampliación del precedente judicial, para integrar un nuevo titular del derecho respecto del cual existía, a su juicio, un déficit de protección.

4. El derecho a la disponibilidad de la propia vida en el modelo de derechos fundamentales de las Constituciones democráticas

Antes de desarrollar este acápite, conviene precisar desde una perspectiva metodológica que las reflexiones aquí desarrolladas sobre el “modelo de derechos fundamentales de las constituciones democráticas” se fundamentan en el análisis de un conjunto limitado de casos relevantes, particularmente los extraídos de los ordenamientos español y colombiano. Si bien estos ejemplos permiten identificar tendencias interpretativas significativas, el presente estudio no pretende agotar todas las posibilidades ni ofrecer una caracterización universal de los modelos constitucionales contemporáneos. Así, toda referencia al “modelo de derechos fundamentales de las constituciones democráticas” debe entenderse como una reconstrucción razonada a partir de los casos seleccionados.

Como se ha mostrado en los apartados anteriores, los derechos a la vida y a la autonomía personal han experimentado una transformación interpretativa en el marco de las decisiones sobre el fin de la propia vida (sin excluir los otros bienes, valores y principios mencionados) en particularmente en los sistemas jurídicos español y colombiano. Estas cuestiones, como ya puede suponerse, rompen con la significación jurídica que se le ha entregado a estos derechos en el marco tradicional de derechos fundamentales de las Constituciones democráticas.

Esta evolución normativa y los cambios sociales han llevado a los tribunales nacionales y regionales a un replanteamiento del contenido de estos derechos fundamentales⁴³ para que su alcance cubra los de-

⁴³ Como lo menciona REY MARTÍNEZ (2023, 327) en el caso español, “la evolución legal y jurisprudencial de la idea constitucional de libertad personal aplicado al campo

nominados “contextos eutanásicos” y se ajuste a las demandas contemporáneas⁴⁴.

Estas cuestiones, inevitablemente, nos llevan a reflexionar sobre las consecuencias que esta tendencias regionales y nacionales tienen para el contenido de estos derechos en aquellos países donde aún no ha sido legalizada la eutanasia y los debates políticos están altamente polarizados. ¿Es posible llegar a un consenso jurídico sobre el reconocimiento del derecho a disponer sobre la propia vida? A nuestro juicio, el estado de cosas actual nos indica que es posible hallar en los desarrollos jurisprudenciales más recientes una respuesta jurídica que podría, progresivamente, permitir a los Estados soluciones democráticas y legítimas para garantizar el derecho a decidir cómo y cuándo morir en contextos eutanásicos.

Si bien en el caso latinoamericano, la CIDH no ha tenido ocasión para decidir sobre la conformidad de las disposiciones internas de los Estados miembros a la Convención, es indiscutible que la jurisprudencia existente hasta el momento, nos permite avizorar que el camino recorrido hasta el momento, eventualmente desembocará en un reconocimiento de este derecho. Para ello, solo basta fijarse en su jurisprudencia, que refiere a la necesaria relación entre autonomía personal y consentimiento informado en materia de salud, una cuestión que, como se ha visto en la experiencia del TEDH, configura un primer paso

de la salud es evidente. Hasta hace relativamente poco, el esquema de relación entre médico y paciente ha transitado desde un modelo paternalista (donde era el médico quien decidía, a veces tras una conspiración benevolente con los familiares del enfermo) hacia un modelo de consentimiento informado, donde es el paciente quien decide seguir un tratamiento o no, incluso de soporte vital. El Tribunal Constitucional presenta como precedente del reconocimiento legal de la eutanasia el progresivo reconocimiento como derecho constitucional del consentimiento informado. Ciertamente, este derecho es una manifestación del derecho de libertad o autonomía personal (integridad también), pero no cubre, en principio, la conducta del solicitante de ayuda para morir en contexto eutanásico porque en este caso no se trata de elegir o rechazar un tratamiento, es otra cosa, es elegir un tratamiento para morir. Del derecho de consentimiento informado no se deduce el derecho de ayuda a morir en contexto eutanásico, aunque ambos sean expresiones de la libertad o integridad personales”.

⁴⁴ Como ilustración del crecimiento porcentual de la aceptación de la eutanasia en Europa Occidental, véase, por ejemplo: COHEN, VAN LANDEGHEM, CARPENTIER & DE LIENS, (2014, 143–156).

en el camino evolutivo del concepto de libre desarrollo de la personalidad y el reconocimiento de un derecho a la muerte médicamente asistida.

En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su jurisprudencia ha evidenciado la construcción de un derecho a disponer sobre la propia vida y su competencia para juzgar los procedimientos internos de cada Estado al regularlo. Naturalmente, esto no representa un deber jurídico de los Estados adheridos a la Convención para reconocerlo; sin embargo, esto no es óbice para que los Estados miembro encuentren en los argumentos jurídicos del tribunal las razones de derecho suficientes para revisar desde sus órganos legislativos y judiciales el alcance atribuido a los derechos a la vida y a la autonomía personal.

El uso de criterios internacionales de interpretación o de las cláusulas de apertura o reenvío en sus constituciones también pueden usarse como mecanismos constitucionales para garantizar este derecho cuando los tribunales constitucionales domésticos tengan la oportunidad de pronunciarse. Un ejemplo de ello – con sus matices, claro está – puede encontrarse en la pluricitada sentencia del Tribunal Constitucional español, que utilizó los argumentos del Tribunal de Estrasburgo para justificar la constitucionalidad de la LORE. Estas “salidas democráticas”, sin duda, permitirían el avance en la garantía de derechos sin sacrificar la legitimidad de sus constituciones.

Ahora bien, en la línea de la constitucionalización de este derecho, es obligatorio que los Estados consideren, naturalmente, el contenido de los derechos en tensión con el objeto de reforzar la legitimidad del anclaje de un derecho a decidir en sus ordenamientos jurídicos. Es importante que esto se haga siguiendo una línea lógica dentro de cada sistema jurídico que permita esa articulación. Por ejemplo, aunque en el caso colombiano compartimos el resultado del examen constitucional de la norma demandada, también es cierto que los argumentos utilizados por la Corte Constitucional adolecen de ciertos fallos que, de cierta forma, lastiman la legitimidad de la ampliación del derecho al forzar su engranaje.

Nos referimos, tal como lo han apuntado otros autores de manera general refiriéndose a la autonomía personal como argumento para la

admisión de la eutanasia⁴⁵, a que la justificación constitucional según la cual la eutanasia encuentra sustento en tanto el individuo tiene la facultad para decidir cómo y cuándo morir sin que ello permita una intervención desproporcionada por el Estado, sería válida en principio si con ello se derivara entonces un reconocimiento general y no limitado de este derecho, es decir, si se extendiera su titularidad a todos los miembros de una comunidad, indistintamente de la condición médica de los mismos. Sin embargo, usualmente se admite este argumento, pero se limita el acceso a la ayuda para morir a personas que se encuentren en una situación determinada (lo que ya vimos que en el contexto español se ha denominado contexto eutanásico), sin razonamiento jurídico alguno respecto al porqué otras personas que no presenten dichas circunstancias no puedan acceder también a dicha prestación.

La sentencia la Corte Constitucional colombiana se apoya en las recientes consideraciones del Tribunal Constitucional alemán en la despenalización del suicidio asistido. Sin embargo, a nuestro parecer dicho diálogo judicial adolece de cierto sesgo, no solo porque se sirve del fundamento jurídico relativo a una conducta distinta a la sometida a examen (suicidio asistido), sino porque cuando el intérprete constitucional germano desarrolla el contenido del derecho a la autonomía personal en su conexión con el suicidio asistido, indica claramente que las intervenciones estatales únicamente deben estar limitadas a la fijación de medidas orientadas a la protección del derecho de autodeterminación del individuo, y por ello cualquier restricción legislativa del suicidio asistido debe asegurar una amplitud suficiente en su aplicación práctica para que el individuo pueda ejercer su derecho constitucional a terminar con su vida bajo su propia libre manifestación de voluntad y con la asistencia de otros⁴⁶. Lo anterior implica un reconocimiento del derecho al suicidio asistido a todas las personas, sin consideraciones especiales a una condición médica latente, lo cual es diametralmente opuesto a lo propuesto por la Corte, quien aboga por un de-

⁴⁵ Véase, por ejemplo, TOMÁS-VALIENTE, (2019, 116): “La evolución del derecho al suicidio asistido y la eutanasia en la jurisprudencia constitucional colombiana: otra muestra de una discutible utilización de la dignidad”.

⁴⁶ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 26 February 2020 - 2 BvR 2347/15T, §§338-341.

recho a la muerte digna limitado en cuanto considera la situación vital del individuo para evaluar si este es titular del mismo⁴⁷.

Finalmente, es importante referirnos a una última cuestión presente en la discusión reciente sobre la legalización de la eutanasia activa, esto es, la “fundamentalización” del derecho a la muerte médicamente asistida. Como se pudo ver en el acápite anterior, en el caso colombiano, el tribunal constitucional señaló que existía un “derecho fundamental a la muerte digna” y, en el español, un “derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas”.

Esto es especialmente relevante porque si hablamos de un cambio en el modelo de derechos fundamentales en Constituciones democráticas, inevitablemente debemos considerar si fundamentalizar este derecho es la única vía para su eficacia.

En el caso español, el magistrado Arnaldo Alcubilla en su voto particular a la Sentencia 19/2023 señala que “reconocer un nuevo derecho fundamental, que garantiza como «derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas», que hace derivar en último término del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y al que anuda la naturaleza de derecho prestacional” tiene como consecuencia que “la sentencia cierra el paso a otras posibles opciones legislativas en relación con el problema suscitado (la intervención del legislador en un ámbito tan extremadamente delicado como el de la finalización de la vida de una persona con ayuda de terceros en contextos de sufrimiento extremo), imponiendo precisamente

⁴⁷ Incluso, si se quiere, esto no solo resulta cuestionable como referencia para argumentar desde el derecho comparado la ampliación del precedente constitucional, sino porque en un pronunciamiento reciente la Corte Constitucional también declaró la constitucionalidad del suicidio asistido (Sentencia C-164/2022) en Colombia, pero únicamente para pacientes que padezcan sufrimientos físicos o psíquicos intensos, provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, algo que a nuestro juicio no guarda coherencia con el hecho de que el órgano compartiera en su sentencia del 2021 las consideraciones del Tribunal Constitucional Alemán sobre la facultad de autodeterminación del individuo que lo llevó a un reconocimiento general del derecho al suicidio asistido, pero que en el examen constitucional doméstico de la conducta se aparte sin razonamiento de las mismas.

la opción de la Ley Orgánica 3/2021 como el único modelo constitucional posible”⁴⁸.

Lo anterior lo compartimos en el contexto de un reconocimiento legal del derecho. Sin embargo, en una cultura jurídica como la colombiana, donde el derecho no ha sido reconocido mediante la acción democrática del legislador sino a través de la actividad judicial del “intérprete supremo de la Constitución”, la fundamentalización del derecho resulta ventajosa.

Al ser el derecho a la muerte digna un derecho fundamental, permite que en Colombia se pueda acudir a los órganos jurisdiccionales mediante una acción de tutela para solicitar su protección en caso de una eventual vulneración por las entidades prestadoras de salud. En cambio, en el ordenamiento jurídico español, aún sin la fundamentalización del derecho, su misma naturaleza prestacional, tal como fue configurado en la LORE, garantiza el deber jurídico estatal de protegerlo y ofrece los mecanismos para hacerlo.

5. Conclusiones

El análisis del derecho a la muerte médicamente asistida en los ordenamientos jurídicos español y colombiano muestra un enfoque progresivo hacia la consideración de la autonomía personal como un componente esencial en la definición de los derechos fundamentales en las democracias contemporáneas. A lo largo de este trabajo, hemos buscado evidenciar cómo, en ambos países, la incorporación de la eutanasia en el marco constitucional ha requerido una reinterpretación del derecho a la vida, no como un derecho absoluto, sino como un derecho que debe coexistir con otros derechos y principios constitucionales, como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, hemos descrito cómo a nivel internacional, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han contribuido a la configuración de un marco de derechos en torno a la disponibilidad de la propia vida.

⁴⁸ FJ2.

Aunque la jurisprudencia europea ha avanzado más en el reconocimiento de la autonomía personal en el contexto de la eutanasia, el sistema interamericano muestra señales de apertura hacia este enfoque, particularmente en relación con los derechos a la vida privada y a la dignidad humana. Estas doctrinas internacionales proporcionan un contexto interpretativo que influye en las decisiones judiciales y legislativas nacionales, fomentando un entendimiento más flexible y adaptativo de los derechos fundamentales.

En definitiva, el propósito de este trabajo ha sido sugerir que el derecho a la disponibilidad de la propia vida en el modelo de derechos fundamentales de las constituciones democráticas, tal como se ha discutido, refleja una tendencia hacia la valorización de la autonomía personal y la dignidad humana como fundamentos esenciales para la protección de los derechos, permitiendo que los individuos ejerzan un mayor control sobre decisiones vitales y existenciales. Este enfoque desafía las concepciones tradicionales de los derechos fundamentales, reflejando un cambio hacia una interpretación más dinámica y contextual de estos en las democracias modernas.

Referencias bibliográficas

- Adamo, U. (2021): El final de la vida a los veinte años de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25.
- Álvarez Gálvez, Í. (2015): Un comentario sobre el caso de Gross c. Suiza (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso N° 67810/10), *Revista Tribuna Internacional*, Volumen 4 No 8.
- BVerfG, Judgment of the Second Senate of 26 February 2020 - 2 BvR 2347/15T
- Cohen, J., Van Landeghem, P., Carpentier, N., & Deliens, L. (2014). Public acceptance of euthanasia in Europe: a survey study in 47 countries. *International journal of public health*, 59(1)
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-239/1997.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-233/2021.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Fondo. Serie C No. 63.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 2 de septiembre del 2004. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 112.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de marzo del 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 146.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 17 de abril de 2015. Fondos, reparaciones y costas. Serie C No. 338.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 329.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 349.
- Delbeke, E. (2011): The way assisted suicide is legalised: balancing a medical framework against a demedicalised model. *European Journal of Health Law*, 18 (2). Disponible en: 10.1163/157180911X565191.
- Rey Martínez, F. (2023). El derecho de recibir ayuda para morir en contexto eutanásico: ¿nuevo derecho fundamental? Comentario crítico de las SSTC 19/2023 y 94/2023. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 27(2).
- SSECHR. *Pretty v. The United Kingdom*. (2002).
- SSECHR. *Haas v. Switzerland*. (2011).
- SSECHR. *Koch v. Germany*. (2012).
- SSECHR. *Gross v. Switzerland* (2013).
- SSECHR. *Gross v. Switzerland*. (2014).
- SSECHR. *Mortier v. Belgium*. (2022).
- Tribunal Constitucional de España. Sentencia 19/2023.
- Tomás-Valiente, C. (2019): “La evolución del derecho al suicidio asistido y la eutanasia en la jurisprudencia constitucional colombiana: otra muestra de una discutible utilización de la dignidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116.
- Zelada, C., & Bertoni, E. (2019): “Apuntes sobre la vida privada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Forseti. Revista De Derecho*, 1(1).

Chiara Sagone

LA TUTELA DELLE PERSONE CON DISABILITÀ: ITALIA E SPAGNA A CONFRONTO

SOMMARIO: 1. La tutela delle persone con disabilità nella Costituzione italiana del 1948. – 2. La tutela delle persone con disabilità nella Costituzione spagnola del 1978. – 3. L’impatto della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità in Italia e in Spagna. – 4. Le più recenti iniziative a tutela delle persone con disabilità in Spagna... – 4.1 ... e in Italia. – 5. Conclusioni.

1. *La tutela delle persone con disabilità nella Costituzione italiana del 1948*

Il lavoro ha ad oggetto la tutela delle persone con disabilità e verifica il grado di attenzione di recente rivolto alla questione nell’ordinamento spagnolo e in quello italiano. La Spagna, infatti, è ormai da tempo annoverata tra i Paesi che meglio perseguono il programma mondiale di miglioramento delle condizioni delle persone con disabilità elaborato dall’Onu, grazie alla capacità di ascoltare le istanze che provengono dai soggetti fragili e dalle loro organizzazioni rappresentative. Lo *European Disability Forum*, organizzazione non governativa indipendente che rappresenta gli interessi di 100 milioni di europei con disabilità, nella sua *Country-specific analysis* di giugno 2024, ha segnalato, invece, le criticità che le persone con disabilità incontrano in Italia in termini di inclusione, invitando lo Stato ad adottare opportune misure per recuperare un divario occupazionale pari a 14 punti percentuali rispetto ai normodotati.

Com’è noto, la disabilità non è espressamente menzionata all’interno della Carta fondamentale italiana, ma la tutela della persona disabile affiora, *in primis*, tramite una lettura integrata degli articoli 2 e 3 Cost, nonché nell’art 38 Cost.

Infatti, la pari dignità sociale di cui all’art. 3 Cost. rimanda alla dignità della persona sottesa all’art. 2 Cost., fungendo da ponte “*tra*

l'articolo 2, in cui è affermata la centralità della persona nell'ordinamento giuridico come valore in sé, e l'articolo 3, in cui la persona come valore è "collocata" nella società, in relazione di eguaglianza con gli altri "cittadini", nonché dinanzi alla legge ed alla Repubblica" (DI CIOMMO, 2010, 156).

L'insieme dei diritti di libertà che concorrono a connotare la dignità della persona, quest'ultima perno dell'art. 3 Cost., sono espressamente qualificati, nell'art. 2 Cost., come inviolabili.

Non v'è dubbio che la persona disabile, in ragione di una indifferenziata *umanità*, abbia i *diritti inviolabili* cui l'art. 2 Cost. fa riferimento (COLAPIETRO, 2020, 125). Invero, nell'insieme di valori e principi consacrati negli articoli 2 e 3 Cost. a difesa dell'essere umano e di tutti i suoi diritti, in modo egualitario all'interno della società, è riscontrabile il riconoscimento e la tutela della persona debole e, dunque, anche della persona con disabilità (SANCHINI, 2021, 172).

Da questo punto di vista, il soggetto disabile diventa destinatario di tutela non *"per ciò che lo rende diverso, ma invece per ciò che lo fa comunque eguale agli altri"* (PANUNZIO, 1988, 525).

Non solo il primo comma dell'art. 3 Cost. vieta al legislatore di introdurre normative discriminatorie in ragione delle condizioni personali; il secondo comma lo invita a perseguire il fine del *"pieno sviluppo della persona umana"* e a predisporre nei confronti di soggetti in condizione di diversità una specifica tutela.

Da qui, ancora una volta, il collegamento con l'art. 2 Cost. e, segnatamente, col principio di solidarietà, essendo gli ostacoli incontrati dalle persone con disabilità problemi di cui la collettività deve farsi carico, prevedendo misure adeguate ad assicurare una piena inclusione e partecipazione dei soggetti in posizione di svantaggio.

L'art. 38 Cost. costituisce il *"nucleo forte dello Stato sociale di cui agli articoli 2 e 3, 2° comma, Cost."* (VIOLINI, 2006, 776). Esso appronta un sistema di tutela rivolto, nei commi 1 e 3, ai cittadini inabili al lavoro e indigenti e, nel secondo comma, ai lavoratori (COLAPIETRO, 2009 e 2011; COLAPIETRO, GIRELLI, 2020; ARCONZO, 2020; PICCIONE, 2021). Entrambe le forme di protezione incarnano l'idea di sicurezza sociale (CANNELLA, 1966; LEGA, 1969; PERSIANI, 1979), pur mostrando una significativa eterogeneità per quanto riguarda i soggetti, i fatti giuridici dai quali nasce la tutela, il contenuto delle prestazio-

ni, le modalità di finanziamento del sistema, il movente (TRIPODINA, 2008, 371).

Il secondo comma, unitamente all'art. 31 Cost., rivolge la propria attenzione a quelle tappe dell'esistenza umana che necessitano di particolare sostegno da parte dell'ordinamento. La maternità, l'infanzia, la giovinezza, la vecchiaia e l'invalidità sono, dunque, tenute in debita considerazione nella Carta costituzionale italiana. È stato perspicacemente notato che *“in tale enunciati si scorge il valore che la vita umana assume, quale bene che il diritto non può rinunciare a proteggere ed il rifiuto di teorie fondate «sul minor valore della vita meno vissuta»”* (NICOTRA, 2009-2010, 173).

Più nello specifico, il comma 2 dell'art. 38 Cost., concentrandosi sugli eventi che incidono sfavorevolmente sulla capacità lavorativa e, conseguentemente, sulla possibilità di produrre reddito, assicura ai lavoratori previdenze che possano soddisfare le esigenze di vita loro e della famiglia. Cosicché, la disciplina protettiva dei rischi e dei bisogni che possono colpire i lavoratori viene distinta da quella degli altri cittadini, per mezzo di un sistema di sicurezza sociale che tiene conto del contributo di benessere offerto alla collettività per mezzo dell'attività lavorativa già prestata e dei contributi previdenziali già versati. Tale previsione garantisce, dunque, non soltanto la soddisfazione dei bisogni alimentari, ma anche *“ulteriori esigenze relative al tenore di vita dei lavoratori”* (Corte cost. n. 31 del 1986).

L'art. 38 Cost., comma 1, fa, invece, riferimento espresso agli inabili al lavoro, cui è riconosciuto il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale in assenza di mezzi di sussistenza. E ciò, nonostante nel lavoro dell'Assemblea Costituente della sessione pomeridiana del 10 maggio 1947, fosse stato presentato un emendamento finalizzato a sopprimere il diritto al mantenimento. Tale diritto, secondo il proponente, non poteva che andare a carico della famiglia, non già dello Stato. La mancata approvazione di tale emendamento suggella definitivamente la volontà di garantire a tutti i cittadini inabili al lavoro di essere liberi da situazioni di bisogno che minino la dignità, aprendo la strada a veri e propri diritti soggettivi a prestazioni, di per sé non riconducibili alla mera beneficenza, che andranno a concretizzare il dettato costituzionale e a caricare di contenuto il principio di solidarietà (VIOLINI, 2006, 789; TRIPODINA, 2008, 372; MAZZIOTTI, 1979, 97).

L'affermazione di tali diritti soggettivi per i cittadini inabili al lavoro viene comunque accompagnata dal terzo comma, il quale contempla l'inabilità e la minorità quali condizioni che danno diritto all'educazione e alla formazione professionale.

Sicché, il diritto all'istruzione delle persone disabili trova un proprio riconoscimento non solo nelle previsioni generali di cui agli articoli 33 e 34 Cost. ma anche nel terzo comma dell'art. 38 Cost (MASCI, 2017; ARCONZO, 2021; CARACCIOLO LA GROTTIERA, 2020; CROCCETTA, 2018; BLANDO, 2017; DI GENIO, 2016; GAMBARDELLA, 2017; MATUCCI, 2021; NANNIPIERI, 2012; VIVALDI, 2019; CABAZZI, 2017; TROILO, 2012; ARDIZZONE, DI MARIA, 2017; GRIFFO, 2012).

Al riguardo, v'è chi ha osservato che l'approccio ricavabile dalla Costituzione nei confronti degli "inabili" e "minorati" sembrava essere di stampo assistenzialistico o paternalistico, fondato sulla differenza tra fisiologia e patologia (MATUCCI, 2021; ADDIS, 2021).

È stato notato come l'educazione apparisse, più che un mezzo per realizzare un progetto di inclusione e di sviluppo delle potenzialità, uno strumento per recuperare le capacità residue delle persone disabili. In una Repubblica "fondata sul lavoro" non poteva trascurarsi, dunque, per ragioni di carattere economico, quella massa davvero cospicua di persone, che il secondo conflitto mondiale aveva posto in condizione di minorità, e nei cui confronti occorreva approntare interventi per recuperare energie proficue per il Paese.

Secondo questa impostazione, la persona con disabilità sarebbe caratterizzata da una diversità foriera di diseguaglianza rispetto alle persone normodotate; cosicché, lo strumento per superare la diseguaglianza avrebbe dovuto essere individuato in una misura *ad hoc*, speciale, idonea a proteggere le persone disabili.

È possibile intravedere tale superata prospettiva nella sentenza n. 125 del 1975, in cui la Corte costituzionale, con riferimento a un alunno cieco, ha affermato la compatibilità della frequenza di una scuola *ad hoc* col principio costituzionale di eguaglianza, trovandosi lo studente in una situazione fisica differente da quella dei vedenti.

È chiaro, però, che tali misure avrebbero potuto paradossalmente condurre ad un ampliamento della fragilità, rafforzando l'idea "*della persona disabile come «altro» rispetto alle persone normodotate [...] og-*

getto di scelte altrui e non più soggetto di diritti” (LORENZETTI, 2016, 186).

Probabilmente, tale modello scontava le poche conoscenze mediche del periodo in cui la Costituzione è stata elaborata.

È stato osservato come il Costituente non intendesse consacrare, con l'art. 38, terzo comma, Cost., un diritto all'*effettiva* istruzione della persona disabile, prevedendo, invece, un generale principio “mutualistico-assistenziale”, che concede al legislatore “*ampie libertà nell'attuazione delle finalità perseguite con l'emanazione dell'articolo in esame*” (Corte cost., sentenza n. 31 del 1986)

In senso contrario, è stato perspicacemente notato (BUSATTA, 2016, 349) che i principi costituzionali espressi dagli articoli 2 e 3, 33, 34 e 38 devono essere letti in modo che il mondo dell'istruzione non sia solamente il luogo per la formazione della persona disabile, ma anche “*il canale primario per permettere al soggetto destinatario di tutele una piena partecipazione, attraverso una sua inclusione nella formazione sociale primigenia (la scuola), nella quale apprendere modi e regole dell'inclusione e, per mezzo di questa, nella società nel suo complesso*”.

Non v'è dubbio che i diritti all'istruzione e allo studio siano arterie in cui fluisce un «soffio vitale»: tali diritti, “*ramificandosi lungo l'ordinamento, raggiungono anche i soggetti più emarginati e ne veicolano la personalità entro direttrici di potenziamento culturale e professionale che garantiscono effettività all'inclusione sociale*” (MASCI, 2017, 139-140).

L'approccio riduttivo è stato, così, ben presto superato dalla Corte costituzionale, ancor prima dell'emersione dei più avanzati modelli classificatori provenienti dalle conoscenze mediche che condussero solo nei primi anni 2000 alla *Classification of Functioning, Disability and Health* (Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute, ICF).

Con la sentenza n. 215 del 1987, essa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 terzo comma, della legge 30 marzo 1971, n. 118 nella parte in cui, in relazione ai soggetti portatori di *handicaps*, prevedeva che sarebbe stata facilitata, e non assicurata, la frequenza alle scuole medie superiori. La Consulta si è mostrata consapevole di come l'integrazione scolastica della persona disabile costituisca un decisivo stimolo delle sue potenzialità; trattasi, ancora una volta,

dell'estrinsecazione del compito, affidato alla Repubblica, di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (Corte cost. sentenza n. 215 del 1987). Occorre garantire a tutti *chances* di sviluppo non solo in astratto, ma anche in concreto, ripianando le situazioni di svantaggio, qualsiasi esse siano.

Per tale ragione, sebbene l'art. 34 Cost. appronti un rimedio per gli ostacoli di carattere economico e non anche per quelli di natura sociale, occorre non tralasciare quel complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale e con i quali, dunque, l'art. 34 Cost. deve essere posto in relazione. Se, infatti, si interpreta l'art. 34 Cost. alla luce dei principi di cui agli articoli 2 e 3 Cost., ci si rende conto di come esso costituisca una specificazione della generale garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo all'interno delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e, dunque, anche all'interno dell'istituzione scolastica.

La sentenza 15 giugno 1960, n. 38, in relazione al disposto di cui all'art. 38, comma 3, Cost., ha chiarito che la locuzione "avviamento professionale" non è sinonimo di "educazione", ma significa effettivo collocamento al lavoro, così solo potendo peraltro essere in armonia rispetto al dettato dell'art. 3, comma 2, Cost., nell'ottica di una concreta rimozione degli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione economica e sociale del Paese.

Ad avviso del giudice delle leggi, la strada da percorrere non si basa sul mantenimento caritativo della persona disabile, bensì sulla valorizzazione delle sue capacità lavorative. Tali potenzialità rischierebbero, senza un'adeguata tutela, di non poter emergere in un mercato spesso riluttante all'inclusione dei soggetti in posizione di debolezza, con un conseguente *vulnus* per l'esigenza di socializzazione (Corte cost., sentenza n. 163 del 1983, punto 6 del Considerato in diritto).

2. *La tutela delle persone con disabilità nella Costituzione spagnola del 1978*

In Spagna, un'espressa previsione sulla tutela delle persone con disabilità è inserita nel Capo III del Titolo I della Costituzione, ovvero all'interno dei Principi direttivi di politica sociale ed economica. L'art.

49 Cost., nella formulazione antecedente a una recentissima riforma, affidava ai pubblici poteri la realizzazione di “*una politica di prevenzione, cura, riabilitazione e integrazione per i minorati fisici, sensoriali e psichici, offrendo loro la necessaria assistenza specializzata*” e la loro protezione “*specialmente al fine del godimento dei diritti fissati in questo titolo per tutti i cittadini*” (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, 2018, 1404; GOIG MARTÍNEZ, 2023, 47; LORENZO GARCÍA, 2007, 511).

Di certo, tale disposizione, nel panorama del costituzionalismo comparato, ha rappresentato una grande novità, seppur il termine “*disminuidos*” pertenga ad una terminologia superata. Il richiamo alla necessità di “trattamento” e “riabilitazione”, ma anche all’“integrazione”, tratteggia ciò che in dottrina è stato definito un modello ibrido tra il paradigma medico e quello sociale della disabilità (JERÓNIMO SÁNCHEZ-BEATO, 2022, p. 541).

Nel precetto costituzionale si esplicita, dunque, la necessità di affiancare alla prospettiva medica azioni positive da parte dei pubblici poteri, nella consapevolezza che le forme di discriminazione in cui si imbattono le persone con disabilità dipendono anche dalle barriere che connotano l’organizzazione della società.

Il precetto, avendo una natura programmatica, ispira la legislazione positiva, la pratica giudiziaria e l’azione dei pubblici poteri ma, ai sensi dell’art. 53.3 Cost., può essere addotto di fronte alla giurisdizione ordinaria soltanto in conformità con il disposto delle leggi che lo attuano.

In numerose occasioni il Tribunale costituzionale spagnolo si è pronunciato sulla valenza dei principi riconosciuti nel Capo III del Titolo I, chiarendo come essi “*non generan di per sé diritti azionabili giudizialmente*” (STC 36/1991, del 29 gennaio, FJ 5), fungono da principi guida e non enunciano diritti fondamentali (STC 14/1992, del 10 febbraio, FJ 11, STC 199/1996, del 3 dicembre, FJ 3).

Per superare tale limite, il Tribunale costituzionale si è cimentato in un’interpretazione evolutiva del suo contenuto, avvalendosi degli articoli 9.2, 10 e 14 Cost.

La Costituzione spagnola, infatti, pone in capo allo Stato l’obiettivo della promozione di un’eguaglianza effettiva, aprendo la strada a un trattamento giuridico differenziato per gruppi particolar-

mente svantaggiati o vulnerabili (OLARTE, 2020; CABRA DE LUNA, 2004).

Cosicché, il Tribunale Costituzionale, con le sentenze 269/1994, 190/2005 e 274/2005, ha incluso la disabilità tra le cause di discriminazione vietate dall'art. 14 Cost., legittimando l'adozione di misure promozionali per le pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità, atte a riequilibrare situazioni di svantaggio, in linea con il carattere sociale e democratico dello Stato consacrato nell'art. 1.1 Cost.

Nella sentenza 18/2017 la Corte ha reso evidente la connessione tra gli articoli 49 e 9.2 Cost. ricordando che l'art. 9.2 della Costituzione spagnola contiene un duplice mandato costituzionale, generale e specifico, finalizzato a facilitare l'effettivo godimento dei diritti e delle libertà da parte delle persone con disabilità.

La garanzia della dignità umana richiede, infatti, non solo che i diritti vengano riconosciuti formalmente alle persone con disabilità, ma che gli stessi possano esercitarli in una posizione di eguaglianza rispetto alla generalità dei consociati (ÁLVAREZ GARCÍA, 2017).

Ancora, con la pronuncia 208/2013, il Tribunale Costituzionale ha dichiarato legittima la limitazione della libertà di espressione per assicurare la tutela della dignità delle persone con disabilità. La Corte ha infatti osservato che il compito affidato allo Stato nell'art. 49 Cost. di tutelare le persone con disabilità sottende il rispetto della dignità sancito nell'art. 10.1 Cost., così impedendo che azioni lesive dei diritti all'onore e all'immagine siano giustificate dal diritto all'informazione.

3. L'impatto della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità in Italia e in Spagna

Tappa fondamentale del percorso di tutela delle persone con disabilità è rappresentata dall'approvazione, avvenuta il 13 dicembre 2006, di quella che è stata definita da attenta dottrina la «*convenzione dei primati*» (FAVALLI, 2021, 38), ovvero la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità.

Accanto ai fattori bio-psichici, al preambolo e) della Convenzione affiora la componente sociale, la quale permette di comprendere che la

condizione di disabilità *“non deriva da qualità soggettive delle persone, bensì dalla relazione tra le caratteristiche delle persone e le modalità attraverso le quali la società organizza l'accesso e il godimento di diritti, beni e servizi”*.

La Convenzione definisce le persone con disabilità come coloro che *“hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri (art. 1, comma 2)”* (DELLA FINA, 2010, 10; ZANICHELLI, 2013, 205).

Essa ha il pregio di aver attribuito ai diritti delle persone con disabilità il rango di diritti umani di rilievo internazionale, di guisa che la tutela di tali diritti non soggiace alla discrezionalità degli Stati, essendo oramai, mediante il trattato ONU, la disabilità rifuggita dal precedente stato di invisibilità agli occhi della società.

Tale Convenzione, accogliendo la componente sociale, introduce il concetto di accomodamento ragionevole, che si sostanzia in tutte quelle *“modifiche”* e *“adattamenti necessari e appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali”* (Art. 5, par. 3 Convenzione ONU). Ne deriva un preciso dovere dello Stato di *«accomodare la diversità umana»* fornendo un supporto individualizzato (NGWENA, 2017, 478). L'aggettivo *“ragionevole”* sembra doversi riferire a una connotazione individuale dell'accomodamento, necessario per rimuovere una situazione di svantaggio riferita alla persona con disabilità in un determinato momento.

L'Italia ha ratificato la Convenzione con la legge del 3 marzo 2009 n. 18, con cui, peraltro, è stato istituito l'Osservatorio Nazionale sulla condizione delle Persone con Disabilità, avente funzioni consultive e di supporto tecnico scientifico per l'elaborazione delle politiche nazionali in materia di disabilità.

Invero, la Corte costituzionale, prima della ratifica, ha fatto riferimento alla Convenzione nella sentenza n. 251/2008, riconoscendole il ruolo di *“ausilio interpretativo”* per il suo *“carattere espressivo di principi comuni ai vari ordinamenti nazionali”*.

A seguito della ratifica del testo, la giurisprudenza costituzionale è stata chiamata a garantire l'effettività delle libertà e la garanzia dei diritti sociali per le persone con disabilità, invero, con non poche difficoltà (PICCIONE, 2021).

In particolare, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 2 del 2016, si è pronunciata sulla legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge della Provincia autonoma di Trento 27 luglio 2007, n. 13 (Politiche sociali nella provincia di Trento). La disposizione in questione prevede, al primo comma, che “[i] soggetti che fruiscono di prestazioni consistenti nell'erogazione di un servizio partecipano alla spesa in relazione alla condizione economico-patrimoniale del nucleo familiare di appartenenza, secondo quanto previsto dall'articolo 6 della legge provinciale 3/1993, nonché in relazione alla tipologia della prestazione erogata”.

Il giudice delle leggi, nel valutare la compatibilità di tale previsione con la Convenzione, che nel preambolo e negli artt. 3 e 25 sancisce il dovere di valorizzare la persona disabile come soggetto autonomo e indipendente, ha di fatto escluso l'immediata applicabilità del trattato ONU all'interno degli Stati, ponendo degli “obblighi di risultato” a fronte dei quali gli Stati aderenti devono “individuare in concreto – in relazione alle specificità dei singoli ordinamenti e al correlativo e indiscusso margine di discrezionalità normativa – i mezzi ed i modi necessari a darvi attuazione” (ADDIS, 2016, 1).

In Spagna l'adeguamento alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità è stato portato a compimento col RDLeg. 1/2013 del 29 novembre, il Testo unico della legge generale sui diritti delle persone con disabilità e sulla loro inclusione.

Mentre la L. 104/1992 in Italia ha per molto tempo mantenuto una definizione di disabilità non coerente rispetto a quanto affermato dalla Convenzione Onu, l'art. 4 del Testo Unico spagnolo definisce le persone con disabilità come “coloro che presentano carenze fisiche, mentali, intellettive o sensoriali, prevedibilmente permanenti che, interagendo con barriere di varia natura, possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione alla società, ad armi pari con gli altri”.

Il Tribunale Costituzionale spagnolo, inoltre, ha avuto modo di chiarire il significato dell'accomodamento ragionevole in tre occasioni.

La sentenza 10/2014, del 27 gennaio, ha espresso la necessità vengano approntati adeguamenti ragionevoli nel campo dell'istruzione, garantendo una scolarizzazione inclusiva delle persone disabili. È, dunque, possibile disporre l'inserimento presso centri educativi speciali in luogo di quelli ordinari solo quando gli accomodamenti necessari per assicurare l'inclusione dell'alunno con disabilità siano sproporzionati o irragionevoli.

Nella STC 77/2014, del 22 maggio, il Tribunale Costituzionale ha affermato il dovere delle autorità di sviluppare le fasi procedurali necessarie e garantire accomodamenti ragionevoli per consentire alla persona con disabilità di comprendere la rilevanza della citazione a giudizio e assicurare la sua presenza al dibattimento orale nel corso di un processo penale, in nome del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva (art. 24.1 CE).

Più di recente, il Tribunale Costituzionale si è pronunciato sulla necessità di apportare accomodamenti ragionevoli per garantire il diritto delle persone con disabilità a lavorare in condizioni di parità con gli altri (STC 51/2021, del 15 marzo). Il mancato rispetto da parte del datore di lavoro dell'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli rende illegittimi provvedimenti disciplinari motivati su eventuali inadempienze da parte del lavoratore con disabilità.

4. Le più recenti iniziative a tutela delle persone con disabilità in Spagna...

Nel dicembre 2018 il Consiglio dei Ministri spagnolo ha approvato un articolato progetto preliminare di riforma dell'articolo 49 della Costituzione, per soddisfare la domanda di maggior tutela avanzata dalla società civile e adeguare la normativa al paradigma biopsicosociale (PÉREZ BUENO, 2020).

Di fondamentale rilevanza si è rivelato il ruolo delle organizzazioni di rappresentanza, che hanno evidenziato, innanzitutto, la necessità di intervenire sulla terminologia utilizzata, sostituendo il termine "disabili" con l'espressione "persone con disabilità", in modo da porre l'accento sulla loro dignità quali persone anziché sulla loro condizione di fragilità. In secondo luogo, il progetto riteneva necessario proclama-

re che le persone con disabilità sono titolari di tutti i diritti affermati nel Titolo I. In parallelo, l'enunciazione di un espresso mandato ai poteri pubblici, finalizzato all'adozione di misure che consentissero il raggiungimento della piena autonomia personale e dell'inclusione sociale delle persone con disabilità, con un richiamo alle organizzazioni rappresentative, e al loro indispensabile ruolo nella tutela di chi versa in una condizione di disabilità.

Ancora, un riferimento alle esigenze specifiche di donne e ragazze con disabilità, in quanto tali doppiamente vulnerabili, sol che si pensi al fatto che il 60% delle persone con disabilità sono donne e generalmente lo sono coloro che subiscono abusi sessuali o sono sottoposte a sterilizzazione forzata. L'articolo si chiudeva con un espresso riferimento ai diritti delle persone con disabilità previsti dai trattati internazionali ratificati dalla Spagna.

Il 28 febbraio 2019 la Sessione Plenaria del Consiglio di Stato, esaminato il progetto, ha emesso un parere proponendo di eliminare il riferimento ai diritti contenuti nel Titolo I della Costituzione, essendo tale affermazione lapalissiana. Ancora, ha suggerito di specificare che la partecipazione delle organizzazioni rappresentative delle persone con disabilità sarebbe stata svolta "secondo le disposizioni di legge"; di sostituire, nella terza sezione, l'espressione "protezione rinforzata" con "protezione speciale", rientrando l'art. 49 tra i principi ispiratori della politica sociale ed economica che possono essere invocati direttamente davanti al giudice ordinario solo nella misura in cui siano stati sviluppati dalla legge. Infine, ritenendo il rinvio a trattati e accordi internazionali non necessario, essendo già previsto espressamente nell'art. 96, comma 1, della Costituzione.

Per ragioni esogene, date dallo scioglimento delle Camere nel 2019 e dallo scoppiare della pandemia da Sars-CoV-2 l'anno successivo, il progetto preliminare è stato abbandonato ma il tema non è stato dimenticato.

Nel *Plan de recuperación, transformación y resiliencia* spagnolo l'attenzione alle persone disabili si evince sin dalla componente C25.R1 "Riforma del quadro normativo per il settore audiovisivo", in cui si prevede che la nuova Legge Generale della Comunicazione dovrà contenere misure che miglioreranno l'integrazione delle persone con disabilità.

Il Piano spagnolo contiene un'apposita sezione esplicativa delle misure già adottate tra il 2020 e il 2021. Tra queste, viene annoverato un intervento per rendere più adeguato il sistema sanitario per persone anziane, persone disabili e malati cronici, con l'obiettivo di migliorare i risultati sanitari, prevenire la disabilità e migliorare la qualità della vita e il benessere dei pazienti e delle loro famiglie.

La persona con disabilità è tenuta in debita considerazione anche nelle misure adottate per la protezione del consumatore. Il Piano identifica la figura del "consumatore vulnerabile" in minori, anziani, persone con un basso livello di digitalizzazione, disabilità funzionali, intellettive, cognitive o sensoriali e, in generale, in coloro che riscontrano difficoltà per via della mancanza di accessibilità alle informazioni.

Un'importantissima misura che è stata adottata in Spagna, di cui si dà conto nel *Plan* spagnolo, consiste nell'abrogazione dell'art. 52.d. dello Statuto dei Lavoratori. Tale articolo individuava una ipotesi di licenziamento per giusta causa nei confronti di lavoratori affetti da disabilità, malattie croniche o a lungo termine o incaricati dell'assistenza a favore di altri familiari. La soppressione del precetto risponde all'esigenza di garantire i diritti fondamentali dei lavoratori, in conformità alle linee guida della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, già in una sentenza del 18 gennaio 2018, aveva avvertito la Spagna che l'applicazione di questo metodo di licenziamento oggettivo per assenze giustificate era contraria alla direttiva 2000/78, che vieta la discriminazione sulla base della disabilità.

Oltre ad aiuti aggiuntivi per l'acquisto di veicoli elettrici adeguati alle esigenze delle persone con mobilità ridotta, il documento spagnolo prevede un Piano di riabilitazione abitativa e riqualificazione urbana, comprensivo di misure che affrontano specificamente i problemi che colpiscono più intensamente donne e gruppi vulnerabili, come le persone con disabilità e anziani.

Infine, particolare attenzione è dedicata alla mobilità sostenibile, sicura e connessa, anche nell'ottica di migliorare l'accessibilità per persone con disabilità o mobilità ridotta.

Il Consiglio dei Ministri ha approvato, il 3 maggio 2022, la Strategia spagnola sulla disabilità 2022-2030, definita nell'incipit quale bussola verso un Paese più giusto e inclusivo, elaborata con i contributi

essenziali delle persone con disabilità e le loro famiglie, guida per avanzare nelle politiche inclusive e nella lotta alla discriminazione.

Grazie alla convergente volontà di maggioranza e opposizione, quasi all'unanimità (312 voti favorevoli, 32 contrari) si è, inoltre, riusciti a intervenire sul testo costituzionale. La nuova formulazione dell'art. 49 Cost., approvato il 15 febbraio 2024 e pubblicato nel BOE del 17 febbraio 2024 così recita: “1. *Le persone con disabilità esercitano i diritti previsti dal presente Titolo in condizioni di reale ed effettiva libertà e uguaglianza. Le tutele speciali necessarie per tale esercizio saranno regolate dalla legge.* 2. *I poteri pubblici promuoveranno politiche che garantiscano la piena autonomia personale e l'inclusione sociale delle persone con disabilità, in ambienti universalmente accessibili. Allo stesso modo, incoraggeranno la partecipazione delle loro organizzazioni, nei termini stabiliti dalla legge. Saranno affrontati in particolare i bisogni specifici delle donne e dei minori con disabilità*”.

L'art. 49 Cost. così emendato consacra a livello costituzionale la necessità di partire da una corretta definizione delle persone con disabilità, ponendo l'accento sulla loro dignità. Si tratta di un balzo in avanti rispetto alla *Disposición adicional octava* della Legge 39/2006, la quale imponeva già che tutti i riferimenti normativi a “*minusválidos*” e a “*personas con minusvalía*” dovessero essere sostituiti con l'espressione “persone con disabilità”, richiedendo l'utilizzo di tale terminologia per tutti i successivi provvedimenti della Pubblica Amministrazione.

Il nuovo precetto, ispirandosi al modello sociale della disabilità, affida alle Autorità il compito di adottare politiche per la piena autonomia e l'inclusione. Rispetto al progetto del 2018, la vera novità riguarda l'introduzione, auspicata in dottrina, del canone dell'accessibilità universale, invero già affermato dall'articolo 9 della Convenzione di New York e nell'articolo 15.3 della Carta Sociale Europea.

Allo sforzo interpretativo compiuto a livello giurisprudenziale oggi si affianca, dunque, l'allineamento della Costituzione spagnola agli impegni assunti a livello internazionale.

In dottrina, la riforma è stata dunque accolta con favore, ritenendosi che “*la nuova prospettiva adottata, basata sull'uguaglianza reale, sull'autonomia individuale, sull'integrazione sociale e sul diritto a una partecipazione effettiva alla vita della comunità, consentirà di avanzare*

ancora di più costringendo i poteri pubblici a ricercare azioni più ampie, specifiche, e l'integrazione di azioni positive e misure di partecipazione collettiva" (NOGUEIRA GUASTAVINO, 2024).

4.1 ...e in Italia

In Italia, la legge 5 febbraio 1992, n. 104 rappresenta da decenni il testo di riferimento per la tutela della persona con disabilità, pur essendo espressamente rivolta alle persone handicappate (CENDON, 1997; COLAPIETRO, SALVIA, 2013).

Seppur la legge sia nata in un periodo in cui la componente sociale della disabilità non era ancora emersa nelle classificazioni scientifiche, di certo essa è orientata al raggiungimento di obiettivi bio-psico-sociali, come risulta dalle finalità tracciate nell'art. 1 (BUSATTA, 2016, 341). Anche gli strumenti tramite cui conseguire tali obiettivi possono, a ragione, definirsi biopsicosociali (MASCI, 2020).

Se invece si analizza il profilo definitorio, l'art. 3 della legge 104/1992 definiva la persona con *handicap* come *"colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione"*.

Da tale definizione è stata ricavata *"una catena sequenziale, che inizia con una menomazione, la quale comporta disabilità, che si risolve in handicap"* (ROSSI, 2017, 28).

È chiaro che l'art. 3, comma 1, nel definire i soggetti *"handicappati"*, si ispirava al modello biomedico utilizzato nel 1992, secondo il quale circostanze non biologiche non possono influire sul corpo e sui processi biologici che lo caratterizzano, ed è solamente il sapere medico e specialistico a poter approntare idonei interventi correttivi e riabilitativi.

Lo scoppiare della pandemia ha acuito le criticità che caratterizzano il percorso di inclusione delle persone con disabilità. Esse hanno particolarmente sofferto l'impossibilità di accedere a servizi sociali e/o di riabilitazione, di mantenere relazioni interpersonali e percorsi affettivi che, soprattutto per chi rientra nel campo della disabilità intellettiva e dei disturbi del neuro sviluppo, si rivelano indispensabili.

Le famiglie hanno poi patito un ulteriore appesantimento del loro ruolo assistenziale nei confronti delle persone con fragilità (BORGIA, GRIFFO, 2020).

Infine, l'abitudine di assicurare certi servizi in luoghi a tal uopo appositamente istituiti ha determinato l'incapacità di approntare celermente un sistema di interventi domiciliari e personalizzati.

Il Comitato economico e sociale, nel suo Rapporto per il Presidente del Consiglio dei ministri di giugno 2020, ha, dunque, auspicato l'adozione di un approccio basato sulla domiciliarità dell'assistenza, e il rafforzamento dei servizi territoriali per la salute mentale, la costruzione di un'alternativa al ricovero in RSA e RSD tramite progetti terapeutico-riabilitativi individualizzati e di vita indipendente per persone con disabilità, minori, anziani, persone con disagio psichico, e la sistematizzazione delle politiche del lavoro per le persone con disabilità.

In parallelo, il Regolamento (UE) 2021/1060 sulle disposizioni comuni per l'assegnazione dei fondi dell'Unione, fra i quali rientra il PNRR, al punto d) dell'art. 5, ha obbligato gli Stati membri a soddisfare le cosiddette "condizioni abilitanti" per la realizzazione dell'obiettivo strategico *"un'Europa più sociale e inclusiva attraverso l'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali"*. Tra queste, è stata richiesta l'esistenza di un quadro normativo nazionale per garantire l'attuazione della citata Convenzione ONU.

Il PNRR compie un passo in avanti rispetto alle previsioni contenute nella Legge 112/2016. Infatti, diversamente da tale legge, le misure ivi previste non si rivolgono solamente alle persone disabili prive del sostegno familiare, ma prevedono un rilevante investimento infrastrutturale, per giungere a soluzioni alloggiative e dotazioni strutturali innovative che permettano di conseguire e mantenere la massima autonomia tanto per le persone con disabilità che per gli anziani.

Per raggiungere gli obiettivi della de-istituzionalizzazione e della promozione dell'autonomia delle persone con disabilità, è stata prevista l'emanazione di una legge quadro per le disabilità.

Sulla base di queste premesse, il Parlamento ha approvato in tempi record la legge delega del 22 dicembre 2021, n. 227, con la quale il Governo è stato delegato ad adottare, entro venti mesi dalla data di entrata in vigore della legge medesima, uno o più decreti legislativi per

la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità.

Molteplici sono gli ambiti su cui i decreti legislativi sono stati chiamati ad intervenire.

Tra questi, l'auspicato coordinamento, sotto il profilo formale e sostanziale, delle disposizioni legislative vigenti, e l'apporto di opportune *“modifiche volte a garantire e migliorare la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa di settore, ad adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo e a individuare espressamente le disposizioni da abrogare, fatta salva comunque l'applicazione dell'articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile”* (art. 2, comma 1, L. 22 dicembre 2021, n. 227).

Da ultimo, nella Gazzetta Ufficiale n. 111 del 14 maggio 2024 è stato pubblicato il D. Lgs. 3 maggio 2024 n. 62 che, in attuazione della citata legge delega 227/2021, definisce la condizione di disabilità, la valutazione di base, l'accomodamento ragionevole e la valutazione multidimensionale per l'elaborazione e l'attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato della persona con disabilità.

Anche in Italia si è provveduto ad un mutamento terminologico, mediante la sostituzione delle parole «persona handicappata», «portatore di handicap», «persona affetta da disabilità», «disabile» e «diversamente abile» con «persona con disabilità» (art. 4 D.Lgs. 62/2024).

All'art. 2 la condizione di disabilità è definita *“duratura compromissione fisica, mentale, intellettiva, del neurosviluppo o sensoriale che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri”*.

La legge delega e il D.Lgs. 62/2024 effettuano una distinzione tra l'accesso ai diritti di base e il progetto individualizzato, che verrà attivato non automaticamente ma solo su richiesta della persona e/o del suo rappresentante legale.

Sul punto, è stata però paventata *“l'idea che la presa in carico pubblica della persona sarà ancora un optional riservato ad un gruppo ristretto di persone vulnerabili a discapito del principio di uguaglianza sancito, oltre che dalla Convenzione delle Nazioni Unite, anche dalla nostra Carta costituzionale”* (CEMBRANI, CINGOLANI, FEDELI, 2022, 278).

Data la recentissima introduzione di tali previsioni, sembra ancora prematuro evidenziarne profili problematici e dunque non rimane che attenderne l'implementazione per comprendere se il progetto individualizzato riuscirà a dimostrarsi uno strumento idoneo a garantire il raggiungimento di un'autonomia effettiva per le persone con disabilità.

Infine, la legge delega prevede la riqualificazione dei servizi pubblici in materia di inclusione e accessibilità, l'istituzione di un Garante nazionale delle disabilità e il potenziamento dell'Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri.

L'Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità, ai sensi del D.P.C.M. 22 dicembre 2022, tra le sue funzioni, si occupa di curare un costante confronto con le federazioni e con le associazioni maggiormente rappresentative in materia di disabilità.

Il Garante Nazionale dei diritti delle persone con disabilità, istituito con decreto legislativo del 5 febbraio 2024 n. 20, opererà a partire dal 1° gennaio 2025.

Tra i suoi compiti, quello di vigilare sul rispetto dei diritti e sulla conformità alle norme e ai principi stabiliti dalla Convenzione delle Nazioni Unite, dalla Costituzione, dalle leggi dello Stato e dalle fonti subordinate nella medesima materia; di contrastare fenomeni di discriminazione diretta e indiretta o di molestie in ragione della condizione di disabilità e del rifiuto dell'accomodamento ragionevole; di promuovere l'effettivo godimento dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone con disabilità, su base di eguaglianza con gli altri, anche impedendo che esse siano vittime di segregazione.

5. Conclusioni

La trattazione evidenzia come la Spagna abbia mostrato una spiccata sensibilità nei confronti delle persone con disabilità sin dal momento dell'elaborazione della Costituzione. Va certamente rilevato che la presenza di una concezione ibrida, tra modello medico e modello sociale della disabilità, nel 1978 ha contribuito a rendere l'ordinamento spagnolo uno dei Paesi maggiormente in grado di cogliere

le sfide che caratterizzano la tutela delle persone con disabilità. La dottrina ha tuttavia rilevato alcune criticità, date da una terminologia poco conforme alle esigenze di inclusione e dalla collocazione dell'articolo 49 all'interno di quei Principi direttivi che non consentono una immediata azionabilità in giudizio. La prima difficoltà è stata di recente superata grazie ad una lungimirante revisione costituzionale che ha avuto il merito di testimoniare la possibilità di convergenza tra forze politiche differenti per dare risposte alle richieste avanzate nell'ordinamento spagnolo dalle persone con disabilità. La modifica costituzionale rappresenta il coronamento di un percorso di attenzione alla tematica che si era già affermato mediante le previsioni contenute nel *Plan* spagnolo e nella Strategia spagnola sulla disabilità, volte ad introdurre misure per garantire l'autonomia e l'accessibilità, in linea con quanto prescritto dalla Convenzione ONU. Sembra, insomma, che l'ordinamento spagnolo sia pronto a dare attuazione al precetto costituzionale con misure concrete.

In Italia, il percorso giuridico per garantire tutela alle persone con disabilità si è rivelato piuttosto tortuoso. Le origini dell'art. 38 Cost. mostrano una spiccata visione medico-riabilitativa della disabilità, che a fatica è stata superata tramite una lettura congiunta degli artt. 2, 3, 38 Cost. e per mezzo della Convenzione ONU. Seppur la L. 104/1992 sia stata in grado di stabilire obiettivi bio-psico-sociali, solo col recentissimo D.Lgs. 62/2024 si è intervenuti per rendere la definizione della disabilità coerente con le più aggiornate cognizioni scientifiche. E ciò è probabilmente avvenuto solo grazie alle sollecitazioni in tal senso provenienti dall'Unione Europea.

I tempi si sono rivelati certamente maturi per un cambio di paradigma in grado di affermarsi non a livello giurisprudenziale ma soprattutto a livello legislativo.

La sfida definitoria è, però, solo una delle tante questioni che il legislatore ha dovuto affrontare, essendo richiesto uno sforzo maggiore affinché il diritto alla vita indipendente della persona con disabilità non si risolva in una mera enunciazione ma si carichi di significato e investa tutti i settori della vita: istruzione, lavoro, socializzazione *in primis*, in ossequio a quel principio di solidarietà che sinora ha costituito il punto fermo nella garanzia dei diritti delle persone con disabilità.

Sul punto, l'esperienza spagnola può certamente fungere da esempio, sol che si pensi alla capacità dell'ordinamento spagnolo nel recepire le istanze provenienti dalle organizzazioni rappresentative delle persone con disabilità, addirittura mediante la revisione costituzionale.

In Italia, certamente fondamentale si rivelerà l'apporto dell'Autorità Garante dei diritti delle persone con disabilità, chiamata ad assicurare la consultazione con cadenza almeno semestrale sull'esercizio delle proprie funzioni con le federazioni maggiormente rappresentative delle persone con disabilità e a garantire forme di concertazione in relazione alle specifiche attività di competenza.

Solo un'azione concertata potrà condurre alla rimozione di quegli ostacoli che le persone con disabilità incontrano nella quotidianità, evitando che gli stessi siano ancora sottoposti ad un maggior rischio di povertà ed esclusione sociale.

Riferimenti bibliografici

- Addis, P. (2016). La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e la Corte costituzionale. Osservazioni a partire dalla sentenza 2/2016. *Federalismi.it*, (2).
- Addis, P. (2021). Antipaternalismo, disabilità, Costituzione. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (2).
- Arconzo, G. (2020). *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*. Franco Angeli. Milano.
- Arconzo, G. (2021). Disabilità e diritto all'istruzione. *Forum di quaderni costituzionali*, (1).
- Ardizzone, L., Di Maria, R. (2017). La tutela dei diritti fondamentali ed il “totem” della programmazione: il bilanciamento (possibile) fra equilibrio economico-finanziario e prestazioni sociali (brevi riflessioni a margine di Corte cost., sent. 275/2016). *Diritti regionali*, (2).
- Belli, R. (2018). Uno scivolone della Corte nega l'autodeterminazione e suona il de profundis per i disabili. *Osservatorio sulle fonti*, (3).
- Blando, F. (2017). Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto. *Federalismi.it*, (10).
- Boorse, C. (2010). Disability and Medical Theory. In D.C. Ralston, J. Ho (a cura di), *Philosophical Reflections on Disability*. Springer. Dordrecht..

- Borgia, L., Griffo, G. (2020). Il carico sproporzionato di problemi che hanno colpito le persone con disabilità e le loro famiglie durante la pandemia da Covid-19. *Nuova Secondaria*, 38 (2).
- Busatta, L. (2016). L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale. In F. Cortese, M. Tomasi (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*. Università degli Studi di Trento. Trento.
- Cabazzi, R. (2017). Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016. *Le Regioni*, (3).
- Cabra de Luna, M. A. (2004), Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, (50).
- Cannella, G. (1966). Elementi di chiarificazione del concetto di sicurezza sociale. In Carullo, V. (a cura di), *Studi in memoria di Ludovico Barassi*. Giuffrè. Milano.
- Caracciolo La Grotteria, E. (2020). Diritto all'istruzione e tutela giurisdizionale. *Federalismi.it*, (6).
- Cembrani, F., Cingolani, M., Fedeli, P. (2022). L'inclusione della persona disabile con strumenti tecnologici: occasione di un primo commento alla legge-delega al governo in materia di disabilità. *Rivista italiana di medicina legale*, (2).
- Cendon, P. (1997). *Handicap e diritto: Legge 5 febbraio 1992, n. 104 Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*. Giappichelli. Torino.
- Colapietro, C. (2009). Diritto al lavoro dei disabili e Costituzione. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, (4).
- Colapietro, C. (2011). *Diritti dei disabili e Costituzione*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Colapietro, C., Salvia, A. (2013). *Assistenza inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Colapietro, C. (2020), I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione. *Dirittifondamentali.it*, 2.

- Colapietro, C.; Girelli, F. (2020). *Persone con disabilità e Costituzione*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Crocetta, C. (2018). Il diritto all'istruzione e all'integrazione dei minori disabili a scuola: diritto effettivo o "paper right"? In Cerato, M., Turlon, F. (a cura di), *Scuola famiglia e minori. Profili normativi e psicologici*, Pacini Editore. Pisa.
- Della Fina, V. (2010). Articolo 1. In Marchisio, S., Cera, R., Della Fina, V. (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Commentario*. Aracne. Roma.
- Di Ciommo, M. (2010). *Dignità umana e Stato costituzionale*. Passigli Editori. Firenze.
- Di Genio, G. (2016). Sostegno scolastico e tutela costituzionale del disabile. *Forum di quaderni costituzionali*, n.d.
- Favalli, S. (2021). *Disabilità, diritti umani e diritto internazionale*. Giuffrè. Milano.
- Gambardella, F. (2017). Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale. *NOMOS*, (1).
- Goig Martínez, J.M. (2023). Tratamiento de la discapacidad en la constitución española de 1978. Estudio sistemático. In Calaza López, S., Luaces Gutiérrez, A.I. *Justicia y discapacidad en un entorno virtual*. Dykinson. Madrid.
- Griffo, G. (2012). Persone con disabilità e diritti umani. In Casadei, T. (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*. Giappichelli. Torino.
- Jerónimo Sánchez-Beato, E. (2022). Evolución del régimen jurídico de los Derechos de las personas con discapacidad. In *Revista Ratio Juris*, 17, (35).
- Lega, C. (1969). *Il rapporto giuridico di previdenza sociale*. Giuffrè. Milano.
- Lorenzetti, A. (2016). Dis-eguaglianza e disabilità. In Della Morte, M. (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Lorenzo García, R. (2007). Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado. In Lorenzo García, R., Cayo Pérez Bueno, L. (a cura di), *Tratado sobre discapacidad*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor.
- Masci, F. (2017). L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone. *Costituzionalismo.it*, 2.

- Matucci, G. (2021). *Persona, formazione, libertà. L'autorealizzazione della persona con disabilità fra istruzione e legal capacity*. FrancoAngeli. Milano.
- Mazziotti, M. (1979). L'assistenza nella Costituzione. *Iustitia*.
- Nannipieri, L. (2012). Il diritto all'istruzione del disabile nelle fonti nazionali tra problemi definitivi, giurisprudenza costituzionale e giudici di merito. *Rivista Aic*, (3).
- Ngwen, C.G. (2017). Human Right to Inclusive Education: Exploring a Double Discourse of Inclusive Education Using South Africa as a Case Study. *Netherlands Quarterly of Human Rights*.
- Nicotra, I. (2009/10). Diritto alla vita e diritto di morire nelle fasi finali dell'esperienza umana. *Revista de la facultad de ciencias jurídicas*, 14-15.
- Nogueira Guastavino, M. (2024). La tercera reforma constitucional (Art. 49 CE): de la protección de los disminuidos a la de las personas con discapacidad soslayando la diversidad funcional. *Briefs AEDTSS*, n. 29.
- Nussbaum, M.C. (2007). *Le nuove frontiere della giustizia*. il Mulino. Bologna.
- Olarte, S. (2020), Protección jurídica de la discapacidad y sus fuentes reguladoras. In Ruiz, J. L. López, B., Maldonado, J. A. Vila, F. Moreno M. y Monereo, J. L. (a cura di), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad: un enfoque integral y exhaustivo*. Avda Murcia: Laborum Ediciones.
- Panunzio, S.P. (1988). *Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale*, in AA.VV, *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, III. Giuffrè. Milano.
- Pérez Bueno, L.C. (2020). Artículo 49, primera reforma social de la Constitución Española. Consideraciones y propuestas desde la discapacidad organizada. *Actas de coordinación sociosanitaria*, 27.
- Persiani, M. (1979) Art. 38 Cost. In G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli. Roma – Bologna.
- Piccione, D. (2021). I diritti sociali come determinanti di libertà nello stato costituzionale. Il paradigma del rapporto tra libertà e condizioni di disabilità. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2.
- Poli, L. (2021). Sistemi scolastici inclusivi tra empowerment delle persone con disabilità ed 'educazione alla diversità. *Diritti umani e diritto internazionale*, (2).
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer M., (2018). Artículo 49. In Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., Casas Baamonde, M. E. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, España: Wolters Kluvers España.

- Rossi, S. (2017). Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale. *Rivista Aic*, 2.
- Sanchini, F. (2021). I diritti delle persone con disabilità tra dimensione costituzionale, tutela multilivello e prospettive di riforma. *Federalismi.it*, (24).
- Tripodina, C. (2008). Art. 38 Cost. In Bartole, S., Bin, R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*. Cedam. Padova.
- Troilo, S. (2012). I “nuovi” diritti sociali: la parabola dell’integrazione scolastica dei disabili. *Gruppo di Pisa*, (3), n.d.
- Violini, L. (2006). Art. 38 Cost. In Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*. Utet. Torino.
- Vivaldi, E. (2019). Il diritto all’istruzione delle persone con disabilità: continuità dei finanziamenti e tutela del nucleo essenziale del diritto (nota a Corte costituzionale n. 83/2019). *Forum di quaderni costituzionali*, n.d..
- Zanichelli, M. (2013). *Paradigmi di giustizia alla prova della disabilità*. *Rivista di filosofia del diritto*, 1.

IL DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ E LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina normativa della procreazione medicalmente assistita in Italia. – 2.1. Il lento percorso verso la legge n. 40/2004. – 2.2. L'introduzione della L. 40/2004: requisiti e limiti all'accesso alle pratiche di PMA. – 3. L'intervento della giurisprudenza costituzionale e la progressiva erosione della rigidità originaria della L. 40/2004. – 3.1. La sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale. – 3.2.- L'illegittimità costituzionale del divieto di PMA di tipo eterologo. – 3.3. Le successive pronunce di illegittimità costituzionale. – 4. Il requisito del consenso alla PMA al vaglio della Corte costituzionale. – 5. Brevi riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Il tema del diritto alla genitorialità e della sua correlazione con le tecniche di procreazione medicalmente assistita rappresenta un ambito in cui il ruolo della giurisprudenza costituzionale è stato e continua ad essere di rilievo primario.

Il diritto alla genitorialità, inteso quale diritto alla formazione di una famiglia con figli, è stato richiamato dalla giurisprudenza costituzionale italiana¹ lungo il solco tracciato dalla giurisprudenza europea e il dibattito inerente alla concretizzazione di tale diritto è tutt'ora aperto, lasciando emergere plurimi profili di interesse giuridico-costituzionale.

Il presente contributo si propone di ricostruire brevemente il quadro normativo italiano relativo alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo alla luce delle pronunce della Corte costituzionale che hanno progressivamente ridisegnato l'impianto normativo delinea-

¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 162/2014.

to dalla L. n. 40/2004, evidenziando le possibili criticità che ad oggi si pongono in termini di bilanciamento tra il diritto alla genitorialità e altri diritti costituzionalmente tutelati, ciò soprattutto alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale.

La tematica è certamente complessa e apre a un orizzonte di riflessione potenzialmente molto vasto poiché sono molteplici gli aspetti problematici con i quali il diritto è chiamato a misurarsi. Non essendo possibile approfondire in questa sede tutti i profili che pure si offrono alla riflessione giuridico-costituzionale, il contributo prenderà in considerazione il tema della procreazione medicalmente assistita con riferimento alle coppie eterosessuali, non occupandosi delle questioni inerenti all'accessibilità alle predette tecniche procreative da parte delle coppie omosessuali.

L'attenzione sarà focalizzata, in particolare, sulla giurisprudenza costituzionale che è progressivamente intervenuta in modo sostanziale sulla disciplina normativa della procreazione medicalmente assistita, ricostruendo le principali pronunce della Corte costituzionale inerenti alla L. 40/2004 fino ad arrivare ai risvolti evolutivi più recenti.

2. La disciplina normativa della procreazione medicalmente assistita in Italia

2.1. Il lento percorso verso la legge n. 40/2004

L'ordinamento italiano per lungo tempo è stato privo di una disciplina legislativa adeguata delle tecniche di fecondazione assistita, delineandosi così una situazione di incertezza che ha dominato la scena fino agli inizi del XXI secolo, cioè fino al momento in cui è entrata in vigore la legge n. 40 del 2004. Il vuoto legislativo, tuttavia, non era da ricondurre ad un completo disinteresse da parte del legislatore, quanto più alla difficoltà di addivenire ad una proposta normativa condivisa in una materia così ricca di implicazioni di natura etica.

Il Parlamento italiano, infatti, aveva iniziato ad interessarsi concretamente del tema sul finire degli anni Cinquanta, ma i tentativi di regolamentazione della materia erano confluiti in proposte di legge dalle

quali traspariva chiaramente un atteggiamento di contrarietà alle tecniche di procreazione medicalmente assistita².

Sulla stessa linea di contrarietà e illiceità si posero anche le proposte emanate tra la fine degli anni Cinquanta e la fine degli anni Sessanta³.

Negli anni successivi ci furono diversi tentativi di elaborazione di un intervento normativo e fu istituita anche una Commissione di studio che potesse “*approfondire le tematiche medico – scientifiche, etico – sociali, organizzative e giuridiche*” relative alla procreazione medicalmente assistita e al trattamento degli embrioni e che avesse lo scopo di “*elaborare le enunciazioni propositive successivamente traducibili in uno schema di articolato normativo per la disciplina della materia*”⁴.

Nel contempo, considerata l'assenza di una disciplina legislativa che potesse fare ordine nel vasto panorama della fecondazione assistita (BUSNELLI, 1996, 571 – 572), furono emanate alcune circolari ministeriali al fine di porre delle linee guida per l'accesso alle tecniche di

² La prima proposta di legge in materia risale al 25 novembre 1958 e venne presentata con lo scopo di arginare il fenomeno dell'inseminazione semplice, *in vivo*, non *in vitro*, con il seme di un donatore. La volontà di qualificare come illecito il ricorso a simili tecniche, per quanto deducibile senza dubbio già dal titolo della proposta di legge “*Divieto della inseminazione artificiale e sua disciplina giuridica*”, era rafforzata dalla previsione di sanzioni penali per chi avesse deciso, *contra legem*, di accedere all'inseminazione².

Nello specifico, la proposta di legge C. 585, 25 novembre 1958, presentata dai deputati Gonella e Manco alla Camera, all'art. 1 disponeva: “*La donna che permette su di sé, con seme totalmente o parzialmente non del marito, pratiche inseminative è punita con la reclusione fino a un anno. Con la stessa pena è punito il marito che vi abbia consentito, nonché il terzo datore di seme e chiunque su donna coniugata consenziente compie atti idonei alla inseminazione artificiale*”.

³ Si fa qui riferimento rispettivamente alla proposta C. 1017 dell'8 aprile del 1959 presentata dagli onorevoli Riccio, Spena e Frunzio e alla proposta S. 754 presentata dalla senatrice Franca Falcucci ben dieci anni più tardi (2 luglio 1969)

⁴ La Commissione, presieduta dal magistrato Fernando Santosuosso, da cui prese anche il nome, elaborò due progetti di legge. Dalla seconda proposta, in particolare, emergeva il disfavore nei confronti della fecondazione artificiale di tipo eterologo; si consentiva, infatti, l'accesso alla sola FIVET (Fertilizzazione In Vitro con Embryo - Transfer) omologa. I testi proposti non ebbero seguito.

PMA⁵. Per quanto l'introduzione di questi atti di regolamentazione potesse incidere sulle anomalie del sistema, essi si limitavano a intervenire in ambiti specifici della materia e non riuscivano a colmare il vuoto normativo dovuto all'assenza "colpevole e grave" (D'AVACK, 2004, 793) di una disciplina legislativa⁶.

Dall'elaborazione delle prime proposte di legge in materia, peraltro, emergeva chiaramente la difficoltà di mettere ordine in un ambito in cui era potenzialmente enorme lo iato tra ciò che era tecnicamente possibile e ciò che poteva essere giuridicamente legittimo.

Il lungo e complesso percorso che tra la fine degli anni Novanta e l'inizio degli anni Duemila ha visto il delinearsi di diversi disegni di legge volti a sistematizzare la materia, si è infine concluso con l'approvazione del testo della L. n. 40 del 10 febbraio 2004, recante le *"Norme sulla procreazione medicalmente assistita"* e tutt'oggi vigente.

2.2. L'introduzione della L. 40/2004: requisiti e limiti all'accesso alle pratiche di PMA

La L. 40/2004 ha rappresentato il risultato di un dibattito lungo e mai davvero sopito, ponendosi quale approdo necessario di un complesso percorso parlamentare (SANTOSUOSSO, 2004), ma esponendosi fin dall'entrata in vigore a critiche per un'impostazione ritenuta eccessivamente rigida (SANTOSUOSSO, 2004; IADICICCO, 2020, 171 ss.).

La citata legge, infatti, ha precisato che le tecniche di PMA costituiscono un mezzo per favorire la procreazione e tutelare la genitorialità, ma ha previsto che l'accesso a queste metodiche sia possibile soltanto nei casi in cui vi siano *"problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana"* a privare la coppia della possibilità di diventare genitori⁷.

⁵ A titolo esemplificativo si richiama la Circolare del Ministero della Sanità n. 100/119657/32.2.14 di marzo 1985, "Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale". Cfr. BUSNELLI, 1996, 571 – 572.

⁶ Così D'AVACK, 2004, 793. Sulla complessità del percorso per addivenire all'approvazione di una legge in materia di fecondazione assistita v. BALDINI, 2004.

⁷ Art. 1, co. 1, L. 40/2004.

Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, dunque, assume un ruolo sussidiario, delineandosi come *extrema ratio* per le ipotesi in cui non vi siano “*altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità*”⁸.

Tra i requisiti per poter accedere alle tecniche di PMA, accanto all'accertata patologia non altrimenti superabile, la legge ne ha previsti altri riguardanti gli aspiranti genitori.

In primo luogo, l'art. 5, rubricato “*Requisiti soggettivi*”, prende in considerazione l'età dei richiedenti. Da una parte si pone un limite minimo, la maggiore età, per assicurarsi che vi sia una buona capacità di discernimento in chi si approccia ad una decisione così importante come quella di avere un figlio; da un'altra parte, si pone un limite massimo, quello dell'età potenzialmente fertile, volendo assicurare che la procreazione medicalmente assistita avvenga in un contesto familiare quanto più assimilabile possibile alla procreazione naturale.

Alla stessa finalità mira il limite posto alla fecondazione *post mortem*; richiedendo che entrambi i componenti della coppia siano viventi per poter intraprendere il percorso della PMA, infatti, si cerca di evitare che il nascituro venga al mondo già orfano di uno dei genitori (D'ALOIA, TORRETTA, 2011, 1353)⁹. Da questa scelta deriva il divieto per i singoli individui di accedere alle tecniche di PMA e, conseguentemente, di porre le basi per la formazione di una famiglia monoparentale, ciò al fine di tutelare il diritto del figlio alla doppia figura genitoriale (c.d. diritto alla bi-genitorialità).

Nella medesima ottica, il Legislatore del 2004 ha previsto che possano accedere alla PMA esclusivamente le coppie eterosessuali, siano esse coniugate o conviventi.

La legge individua, inoltre, limiti alla ricerca e alla sperimentazione, ponendosi sulla stessa linea delle circolari ministeriali emanate negli anni precedenti, vietando e sanzionando la commercializzazione di

⁸ Art. 1, co. 2, L. 40/2004.

⁹ In dottrina è stato rilevato come questo requisito presti il fianco ad un'incertezza di fondo. Non essendo stato precisato il momento in cui gli aspiranti genitori devono essere “viventi”, l'obiettivo di evitare la formazione di una famiglia *ab origine* monoparentale potrebbe non essere raggiunto nei casi in cui, successivamente all'impianto dell'ovulo nell'utero materno, intervengano ragioni sopravvenute a sfaldare la coppia anche in modo permanente.

gameti o embrioni e la surrogazione di maternità¹⁰, così come ogni forma di clonazione, sia per finalità riproduttive che di ricerca, e la fecondazione di un gamete umano con uno di specie diversa o la produzione di ibridi e chimere¹¹.

Considerato questo quadro normativo, la legge n. 40/2004 che era intervenuta per delineare una disciplina legislativa a lungo attesa, di fatto rispondeva soltanto ad alcuni casi di sterilità e di infertilità, facendo proprio un concetto di genitorialità che non prescinde dal legame biologico. L'impostazione rigorosa assunta dal Legislatore aveva la finalità di favorire la formazione di famiglie che, seppur attraverso lo strumento della tecnica, fossero quanto più coincidenti possibile con il modello di famiglia "tradizionale" (CAGGIA, ZOPPINI, 2006; BESSONE, 1976; PAPA, 2015), scegliendo pertanto di consentire la sola PMA omologa e vietando quella di tipo eterologo. Si creavano così le basi per permettere la formazione di una famiglia che, attraverso il percorso della procreazione medicalmente assistita, fosse caratterizzata da una relazione eterosessuale stabile tra i genitori, i quali trasmettono entrambi il proprio patrimonio genetico al figlio¹².

3. L'intervento della giurisprudenza costituzionale e la progressiva erosione della rigidità originaria della L. 40/2004

La L. 40/2004 ha disciplinato una materia che involge diversi interessi costituzionali e le scelte compiute dal Legislatore sono state ritenute fin da subito troppo rigorose poiché riducevano in modo considerevole le ipotesi in cui fosse possibile ricorrere alle tecniche di PMA. In questo contesto, nell'anno successivo all'entrata in vigore della L. 40/2004, si è assistito alla proposta di ben cinque referendum abrogativi riguardanti il citato testo normativo.

¹⁰ Art. 12, co. 6 della legge n. 40 del 2004.

¹¹ Art. 13, co. 3, lett. c) e d).

¹² BUCELLI, 2005. L'A. ritiene che il legislatore abbia scelto di attenersi ad un paradigma "naturalistico", infatti "*ancorché diverso e più ampio di quello dell'art. 29 Cost., l'art. 5 valorizza un concetto "naturale" di famiglia, formata in base a normali rapporti sentimentali e di sangue tra genitore e figlio*".

La Corte Costituzionale ha avuto così la prima occasione per occuparsi della L. n. 40/2004 nell'ambito del giudizio di ammissibilità della proposta di referendum per l'abrogazione totale della stessa.

Con la sentenza n. 45 del 2005, la Corte ha chiarito come la medesima legge dovesse essere ricompresa nel novero delle leggi costituzionalmente necessarie, cioè "*dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona*", evidenziando che, in quanto tale, la legge n. 40/2004 non poteva essere abrogata totalmente perché si sarebbe creato un vuoto normativo e sarebbe venuta meno "*la tutela precedentemente concessa*"¹³. Per quanto potesse essere non totalmente condivisa, infatti, quella legge rappresentava il primo, e lungamente atteso, riferimento legislativo in materia di procreazione medicalmente assistita.

Sebbene in tale occasione la pronuncia fosse il risultato di una "*valutazione liminare e inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali*"¹⁴, senza involgere profili di legittimità costituzionale che esulavano da quella sede, negli anni successivi non sono mancate occasioni di intervento in materia da parte della Corte.

Con sentenze successive, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di incidere in modo sostanziale sull'impianto originario della legge sulla procreazione medicalmente assistita, occupandosi anche degli aspetti più controversi disciplinati dal Legislatore nel 2004.

3.1. La sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale

Con la sentenza n. 151 del 2009¹⁵, in particolare, la Corte si è tro-

¹³ Per le leggi costituzionalmente necessarie e la loro rilevanza, che ne rende impraticabile una pura e semplice abrogazione, la Corte richiama la sentenza n. 49 del 2000; Corte Cost. sent. 45/2005, punto 5 del Considerato in diritto.

Parte della dottrina ha evidenziato la debolezza del ragionamento sotteso alla pronuncia della Corte, perché se da un lato può condividersi la decisione dell'inammissibilità del referendum, non può dirsi altrettanto per la motivazione adottata a sostegno della stessa. Si ritiene, infatti, che sarebbe stato più corretto fare leva su altre argomentazioni, basarsi su altri criteri di (in)ammissibilità che potessero prestarsi meno ad applicazioni ambigue. In tal senso LAMARQUE, 2005; RUGGERI, 2005.

¹⁴ Corte Cost. sent. 45/2005, punto 3 del Considerato in diritto

¹⁵ Per un approfondimento del contenuto decisionale della sentenza, AGOSTA, 2009; TRUCCO, 2009.

vata a dover decidere della costituzionalità dell'art. 14, comma 2 e 3 della L. 40/2004, laddove prevedevano, rispettivamente, il divieto di *“creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”* e la possibilità di crioconservare gli embrioni non trasferibili nell'utero materno soltanto *“per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione”*¹⁶.

La declaratoria d'incostituzionalità ha riguardato il secondo comma nella parte in cui prevedeva un limite numerico fisso alla “creazione degli embrioni”, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna sottoposta alla procedura di procreazione medicalmente assistita, mentre il terzo comma è stato dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, dovesse essere effettuato, in ogni caso, senza pregiudizio della salute della donna. Si assiste così al superamento del divieto di crioconservazione quale logica conseguenza del superamento del limite di cui al comma 2 dell'art. 14.

Questa decisione costituisce la prima occasione per sottolineare la rilevanza della tutela della salute della donna in relazione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e, nel contempo, evidenziare la centralità del ruolo che la L. n. 40/2004 ha riservato al nascituro, individuando nell'embrione il soggetto primario da tutelare e chiarendo come sia necessario un contemperamento con i diritti della donna (AGOSTA, 2009)¹⁷. Dal momento che la L. n. 40/2004 ha posto al cen-

¹⁶ La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata anche in relazione ai commi 1 e 4 dell'art. 14 e all'art. 6, co. 3 della legge n. 40 del 2004, ma la Corte ha dichiarato l'inammissibilità di tali questioni.

¹⁷ Si evidenzia come l'art. 14.2 avesse previsto un trattamento medico identico per situazioni differenti che avrebbero meritato, invece, una valutazione ad hoc, in tal modo rischiando di mettere in pericolo la salute della donna, costretta a sottoporsi a cicli di fecondazione più numerosi di quanti ne sarebbero necessari se avesse consentito di poter utilizzare gli embrioni “in eccesso” per un successivo impianto embrionale. L'aspirante madre, quindi, data la “predeterminazione di un protocollo sanitario unico” si sarebbe trovata a subire un “trattamento sanitario non voluto e non volto alla tutela della salute propria, né della collettività”.

tro l'esigenza di salvaguardare la salute della donna e del nascituro, cercando un giusto equilibrio tra le due situazioni da tutelare (D'AMICO, COSTANTINI, 2014, 44), la Corte ha sottolineato come la disposizione normativa oggetto del giudizio, così come formulata dal Legislatore, si palesasse non idonea ad assicurare tale tutela poiché la previsione generale e astratta della legge non permetteva di tener conto delle peculiarità di ciascun caso specifico.

È questa la ragione per cui, secondo la Corte, si deve preferire una valutazione basata sulle *“più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche”* al limite posto in via legislativa, perché solo un'analisi approfondita del singolo caso sottoposto al trattamento consente al medico di fare le scelte più idonee a salvaguardare i soggetti coinvolti nel procedimento¹⁸. Lasciare che sia il medico ad individuare, di volta in volta, il numero di embrioni necessari e sufficienti a garantire concrete aspettative di gravidanza e a ridurre al minimo i rischi per la salute della donna e del feto è una scelta che mira a creare le condizioni adeguate per assicurare il giusto temperamento tra gli interessi coinvolti.

Con tale pronuncia, dunque, la Corte evidenzia come la tutela dell'embrione, pur essendo primaria, non abbia natura assoluta e necessiti di un *“giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione”*¹⁹, sottolineando, al tempo stesso, come la tutela della salute della donna sia un elemento centrale nelle questioni procreative.

3.2. *L'illegittimità costituzionale del divieto di PMA di tipo eterologico*

Sebbene questa pronuncia avesse già implicato la rimozione del divieto di crioconservazione e la rimodulazione di alcuni limiti posti dal legislatore, il punto di svolta nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia e nella ricostruzione del diritto alla genitorialità quale diritto fondamentale è da individuare nella successiva sentenza n. 162 del 2014 (BALDINI, 2014; PENASA, 2014; RUGGERI, 2014; VIOLINI, 2014; IADICICCO, 2020, 204), con la quale è stato dichiarato

¹⁸ Cfr. Corte Cost., sent. n. 151/2009, punto 6.1 del Considerato in diritto.

¹⁹ *Ibidem*.

illegittimo uno dei punti più discussi della legge: il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di cui all'art. 4, comma 3 della L. n. 40/2004.

In quell'occasione, facendo riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31, 32 e 117 Cost., i giudici *a quibus* avevano rilevato la natura discriminatoria del divieto di PMA di tipo eterologo, poiché precludeva a coppie affette da gravi patologie del sistema riproduttivo la possibilità di accedere alle uniche tecniche mediante le quali si poteva realizzare la loro aspirazione di genitorialità.

Dal momento che la legge consentiva l'accesso alle pratiche di tipo omologo, si verificava una situazione in cui la possibilità di diventare genitori risultava correlata alla maggiore o minore gravità della condizione di sterilità o infertilità. In altri termini, si assicurava un'opportunità di genitorialità alle coppie affette da forme patologiche più lievi che, non inibendo la produzione di gameti, consentivano il ricorso alla PMA di tipo omologo, ma si negava quella stessa opportunità alle coppie affette dalle medesime patologie ma di più grave intensità, tale da non permettere neppure la produzione di gameti utili per la procreazione²⁰.

Tale discriminazione comprometteva il diritto alla salute della coppia poiché le tecniche di procreazione medicalmente assistita, secondo le previsioni della L. n. 40/2004, hanno natura terapeutica e il divieto costituiva una preclusione rispetto a un mezzo, l'unico, per poter intervenire utilmente sulla condizione patologica dei componenti della coppia. Quel divieto, inoltre, si poneva in contrasto con gli artt. 2, 29 e 31 Cost. perché, non permettendo la piena realizzazione della vita familiare, minava l'esercizio della libertà di autodeterminazione delle coppie affette da gravi patologie impedendo loro di formare una famiglia con figli.

La Corte, pertanto, è intervenuta per rimuovere il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e nel farlo ha rilevato come fosse inadeguato già nel 2004, evidenziando come lo stesso fosse privo di fondamento costituzionale e concretizzasse una viola-

²⁰ La discriminazione si era accentuata alla luce della sentenza n. 151 del 2009 della stessa Corte Costituzionale, con la quale erano stati eliminati irragionevoli limiti alle procedure di PMA di tipo omologo. In tal senso, D'AMICO, COSTANTINI, 2014, 23.

zione del diritto della coppia di scegliere in ordine alla propria vita procreativa e familiare, frustrando la libertà di autodeterminazione della stessa.

In tale occasione, la Consulta ha chiarito che il divieto di PMA eterologa costituiva una lesione del diritto a diventare genitori e di formare una famiglia con figli, cioè un'irragionevole compressione del diritto alla genitorialità. Non essendovi in Costituzione un'espressa previsione di tale diritto, la Corte lo ha enucleato mediante un'interpretazione sistematica del testo costituzionale e lo ha delineato come espressione essenziale della libertà di autodeterminazione dell'individuo, libertà riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.

Facendo leva sull'art. 2 Cost., è stata ribadita l'incoercibilità della scelta di diventare genitori, attinente alla sfera più intima e personale dell'essere umano, la stessa a cui appartiene la scelta di fare ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo.

Le "esigenze della procreazione" richiamate dalla sentenza n. 151 del 2009, sono state prese in considerazione qui per sostenere e ribadire l'esigenza di tener conto di tutti gli interessi coinvolti e di bilanciare in modo ragionevole i diversi valori costituzionali. Ad essere contestato, infatti, è proprio un bilanciamento irragionevole operato dal legislatore, dal momento che aveva imposto un sacrificio eccessivo del diritto a poter essere genitori in assenza della necessità di salvaguardare un diritto concorrente che potesse essere lesa dall'esercizio di quella libertà²¹.

In conclusione, la Corte, per quanto qui rileva, ha espressamente delineato un diritto alla genitorialità quale diritto fondamentale incoercibile, non assoluto, che si sostanzia nella possibilità di una coppia di scegliere di formare una famiglia con figli.

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita, in questo contesto, assumono la valenza di un mezzo per concretizzare tale diritto, per realizzare un progetto di genitorialità nei casi in cui quella realiz-

²¹ Richiamando la sua precedente sentenza n. 332 del 2000, la Corte afferma che «le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango». Corte cost, sent, n. 162/2014, punto 6 del Considerato in diritto.

zazione non si scontri con l'esigenza di garantire un altro diritto di pari rango non altrimenti tutelabile. In tal senso, il diritto alla genitorialità si configura come un diritto profondamente influenzato e in qualche modo condizionato dalle acquisizioni della scienza e della tecnica (MORRONE, 2014).

3.3. Le successive pronunce di illegittimità costituzionale

Successivamente, nell'anno 2015, la Corte costituzionale è intervenuta nuovamente sul testo della L. n. 40/2004, occupandosi ancora una volta dell'accessibilità alle tecniche di PMA. Con la sentenza n. 96 del 2015²², è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della L. n. 40/2004, nella parte in cui non permettevano l'accesso alla PMA a coppie fertili, ma affette - anche come portatrici sane - da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni.

Dal momento che l'ordinamento consente a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici attraverso la più traumatica modalità della interruzione volontaria di gravidanza, la sentenza ha sottolineato l'irragionevolezza della scelta di impedire l'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, alle medesime coppie.

La Corte in tale occasione non si è soffermata sull'autodeterminazione in ambito procreativo o sulle scelte degli aspiranti genitori, ma ha costruito la motivazione sulla tutela del diritto alla salute che si esprime nel desiderio di procreare un figlio che non sia affetto dalla specifica malattia ereditaria di cui la coppia è portatrice.

Si circoscrive, in tal modo, sia la tipologia di coppie fertili ammesse alla PMA e, preliminarmente, alla diagnosi pre-impianto, sia il margine di scelta delle coppie ammesse. Si tratta, dunque, di una pronuncia volta a tutelare il diritto alla salute, della coppia e del nascituro, ma non ad incidere direttamente sul diritto alla genitorialità.

Si pone quale svolgimento necessitato e fisiologico di questa pronuncia la sentenza n. 229/2015. Con quest'ultima decisione, infatti, la

²² Per approfondire i contenuti della sentenza, cfr. IADICICCO, 2015, 789-805; TRIPODINA, 2015; PELLIZZONE, 2015.

Corte ha dichiarato illegittimo l'art. 13, comma 3, lett. b), e comma 4 della L. n. 40/2004, nella parte in cui prevedeva come ipotesi di reato la selezione degli embrioni anche se finalizzata esclusivamente ad evitare l'impianto intrauterino di embrioni affetti da gravi malattie genetiche trasmissibili²³. Una declaratoria d'incostituzionalità che completa sotto il profilo logico-giuridico l'intervento avviato con la sentenza n. 96 del 2015.

Negli anni successivi sono state rimesse all'attenzione della Corte altre questioni di costituzionalità riguardanti la L. n. 40/2004, spesso correlate alla possibilità di estendere l'accessibilità alle tecniche di PMA ad altri soggetti che non siano coppie eterosessuali stabili. In questi casi, tuttavia, i giudizi di costituzionalità si sono conclusi con pronunce di inammissibilità o di rigetto che, pertanto, non hanno comportato una modifica della normativa.

4. Il requisito del consenso alla PMA al vaglio della Corte costituzionale

Per ricostruire i risvolti più recenti della giurisprudenza costituzionale in materia di PMA, ai fini del presente lavoro, assume particolare rilevanza la sentenza n. 161/2023 con cui la Corte si occupata della questione dell'irrevocabilità del consenso prevista dall'art. 6, co. 3, della L. n. 40/2004.

La citata legge riserva particolare attenzione al consenso prestato dagli aspiranti genitori per l'applicazione delle tecniche di PMA. Nella fase iniziale, ma anche successivamente *“in ogni fase di applicazione”*

²³ Con la stessa sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità sollevata in relazione al divieto di soppressione degli embrioni ex art. 14, commi 1 e 6 della legge n. 40. Sebbene sia riconosciuta la possibilità di selezionare gli embrioni da impiantare nell'utero della donna, scegliendo quelli non affetti da malattie genetiche gravi, la Corte ha ritenuto di non dover consentire la soppressione degli embrioni, neppure se risultano affetti da una grave patologia genetica, perché la *“malformazione non ne giustifica, sol per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani”*. D'altronde non può non essere tutelata la dignità anche dell'embrione, poiché quest'ultimo, *“quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico”*; cfr. Sent. 96/2015, punto 3 del Considerato in diritto.

delle tecniche in parola, al medico spetta il compito di informare adeguatamente e dettagliatamente i richiedenti *“sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro”*²⁴.

Essere informati in modo adeguato è presupposto imprescindibile per assumere una scelta consapevole e ponderata. L'art. 6 della legge n. 40/2004, rubricato “Consenso informato”, sottolinea la necessità di fornire alla coppia tutte le informazioni al fine di *“garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa”*, cioè per garantire che il consenso sia prestato con la dovuta serietà. Non si tratta solo del consenso informato abitualmente e necessariamente correlato a qualsiasi pratica medica, ma dell'assunzione di un impegno da parte della coppia, poiché su quel consenso (LIBERALI, 2021) si fonda la creazione di una relazione genitore/figlio con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano (LIBERALI, 2021).

Secondo quanto disposto dall'art. 6, co. 3, della L. 40/2004, il consenso prestato può essere revocato da ciascuno dei componenti della coppia fino al momento della fecondazione dell'ovulo, cioè fino al momento in cui non vi è ancora da tutelare un interesse altro rispetto a quello dei richiedenti. Una volta fecondato l'ovulo, non può più esserci un ripensamento circa la volontà espressa e il nato grazie all'applicazione delle tecniche di PMA avrà lo stato di figlio legittimo o di figlio riconosciuto della coppia (IADICICCO, 2024), la quale, tramite il consenso, ha assunto l'impegno della genitorialità²⁵.

Si parla di genitorialità responsabile, perché decidere di avere un figlio comporta anche la responsabilità di mantenerlo, educarlo e istruirlo. Per tale ragione è necessario un progetto familiare serio e concreto per poter accedere alle tecniche di fecondazione assistita, un progetto condiviso e consapevole. Il consenso diventa il mezzo attraverso il quale la coppia esprime la serietà del proprio desiderio di genitorialità ed è anche l'elemento necessario e sufficiente a fondare il rap-

²⁴ Art. 6, co. 1, legge n. 40 del 2004

²⁵ Sulla responsabilità genitoriale connessa al consenso e a tutela del nato da PMA, cfr. IADICICCO, 2024.

porto di filiazione con il nascituro. La rilevanza del consenso è tale che il legislatore gli riconosce la natura di impegno vincolante anche se ricavabile da atti concludenti e non esplicitamente espresso. Tanto è vero che l'art. 9 della medesima L. 40/2004 prevede che, nell'ipotesi di PMA di tipo eterologo, aver prestato il consenso, in modo anche implicito, impedisce l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità.

La previsione relativa all'irrevocabilità del consenso ha assunto una rilevanza nuova, tuttavia, a seguito del venir meno del divieto di crioconservazione degli embrioni fecondati e non impiantati²⁶. La crioconservazione, infatti, ha consentito di aumentare sempre di più il lasso temporale tra il momento in cui il consenso viene reso e il momento in cui si verifica il trasferimento dell'embrione fecondato nell'utero della donna.

In questo contesto, non sono mancati casi in cui la richiesta della donna di procedere all'impianto è stata avanzata in presenza di circostanze fattuali totalmente mutate in relazione alla coppia, cioè in un momento in cui la coppia non era più tale e l'uomo, che aveva inizialmente prestato il consenso, non era più il compagno della richiedente. In questi casi, tuttavia, i giudici hanno ritenuto di risolvere i diversi casi applicando il dato normativo dell'irrevocabilità del consenso, non rilevando la necessità di rimettere una questione di legittimità alla Corte costituzionale (LIBERALI, 2021)²⁷.

L'intervento della Corte in tema di revocabilità e irrevocabilità del consenso alla PMA di cui all'art. 6 della L. 40/2004 si è avuto, infine, con la sentenza n. 161/2023 in relazione a una vicenda di fatto per molti aspetti simile a quelle trattate dai giudici di merito negli anni precedenti.

La questione posta alla Corte traeva origine dal caso di una coppia che, nel 2017, aveva deciso di ricorrere alle tecniche di PMA eterologa per poter concretizzare il proprio progetto di genitorialità. Per ragioni mediche, tuttavia, l'impianto era stato differito e, successivamente, non

²⁶ Il divieto di crioconservazione è stato superato con la sentenza n. 151/2009 Corte costituzionale.

²⁷ Sull'opportunità della rimessione della questione di costituzionalità alla Corte da parte dei giudici di merito, v. LIBERALI, 2021.

era più stato realizzato poiché il marito, nel gennaio del 2018, si era allontanato dalla residenza familiare e nel marzo del 2019 era stata formalizzata tra le parti la separazione consensuale. Nonostante ciò, la donna, nel febbraio 2020, aveva chiesto alla struttura sanitaria di riferimento di procedere all'impianto, ma il marito – dopo aver domandato la dichiarazione giudiziale della cessazione degli effetti civili del matrimonio – aveva formalmente revocato il consenso all'applicazione delle tecniche di PMA.

La Corte, dunque, si è trovata a dover decidere sulla legittimità della norma che impone l'irrevocabilità del consenso a seguito della fecondazione dell'ovulo, ciò anche nell'estremo caso in cui la concretizzazione del progetto di genitorialità richiesto per l'accesso alle pratiche di PMA non risponda più alla volontà di entrambi i componenti della coppia.

La Corte, in vero, riconosce che questa disposizione era stata elaborata in un contesto normativo completamente diverso, cioè in un momento in cui non solo non era ammessa la PMA eterologa, ma neppure era consentita – se non in casi eccezionali – la crioconservazione dell'ovulo fecondato. Nel disegno originario della L. n. 40/2004, infatti, il trasferimento in utero degli embrioni prodotti doveva avvenire necessariamente entro l'arco temporale dei pochissimi giorni del ciclo della loro sopravvivenza e l'ipotesi della loro crioconservazione era in linea generale vietata, rappresentando un'evenienza del tutto eccezionale consentita soltanto nei casi di grave e documentata forza maggiore relativa allo stato di salute della donna e non prevedibile al momento della fecondazione²⁸. In questo sistema normativo era ben difficile che le condizioni soggettive che dovevano necessariamente essere presenti al momento dell'accesso alla PMA eterologa – in particolare l'essere la coppia composta da persone coniugate o conviventi – fossero mutate al momento dell'impianto dell'embrione. In virtù di tali tempistiche, dunque, il progetto genitoriale della coppia si poteva ritenere ancora saldamente esistente nei pochissimi giorni intercorrenti tra la prestazione del consenso e l'impianto.

Il quadro normativo, tuttavia, è mutato nel tempo e ciò anche in virtù delle pronunce della Corte costituzionale fin qui richiamate, con-

²⁸ Art. 14, co. 3, L. 40/2004.

sentendo un rovesciamento del rapporto regola-eccezione relativo al divieto di crioconservazione originariamente previsto dalla L. n. 40/2004. Nonostante l'art. 14 continui a prevedere che il trasferimento in utero debba avvenire "non appena possibile", nella prassi si è determinata la possibilità di una dissociazione temporale anche significativa tra il consenso prestato dalla coppia alla PMA e il trasferimento in utero dell'ovulo fecondato.

In particolare, la Consulta ha sottolineato che *“la norma che stabilisce l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo si è venuta a collocare al limite di quelle che sono state definite «scelte tragiche» (in relazione ad altri contesti: sentenze n. 14 del 2023 e n. 118 del 1996; in senso analogo sentenza n. 84 del 2016), in quanto caratterizzate dall'impossibilità di soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti nella fattispecie”*²⁹.

Gli interessi richiamati dalla Corte costituzionale sono: la tutela della salute psicofisica della donna e la sua libertà di autodeterminazione a diventare madre, la libertà di autodeterminazione dell'uomo a non diventare padre, la dignità dell'embrione e i diritti del nato a seguito di PMA.

Secondo la Corte, invero, l'autodeterminazione dell'uomo matura in un contesto in cui egli è reso edotto del possibile ricorso alla crioconservazione dell'embrione e della possibilità che intercorra un considerevole lasso temporale tra la fecondazione e l'impianto; pertanto, nel momento in cui presta il consenso alla realizzazione della PMA eterologa, egli presta il consenso anche a questa eventualità.

La peculiarità del consenso di cui alla L. n. 40/2004 (IADICICCO, 2024) risiede nella circostanza per cui il soggetto non soltanto esprime il consenso all'accesso alle pratiche di PMA, ma alla concretizzazione della genitorialità, implicando la necessità di tutelare i diritti del nuovo nato e la certezza del suo *status filiationis* (IADICICCO, 2024, 254).

La Corte richiama i propri precedenti in tema di centralità della tutela della salute della donna e fa riferimento anche ai diritti del nuovo nato, ma questi ultimi assumono nella sentenza una rilevanza solo complementare (IADICICCO, 2024; ANGELINI, 2023) e non preminente rispetto alla tutela dell'autodeterminazione della donna.

²⁹ Corte cost. sentenza n. 161/2023, 9.2.

La sentenza, infatti, focalizza l'attenzione in via prioritaria sulla tutela degli interessi della donna. Considerato che, nell'accedere alla PMA, la donna ha *“il grave onere di mettere a disposizione la propria corporalità, con un importante investimento fisico ed emotivo in funzione della genitorialità”* e che *“l'irrevocabilità del consenso genera nella donna un affidamento che la spinge a sottoporsi alla procedura di PMA, mettendo in gioco la propria integrità psicofisica”*, la Corte ritiene che – pur nel mutato contesto della L. n. 40/2004 – la previsione dell'irrevocabilità del consenso *“mantiene un non insufficiente grado di coerenza anche nel nuovo contesto ordinamentale risultante dagli interventi di questa Corte”*.

La sentenza richiama più volte il progetto genitoriale della coppia e lo fa sia per indicare il momento iniziale di accesso alla PMA sia per indicare il momento successivo in cui la donna decide di procedere all'impianto nonostante sia venuto meno quel “comune” progetto di genitorialità.

La concretizzazione della genitorialità, dunque, sembra emanciparsi dal requisito di quel progetto di coppia che era stato richiamato come elemento centrale della sentenza n. 162 del 2014, ben potendo realizzarsi una genitorialità distinta e diversa da quella inizialmente correlata al comune progetto familiare della coppia. Aderendo alla tesi del rimettente, infatti, la Corte, ha sostenuto che i requisiti soggettivi previsti dall'art. 5 della L. n. 40/2004 sono elementi necessari per l'accesso alle tecniche di PMA, ma non necessariamente essi devono permanere durante tutte le fasi della procedura.

Nell'ottica della responsabilità assunta con la prestazione del consenso, dunque, l'irrevocabilità prevista dalla legge dovrebbe generare nell'uomo la consapevolezza che l'avvio della procedura di PMA potrebbe portare alla concretizzazione del progetto di genitorialità anche in un tempo successivo in cui quel progetto non è più comune e la volontà di realizzarlo è esclusivamente della donna.

La scelta della Corte di fondare l'iter motivazionale su questioni che hanno relegato la tutela del nato da PMA in una posizione quasi secondaria, concentrando l'attenzione sul ruolo della donna nel percorso di PMA eterologa, segna uno scostamento rispetto alle precedenti pronunce in materia.

Le criticità delle argomentazioni della Corte, d'altronde, sono state rilevate da più parti, evidenziando soprattutto come tale pronuncia, nel precisare che sono possibili altre ipotesi di regolamentazione del consenso e nell'attribuire un rilievo centrale alla tutela della donna, abbia anche considerato l'ipotesi di un accesso alla PMA alla donna singola che voglia realizzare un proprio autonomo progetto di genitorialità (IADICICCO, 2024; ANGELINI, 2023).

La Corte, in tal caso, non è intervenuta sulla lettera della L. n. 40/2004, ma ha fatto emergere i limiti del testo normativo rispetto alle complessità della tematica trattata, mostrando le difficoltà di confrontarsi ancora una volta con questioni che riguardano temi eticamente sensibili, ma anche evidenziando come le precedenti pronunce della medesima Corte abbiano inciso profondamente sul quadro normativo delineato dal legislatore del 2004.

5. Brevi riflessioni conclusive

La sintetica ricostruzione delle principali fasi dell'evoluzione del diritto alla genitorialità consente di rilevare come il riconoscimento e la tutela di tale diritto sia stato progressivamente accompagnato da un'attenzione sempre maggiore rivolta alla tutela della salute della donna e, allo stesso tempo, da una rimodulazione della rilevanza della sussistenza di un progetto genitoriale di coppia.

Gli interventi della Corte costituzionale sulla L. n. 40/2004, così come le questioni in tema di accesso alle pratiche di PMA da parte di coppie omosessuali femminili³⁰, hanno evidenziato come il diritto alla genitorialità non possa tradursi in una pretesa illimitata di realizzare un desiderio di genitorialità e come alcuni limiti posti dalla medesima legge non possano essere scardinati in via giurisprudenziale poiché rimane compito esclusivo del Legislatore valutare un diverso bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti.

Nonostante ciò, la recente pronuncia della Corte costituzionale n. 161/2023 pare delineare un diritto alla genitorialità che, a seguito della fecondazione dell'embrione, prescinde dal permanere di un progetto

³⁰ Corte cost, sent. n. 221/2019.

genitoriale di coppia, ben potendo accadere – in virtù del quadro normativo vigente – che l'impianto venga realizzato in un momento in cui la nascita di un figlio porterebbe alla creazione di una famiglia monogenitoriale (ipotesi originariamente esclusa dalla L. n. 40/2004) in virtù di una scelta esclusiva della donna.

È stato evidenziato come questo intervento della Corte rappresenti l'ennesimo tentativo di raddrizzare il "legno storto" (ANGELINI, 2023), ponendo in un certo qual modo le basi per l'ulteriore evoluzione di un diritto alla genitorialità non più come un diritto della coppia ma come un diritto del singolo (*rectius*: della donna singola) (ANGELINI, 2023).

Secondo alcuni, se è possibile che una donna che non sia più impegnata in una relazione stabile possa richiedere e ottenere l'impianto dell'embrione fecondato anche molti anni prima in costanza di matrimonio, ciò implicherebbe che la realizzazione del progetto genitoriale possa essere una decisione esclusiva della donna che può scegliere di concretizzare un diritto alla genitorialità sostanzialmente individuale. In questo contesto, pertanto, pare che il requisito di cui all'art. 1 della L. 40/2004 relativo all'accessibilità alle pratiche di PMA riservata alle coppie eterosessuali sposate o stabilmente conviventi sia un requisito di accesso, ma non necessariamente un requisito che deve permanere fino al momento della possibile realizzazione del progetto genitoriale.

La breve disamina delle sentenze della Corte e da ultimo il riferimento alla sentenza n. 161/2023 consente di evidenziare, inoltre, come sia cambiato l'approccio argomentativo della giurisprudenza costituzionale. Se nelle prime pronunce era centrale il bilanciamento tra diritto alla salute della donna e tutela del nuovo nato, se con il tempo è stato evidenziato come il bilanciamento fosse particolarmente difficile in presenza di un ovulo fecondato che non è *riducibile a mero materiale biologico*, ma vita da tutelare come tale e i cui diritti devono essere contemperati con quelli dei potenziali genitori, con la sentenza n. 161/2023 la Corte ha focalizzato l'argomentazione sulla tutela della salute della donna riservando alla tutela dei diritti del nato un rilievo solo complementare.

Non sorprende, dunque, che sulla base delle motivazioni argomentative della sentenza n. 161/2023, sia stata di recente rimessa alla Consulta una questione di legittimità costituzionale relativa alla possibilità per la donna singola di accedere alla PMA eterologa. L'ordinanza di

rimessione del Tribunale di Firenze³¹, non a caso, richiama la giurisprudenza costituzionale in materia di PMA volta a garantire l'effettiva tutela della salute della donna, operando un espresso richiamo alla sentenza n. 161/2023 e richiamando il decreto del Ministero della Salute³² che prevede la possibilità per la donna separata o vedova di ottenere il trasferimento in utero dell'embrione fecondato e crioconservato alla luce del consenso precedentemente prestato dalla coppia.

L'ipotesi dell'accesso della donna singola alle tecniche di PMA eterologa, invero, è stata espressamente richiamata dalla medesima Corte costituzionale nella sentenza n. 161/2023, laddove si è occupata della giurisprudenza europea e delle normative vigenti in altri Paesi, ma la pronuncia conclude in modo chiaro nel precisare che la Corte è *“consapevole che il panorama del diritto comparato mostra soluzioni anche molto diversificate, sia a livello legislativo che giurisprudenziale”*, precisando che *“È evidentemente la consapevolezza di trovarsi di fronte a una scelta complessa, che coinvolge interessi chiaramente antagonisti, a indurre gli ordinamenti ad adottare soluzioni differenti, che riflettono le precipue caratterizzazioni che in essi assumono i principi costituzionali coinvolti”*, evidenziando così il ruolo chiave del Legislatore in tali materie.

La parte finale della sentenza n. 161/2023, d'altronde, evidenzia come la Corte abbia rimarcato un limite per il proprio intervento giurisprudenziale, ricordando che *“nel nostro ordinamento, la ricerca, nel rispetto della dignità umana, di un ragionevole punto di equilibrio, eventualmente anche diverso da quello attuale, fra le diverse esigenze in gioco in questioni che toccano «temi eticamente sensibili» (sentenza n. 162 del 2014) non può che spettare «primariamente alla valutazione del legislatore», «alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale» (sentenza n. 221 del 2019)”*.

In conclusione, sebbene gli interventi della giurisprudenza costituzionale nel corso del tempo siano stati tali da segnare la progressiva evoluzione dei contorni del diritto alla genitorialità e da comportare una sostanziale rimodulazione di alcune previsioni della L. n. 40/2004,

³¹ Trib. Firenze, ord.za 10.9.2024.

³² D.M. 20.3.2024 recante “Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita” (G.U. 107/2024).

la Corte pare lasciare intendere che l'eventuale riconoscimento di un diritto di accesso alla PMA eterologa in capo ai singoli individui non possa concretizzarsi in via giurisprudenziale e richiederebbe, invece, un intervento del Legislatore.

Riferimenti bibliografici

- Agosta, S. (2009). Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009), in *www.giurcost.org*.
- Angelini, F. (2023). La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma l'irreversibilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni. Commento alla sentenza n. 161 del 2023. *Nomos*.
- Baldini, V. (2015). *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Baldini, V. (2014). *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, *www.dirittifondamentali.it*.
- Baldini, V. (2004). Procreazione medicalmente assistita e Costituzione per valori: alla ricerca di un bilanciamento tra istanze di libertà e istanze di giustizia, in V. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*. Giappichelli. Torino.
- Bucelli, A. (2005). *Procreazione e famiglia*, in *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, A. Buccelli (a cura di). Firenze University Press. Firenze.
- Busnelli, F. D. (1996). Quali regole per la procreazione assistita?. *Rivista di Diritto Civile*.
- D'Aloia, A.; Torretta, (2011). *La procreazione come diritto della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, Tomo II, Giuffrè. Milano.
- D'Amico, M.; Costantini, M. (a cura di), (2014). *L'illegittimità costituzionale della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*. Franco Angeli. Milano.

- D'Avack, L. (2004). *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori e interessi contrapposti in uno Stato laico*, in Dir. Fam. e pers., Vol. XXXIII, tomo 3-4. Giuffrè. Milano.
- Iadicicco, M. (2024). «Cosa resta del padre?». A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner. *BioLaw Journal Rivista di BioDiritto*.
- Iadicicco, M. (2020). *Procreazione umana e diritti fondamentali*. Giappichelli. Torino.
- Iadicicco, M. (2015). Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore. *Giur. Cost.*
- Lamarque, E. (2005). Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata. *Forum di quaderni costituzionali*.
- Liberali, B. (2021). Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?. *BioLaw Journal Rivista di BioDiritto*.
- Morrone, A. (2014). Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa. *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- Papa, A. (2015). Il "mosaico della famiglia" tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale. *Riv. AIC*.
- Pellizzone, I. (2015). L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale. *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- Penasa, S. (2014). Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale. *Forum di quaderni costituzionali*.
- Ruggeri, A., (2005). Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e...sananti) in materia di procreazione medicalmente assistita. *Forum di quaderni costituzionali*.
- Ruggeri, A. (2014). La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte Edu (a prima lettura di Corte cost., n. 162 del 2014). *Forum di Quaderni costituzionali*.
- Santosuoso F. (2004). *La procreazione medicalmente assistita, commento alla legge n. 40/2004*, Giuffrè. Milano.
- Tripodina, C. (2015). Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica. *Costituzionalismo.it*.

- Trucco, L. (2009). Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere. *Giur. Cost.*
- Violini, L. (2014). La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione. *Osservatorio AIC.*

Aurora Maggi

LA TRANSIZIONE DEL PRINCIPIO DI DIGNITÀ: UNO SGUARDO AI MUTAMENTI NELLA GARANZIA DEI DIRITTI RIPRODUTTIVI

SOMMARIO: 1. Transizione dignità-riproduzione: una sfida continua. – 2. La transizione: evoluzione o involuzione?. – 3. Tutela dell'autodeterminazione riproduttiva: un impegno sociale, oltre che giuridico. – 4. Conclusioni.

1. *Transizione dignità-riproduzione: una sfida continua*

Ruolo centrale in queste giornate dedicate al Seminario Italo-Spagnolo assume il concetto di transizione. Dal latino “transire”, la transizione evoca la mutabilità di una condizione, di una situazione. Si tratta di una parola che racchiude in sé la condizione di mutevolezza che storicamente caratterizza la sfera dei diritti procreativi.

Un continuo cambio di direzione connota, specie negli ultimi anni, l'ambito dei diritti riproduttivi. In questo dinamismo è emersa la necessità di soffermarsi sulle trasformazioni delle relazioni *nel* e *con* il pluralismo¹ in un mondo soggetto a continui mutamenti, operando una valutazione delle conquiste raggiunte nell'ambito di tali diritti.

Dunque, parlare di transizione del principio di dignità² consente di porre l'attenzione su due fondamentali aspetti: la tendenziale incertezza del riconoscimento dei diritti riproduttivi, e la continua lotta per l'evoluzione, nonché per la stabilizzazione degli stessi. Recenti rivoluzioni nelle dinamiche di tutela del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza segnalano che le battaglie ideologiche riguardanti la tutela dell'autodeterminazione riproduttiva non abbiano subito un arresto,

¹ GROSSI (2006, 206) contrappone il pluralismo al monismo giuridico, considerata causa di “violenza” del pluralismo sociale. Afferma che “*ordine – infatti – e il suo derivato ordinamento fanno riferimento a una pluralità, che resta e deve restare pluralità, che però l'ordine è chiamato ad armonizzare*”.

² Cfr. GROPPI (2023), 148 e 149.

non risultando, dunque, relegate al passato³, anzi imponendo di sorvegliare dal rischio di arretramenti.

In queste dinamiche, la portata del principio di dignità di cui all'art. 3 della Costituzione italiana ribadisce il valore della persona umana nella lotta per la rivendicazione di una vita autodeterminata secondo dignità e nel rispetto del principio di eguaglianza. Invero, due sono le interpretazioni che vengono fornite del principio di dignità, il cui valore può – empiricamente – essere descritto attraverso la rappresentazione di un pendolo oscillante lungo un'asse alle cui estremità risiedono la concezione oggettiva e soggettiva attribuita alla stessa. In questa seconda accezione, la dignità della persona sembrerebbe discendere dal principio personalista contenuto nella Carta costituzionale italiana, attraverso un implicito richiamo filosofico al concetto kantiano di persona umana come fine in sé – mai come mezzo – che assume rilievo sia nella propria dimensione isolata, sia nella propria proiezione in una società pluralista.

Nell'indagine sul concetto di dignità, notevole riguardo assume la posizione che la stessa ricopre all'interno dell'ordinamento tedesco. L'art. 1 della Legge Fondamentale, dunque in apertura di un testo che – diversamente dal progetto iniziale – è divenuto Carta costituzionale della Germania riunificata e che proclama l'intangibilità della dignità, impone a ogni potere statale rispetto e protezione.

Quanto sinora considerato rende manifesto il ruolo che, a livello globale, hanno assunto dignità, libertà e tutela della sfera personale (*privacy*). Attraverso la relativa invocazione, la giurisprudenza ha operato talvolta un'evoluzione, altre volte ha riconosciuto a tali principi ruolo di *freno* rispetto al riconoscimento di diritti in ambito procreativo: si pensi alla sentenza 272 del 2017 della Corte costituzionale sul divieto di gestazione per altre e altri⁴, in cui i giudici costituzionali affermano che il ricorso a tale percorso “*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*”, escluden-

³ Cfr. FASAN (2023).

⁴ Si rinvia all'approvazione al Senato il 17 ottobre 2024 del DDL Varchi di modifica dell'art. 12, co. 5 L. 40 del 2004, che già sanciva la punibilità del ricorso alla maternità surrogata, rendendolo reato punibile anche al di fuori dei confini nazionali.

do possano esservi realtà regolatorie che garantiscano la tutela di tutte le dignità coinvolte.

Il principio di dignità va contemperato con il diritto alla vita, specie nelle costituzioni di prima generazione – come quella italiana – in cui tale diritto non è espressamente previsto, bensì ricondotto nell’ambito dei diritti inviolabili della persona attraverso l’interpretazione giurisprudenziale e il riconoscimento discendente dall’art. 2 Cost. quale diritto-presupposto di tutti gli altri diritti previsti dalla nostra carta costituzionale⁵.

“Nel costituzionalismo contemporaneo [...] il concetto di dignità umana viene quindi spesso utilizzato come un vero e proprio concetto “ombrello” per tutti i diritti fondamentali che tutelano la vita e le scelte dell’individuo in merito alle modalità con cui la sua esistenza deve essere condotta o deve, in ultimo, avere fine. In quest’ottica, dignità umana”⁶. Il primato dell’individuo viene ribadito dall’art. 2 Convenzione di Oviedo del 1997, in cui si dichiara che “l’interesse e il bene dell’essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza”.

2. La transizione: evoluzione o involuzione?

Il ricorso al principio di dignità, preconditione dei diritti di libertà e di tutela della sfera individuale – si vedano la sentenza 38 del 1973 della Corte costituzionale, nonché la 238 del 1996 – ha consentito di riconoscere ampia tutela a diritti prima celati. Così si è affermato gradualmente il concetto di costituzioni “viventi”, manifestazione del mondo che cambia, divenendo «per forma e sostanza espressione e medium della cultura»⁷. La dignità, unitamente all’affermazione del diritto all’autodeterminazione personale, ha consentito – come detto – il riconoscimento di diritti prima sconosciuti o misconosciuti⁸. Una

⁵ Cfr. BILANCIA (2020, 1 ss.).

⁶ *Eadem*, p. 2.

⁷ HÄBERLE (2001, 33 ss.).

⁸ La tutela della dignità non è subordinata alla presentazione di specifica istanza, risultano valore riconosciuto alla persona in quanto tale. È caratterizzata da un intrinseco dinamismo che ha favorito un processo di mutuo riconoscimento, favorendo inoltre l’analisi di questioni nuove e sollecitanti. Cfr. RIDOLA (2010, 102 ss.).

maggior apertura in senso evolutivo è favorita dalla valorizzazione di tale principio, inteso in senso soggettivo, nella direzione che guarda la singola persona; si pensi alla Corte costituzionale, sentenza 242 del 2019⁹ in cui si ribadisce che la dignità umana è guidata dal principio personalista di cui all'art. 2 Cost, nonché dagli artt. 13 e 32 Cost. Viene, pertanto, promossa una concezione che guardi alla dignità come appartenente alla persona umana in quanto tale, il cui articolarsi dipende dalle singole tipicità individuali¹⁰.

Tuttavia, occorre chiarire la non pacifica condivisione della necessaria valorizzazione del principio di dignità in senso soggettivo: una analisi approfondita delle due diverse accezioni della stessa è ricavabile, ad esempio, da una lettura della sentenza 141 del 2019 della Corte costituzionale¹¹, sull'eventuale riconoscimento di forme di prostituzio-

⁹ Al punto 5 *considerato in diritto* si fa espresso riferimento alla dignità del paziente, intendendosi per tale non una dignità diversa solo a causa della patologia che ne caratterizza l'esistenza, ma quale connotazione che assume rilievo solo con una lettura unita alla persona umana nel suo complesso.

¹⁰ Nello studio del principio di dignità ruolo peculiare assume la proclamazione solenne dell'intangibilità della dignità umana contenuta all'art. 1 della Legge Fondamentale tedesca. La collocazione della dignità dell'uomo in apertura della Costituzione attribuisce un ordine etico che si proietta nel diritto costituzionale positivo. Il principio di dignità va valutato sia nella sua portata oggettiva, quale riconoscimento che prescinde dalle singole soggettività, sia nella misura in cui offre *“una tutela assoluta non solo nei confronti dei poteri pubblici, ma anche nei confronti dei privati, delle formazioni sociali e degli altri stati, [...] [e] irradia i suoi effetti sui singoli individui”*. RIDOLA (2010, 103 ss.).

¹¹ La Corte costituzionale richiama più volte una considerazione della dignità come oggettivamente determinabile. Cfr. sentenza 141 del 2019, *considerato in diritto*. Nel caso di specie, la Corte ritiene non fondata la questione in riferimento all'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica non è tutelata dal nostro ordinamento in modo assoluto, in quanto non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. I limiti posti dalla legislazione vigente non sono altro che l'attuazione di questi principi: non è pertanto incostituzionale vietare un'attività imprenditoriale che abbia a oggetto la prostituzione perché tale divieto è posto a presidio della dignità umana, intesa non in senso soggettivo, ma oggettivo. Da questo punto di vista la prostituzione, anche volontaria, è infatti un'attività che degrada e sviscerla l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di mercè a disposizione del cliente. Il bene giuridico tutelato dalla norma non è la libera autodeterminazione sessuale della persona che si prostituisce,

ne volontaria, nonché della sentenza 272/2017 Corte cost. sulla gestazione per altri e altre, già precedentemente citata.

Nonostante le peculiarità che hanno sempre animato i singoli ordinamenti rispetto all'evoluzione in tema di diritti riproduttivi, si è sperimentata – rispetto al passato – una diversa trasformazione globale. Si è assistito, in altre parole, a una spaccatura: uno spartiacque tra le influenze attestata prima della sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* del 24 giugno 2022¹², e il panorama prodottosi successivamente. Con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato l'*overruling* delle sentenze *Roe v. Wade* (1973) e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992). Il diritto all'aborto è stato così non solo privato dello *status* di diritto fondamentale, ma consegnato alla competenza della legislazione statale.

Roe e *Casey* avevano entrambe riconosciuto il carattere fondamentale del diritto alla libertà riproduttiva; rispettivamente, la prima pro-

ma la sua dignità, che viene lesa trattandola come un bene suscettibile di compravendita economica. Prescindendo dalle specifiche implicazioni analizzate da tale pronuncia, interessante risulta lo spazio dedicato proprio al concetto di dignità, attraverso una specifica attenzione alle due diverse accezioni sinora presentate.

¹² La Sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* giunse all'esito di una graduale erosione interna, anche e soprattutto attraverso l'introduzione delle c.d. *trigger laws*. Rappresentano lo strumento con cui si è realizzata una sempre maggior disgregazione della portata delle sentenze *Roe* e *Casey*, fintanto da giungere all'*overruling*, disconoscendo il diritto federale all'aborto mediante il meccanismo di *disincorporation*. Attraverso la lettura della storia degli anni antecedenti la pronuncia *Dobbs*, si chiarisce che quella che è apparsa un'imprevedibile rottura storica, una *cesura* tra prima e dopo *Dobbs*, che si traduce in una *censura* della donna e della sua libertà, non sia una totale novità, come ribadito anche nel *dissenting*. Infatti, la sentenza *Dobbs* non si limita ad annullare le precedenti pronunce, *Roe* e *Casey*, ritenute «*egregiously wrong*», ma produce una destabilizzazione nella vita delle donne che legittimamente avevano fatto affidamento su tale diritto. Caratteristica delle *trigger laws* è quella di sorgere anzi-tempo rispetto all'evento che le renderà applicabili. Il *Guttmacher Institute* specifica che in alcuni Stati gli effetti prodotti dalla sentenza *Dobbs* sono stati immediati dopo l'*overruling* di *Roe*, altre leggi dopo trenta giorni dall'*overruling*, altre ancora sono quelle degli Stati dell'Arkansas, Mississippi, North Dakota, Oklahoma, Utah, Wyoming, emanate in momenti diversi, ma che sarebbero potute entrare in vigore per effetto di un processo legislativo. Si rinvia per un approfondimento a SPERTI (2022, 23 ss.).

Cfr. anche VERONESI (2023, 9 e ss.).

nuncia, aveva fondato tale diritto nell'ambito del XIV Emendamento posto a protezione della libertà personale, e più precisamente nel diritto di privacy, mentre la seconda aveva ricondotto il diritto all'aborto alla nozione di liberty. Nella sentenza *Casey* "la libertà di fare "scelte intime e personali" diventa "centrale" "per la dignità e l'autonomia personale": 'il cuore della libertà è il diritto di definire il proprio concetto di esistenza, di significato, di universo e di mistero della vita umana'"¹³.

Sin da subito il diritto all'interruzione di gravidanza fu riconosciuto, da entrambe le sentenze, quale diritto fondamentale suscettibile, ove necessario perché in presenza di altri diritti costituzionalmente tutelati, di bilanciamento. L'evoluzione statunitense favorì, infatti, la graduale apertura di altri ordinamenti. Si pensi alla sentenza della *Corte costituzionale italiana*, la n. 27 del 1975, e all'approvazione successiva della Legge 194/1978, nonché alla Legge Simone Veil del 1975 in Francia e alla parziale depenalizzazione delle pratiche abortive realizzata in Spagna con la Legge 8 del 1985, successivamente disciplinata dalla *Ley Organica "Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo y Salud Sexual y Reproductiva"* del 2010 (L. 2/2010).

Pur non trattandosi di un riferimento esaustivo, quanto ricordato consente di individuare la transizione non certamente universale, ma giuridicamente esistente, diretta al riconoscimento di un diritto all'autodeterminazione femminile¹⁴. Si ricordano a tal fine il ruolo dei *femminismi*, nonché delle Conferenze internazionali susseguitesesi a partire dagli anni Settanta del Novecento. Anticipate dalla tutela contenuta all'art. 55 dello Statuto delle Nazioni Unite, sono diverse le occasioni che per la prima volta hanno offerto alle donne uno spazio per rendere udibile la propria voce¹⁵. Fra tutte, si ricorda ora la Conferenza

¹³ RONCHETTI (2022, 43 e ss.).

¹⁴ Cfr. BURATTI (2023), 2 e ss.

¹⁵ Art. 55 afferma che "il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di sesso, lingua o religione". Questa affermazione di universale uguaglianza trova maggior realizzazione nella sfida dei *femminismi* che cercano di stravolgere l'angolo di visuale dei diritti delle donne, riconoscendo alle stesse diritto di parola in relazione ai diritti sessuali e riproduttivi, annettendo gli stessi nell'ambito della più ampia categoria dei diritti umani. Rilievo ha assunto, inoltre, la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (CEDAW) con iniziale affermazione dei diritti delle donne in materia di procreazione, attraverso una valorizzazione

de Il Cairo (1994), che registra l'affermazione ufficiale dei diritti riproduttivi, nonché la Conferenza di Pechino (1995), durante la quale venne individuata l'istanza di riconoscimento dell'autodeterminazione individuale delle donne. Al par. 96 della Dichiarazione e programma di azione, adottati durante la Conferenza tenutasi a Pechino dalla Commissione Nazionale per la Parità e le Pari opportunità tra uomo e donna, si afferma che *“i diritti fondamentali delle donne includono il loro diritto ad avere il controllo e a decidere liberamente e responsabilmente circa la propria sessualità, inclusa la salute sessuale e riproduttiva, senza coercizione, discriminazione e violenza. Relazioni paritarie tra donne e uomini per ciò che concerne le relazioni sessuali e la riproduzione, incluso il pieno rispetto per la integrità fisica del corpo umano, esigono rispetto reciproco, consenso e la condivisione della responsabilità dei comportamenti sessuali e delle loro conseguenze”*. Tale evoluzione si fonda su due direttive fondamentali: *empowerment* e *mainstreaming*¹⁶. Occorre chiarire

della culturale e della tradizione quali forze autorevoli per modellare i ruoli di genere e le relazioni familiari. Specificatamente, gli artt. 12 e 16 affermano la parità uomo-donna nell'accesso ai servizi di assistenza sanitaria e la parità di coppia nella pianificazione familiare. A sei anni da tale importante evoluzione, la Conferenza di Nairobi (1985) sottolineò *«the ability of women to control their own fertility forms an important basis for the enjoyment of other rights»*, individuando così proprio nel governo del corpo e della sua capacità generativa il presupposto ineliminabile dei diritti delle donne.

¹⁶ «EMPOWERMENT: è un concetto che è stato elaborato per primo da donne femministe del sud del mondo. Esso significa “attribuire potere” (e responsabilità) alle donne. Potere e responsabilità sono qui intesi non solo nel senso della promozione delle donne nei centri decisionali della società, della politica e dell'economia. Potere e responsabilità propongono prima di tutto un sollecito alle donne ad accrescere la propria autostima, ad autovalorizzarsi, ad accrescere le proprie abilità e competenze. Il potere delle donne, la loro capacità e possibilità di decidere, di essere autonome, di avere voce in capitolo nella famiglia, nella società e nella politica sono un bene in sé e anche uno strumento per realizzare uno sviluppo più equo, una politica più democratica, una società più libera e solidale».

«MAINSTREAMING: è una parola inglese di difficile traduzione, ma che indica una prospettiva fortemente innovativa per quanto attiene la politica istituzionale e di governo. Essa, infatti, tende ad inserire una prospettiva di genere, il punto di vista delle donne, in ogni scelta politica, in ogni programmazione, in ogni azione di governo». Si veda Preambolo Conferenza di Pechino 1995, Dichiarazione e programma di azione, adottata dalla quarta Conferenza mondiale sulle donne: azione per l'uguaglianza, lo sviluppo e la pace.

che riconoscere la titolarità della libertà procreativa in capo alle donne non si traduce nella negazione di qualsivoglia tutela del concepito; infatti, essa è sorvegliata dall'art. 1 della l. 194/1978 che, in apertura, ribadisce che l'interruzione volontaria di gravidanza non può rappresentare strumento per il controllo delle nascite, evidenziando la necessaria tutela della vita umana sin dal suo inizio. Tale riconoscimento, dunque, non nega il diritto all'autodeterminazione della persona gestante, ma conferma il bisogno di un continuo bilanciamento, pur nel rispetto della vita umana pre-natale, tra il diritto di autodeterminazione della gestante, già persona, e la volontà di salvaguardare il diritto dell'embrione¹⁷. Il contenuto di cui all'art. 1 viene dichiarato dalla

Cfr. anche *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne CEDAW*, adottata nel 1979 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, (consultabile al sito <https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/CEDAW.pdf>).

¹⁷ L'accesso all'interruzione di gravidanza prevede due discipline differenti, a seconda che tale diritto sia esercitato entro i primi 90 giorni o successivamente a questo periodo, nodo temporale sostanziale che ricorda il *trimester framework* del caso statunitense.

Lo *scoccare* dei primi 90 giorni «segna il limite invalicabile tra interruzione di gravidanza sostanzialmente per scelta della donna e aborto terapeutico». Per poter accedere all'interruzione di gravidanza entro i primi 3 mesi sono richiesti una serie di requisiti oggettivi (art. 4) legati alla condizione psicofisica della donna. Occorre sottolineare che la legge non specifica il momento a partire dal quale va calcolato il decorrere dei 3 mesi, emergendo così un profilo di estrema problematicità potenziale. Taluni, per sciogliere tale nodo, riconoscono a tale termine mero carattere indicativo, anziché perentorio.

L'art. 4 della presente legge prevede che «Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della legge 29 luglio 1975, n. 405, o a una struttura sociosanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia». Tale previsione risulta notevolmente determinata e determinante, emblema anche la scelta del legislatore del verbo «si rivolge» nell'indicazione del diritto che si riconosce alla donna. Le circostanze che consentono in questo caso alla donna di accedere all'aborto risultano estremamente variegata e, in particolare, solo da lei rilevabili. Infatti, il carattere primariamente soggettivo delle ragioni poste a fondamento della scelta emerge con forza dall'uso del verbo «accusi». Quindi, in questo caso nessuno spazio si riconosce alle circostanze oggettive, prevalendo i bisogni della gestante. Tuttavia, nonostante il carattere soggettivo, «le circostanze eterogenee richiamate dall'art. 4 [...] dovranno pure sempre determinare un serio pericolo per la salute fisica o psichica, che costituisce, quindi, l'elemento

Corte costituzionale nella sentenza 35 del 1997 dotato di carattere for-

che, ancora una volta, caratterizza nel senso di vero e proprio trattamento sanitario l'interruzione volontaria di gravidanza».

Il secondo periodo di gestazione legiferato decorre a partire dal terzo mese di gestazione. La disciplina, prevista dall'art. 6 della legge 194, non prevede però un limite massimo oltre il quale non è più possibile accedere al trattamento interruttivo terapeutico. L'interruzione di gravidanza, oltre i primi 90 giorni, è praticabile solo «a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quello relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

A questo punto è possibile notare la netta differenza tra l'art. 4 e il 6. Nel primo, la donna sembra avere una *quasi* totale e assoluta autonomia in ordine alle valutazioni personali sulla prosecuzione della gravidanza che possono consistere in una pluralità di circostanze, comunque riconducibili alla salute fisica o psichica della gestante e legate a un «serio pericolo». Inoltre, come precedentemente evidenziato, l'uso di verbi all'indicativo sottolineano il carattere assertivo, quantomeno *in potenza*, della decisione della donna. L'art. 6, invece, prevede solo i casi in cui sia possibile interrompere la gravidanza *oltre i termini*, pertanto, lasciando la donna in subordine rispetto all'art. 4. Inoltre, mentre l'art. 5, nel disciplinare la procedura per l'esercizio del diritto di cui all'articolo precedente, fa riferimento a un medico di consultorio o di struttura socio-sanitaria, o al medico di fiducia, l'art. 7, nell'indicare il tratto *procedurale* dell'art. 6, fa riferimento solo al medico del servizio ostetrico-ginecologico dell'ente ospedaliero. L'art. 6 lett. a) comma 1 prevede solo che il pericolo sia grave, e non serio, e che riguardi la vita, oltre che la salute; invece, la lett. b) richiama la salute sia fisica che psichica della gestante; condizione a cui si lega il rischio di un pericolo grave (e non serio, come l'art. 4) che dipenda da processi patologici provenienti dalla donna o dal nascituro (in riferimento al quale si parla di «rilevanti anomalie o malformazioni»). Anche oltre i tre mesi spetta al medico valutare caso per caso, dovendo in questo rilevare la presenza di un pericolo di maggior entità rispetto ai casi di interruzione di gravidanza entro il termine dei primi 90 giorni.

La legge 194 del 22 maggio 1978 è costruita interamente su «un articolato schema temporale, a propria volta basato sulla scansione naturale della gravidanza umana». Questo è dimostrato dal fatto che «la sovranità biologica del tempo è il perno della riproduzione umana. [Infatti] nonostante gli incommensurabili progressi che, nel corso degli ultimi cinquant'anni, hanno rivoluzionato la medicina della riproduzione, l'essere umano e i suoi sofisticatissimi strumenti non sono ancora riusciti a governare l'inarrestabile affievolimento della fertilità che accompagna il corpo femminile nell'età adulta. Anche il tempo della gravidanza è ancora difficile, se non impossibile, da dominare per la medicina [...]». Tuttavia, nonostante la complessità del *fattore tempo*, risulta l'unico strumento che legittimi, senza liberalizzare in modo assoluto. Esempio di tale politica è anche la Repubblica d'Irlanda che, depenalizzando il ricorso all'interruzione di gravidanza, se realizzata entro le dodici settimane di gestazione su richiesta della donna e, consentendola oltre le dodici settimane nei soli casi di rischio per la vita o la salute della donna, non risulta di molto differente dalla disciplina italiana. LIBERALI (2017, 467 e ss.).

temente normativo, segnalando che il controllo delle nascite risulta antitetico rispetto al diritto del concepito alla vita, tutelato attraverso la regolazione del ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza, e «che può essere sacrificato solo nel confronto con quello, pure costituzionalmente tutelato e da iscriversi tra i diritti inviolabili, della madre alla salute e alla vita»¹⁸. Con tale argomentazione la Corte richiama una propria pronuncia, l'assai nota *sentenza 27 del 1975*, in cui si affermò la non equivalenza dei diritti alla vita e alla salute della donna, già persona, e della salvaguardia dell'embrione che «persona deve ancora diventare». E, in un quadro così delineato, risulta chiaro che la diversità di tutela non integra discriminazione, avendo riguardo al carattere differenziale dei due status, quello di embrione e quello della donna. In tal modo, dunque, non si esclude l'esistenza di diritti in capo al concepito, ma si ribadisce che questi non possono ritenersi prevalenti rispetto al diritto all'autodeterminazione femminile, anche attraverso il richiamo dell'art. 1, co. 2 c.c. in cui viene affermato che «i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita».

3. Tutela dell'autodeterminazione riproduttiva: un impegno sociale, oltre che giuridico

Quanto sinora visto promuove l'esame della condizione attuale dei diritti riproduttivi, e delle diverse posizioni assunte dalle singole volontà istituzionali. Pertanto, risulta degno di attenzione soffermarsi sull'esistenza o meno di un dialogo società-diritto-istituzioni. Il popolo, inteso secondo l'insegnamento di Vezio Crisafulli, in che modo risulta rappresentato dalle trasformazioni dei diritti procreativi? Come si articola, nell'attualità, il dialogo autorità-libertà nelle esperienze riportate?

Notevole risulta essere la consapevolezza di una continua lotta sociale che occorre non rimanga inascoltata.

In questa prospettiva, se in alcuni Paesi il riconoscimento dell'autodeterminazione riproduttiva appariva fattore consolidato (si

¹⁸ Sentenza 35 1997, Corte costituzionale, p.to 4. *considerato in diritto*.

veda la transizione secondo la prima accezione delineata), la condizione attuale mostra diverse criticità. In Italia, ad esempio, si assiste a un affaticamento che sta sempre più caratterizzando l'applicazione della L. 194/1978 – si pensi all'abuso del mezzo dell'obiezione di coscienza¹⁹, nonché alla recente introduzione delle associazioni pro-vita nei

¹⁹ L'obiezione di coscienza costituisce un diritto del personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie di essere esentato dal proprio obbligo giuridico per ragioni di coscienza. È previsto dall'art. 9 della l. 194/1978 e dall'art. 16 L. 40/2004, nonché l. 413/1993 sulla sperimentazione in campo animale – artt. 2 e 3, e l. 772/1972 con beneficio all'obiezione e al servizio sostitutivo per motivi morali, religiosi e filosofici; portata rivoluzionaria ebbe la l. 230/1998 con la quale da beneficio concesso dallo stato, l'obiezione divenne un vero e proprio diritto.

Particolare rilievo nell'ambito della seguente trattazione risulta l'obiezione di coscienza in riferimento all'interruzione volontaria di gravidanza, diritto spesso gravato dall'abuso del contrapposto diritto all'obiezione di coscienza. Come detto, L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento di procedure e attività che siano specificatamente e necessariamente dirette a provocare l'interruzione di gravidanza, mentre non riguarda le attività di assistenza antecedenti e conseguenti all'intervento. La regolamentazione dell'esercizio del diritto di obiezione di coscienza e del diritto all'interruzione di gravidanza sembrerebbe far emergere l'intenzione del legislatore di garantire entrambi i diritti, senza porli in contrapposizione. Tuttavia, la previsione dell'art. 9 di dichiararsi obiettori anche a posteriori, rende imprevedibile prospettare quanti siano, e soprattutto se vi siano, medici non obiettori di coscienza, specie se si considera che spesso i dati risultano chiusi perché interni alle singole strutture ospedaliere. L'Associazione Luca Coscioni rileva come sia quasi impossibile *districarsi* quando vi sono ospedali con il 100% di obiettori di coscienza e alcuni con una percentuale superiore all'80%. Specificatamente, «sono 11 le regioni in cui c'è almeno un ospedale con il 100% di obiettori: Abruzzo, Basilicata, Campania, Lombardia, Marche, Piemonte, Puglia, Sicilia, Toscana, Umbria, Veneto. Le Regioni più inadempienti sono la Sardegna e la Sicilia, con più dell'80% di mancata risposta all'accesso civico generalizzato. Ad Andria (Puglia) sono obiettori al 100% sia i ginecologi sia il personale non medico. Nel Polo ospedaliero di Francavilla Fontana (Puglia), più del 90% di medici ginecologi, gli anestesisti e gli infermieri sono obiettori». Possiamo quindi dire che «una marea di ospedali è fuori legge»; tra questi, alcuni dove la totalità dei ginecologi risulta obiettori di coscienza chiamano ginecologi esterni non obiettori, a gettone. Tuttavia, i ginecologi *a chiamata* non risolvono nella pratica il vuoto applicativo, specie se si considera che i medici *a gettone* non possono occuparsi dell'interruzione di gravidanza oltre i tre mesi, ma solo di quella prima dello scadere dei primi 90 giorni perché programmabile. «L'effetto di questa situazione è che il personale che non si dichiara obiettori viene sovraccaricato di richieste di IVG con tutte le implicazioni che questo ha sia dal punto di vista professionale che nella pro-

consultori attraverso un emendamento al Decreto Pnrr²⁰ che, pur non colpendo direttamente la L. 194, incide inevitabilmente sulla sfera individuale.

Diversa direzione, invece, sembra seguire la Francia che l'8 marzo 2024, in occasione della Giornata Internazionale dei diritti delle donne, ha ratificato la modifica dell'art. 34 Cost. francese (approvata il 4 marzo 2024), introducendo il diritto costituzionale all'interruzione volontaria di gravidanza. Si tratta di una legge costituzionale adottata per effetto del procedimento di revisione costituzionale, disciplinato dall'art. 89 Costituzione francese. È una legge composta da un unico articolo – art. 34 Cost. francese – che dopo il diciassettesimo capoverso ne vede introdotto uno nuovo: «La legge determina le condizioni in cui si esercita la libertà garantita alla donna di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza». Di particolare effetto risulta l'affermazione, espressamente contenuta in Costituzione, di una libertà di interruzione di gravidanza. Perentorio appunto tale riconoscimento, stante la scelta di inserire il termine “libertà”, piuttosto che diritto, richiamandosi il dovere primario di astensione imposto allo Stato nelle personali sfere individuali di libertà, al quale si accompagna il dovere positivo di regolamentazione dell'esercizio delle stesse libertà rispetto alle quali lo Stato dovrebbe rimanere estraneo²¹. Da qui la riserva legislativa contenuta all'art. 34 Costituzione francese.

La revisione costituzionale dell'art. 34 era stata preceduta da una maggior elasticità nel riconoscimento della sfera temporale in cui la

spettiva delle donne che, rivolgendosi alle strutture per prendere appuntamento, faticano a farsi dare appuntamenti entro i tempi previsti dalla legge». Si vedano MURA; PERIN, (2023, 260). Cfr. anche BUSATTA (2016, 7 ss.)

²⁰ Art. 44-*quinquies* (Norme in materia di servizi consultoriali, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 2 marzo 2024, n. 19, recante ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). (24G00074) (G.U. Serie Generale, n. 100 del 30 aprile 2024): «1. Le regioni organizzano i servizi consultoriali nell'ambito della Missione 6, Componente 1, del PNRR e possono avvalersi, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, anche del coinvolgimento di soggetti del Terzo settore che abbiano una qualificata esperienza nel sostegno alla maternità», (consultabile al sito <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/dettaglioAtto?id=100274&completo=true>).

²¹ Cfr. BIN (2005, 345 e ss.).

donna può ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza: in particolare, il termine ultimo era stato esteso, nel 2022, a 14 settimane, anche a tutte le donne – comprese straniere o minorenni senza il consenso della famiglia. La novità introdotta in Costituzione non modifica la normativa in materia, ma le attribuisce, oltre che un alto valore simbolico, anche un sostanziale valore sistematico e di stabilizzazione. «Il punto è proprio la stabilizzazione del riconoscimento del diritto all'autodeterminazione delle donne, perché come affermava Simone de Beauvoir “basta una crisi politica, economica o religiosa perché i diritti delle donne siano messi in discussione”, ma i diritti delle donne sono diritti umani e non possono dipendere dal colore del governo del momento»²². Alcune studiose e alcuni studiosi²³ hanno espresso perplessità rispetto alla scelta francese, ritenendo che l'introduzione in Costituzione del diritto all'interruzione di gravidanza possa consentire un uso del ragionamento *a contrario* che faccia ritenere inesistente il diritto alla libera scelta di abortire quando non sia prevista in Costituzione. In realtà, la scelta di introdurre tale diritto nella Carta costituzionale non solo rappresenta fattore di stabilità – stante l'aggravamento delle procedure di modifica della stessa rispetto alla legge ordinaria – ma anche strumento che consente di valorizzare proprio il principio di dignità. Focus del dibattito durante l'esame del progetto di legge costituzionale da parte del Senato è stato la garanzia del bilanciamento fra la nuova libertà costituzionalmente garantita e altri beni costituzionali. Così il 13 febbraio 2024 il Ministro della Giustizia, Éric Dupond-Moretti, ha ricordato che il principio di tutela della dignità della persona è stato riconosciuto dal *Conseil constitutionnel* come principio di valore costituzionale (*decisione n. 94-343/344 DC*), unitamente al riconoscimento della libertà di coscienza, annoverata anch'essa fra i principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica (*decisione n. 2001-446 DC*): «Non è questo il caso, invece, della libertà della donna di ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza, che è semplicemente colle-

²² RESCIGNO (2024, 4). Cfr. anche PARUZZO (2024).

²³ Cfr. LECIS COCCO ORTU (2024, 475 e ss.).

gata all'articolo 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 [...]»²⁴.

La decisione di soffermarsi solo su alcune delle esperienze che caratterizzano la storia dei diritti procreativi non presenta pretese di carattere valoriale, piuttosto intende porre l'attenzione sulla costanza attuale del principio di dignità, mostrando come, rispetto alla tradizione conosciuta per un certo arco di tempo, si stia assistendo a una forte spaccatura proprio di quelle esperienze che – in un certo senso – avevano operato un condiviso avanzamento, pur se nel rispetto delle singole peculiarità.

Pertanto, comprendere il riverbero costituzionale di tali cambiamenti dovrebbe rappresentare il proposito primario, anche attraverso l'analisi del ruolo di garanzia assunto dai giudici. Si tratta di una riflessione che si spinge oltre, nella direzione di ulteriori quesiti: consapevolezza del nesso dignità dell'uomo-principio di libertà – aspetti coessenziali nell'ambito dello stato costituzionale di democrazia pluralista – occorre interrogarsi sull'eventuale capovolgimento della prospettiva tradizionale. La dignità, anziché come intangibilità e superiorità da cui discendono a cascata diritti e pretese individuali, potrebbe piuttosto essere interpretata nella sua estensione, quale strumento di difesa della complessità dell'essere umano e del «suo diritto di formare la propria personalità e di “conquistare” la propria personalità attraverso un processo di autodeterminazione»²⁵.

Ed è proprio in nome del principio di dignità che può consacrarsi la tutela dell'autodeterminazione, anche procreativa, che consenta di riconoscere alla persona il ruolo di protagonista nella propria vita più intima.

4. Conclusioni

La transizione del principio di dignità, così come si riflette nei mutamenti della tutela dei diritti riproduttivi, si configura come un per-

²⁴ Corte costituzionale, *Approvato in via definitiva il progetto di legge costituzionale sull'aborto*, servizio studi area di diritto comparato, 6 marzo 2024.

²⁵ RIDOLA, (2018), p. 293.

corso complesso, tutt'altro che lineare, in cui l'evoluzione giuridica si intreccia indissolubilmente con dinamiche sociali, culturali e politiche. Quanto emerso nel corso di questo approfondimento conferma come la dignità, intesa tanto nella sua accezione soggettiva quanto in quella oggettiva, rappresenti oggi uno snodo essenziale per comprendere la portata dell'autodeterminazione riproduttiva e le sue implicazioni all'interno delle democrazie costituzionali.

La parabola giurisprudenziale e normativa ricostruita, dal caso *Dobbs* alla recente revisione dell'art. 34 della Costituzione francese, rivela una duplice tendenza: da un lato, il rischio concreto di arretramenti nei diritti riproduttivi, anche in contesti consolidati; dall'altro, la possibilità che l'ancoraggio costituzionale – laddove operato – rafforzi in modo duraturo la protezione delle libertà procreative contro le oscillazioni del consenso politico. L'esperienza italiana, pur avendo riconosciuto storicamente il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza, mostra segnali di fatica e vulnerabilità applicativa, che impongono un attento monitoraggio degli strumenti giuridici e delle prassi attuative.

Nel quadro complessivo, emerge con chiarezza che il riconoscimento dell'autodeterminazione riproduttiva necessita di un dialogo continuo e responsabile tra istituzioni, società civile e cultura costituzionale. È proprio in tale prospettiva che la dignità umana, declinata nella sua capacità di includere pluralità e autodeterminazione, assume un ruolo propulsivo e mai meramente retorico.

In ultima analisi, solo attraverso il rafforzamento di un approccio costituzionale autenticamente sensibile alla persona sarà possibile affrontare in modo coerente le sfide presenti e future, garantendo che i diritti riproduttivi non siano concessi, ma riconosciuti; non subordinati al potere, ma radicati nella libertà.

Riferimenti bibliografici

- Bilancia, P. (2020), *Liber amicorum per Pasquale Costanzo. Dignità umana e fine vita in Europa. Consulta online.*
- Bin, R. (2005), *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza* (testo destinato agli Scritti in onore di G. Berti). Jovene. Napoli.

- Corte suprema statunitense, sentenza *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization* et al., No. 19-1392, 597 U.S., 24 giugno 2022
- Corte suprema statunitense, sentenza *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.
- Facchi, A. (2018), *Sulle radici della proprietà di sé*, materiali per una storia della cultura giuridica, a. XLVIII, n. 2.
- Fasan, M. (2023), L'interruzione volontaria di gravidanza in Francia. Verso la definitiva costituzionalizzazione del diritto all'aborto. *BioLaw Journal*, n. 1.
- Groppi, T. (2023), *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*. Giappichelli. Torino. ì
- Guttmacher institute <https://www.guttmacher.org/article/2022/06/13-states-have-abortion-trigger-bans-heres-what-happens-when-roe-overturned>
- Häberle, P. (2001), *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, edizione italiana (a cura di) Jörg Luther. Carocci. Roma.
- Häberle, P. (2005), *Lo Stato costituzionale*, Istituto della Enciclopedia italiana. Roma
- Maltese, P. (2021), *La scelta negata*. Villaggio Maori edizione s.a.s.. Catania.
- Rescigno, F. (2024), Prime note sulla riforma costituzionale francese in tema di interruzione di gravidanza. C'è più di un oceano a separare Parigi da Washington. In *Genius rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*.
- Ridola, P. (2018), *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*. Giappichelli editore. Torino.
- Ridola, P. (2010), *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*. Giappichelli editore. Torino.

Valentina Capuozzo

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE ONLINE:
NOTE SUL QUADRO GIURIDICO SPAGNOLO
NELLA CORNICE DELLA DISCIPLINA EUROPEA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il percorso normativo e giurisprudenziale dell'Unione europea. – 3. Il quadro giuridico della Spagna. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Per definire la libertà di espressione si può fare riferimento, sin da subito, alla sua dimensione circolare, che la rende uno fra i principali diritti fondamentali su cui si fondano i moderni Stati democratici. Il diritto di esprimere liberamente le proprie idee alimenta invero un dialogo di cui beneficiano reciprocamente sia l'individuo che l'intera società, diventando garanzia sociale di partecipazione e di integrazione culturale¹.

Come è emerso nell'evoluzione del dibattito scientifico e giurisprudenziale², la libertà di espressione si compone di diverse articolazioni, che non si esauriscono nel solo diritto di esprimersi liberamente, comprendendo altresì il diritto all'informazione, quello al silenzio, oltreché il diritto di utilizzare ogni mezzo disponibile per esprimere il proprio pensiero. In questo senso, la rete diventa parte integrante della tutela, ponendo nuove istanze sia sul versante attivo, a proposito della diffusione del proprio pensiero tramite internet, sia su quello passivo, per ciò che riguarda la ricezione di tali informazioni e idee.

Da ciò l'esigenza di regolare lo spazio digitale, che negli ultimi decenni viene assumendo un'importanza centrale nella normativa europea e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, soprattutto con ri-

¹ Sul punto, AMATO, (1981), 285 e 286; BARILE, (1974), 424 e ss.; ESPOSITO, (1958), 49 e ss.

² Cfr. la ricostruzione di CASAROSA, (2020), 3.

ferimento al ruolo delle piattaforme – come i motori di ricerca e i *social networks* – che collegano chi fornisce le informazioni o, più generalmente, esprime il proprio pensiero, e chi lo riceve³.

In questa cornice, il presente contributo, dopo una ricostruzione di siffatto percorso europeo (paragrafo 2), si propone di indagare il contesto giuridico costituzionale spagnolo, con l'obiettivo di evidenziare le principali tutele, criticità e prospettive, approfondendo i più recenti sviluppi, come l'istituzione dell'*Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial*, e il ruolo della giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* (paragrafi 3 e 4).

2. Il percorso normativo e giurisprudenziale dell'Unione europea

La tutela della libertà di espressione ha trovato positivo riconoscimento nel sistema delle fonti di diritto europeo solo in tempi recenti. Del resto, il dato non può destare sorpresa se si considera l'impronta essenzialmente economica che ha segnato le origini dell'Unione⁴.

In quest'ottica, né il Trattato che istituisce la Comunità europea né il Trattato sull'Unione europea vi facevano esplicito riferimento, come pure non contenevano nessuna disposizione riconducibile alla tutela dei diritti fondamentali. Una prima affermazione positiva si è avuta nel Trattato di Maastricht che – nel perseguimento di una maggiore integrazione politica fra gli Stati membri convalidata dall'introduzione di una cittadinanza dell'Unione – ha introdotto un rinvio esplicito ai diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Titolo I, articolo F, n. 2) tra cui quello alla libertà di espressione tutelato *ex art. 10*⁵, che garantisce il diritto alla libertà di

³ Cfr. BUCALO, (2023b), par. 2, ove l'A. parla di “soggetti (...) che svolgono il ruolo di *Gatekeepers* (letteralmente ‘portieri, guardiani’) del *cyberspazio* e che regolano il flusso dei dati per mezzo del loro algoritmo, mettendo così ordine nel caos delle informazioni”, e rappresentano “un numero molto ristretto di compagnie (*tech companies*) che hanno il controllo delle porte di accesso alle informazioni presenti in rete”.

⁴ Cfr. sul punto BASSINI, (2012), 173 ss.; POLLICINO, (2017), 16.

⁵ Così recita il testo dell'articolo: “L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradi-

opinione e alla ricezione e diffusione delle informazioni, fatte salve le restrizioni previste dalla legge e necessarie in una società democratica⁶.

Il processo di positivizzazione si è consolidato con la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati ai sensi dell'articolo 6 TUE. L'art. 11 della Carta, in particolare, sancisce il diritto di ogni persona alla libertà di espressione, precisando che questo *"include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera"* e, al secondo comma, che *"la libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati"*. L'art. 52 della Carta, poi, assoggetta le eventuali limitazioni del diritto al rispetto della riserva di legge e del principio di proporzionalità⁷.

Già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dell'integrazione della Carta di Nizza nel diritto primario, tuttavia, la Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE), le cui pronunce si collocano nel solco dell'interpretazione consolidatasi nella giurisprudenza della Corte EDU, considerava la libertà di espressione come uno dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico europeo, tentando di rispondere alle nuove esigenze di tutela poste dall'emergere progressivo della dimensione digitale. Si può dire, a tal riguardo, che la CGUE abbia approntato una tutela indiretta per la libertà di espressione *online*, occupandosene nel bilanciamento con altri diritti⁸.

Emblematica è l'evoluzione giurisprudenziale in materia di *privacy*, che ha visto dapprima la Corte stabilire che nel bilanciamento fra tutela della riservatezza e altre libertà, fra cui quella di espressione, va compiuta una valutazione *case by case*⁹, per poi introdurre il canone

zioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

⁶ Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte in CAPUOZZO, TACENTE (2025), e alla bibliografia ivi citata.

⁷ Su tale evoluzione si v. il Dossier *"La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato"*, del Servizio Ricerca del Parlamento europeo.

⁸ Cfr. BUCALO, (2023a), 142 e ss.

⁹ CGUE, sent. c.d. *Lindqvist*, 6 novembre 2003, C-101/1.

della proporzionalità delle misure limitative¹⁰, fino ad arrivare a imporre ai motori di ricerca l'applicazione della normativa europea sulla *privacy* per la tutela del diritto all'oblio¹¹, così aprendo la strada alla responsabilizzazione delle piattaforme digitali.

Anche in materia di diritto d'autore la CGUE ha compiuto importanti passi avanti, spesso posta dinanzi a questioni complesse per le “*molteplici tensioni che la digitalizzazione ha prodotto nel rendere disponibili opere protette per la libera fruizione da parte degli utenti*” (POLLICINO, 2018, 61). Da un primo punto di vista, a rilevare è il bilanciamento che la Corte opera, affermando che, sebbene i diritti d'autore siano tutelati a livello europeo, tale protezione non può comprimere altri diritti fondamentali, come la libertà di espressione¹². In particolare, i giudici di Lussemburgo non adottano una gerarchia rigida tra i diritti, collocandoli tutti su un piano di pari valore e imponendo un bilanciamento caso per caso¹³. La CGUE, poi, sottolinea che ai siti *web* può essere riconosciuta la posizione di intermediario ai sensi dell'art. 8, par. 3, della direttiva 2001/29/CE (*sull'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi della società dell'informazione*)¹⁴, così aggiungendo un ulteriore tassello alla necessaria responsabilizzazione delle piattaforme¹⁵.

Sulla scia di questo percorso giurisprudenziale, anche nel diritto derivato è possibile osservare una progressiva emersione di norme volte a tutelare indirettamente la libertà di espressione. Disposizioni signi-

¹⁰ CGUE, sent. c.d. *Data Retention*, 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12.

¹¹ CGUE, sent. c.d. *Google Spain*, 13 maggio 2014, C-131/12; sent. *Google c. Commission Nationale de l'Informatique e des Libertés*, 24 settembre 2019, C-517/17; sent. cd. *TU e RE c. Google*, 8 dicembre 2022, C-460/20, che peraltro è la prima ad assumere l'art. 11 della Carta come parametro.

¹² CGUE, sent. c.d. *Scarlet c. SABAM*, 24 novembre 2011, C-70/10; sent. cd. *SABAM c. Netlog*, 16 febbraio 2012, C-360/10.

¹³ Sul punto una parte della dottrina è critica, poiché ascrive questa equidistribuzione tra diritti a una possibile mancata emancipazione del diritto dell'Unione europea dalla sua dimensione prevalentemente economica, cfr. POLLICINO, (2021), 92; di diverso avviso invece è BASSINI, (2019), 382, che ritiene questa giurisprudenza meritevole di aver ridimensionato il diritto d'autore.

¹⁴ CGUE, sent. cd. *Telekabel Wein c. Constantin film e Wega*, 27 marzo 2014, C-314/12.

¹⁵ Su punto cfr. BUCALO, (2023a), 169.

ficative in tal senso sono rinvenibili nella direttiva sul commercio elettronico¹⁶, nelle direttive sulla tutela dei diritti d'autore¹⁷, nel regolamento sulla tutela dei dati personali¹⁸, nella direttiva sui media audiovisivi¹⁹ e in quella sul *whistleblowing*²⁰, anche se la svolta decisiva è avvenuta più di recente, con il *Digital Services Act* (DSA)²¹ e il *Digital Markets Act* (DMA)²², che insieme compongono il *Digital Services Package*, entrato in vigore nel maggio 2023, cui si somma il Regolamento 1689/2024 sull'IA²³.

Si tratta di una normativa che denota l'intenzione dell'Unione europea di dotarsi di una disciplina *ad hoc* per limitare l'appropriarsi da parte delle piattaforme di poteri che, invece, sono propri degli organi di diritto pubblico²⁴. Tale obiettivo, peraltro, emerge con chiarezza anche dalla lettura della Dichiarazione Europea dei Diritti Digitali adottata dal Parlamento Europeo, dalla Commissione e dal Consiglio, che sottolinea la dimensione costituzionale e universale dei diritti *online*²⁵.

Nell'ambito di siffatte disposizioni, il DMA si concentra in particolare sui rapporti tra piattaforme e fornitori di servizi, imponendo una

¹⁶ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000.

¹⁷ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001; direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019.

¹⁸ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016.

¹⁹ Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018.

²⁰ Direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019.

²¹ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022.

²² Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 ottobre 2022.

²³ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024.

²⁴ Cfr. BUCALO, (2023a).

²⁵ Comunicazione congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio e alla Commissione, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 23 gennaio 2023.

maggior trasparenza nelle condizioni contrattuali e limitando la conformazione oligopolistica del mercato digitale, per garantire ai consumatori un mercato concorrenziale più vantaggioso²⁶.

Il DSA, invece, stabilisce un quadro normativo per le piattaforme *online*²⁷, prevedendo regole a protezione degli utenti per garantire la loro libertà di espressione, e imponendo obblighi di trasparenza e responsabilità nella moderazione dei contenuti illeciti (artt. 12-15 DSA). Molto rilevanti a tale proposito sono gli articoli 3, 4 e 5 DSA, che prevedono la regola generale per cui il *provider* è responsabile per i contenuti pubblicati, dovendo provare di volta in volta la sua irresponsabilità, sebbene una criticità da segnalare sia la mancata definizione, da parte della normativa, di cosa debba intendersi per contenuto illecito, che può creare incertezza, lasciando così ampio margine all'interpretazione²⁸.

Risulta interessante, inoltre, soffermarsi su due ulteriori aspetti legati alla valorizzazione della dimensione dei controlli. In primo luogo, è opportuno osservare il ruolo preponderante della Commissione Europea nella supervisione delle piattaforme di grandi dimensioni²⁹. Gli articoli 50-56 del DSA stabiliscono, infatti, che la Commissione può intervenire direttamente di propria iniziativa in caso di infrazioni persistenti, conducendo in modo autonomo indagini e audizioni, ispezioni *in loco*, adottando misure provvisorie, rendendo vincolanti determinati impegni e persino imponendo sanzioni pecuniarie per le violazioni del Regolamento.

²⁶ Cfr. CENAMO, KRETSCHMER, CONSTANTINIDES, ALAIMO, SANTALÒ, (2023), 44 e ss.; PODSZUN, BONGARTZ, LANGENSTEIN, (2021), 60 e ss.

²⁷ Cfr. CAUFFMAN, GOANTA, (2021), 758 e ss.; LEERSEN, (2023).

²⁸ Cfr. sul punto BUCALO, (2023a), 201 e 202, che tuttavia osserva come tale scelta possa giustificarsi alla luce del *“rischio che la cristallizzazione in disposizioni positive di tali definizioni non sarebbe in grado di seguire l'evoluzione tecnologica sottesa alla manifestazione delle opinioni online e renderebbe precocemente obsolete le norme stesse”*.

²⁹ Il DSA modula e differenzia le obbligazioni di cooperazione e supervisione in base alla dimensione degli intermediari e alla complessità dei servizi offerti, distinguendoli in quattro categorie: *intermediary services*, *hosting*, *online platform* e *very large online platforms*, come evidenziato nei considerando 53-63 DSA. Per approfondire, si v. BUCALO, (2023a), 202 e ss.

Per quanto concerne il controllo preventivo, poi, l'articolo 35, paragrafo 1, del DSA promuove il metodo della co-regolazione, incentivando l'adozione di codici di condotta a livello unionale, al fine di favorire un'applicazione efficace della disciplina. L'obiettivo è rafforzare la dimensione collaborativa con le piattaforme, che in passato non aveva prodotto risultati soddisfacenti³⁰, integrando le fonti di *hard law* con strumenti di *soft law* più flessibili e facilmente adattabili ai continui cambiamenti derivanti dalla rapida evoluzione tecnologica che caratterizza questa materia.

L'ultima tappa del percorso normativo europeo è quella scandita dal Regolamento 1689/2024, che stabilisce un quadro giuridico uniforme per lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di IA³¹. Anche in questo caso, a rilevare è la finalità di limite che viene assumendo la disciplina europea, volta a promuovere la diffusione di un'IA antropocentrica e affidabile attraverso il divieto di pratiche che possano avere un impatto negativo sui diritti fondamentali (art. 5) e l'imposizione di *standards* di trasparenza (art. 13) e obblighi di vigilanza (art. 25).

3. Il quadro giuridico della Spagna

La Costituzione spagnola (CE) tutela la libertà di espressione all'articolo 20, che si colloca nel Titolo I, Capitolo II, dedicato ai diritti fondamentali (artt. 14-38 CE)³². Si tratta di una norma connotata da un profondo significato storico, che la caratterizza come una delle più importanti affermazioni di distacco della Costituzione del 1978 dal precedente regime autoritario. Questo, infatti, utilizzava il diritto penale come strumento per reprimere informazioni e opinioni non solo in ambito politico, ma anche relative alla morale, alla religione o alla

³⁰ Un riferimento specifico riguarda, in particolare, il *Code of Practice on Disinformation*, adottato nella sua prima versione nel 2018. Per un'analisi più dettagliata si rimanda a BUCALO, (2023a), 181 e ss.; CESARINI, (2021), 292-293; PAGANO, (2019), 8.

³¹ Su cui si v. AA. VV., (2024).

³² Sulla libertà di espressione come diritto fondamentale nella Costituzione spagnola del 1978 si v. MASSÓ GARROTE, (2000), 58 e ss.

cultura. A ciò si aggiungeva un controllo stringente sui mezzi di comunicazione, esercitato attraverso la gestione statale diretta o tramite strumenti come l'autorizzazione preventiva e l'obbligo di deposito giornaliero di copie per la censura, ad esempio per i periodici³³.

In tal senso, dunque, l'art. 20 CE tutela la libertà di espressione in un'accezione ampia³⁴, proteggendo il diritto: "*a) a esprimere e diffondere liberamente il pensiero, le idee e le opinioni per mezzo della parola, degli scritti o con qualunque altro mezzo di riproduzione; b) alla produzione e creazione letteraria, artistica, scientifica e tecnica; c) alla libertà di insegnamento; d) a comunicare o ricevere liberamente informazioni veritiere attraverso qualsiasi mezzo di diffusione*". Questi diritti sono affiancati da due prerogative fondamentali che il legislatore è chiamato a disciplinare: il segreto professionale e la clausola di coscienza, con specifico riferimento a coloro che esercitano professionalmente l'attività informativa.

L'art. 20.4 CE precisa poi che la libertà di espressione non può essere limitata, salvo che per garantire l'esercizio di altri diritti costituzionalmente protetti³⁵. La tutela è completata da due ulteriori garanzie: l'abolizione della censura preventiva (art. 20.2 CE) e la riserva di giurisdizione per il sequestro delle pubblicazioni, delle registrazioni e degli altri mezzi di informazione (art. 20.5 CE).

Sul piano applicativo, la giurisprudenza spagnola, in specie quella del *Tribunal Constitucional* (TC), è venuta adattando i principi costituzionali alle tensioni e alle istanze progressivamente emerse nella vita sociale e politica, rendendo la libertà di espressione un terreno giuridico fortemente plasmato dai casi concreti.

Tale evoluzione giurisprudenziale, nel solco di quella sovranazionale, si muove lungo una duplice direttrice proteggendo, da un lato, la dimensione individuale della libertà di esprimersi e, dall'altro, concen-

³³ Cfr. sul punto F. BALAGUER CALLEJÓN, CÁMARA VILLAR, M.L. BALAGUER CALLEJÓN, MONTILLA MARTOS, (2020), 497.

³⁴ Ivi, 498.

³⁵ Particolarmente rilevante in tal senso è la giurisprudenza del TC a proposito del rapporto della libertà di espressione col diritto d'onore tutelato ex art. 18.1 CE, che ha parlato di una posizione preferenziale della prima in quanto garanzia e condizione necessaria per il pluralismo politico e per la formazione dell'opinione pubblica, cfr. *inter alia* SSTC nn. 104/1986, 165/1987, 15/1993, 336 e 320/1994.

trandosi sulla dimensione istituzionale, relativa alla diffusione e alla persistenza dell'informazione nei *media*³⁶. A tal riguardo, rileva il consolidato orientamento del TC secondo cui l'art. 20 CE opera come un vincolo permanente fra le libertà pubbliche e il principio democratico³⁷, imponendo un'informazione veritiera e accessibile a tutti i cittadini, con qualunque mezzo di diffusione³⁸.

È in questa cornice che si collocano le sfide poste dalla nuova dimensione *online* della libertà di espressione, che attengono in particolare al rapporto tra l'esercizio di tale diritto e la gestione delle piattaforme digitali. Esse, infatti, amplificano la portata delle opinioni e informazioni diffuse, filtrandole attraverso criteri algoritmici in grado di determinare quali contenuti rendere prioritari, in base a regole interne che rispondono alla logica privato-imprenditoriale delle grandi società cui fanno capo³⁹.

La risposta del legislatore spagnolo a tali nuove sfide non offre soluzioni adeguate⁴⁰. Se si esaminano gli interventi normativi compiuti, nello specifico, si può cogliere una tendenza alla repressione degli aspetti patologici della comunicazione *online*, più che una regolazione delle nuove dinamiche ad essa legate. Si pensi all'intervento sul reato di provocazione all'odio *ex art.* 510 del Codice penale, che ha introdotto come circostanza aggravante l'utilizzo di internet o delle tecnologie informatiche nella commissione del fatto⁴¹. Del pari significativa è la modifica all'art. 578 del Codice penale⁴², in materia di terrorismo, che ha sottolineato la punibilità dell'esaltazione o giustificazione del

³⁶ Cfr. REVENGA SÁNCHEZ, (2023), 1175.

³⁷ Così SCARCIGLIA, DEL BEN, (2005), 118 e 119.

³⁸ Sul concetto di informazione veritiera cfr. SSTC nn. 6/1981, 177/1990; CARRILLO, (1988), 187 e ss.

³⁹ Cfr. REVENGA SÁNCHEZ, (2023), 1178 “*El diagnóstico de los problemas que acarrea la desregulación y el descontrol está realizado, como también están comprobadas las consecuencias que genera abandonar a su suerte el sistema de la libertad de expresión, dejándolo en manos de corporaciones privadas que establecen sus propias normas desde una lógica privado-empresarial a las que el usuario no tiene más alternativa que adherirse o alejarse*”.

⁴⁰ Ivi, 1179.

⁴¹ Ley Orgánica n. 1/2015.

⁴² Sempre ad opera della Ley Orgánica n. 1/2015.

terrorismo su internet destando preoccupazione per il moltiplicarsi dei procedimenti giudiziari per questo reato, spesso originati da semplici affermazioni rese da utenti di *social media*, artisti o giornalisti, tanto da indurre a riflettere sulla compatibilità di una previsione così restrittiva con la libertà di espressione per come tutelata dall'art. 20 CE.

In questo contesto, dunque, è spesso la giurisprudenza a svolgere un ruolo preponderante, attraverso un'interpretazione che tenta di adeguare alla comunicazione digitale le regole stabilite per quella tradizionale⁴³. Va rilevato, tuttavia, che in assenza di un adeguato apparato normativo di riferimento l'intervento giurisprudenziale non sempre può svolgere questa funzione adeguatrice, a meno di non assumere – come talvolta accade – un ruolo creativo, dandosi autonomamente le regole alla cui attuazione sarebbe chiamata.

Rilevante in questo senso è la decisione resa dal *Tribunal Supremo* a proposito del blocco disposto da *Twitter* sull'*account* del partito *Vox* durante una campagna elettorale, che ha chiamato i giudici a valutare una decisione *lato sensu* censoria della piattaforma in risposta alla condivisione di contenuti ritenuti di incitamento all'odio⁴⁴. In mancanza di una regolazione specifica da applicare, i giudici spagnoli hanno risposto confermando la decisione della piattaforma in virtù del rapporto privato instaurato tra questa e le parti in causa, non altrimenti regolato se non attraverso la disciplina privatistica del contratto⁴⁵.

Espressione di una tendenza creativa è invece quell'orientamento del TC che vede sempre più spesso i giudici costituzionali spingersi oltre le peculiarità del singolo caso a proposito di bilanciamenti complessi, come quello tra il diritto all'onore e la libertà di espressione, per fissare principi generali utili a orientare le future decisioni giudiziarie⁴⁶.

⁴³ Su questo ruolo della giurisprudenza cfr. RAGONE, (2023), 1164 “*la interpretación resulta fundamental, como en cada proceso de modernización de cartas de derechos «ya no tan jóvenes», y probablemente será acompañada por nuevos instrumentos procesales*”.

⁴⁴ *Tribunal Supremo*, sent. n. 735/2022, *Sección 4 de lo Contencioso*.

⁴⁵ Cfr. la critica di HERRERA DE LAS HERAS, (2023), 151 e ss.; SCAFFARDI, (2023), 381.

⁴⁶ Particolarmente indicativa è la STC n. 8/2022, su cui cfr. REVENGA SÁNCHEZ, (2023), 1179.

È in questo scenario che si inserisce la recente istituzione dell'*Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial* (AE-SIA)⁴⁷, concepita in attuazione della normativa europea volta alla regolamentazione del mondo *online*. Si tratta di un notevole passo avanti nel percorso digitale della Spagna, che la rende il primo Paese europeo a essersi dotato di un'organizzazione dedicata alla supervisione dell'IA, anticipando l'entrata in vigore del Regolamento 1689/2024.

L'*AESIA*, che si può definire un ente con personalità giuridica pubblica e dotato di un proprio patrimonio e di autonomia gestionale (cap. I, art. 1.2 *Real Decreto* 729/2023), è invero destinata a svolgere un ruolo centrale per la regolamentazione delle piattaforme digitali. Nell'esercizio delle sue competenze di monitoraggio sull'uso dei sistemi di IA (cap. II, art. 10 *Real Decreto* 729/2023), infatti, uno degli aspetti essenziali della sua attività sarà l'introduzione di linee guida e certificazioni per garantire che gli algoritmi utilizzati dalle piattaforme rispettino i principi di trasparenza, non discriminazione e tutela dei diritti fondamentali, così mirando a fungere da raccordo tra le istituzioni europee e i soggetti nazionali.

4. Conclusioni

L'analisi svolta evidenzia come la libertà di espressione, sebbene riconosciuta quale diritto fondamentale nella Costituzione spagnola e dalla normativa europea, debba oggi confrontarsi con sfide complesse⁴⁸, condizionate dalla nuova dimensione digitale, che ne ridefinisce confini, contenuti e modalità di esercizio⁴⁹. In particolare, l'avvento delle piattaforme *online* e il ricorso crescente a sistemi algoritmici pongono sfide inedite, che investono tanto l'effettività della tutela quanto la distribuzione delle responsabilità tra attori pubblici e soggetti privati.

⁴⁷ Ley 22/2021, de 28 diciembre; Ley 28/2022, de 21 diciembre; *Real Decreto* 729/2023, de 22 de agosto che ne dispone lo Statuto.

⁴⁸ REVENGA SÁNCHEZ, (2023).

⁴⁹ *Ex multis* POLLICINO, DUNN, (2024).

La risposta dell'Unione europea si è articolata, dapprima, in una giurisprudenza attenta a bilanciare la libertà di espressione con altri diritti fondamentali, per poi consolidarsi in una produzione normativa più strutturata, culminata nel *Digital Services Package* e nel recente Regolamento sull'intelligenza artificiale. Tali strumenti testimoniano la volontà del legislatore europeo di presidiare lo spazio digitale non solo come ambito economico, ma come luogo di esercizio dei diritti fondamentali, nel tentativo di sottrarre alle logiche privatistiche delle piattaforme la definizione concreta dei limiti della libertà di espressione.

Il quadro spagnolo, pur muovendosi nella stessa direzione, mostra alcune incertezze. La Costituzione del 1978 ha riconosciuto un'ampia tutela alla libertà di espressione, in netta discontinuità rispetto al passato autoritario. Tuttavia, la normativa ordinaria si è spesso concentrata sugli aspetti repressivi delle patologie comunicative, trascurando la necessità di una disciplina positiva e proattiva dello spazio digitale. In questo vuoto regolatorio, la giurisprudenza ha assunto un ruolo centrale, talvolta interpretativo, talaltra creativo, nel tentativo di garantire un equilibrio tra i valori costituzionali in gioco.

L'istituzione dell'*AESIA* rappresenta, in questo contesto, un segnale di svolta: un tentativo di anticipare le sfide poste dall'intelligenza artificiale e di ricondurre l'attività algoritmica entro parametri compatibili con i principi costituzionali e con il diritto europeo. Si tratta, tuttavia, solo dell'inizio di quello che si auspica possa diventare un percorso normativo in grado di conciliare il rispetto dei diritti costituzionali con l'esigenza di regolare un settore in rapida evoluzione.

Resta infatti aperta la questione della piena responsabilizzazione delle piattaforme e della definizione di standard condivisi tesi a garantire un esercizio effettivo della libertà di espressione anche *online*, che potrebbe passare per l'armonizzazione delle politiche degli Stati europei.

Il diritto pubblico comparato mostra, anche in questa materia, la propria funzione essenziale: cogliere le trasformazioni in atto, rilevare le convergenze normative e giurisprudenziali, ma anche mettere in luce le asimmetrie e i rischi di disallineamento fra ordinamenti, affinché il processo di digitalizzazione dei diritti non si traduca in una loro graduale erosione, bensì in una loro riaffermazione in forme nuove e adeguate ai tempi.

Riferimenti bibliografici

- Aa. Vv. (2024), Il Regolamento sull'intelligenza artificiale. *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2.
- Amato, G. (1981). Libertà (diritto costituzionale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano.
- Balaguer Callejón, F.; Cámara Villar, G. Balaguer Callejón, M.L.; Montilla Martos, J.A. (2020). *Introducción al Derecho constitucional*. Tecnos. Madrid.
- Barile, P. (1974). *Libertà di manifestazione del pensiero*. Enciclopedia del Diritto. Milano.
- Bassini, M. (2019). *Internet e libertà di espressione*. Aracne Editrice. Roma.
- Bucalo, M.E. (2023a). *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*. Giappichelli. Torino.
- Bucalo, M.E. (2023b). *La libertà di espressione: nuovi limiti e nuovi controlli*, in *www.treccani.it*.
- Capuozzo, V.; Tacente, A. (2025). Sovranità digitale e libertà di espressione online nella dimensione europea e convenzionale. *Federalismi.it*, 6.
- Carrillo, M. (1988). Derecho a la información y veracidad informativa. *Revista española de derecho constitucional*, 23.
- Casarosa, F. (2020). *Libertà di espressione e contrasto ai discorsi d'odio, Handbook sulle tecniche di interazione giudiziale nell'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*. EUI.
- Cauffman, C.; Goanta, C. (2021). A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection. *European Journal of Risk Regulation*, 4.
- Cennamo, C.; Kretschmer, T.; Constantinides, P.; Alaimo, C.; Santalò, J. (2023). Digital Platforms Regulation: An Innovation-Centric View of the EU's Digital Markets Act. *Journal of European Competition Law & Practice*, 1.
- Cesarini, P. (2021). Regulating Big Tech to Counter Online Disinformation: Avoiding Pitfalls while Moving Forward. *Media Laws*, 1.
- Esposito, C. (1058). La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*.
- Guastaferro, B. (2012). Le declinazioni sovranazionali del principio democratico. In Argenio, A. (a cura di), *Democrazia e totalitarismo*. Editoriale Scientifica. Napoli.

- Herrera de las Heras, R.H. (2021). La suspension de cuentas de politicos por Twitter y los bloqueos de usuarios por parte de las administraciones y cargos publicos. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 18-19.
- Leersen, P. (2023). An End to Shadow Banning? Transparency Rights in The Digital Services Act Between Content Moderation and Curation. *Computer Law & Security Review*.
- Massó Garrote, M.F. (2000). I diritti fondamentali e le libertà pubbliche nella Costituzione spagnola del 1978 e nella giurisprudenza costituzionale. In Pegoraro, L.; Rinella, A.; Scarciglia, R. (a cura di), *I vent'anni della costituzione spagnola*, Padova.
- Pagano, G. (2019). Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione. *Federalismi.it*, 11.
- Pérez Miras, A.; Teruel Lozano, G.M.; Rafiotta, E.C. (2013). *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: vida y ciencia / Sfide per i diritti della persona nel XXI secolo: Vita e scienza / Challenges of Individual Rights in the XXI Century: Life and Science*. Aranzadi. Cizur Menor.
- Pollicino, O. (2017). La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet. In Pitruzzella, G.; Pollicino, O.; Quintarelli, S. (a cura di), *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, Egea. Milano.
- Pollicino, O. (2018). La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet. *MediaLaws*, 1.
- Pollicino, O. (2021). *Judicial Protection of Fundamental Rights on Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Hart Publishing. Oxford.
- Pollicino, O.; Dunn, P. (2024). *Intelligenza artificiale e democrazia. Opportunità e rischi di disinformazione e discriminazione*. Bocconi University Press. Milano.
- Podszun, R.; Bongartz, p.; Langenstein, S. (2021). The Digital Markets Act: Moving from Competition Law to Regulation for Large Gatekeepers. *Journal of European Consumer and Market Law*, 2.
- Ragone, S. (2023). Nuevas tecnologías e intimidación: reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia. In Ferrer Mac Gregor, E. (a cura di), *La garantía jurisdiccional de la constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España*. XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, CEPC, Madrid.

- Revenga Sánchez, M. (2023). Dicotomías de la libertad de expresión en la era de la comunicación digital. In Ferrer Mac Gregor, E. (a cura di), *La garantía jurisdiccional de la constitución. A cien años del Verfassungsgesichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España. XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, CEPC, Madrid.
- Scaffardi, L. (2023). Internet fra auto-limitazione e controllo pubblico. *Rivista AIC*. 4.
- Scarciglia, R.; Del Ben, D. (2005). *Spagna*. Il Mulino. Bologna.

*Francisco Ortega Candela**

¿AMPARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN LA GENERACIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL CON HERRAMIENTAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL?

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Breve panorama en derecho comparado del tratamiento de la pornografía infantil ficticia. – 3. ¿Es la libertad de expresión un derecho absoluto? – 3.1. La defensa del carácter absoluto de la libertad de expresión. – 3.2. El carácter dañino del discurso pornográfico. – 3.3. La libertad de expresión como derecho limitado: la modulación de la protección del discurso según su contenido. – 4. Los desafíos que implica la inteligencia artificial como herramienta de generación de pornografía infantil. – 5. A modo de conclusión: ¿Ampara la libertad de expresión la generación de pornografía infantil con herramientas de inteligencia artificial?

1. Introducción

El 30 de noviembre de 2022 se produjo el lanzamiento de ChatGPT, un chatbot de inteligencia artificial desarrollado por OpenAI, basado en el diálogo. Esta fecha marcó un antes y un después, pues puede considerarse como el momento en que la inteligencia artificial generativa entró de lleno en la cultura de masas. Pasó de ser una herramienta en desarrollo y de limitado acceso, a un producto acabado y accesible.

En paralelo al famoso chatbot, surgieron otros programas cuyo *output* no era texto, sino imágenes generadas en base a las indicaciones proporcionadas por el usuario. La propia OpenAI había lanzado el 28 de septiembre de 2022 la última versión de su programa de generación de imágenes, DALL-E 2. Pero no fueron los únicos. El 12 de julio de 2022 se lanzó en beta Midjourney, por la empresa del mismo nombre. Y el 22 de agosto, también de 2022, se puso a disposición de los usua-

* Universidad de Murcia.

rios el programa Stable Diffusion que, a diferencia de los anteriores, era de código abierto.

Como ya hemos comentado, estos programas son herramientas con las que se pueden generar imágenes digitales, más o menos realistas, a partir de descripciones en lenguaje natural o estímulos (*prompts* en inglés). Su potencial es enorme, y en el tiempo que ha mediado hasta ahora, han surgido nuevos programas y nuevas versiones de los ya existentes, capaces de generar imágenes de gran realismo.

Pues bien, en este trabajo pretendemos analizar un fenómeno al que cada vez se le está prestando más atención: la generación de pornografía infantil utilizando las ya mencionadas herramientas de inteligencia artificial. Lejos de ser un caso aislado, se está convirtiendo en un problema real, alimentado por la facilidad con que se puede burlar o manipular a las mencionadas herramientas de generación de imágenes, para que creen contenidos de cualquier tipo.

Resulta conveniente continuar esta introducción definiendo lo que entendemos por pornografía infantil, pues nos servirá para introducir los muchos problemas que esta figura implica. En concreto, vamos a analizar la definición que maneja la ONU. El artículo 2. (c) del *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography*, nos ofrece esta definición: “*Child pornography means any representation, by whatever means, of a child engaged in real or simulated explicit sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes*”¹².

Esta definición incluye, desde luego, la manifestación más propia de lo que se conoce como pornografía infantil: la implicación de un menor en la representación de actos sexuales explícitos. Esta modalidad no ofrece problemas y se trata de contenidos cuya ejecución, posesión o distribución están prohibidos y castigados penalmente, puesto que implican a un menor contra el que se ha atentado física y psicológicamente. Hay una víctima.

¹² Resolution A/RES/54/263 at the fifty-fourth session of the General Assembly of the United Nations.

Pero la definición que da la ONU es más amplia. Incluye también representaciones obtenidas por cualquier medio, y en las que la relación sexual sea simulada. Dentro de esta categoría podemos encontrar la pornografía infantil simulada con actores mayores de edad, así como la generada con medios gráficos. Estos contenidos, que no implican a un menor real, ya no han tenido un tratamiento penal tan homogéneo. Esto se ha visto favorecido, sin duda, no solo por la falta de una víctima, sino también por tratarse de un fenómeno hasta cierto punto marginal.

Sin embargo, la irrupción de la inteligencia artificial ha puesto de actualidad el tema. La generación de pornografía infantil mediante herramientas de inteligencia artificial puede ser englobada en los medios gráficos arriba mencionados; pero se diferencia en dos importantes aspectos: lo realístico de los contenidos y la facilidad con que se pueden generar. Por lo demás, adolece de los mismos problemas que ya hemos mencionado: su tratamiento dista mucho de estar claro o ser homogéneo.

La falta de víctima en este tipo de contenido lleva de alguna manera a plantearse la cuestión que da título a este trabajo: ¿Ampara la libertad de expresión la generación de pornografía infantil con herramientas de inteligencia artificial? La pregunta no es baladí, ya que del sentido de la respuesta dependerán los límites al tratamiento que se le pueda dar a este tipo de contenido y, más en concreto, su posible prohibición o, incluso, persecución penal.

En este sentido, la propia definición de pornografía infantil que maneja la ONU, en su última frase, parece hacer referencia a contenidos que no se considerarían pornografía infantil. Se trata del inciso *for primarily sexual purposes*. De primeras, se plantea el problema de si esta mención se aplica a las dos conductas que especifica la definición, es decir, a la representación de un menor implicado en actos sexuales explícitos y a la representación de los órganos sexuales de un menor, o solo esta última, que aparece quizá como una modalidad más atenuada de pornografía infantil, susceptible de ser exceptuada. No obstante, no trataremos en este trabajo este problema interpretativo, pero sí otro estrechamente relacionado con la propia previsión del inciso comentado: los contornos de la definición de pornografía infantil. ¿Cual debe ser la amplitud de este concepto? Considerar como pornografía infan-

til cualquier representación sexual de un menor, puede acabar clasificando como tal contenidos de cualquier tipo, incluido artísticos.

Esta cuestión no es ajena a la práctica, y como veremos más adelante, se han utilizado categorías como el realismo, la obscenidad o el carácter fundamentalmente sexual de un contenido, a la hora de clasificarlo como pornografía infantil. Y esto nos lleva a una última cuestión fundamental: ¿Puede la pornografía, en este caso de cualquier tipo, ser valorada como discurso a los efectos de su posible protección por el derecho a la libertad de expresión?

En definitiva, creemos que merece la pena examinar un tema que promete estar cada vez más de actualidad y que va a necesitar de una respuesta clara y precisa por parte de las instituciones. Sin ir más lejos, el Consejo de Ministros del Gobierno de España ha anunciado recientemente su intención de remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley Órgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, que incluirá, entre otras cosas, la tipificación de los delitos de *deepfakes* de contenido sexual y el grooming, y medidas como el control parental gratuito la pena de prohibición de acceso o de comunicación en los entornos digitales.

En lo que sigue, comenzaremos por ofrecer un breve panorama en derecho comparado sobre el tratamiento que se le da a la categoría de la pornografía infantil virtual. De esta manera veremos el estado actual de la cuestión y los problemas que plantea. Tras ello, pasaremos a analizar la primera de las cuestiones fundamentales a las que hay que dar respuesta, a saber: ¿es la pornografía un discurso? Después pasaremos a analizar los propios límites del derecho a la libertad de expresión, para terminar tratando los problemas que implica la generación de contenidos de pornografía infantil mediante herramientas de inteligencia artificial.

2. Breve panorama en derecho comparado del tratamiento de la pornografía infantil ficticia

Aunque analizar el tratamiento que se le da a la pornografía infantil virtual a nivel legislativo y jurisprudencial en derecho comparado pueda dar la sensación de que estamos comenzando la casa por el te-

jado, tiene en realidad todo su sentido. Como ya hemos avanzado en la introducción, este tipo de pornografía infantil no genera el mismo consenso que aquella que implica a menores reales. Su tratamiento entre países difiere enormemente y no hay acuerdo entre la doctrina y la jurisprudencia sobre cuál debería ser su tratamiento definitivo. En el centro de este debate se encuentra, precisamente, la posibilidad de calificarlos como contenidos amparados por la libertad de expresión.

Todo ello sugiere la conveniencia de hacer un breve repaso por las principales líneas de abordaje de este agudo problema. No obstante, antes vamos a intentar aclarar un poco más el objeto de este debate: como es fácil suponer, la pornografía infantil real, es decir, aquella en que están implicados menores reales, queda fuera del objeto de este artículo. También quedan excluidas las prácticas de *deepfake* sexual, consistentes en la manipulación de la imagen de un menor real, colocándola en un contexto pornográfico (BARBA ARTEAGA, 2024, 234-236).

En estos casos consideramos que sí hay un menor real que se ve afectado, por lo que esta figura se aleja de la pornografía infantil ficticia propia. Sin embargo, atendiendo a esta misma carencia de menor real afectado, sí tendría cabida en nuestro objeto de debate la pornografía infantil simulada mediante actores mayores de edad. Como es fácil observar, a este supuesto se le podrán aplicar gran parte de las conclusiones a las que llegaremos. No obstante, hemos decidido mantener el objeto centrado en la pornografía infantil virtual, ya que el trabajo se centra en la influencia que las herramientas de inteligencia artificial tienen en la producción de estos contenidos.

Pues bien, en el panorama internacional nos encontramos con tres posturas básicas: países donde la pornografía infantil ficticia es ilegal, países en los que está permitida y, por último, países situados en un lugar intermedio, donde este tipo de contenidos pueden ser legales si se dan una serie de requisitos.

En el primer grupo, el de países donde la pornografía infantil ficticia es ilegal, nos encontramos el claro ejemplo de Canadá. El art.163.1 del *Criminal Code* canadiense tipifica la producción, distribución, posesión y acceso a la pornografía infantil, dentro de la cual queda expresamente englobada la puramente ficticia. El propio artículo ofrece una definición de lo que entiende por este tipo de contenidos:

“...a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,

(i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or

(ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years”.

La definición incluye expresamente las representaciones en cualquier formato visual y realizadas por cualquier medio, ya sea electrónico o mecánico. La legislación canadiense incluso va más allá, e incluye en el concepto de pornografía infantil los contenidos escritos o de audio que describan actividades sexuales con menores de edad y cuyo propósito sea de naturaleza sexual.

Esta provisión ha sido también reforzada por la interpretación de la Corte Suprema canadiense. En su sentencia *R v Sharpe* dispuso que, a los efectos de criminalizar la posesión de pornografía infantil, se incluye tanto la real como la ficticia (DAVIDOV, 2000, 195-200).³

Otro ejemplo es el de Francia, donde el art 227.23 del *Code Penal* incluye las representaciones de cualquier tipo en su concepto de pornografía infantil, penando su producción y difusión, e incluso la mera posesión sin ánimo de distribución, si se representa a menores de 15 años.

En el segundo grupo, el de aquellos países donde la pornografía infantil ficticia es legal, el ejemplo paradigmático es el de Japón. La producción, venta, distribución y comercialización de pornografía infantil es ilegal, según el *Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children*, de 1999. La simple posesión de pornografía infantil fue declarada ilegal mediante una enmienda a la ley de 2014 (TAKEUCHI, 2015,

³ La sentencia solo excluye aquel contenido de creación y uso estrictamente privado: "1. *Self-created expressive material: i.e., any written material or visual representation created by the accused alone, and held by the accused alone, exclusively for his or her own personal use; and 2. Private recordings of lawful sexual activity: i.e., any visual recording, created by or depicting the accused, provided it does not depict unlawful sexual activity and is held by the accused exclusively for private use.*" (Paragraph 115).

209-210). Sin embargo, la producción y posesión de pornografía infantil que representa personajes ficticios, es legal.

En Japón existe toda una tradición en torno a la representación gráfica de menores, bien sexualizados, bien envueltos en actividades sexuales explícitas, que se engloban en los subgéneros del *lolicon* y *shotacon*, dentro del más amplio fenómeno del *manga* y el *anime*. Los artistas y resto de profesionales envueltos en este negocio han defendido su derecho a continuar con esta actividad, basándose tanto en la libertad de expresión que garantiza la constitución de Japón, como en las dificultades que implica intentar definir la pornografía infantil cuando se trata de obras de arte, dibujos o animaciones. Los tribunales japoneses también se han pronunciado en este sentido (TAKEUCHI, 2015, 209-213).

El tercer grupo es seguramente el más interesante para los propósitos de este trabajo, y engloba a aquellos países que se mueven en la zona gris que hay entre la prohibición o la legalización totales de este tipo de contenidos.

Empezaremos con España, donde el art.189.1 d), tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, tipifica la denominada pornografía infantil virtual, que se puede definir como aquella en la que la imagen del menor es una creación artificial, elaborada por ordenador u otro medio. Sin embargo, ese mismo artículo exige que estos contenidos sean realistas.

La Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, efectúa una restrictiva del concepto “imágenes realistas”, con el fin de evitar indebidas extensiones del concepto de pornografía infantil. Según la citada Circular, “«imágenes realistas» serán imágenes cercanas a la realidad, a la que tratan de imitar. Dicho de otro modo, serían imágenes que no son reales pero lo parecen. Podrían abarcar imágenes alteradas de personas existentes e incluso las imágenes generadas mediante ordenadores. Por tanto, solo serán «imágenes realistas» potencialmente subsumibles en el concepto de pornografía infantil aquéllas que se aproximan en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales”.

Como es fácil observar, la postura acogida en España es interme-

dia. La pornografía infantil ficticia está tipificada, pero solo será penalmente relevante si es realista.

El otro gran ejemplo de este grupo intermedio es Estados Unidos. En este país, la pornografía está generalmente considerada como una forma de expresión personal y, por tanto, quedaría protegida por la Primera Enmienda de la Constitución. Pero el Tribunal Supremo ha establecido ciertos límites. En primer lugar, en la famosa sentencia *Miller v. California*, de 1973, estableció que aquellos contenidos que pudieran considerarse obscenos no quedarían protegidos por la primera enmienda. Más tarde, en el caso *New York v. Ferber*, de 1982, sostuvo que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos no protegía la producción o distribución de pornografía infantil, con independencia de su obscenidad.

Con posterioridad a estas sentencias hubo un intento de ilegalizar la pornografía infantil ficticia con la *Child Pornography Prevention Act* de 1996 (CPPA). Sin embargo, en 2002, la *Supreme Court* de los Estados Unidos, en su sentencia *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, sostuvo que buena parte de las provisiones de la CPPA eran inconstitucionales, porque constreñían los límites del discurso legítimo. El tribunal justificaba su decisión en que la CPPA prohibía discursos en los que no existía ningún delito y que carecían de víctimas.⁴

En respuesta al rechazo de la CPPA, se promulgó la PROTECT Act de 2003. Esta ley intentó ajustar la legislación penal a la doctrina sentada en las sentencias *Miller v. California*, *New York v. Ferber*, y *Ashcroft v. Free Speech Coalition*. Para ello, pasa a criminalizar la producción, distribución y posesión de aquellos materiales que consistan en "... a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture or painting that- (1) (A) depicts a minor engaging in sexually explicit conduct; and (B) is obscene or (2) (A) depicts an image that is, or appears to be, of a minor engaging in graphic bestiality, sadistic or masochistic abuse, or sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex; and (B) lacks serious literary, artistic, political, or scien-

⁴ En palabras de la propia Supreme Court: "...the CPPA prohibits speech that records no crime and creates no victims by its production. Virtual child pornography is not 'intrinsically related' to the sexual abuse of children".

tific value". Como puede observarse, esta disposición no ilegaliza todo tipo de pornografía infantil ficticia, sino solo aquella que sea obscena o carezca de valor añadido. En definitiva, eleva a rango legal la aplicación del test de obscenidad diseñado por el Tribunal Supremo en la ya mencionada sentencia *Miller v. California*.

Pues bien, este breve recorrido en derecho comparado nos ha servido para introducir y constatar los principales ejes de la cuestión, que quedan especialmente ejemplificados en la experiencia estadounidense, que acabamos de comentar. La penalización sin ambages de todo tipo de representación sexual de menores puede suponer una intromisión ilegítima en la libertad de expresión de los ciudadanos, pero: ¿es en sí la pornografía un discurso a los efectos de su subsunción en el derecho a la libertad de expresión? Y si es así, ¿existen límites a lo que puede expresarse? En el siguiente apartado vamos a tratar estas cuestiones.

3. ¿Es la libertad de expresión un derecho absoluto?

3.1. La defensa del carácter absoluto de la libertad de expresión

¿Protege la libertad de expresión todo tipo de contenidos, incluso aquellos que resultan dañinos? A esta pregunta hizo frente Ronald Dworkin en un artículo titulado *A New Map of Censorship*, publicado en 1994 (DWORKIN, 1994, 9). Para este autor, la respuesta es inequívocamente afirmativa, y no elude el problema de su justificación, pues como él mismo subraya, es de la mayor importancia explicar por qué. La libertad de expresión de los periodistas de investigación o de escritores y artistas, es mucho más fácil de defender que la de aquellos que la ejercen a través de contenidos ofensivos, degradantes o dañinos.

Ronald Dworkin justifica su postura en un entendimiento expansivo de los derechos individuales. Censurar la pornografía u otras formas de expresión que se consideren poco valiosas o incluso perjudiciales, vulnera los derechos morales y políticos de los ciudadanos, y ello independientemente de los efectos sociales que puedan producir. Esta postura es consecuente con la defensa de los derechos como triunfos frente al Estado, que protegen a los individuos de las decisiones políti-

cas arbitrarias (DWORKIN, 1977, 185). Para este filósofo, la libertad de expresión, si es un verdadero derecho universal, debe proteger también a los pornógrafos e incluso a los fanáticos que difunden discursos de odio (DWORKIN, 1994, 12).

Esta justificación difiere considerablemente de la defensa tradicional que el liberalismo ha hecho de la libertad de expresión. En este sentido, la defensa más elocuente de la libertad de expresión la proporciona John Stuart Mill, para el que representa un ingrediente esencial del progreso humano y de las sociedades civilizadas. Tal y como defiende en su libro *Sobre la libertad*, los avances humanos dependen de la libre exposición y discusión de ideas. Ninguna opinión debería ser silenciada, aunque pueda ser errónea o perjudicial, pues ello podría privarnos de expresiones útiles a la verdad (STUART MILL, 2022, 89-148). Se trata de la teoría clásica del mercado de las ideas, en la que se vincula estrechamente la libertad de expresión con la búsqueda de la verdad y el progreso social.

Esta teoría cubre claramente aquellas formas de expresión con valor artístico, intelectual o político. ¿Pero qué ocurre con aquellos contenidos que carecen de estos valores? Esto ha llevado a plantear qué contribución al debate público y al progreso conllevan la pornografía o los discursos de odio (TOSCANO, 2022, 5). El propio Ronald Dworkin admite el poco valor que ofrece la pornografía o los discursos de odio al mercado del pensamiento y al progreso de la humanidad (DWORKIN, 1994, p. 12). Sin embargo, de todo ello no saca la conclusión de que ese tipo de contenidos no deban ser protegidos por la libertad de expresión. Para este autor, la doctrina clásica, simplemente, se queda corta.

Y, sin embargo, precisamente porque Ronald Dworkin dedica más esfuerzos a impugnar la teoría clásica, su defensa de la libertad de expresión como derecho absoluto se realiza de manera demasiado esquemática (TOSCANO, 2022, 7). ¿Cubre la libertad de expresión todo tipo de discursos, incluso aquellos que atentan contra otros derechos fundamentales?, ¿es la pornografía (y aún más, la pornografía infantil ficticia) un discurso protegido por la libertad de expresión? No ha faltado en la doctrina quien opine, como vamos a pasar a ver, que no.

3.2. El carácter dañino del discurso pornográfico

Andrea Dworkin y Catharine MacKinnon son las autoras más importantes de lo que podríamos llamar el movimiento anti pornografía. De hecho, llegaron a participar en la elaboración de leyes contra la pornografía (antipornography ordinance), que fueron adoptadas en lugares como Indianápolis o Mineápolis. Para estas autoras, la pornografía representa la subordinación gráfica y sexualmente explícita de las mujeres, pues a través de ella se ofrece una visión degradante y sumisa del sexo femenino, sujeto a humillación, violaciones y otros comportamientos vejatorios (DWORKIN Y MACKINNON, 1988, 36).

Andrea Dworkin y Catharine MacKinnon no consideran que la libertad de expresión sea un derecho sin límites, o una suerte de superderecho, como sí parece que defiende Ronal Dworkin. De hecho, plantean la cuestión como un caso de conflicto entre derechos; en concreto, se trataría del conflicto entre la Decimocuarta Enmienda, que impone la igualdad ante la ley, y la Primera Enmienda, que garantiza constitucionalmente la libertad de expresión. Para estas autoras, la aproximación liberal al fenómeno de la pornografía no es suficiente: si se acoge la postura radical de Ronald Dworkin, todo tipo de pornografía quedaría cubierta por la libertad de expresión; pero incluso si acogemos la postura liberal clásica del mercado de ideas, la pornografía puede seguir quedando cubierta. Es más, para esta última doctrina se hace imprescindible acudir a categorías muy abiertas, como la moralidad pública o la obscenidad, para intentar decantar qué contenidos quedan cubiertos por la libertad de expresión. En cambio, lo que proponen Dworkin y MacKinnon es centrar la cuestión en el carácter perjudicial de la pornografía, que consagra un régimen de dominación masculina sobre la mujer (DWORKIN Y MACKINNON, 1988, 24). En definitiva, se trata de abordar de manera distinta el modo en que vemos la pornografía, situándola en el contexto de las desigualdades y los abusos que sufren las mujeres y, por tanto, expulsando directamente este tipo de contenidos de la categoría de los discursos. La pornografía no es ya un tipo de contenido que se deba juzgar desde el prisma de la libertad de expresión, sino desde el de la igualdad.

Así entendida la cuestión, todo el peso recaería en la demostración de que cierto tipo de contenidos sean perjudiciales para un grupo so-

cial, como sería el caso de la pornografía para las mujeres. No es de extrañar, por tanto, que Ronald Dworkin haya atacado esta teoría apelando a las dificultades que conlleva demostrar la existencia de un daño efectivamente producido por la pornografía (DWORKIN, 1996, 219). Y de ahí arranca su principal conclusión: la libertad de expresión, si es que queremos seguir considerándola como un derecho fundamental, no puede depender de que produzca efectos beneficiosos o no, sino que debe serlo por razones de principio (TOSCANO, 2022, 14).

3.3. La libertad de expresión como derecho limitado: la modulación de la protección del discurso según su contenido

Las dos posturas que hemos analizado someramente en los subapartados anteriores están ciertamente en los extremos de la cuestión. Pero tienen la virtud de plantear las grandes cuestiones en torno al problema y marcar el camino hacia una solución intermedia que es la que, de hecho, parece primar en la práctica. Y es que, como veremos, la libertad de expresión se ha considerado tradicionalmente como un derecho con límites, excepcionable en casos justificados. Por otra parte, resulta difícil la prohibición a priori de todo contenido pornográfico.

En este último sentido, una interpretación rigurosa de las posturas de Andrea Dworkin y MacKinnon podría llevarnos a prohibir contenidos cuyo carácter pornográfico sea solo instrumental, dirigido a la consecución de un discurso cuyo carácter sea en realidad artístico o político. Como ha advertido el profesor Manuel Toscano: “No cabría hacer excepción en nombre de la calidad artística o del mérito literario, no importa si se trata del Ulises de Joyce, ahora que se celebra el centenario, las novelas de D. H. Lawrence o de Henry Miller. Pues ya no sería cosa de obscenidad o indecencia, sino que el asunto consiste en representar a las mujeres como sexualmente sumisas y, por tanto, inferiores. En tal caso no se ve por qué habrían de admitirse excepciones alegando el valor artístico de la representación en cuestión. Si algo dejan claro Andrea Dworkin y MacKinnon, es que el «sacrosanto derecho» a la libertad de expresión (comprendida en ella la libertad artística) no puede servir de excusa para amparar el ejercicio del poder de los hombres sobre las mujeres” (TOSCANO, 2022, 9).

Esta posibilidad no es, en absoluto, un supuesto de laboratorio, e incluso contamos con ejemplos de lo que puede suceder si se aplica a un supuesto extremo de contenido pornográfico como es el que estamos tratando, es decir, la pornografía infantil virtual. En 2011, el pintor Krzysztof Kuszej fue acusado de un delito de producción y propagación de pornografía infantil del artículo 202 § 4b del Código Penal polaco, por generar imágenes procesadas de menores participando en actos sexuales con la intención de venderlos en un sitio web de subastas en línea. El trabajo del artista consistía en 21 obras que representaban actos sexuales entre niños y sacerdotes. Krzysztof Kuszej argumentó ante la Corte Regional de Lodz que sus obras eran un comentario social sobre el tema de los casos de abuso sexual de la Iglesia Católica. Varios expertos declararon que las obras eran de carácter predominantemente artístico y no pornográfico. Contrariamente a la opinión de estos expertos, la Corte dictaminó que las obras del acusado sí incluían contenido pornográfico que involucraba a menores. Sin embargo, adujo la Corte, la intención del artista no era promover la presentación de dicho contenido, sino solo mostrar su posición de condena hacia el abuso sexual infantil. Ante la imposibilidad de probar que el acusado fuera culpable de cometer el delito intencionalmente, y el tribunal lo absolvió de todos los cargos (DABROWSKI Y DEMENKO, 2020, 136).

Es importante, sin duda, poder delimitar el discurso pornográfico de aquel que pueda tener valor artístico y político. Esto no se podría llevar a cabo si se despoja *a priori* de su carácter de discurso a toda representación sexual, incluidas las de mujeres y menores. Sin embargo, esto no significa que todo contenido pornográfico deba quedar cubierto por el derecho a la libertad de expresión, como defiende Ronald Dworkin. Muy al contrario, se debe estar a su contenido, a su finalidad, y a su potencial carácter perjudicial.

Este ha sido, sin duda, el entendimiento tradicional de la libertad de expresión como un derecho limitado. Estos límites han sido identificados tradicionalmente con el respeto a otros derechos fundamentales, pero es necesario dar un paso más allá y plantearse que este tipo de contenidos puede afectar a otros derechos e intereses como la protección de la juventud y la infancia, la moral pública o la salud (MARTINEZ OTERO, 2021, 11). Este entendimiento de la libertad de expresión

como un derecho limitado es también el que maneja la jurisprudencia estadounidense con su famoso test de obscenidad de la sentencia *Miller vs California*. No deja de ser un concepto abierto y polémico, pero también es la constatación de que hay límites al discurso.

Se trata, en definitiva, de aunar el tratamiento de la pornografía como un discurso y su relación con la libertad de expresión, y un análisis serio de los perjuicios que pueden tener este tipo de contenidos. Como afirma la profesora Itziar Gómez, “a la cuestión de si el paradigma de análisis debe ser la legitimidad de la injerencia a la libertad del discurso pornográfico, la respuesta debe ser, a mi juicio, que es posible mantener el paradigma siempre y cuando no se entienda que el discurso pornográfico es un discurso neutro o equivalente a otro tipo de discursos, como el discurso político o el discurso literario o periodístico, porque no lo es. Su construcción o, dicho en otros términos, la creación del contenido discursivo afecta o puede afectar al ejercicio de derechos esenciales como la preservación de la integridad física o moral, o a principios esenciales del sistema de derechos como la garantía de la igualdad y la dignidad de las personas” (GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2024, 30).

Huelga decir que el debate que hemos expuesto someramente viene claramente contaminado por la *vis expansiva* de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. La libertad de expresión que esta garantiza ha sido aplicada por la doctrina norteamericana a cualquier tipo de discurso, sin hacer distinción alguna.

Sin embargo, no es raro que en derecho constitucional comparado se trate de manera diferenciada a discursos de diverso tipo. La Constitución Española, sin ir más lejos, enumera por separado la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como la libertad de cátedra. Y tanto la doctrina como la jurisprudencia han dotado de un ámbito y alcance distinto a esta diversidad de discursos (DÍEZ BUE-
SO, 2017).

4. Los desafíos que implica la inteligencia artificial como herramienta de generación de pornografía infantil

Como ya avanzamos en la introducción, la inteligencia artificial es

una poderosa herramienta que ha venido a quedarse y a la que debemos prestar atención. Es indudable que esta tecnología fomentará el avance humano y que puede usarse de manera beneficiosa en el desempeño de muchas tareas. Pero también es una herramienta que puede potenciar la generación de contenidos cuyo valor no está tan claro.

Si elegimos la pornografía infantil como tema es precisamente porque ofrece un panorama bastante completo de los desafíos que comporta la propagación de herramientas de inteligencia artificial.

En consonancia con las ideas hasta aquí expuestas, vamos a pasar a analizar los tres principales desafíos que implica la IA como herramientas de generación de pornografía infantil.

1) Propagación: Las herramientas de generación de imagen mediante inteligencia artificial, como *DALL-E*, *Stable Diffusion* o *Midjourney*, han sido entrenadas por sus desarrolladores para no generar contenidos que sean potencialmente delictivos o dañinos. En concreto, han sido diseñadas para no generar desnudos y contenidos sexuales explícitos. Sin embargo, estas barreras son fácilmente franqueables y la aparición de programas con los que se pueden generar *deepfakes* sexuales o contenidos ficticios de índole sexual fue casi inmediata. De repente, es más fácil que nunca generar contenidos sexuales ficticios o pseudoficticios, incluidos aquellos que representen a menores. A ello se le une otro problema, el de la propia exposición de los menores a la pornografía, ya no como protagonistas, sino como consumidores. Es indudable que este tipo de herramientas ahondan más en el ya grave problema del acceso de los menores a la pornografía, cuya prohibición está contemplada, pero no garantizada. Esto no es un supuesto de libro, y cada vez más están surgiendo noticias relativas al uso de esta tecnología para la creación de contenido pornográfico. En concreto, en Corea del Sur se han destapado grupos de *telegram*, también llamados *rooms*, en los que se publican *deepfakes* sexuales de menores generados con herramientas de inteligencia artificial. Se ha descubierto asimismo que muchos de estos grupos están integrados por menores.

2) Realismo: Las herramientas de inteligencia artificial son capaces de generar imágenes de gran realismo, llegando a ser en ocasiones indistinguibles de una imagen real para un ojo no entrenado. Esto signi-

fica que las imágenes de pornografía infantil que se generen con estas herramientas pueden ser de un realismo casi total. Esto no es baladí, porque la falta de realismo se ha utilizado en ocasiones como argumento para defender la legalidad de la pornografía infantil ficticia. Como se recordará, en el segundo apartado se ha hecho mención al criterio del realismo que sigue en España la fiscalía general del Estado. Solo serían imágenes realistas subsumibles en el concepto de pornografía infantil aquéllas “que se aproximan en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales”. Pues bien, este realismo está más al alcance que nunca con las herramientas de inteligencia artificial. Es necesario aclarar que las imágenes que se generen no tienen por qué ser estrictamente realistas. Se puede alimentar a la herramienta con *prompts* que den como resultado imágenes no realistas. Pero lo que queríamos apuntar aquí, ante todo, es esa amplia posibilidad que se abre para generar imágenes prácticamente indistinguibles de la realidad.

3) Carencia de víctima: En la pornografía infantil ficticia generada mediante herramientas de inteligencia artificial no hay una víctima real. Los contenidos no se generan utilizando a un menor real, por lo que no se ve afectada la indemnidad sexual de un sujeto. Por ello, la pornografía infantil virtual no cabe en los tipos penales de la pornografía infantil real. Esto es también importante, pues la falta de víctima también se ha utilizado como argumento para no penalizar este tipo de contenidos. Baste con recordar la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que en su sentencia *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, sostuvo que la pornografía infantil ficticia es un tipo de contenido “*that records no crime and creates no victims by its production*”.

Todas estas cuestiones nos impulsan a buscar más allá del entendimiento tradicional que se ha tenido de la libertad de expresión y de su potencial restricción.

5. *A modo de conclusión: ¿Ampara la libertad de expresión la generación de pornografía infantil con herramientas de inteligencia artificial?*

Es hora intentar responder a la cuestión que da título a este trabajo. Hasta aquí hemos visto cómo la respuesta no es en absoluto uná-

nime, lo que da cuenta de la importancia del tema. Con las conclusiones que vamos a aventurar no pretendemos zanjar la cuestión, que seguramente tiene otras muchas aristas que se nos escapan. Pero sí ofrecer algunas claves.

En primer lugar, creemos que la pornografía es un discurso, y la pornografía infantil ficticia también. Como expusimos en el apartado 3, no cabe negar de plano el carácter de discurso de todo contenido sexualizado. El acercamiento liberal clásico, que considera que la pornografía debe tratarse como un discurso y que puede juzgarse desde el prisma de la libertad de expresión, nos parece el más correcto. A igual conclusión hay que llegar cuando hablamos de pornografía infantil ficticia generada por inteligencia artificial.

En segundo lugar, pensamos que la pornografía, y en especial la pornografía infantil ficticia, no es cualquier tipo de discurso. No puede ser valorado desde el mismo ángulo que los discursos artísticos o políticos. Es necesario, rescatando aquí una idea de DWORKIN Y MACKINNON, analizar si el tipo de discurso que implica la pornografía infantil ficticia es dañino o no, y sacar las conclusiones que de ello se deriven. En este sentido, los contenidos pornográficos que estamos comentando tienen un innegable efecto perjudicial: por muy ficticios que sean, contribuyen a normalizar un tipo de contenido denigrante para los menores. Un tipo de contenido que, de haber sido producido con menores reales, sería ilegal. La aparición de herramientas de generación de imágenes mediante inteligencia artificial no hace sino ahondar en estas circunstancias. Aumenta la cantidad de contenido, su accesibilidad y la exposición a ellos de los propios menores, que pueden acabar normalizando las situaciones que ven representadas.

En tercer lugar, sostenemos que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. En el caso de la pornografía infantil ficticia nos encontramos con el problema de la falta de víctima, debido a la cual se llega a la cuestión de si puede quedar amparada por la libertad de expresión. Sin embargo, no creemos que la indemnidad sexual de un menor concreto deba ser el único límite a la libertad de expresión. Como hemos defendido en el párrafo anterior, la pornografía infantil ficticia supone un riesgo capaz de limitar la libertad de expresión.

Referencias bibliográficas

- Barba Arteaga, C. (2024) Deepfakes sexuales: impacto, prevención y perspectivas de género en el entorno digital, *Miguel Hernández Communication Journal*, 15 (2).
- Dabrowski, J y Demenko, A. (2020) *Censorship in Polish Art After 1989: Art, Law, Politics*, Mosaic Press, Oakville.
- Davidov, G. (2000) Separating Minimal Impairment from Balancing. A Comment on R. v. Sharpe (B.C.C.A.), *Review of constitutional studies - Revue d'études constitutionnelles*, 5 (2).
- Díez Bueso, L. (2017) *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa: entre la expresión y el discurso del odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Dworkin, R. (1977) *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- Dworkin, R. (1994) A New Map of Censorship, *Index on Censorship*, ½.
- Dworkin, R. (1996) *The Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, University Press, Oxford.
- Dworkin, A. y MacKinnon, C. (1988) *Pornography and Civil Rights*, Organizing against Pornography, Minneapolis.
- Gómez Fernández, I. (2023). La difusión de pornografía como ejercicio del derecho a la libertad de expresión: notas sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Pryanishnikov vs. Russia, *Derecom*, 35.
- Martínez Otero, J. M. (2021) ¿Resulta constitucional restringir la pornografía en internet? Bases para repensar el estatuto jurídico del discurso pornográfico, *Revista general de derecho constitucional*, 35.
- Stuart Mill, J. (2022) *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid.
- Takeuchi, C.L. (2015) Regulating Lolicon: Toward Japanese Compliance with Its International Legal Obligations to Ban Virtual Child Pornography, *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 44 (1).
- Toscano, M. (2022). Pornografía, odio y libertad de expresión. Los argumentos de Ronald Dworkin. *Isegoría*, (67), e04.

*Emilio Ferrero García**

LA RESPUESTA CONSTITUCIONAL A LA INCITACIÓN
AL ODIOS EN UNA EUROPA EN TRANSICIÓN:
ENTRE EL RIESGO DE LA OCLOCRAIA DIGITAL
Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DE GRUPOS VULNERADOS

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La amenaza de la polarización y los discursos de odio hacia las democracias europeas: la política del enemigo. – 3. El riesgo de la oclocracia digital: odio, inteligencia artificial y grupos vulnerables. – 4. La tentación de la democracia. – 5. ¿Libertad de expresión? Ponderación y actuación conforme al orden constitucional. – 6. Respuesta constitucional desde la teoría de los derechos fundamentales a modo de conclusiones.

1. Introducción

No es una novedad que la doctrina constitucionalista clame en el desierto anunciando una crisis de la legalidad constitucional como “Pedro y el lobo” en la fábula de Esopo y el relato sinfónico de Prokófiev, casi desde la aprobación misma de las normas constitucionales de posguerra, lo cual no niega su vigencia material. No obstante, la actual crisis de autoridad y representación política que enfrenta el viejo continente amenaza con quebrar con mayor crudeza los otrora amplios consensos en torno a los que se articuló la Unión, como com-

* Universidad de Salamanca.

Este capítulo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación “Desinformación, odio y polarización: la afectación de derechos y libertades de personas vulnerables”, concedido para tres anualidades (2021-2025), dentro de la convocatoria Proyectos I+D+i 2020 del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, con una cuantía de 24,200 euros. Investigadora principal: doctora Ángela Figueruelo Burrieza, catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca (referencia: PID2020-116603-RB-I00). Igualmente es fruto la estancia de investigación realizada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).

promiso histórico de protección y extensión de los derechos fundamentales dimanantes de la dignidad de la persona, en tanto que base de la convivencia pacífica.

Sin embargo, el auge de heterogéneos movimientos nacional-populistas ha desembocado en el cuestionamiento sistémico de esos derechos, erigiendo como nuevo chivo expiatorio a los colectivos en situación de vulnerabilidad histórica y estructural, acrecentado con la eclosión y extensión masiva de la inteligencia artificial y los riesgos de su utilización en la generación, proliferación y difusión de los discursos de odio bajo la divisa frentista del *homo sacer*.

De esta forma se reavivan los debates clásicos de la teoría general constitucionalista, desde Kelsen y Schmitt hasta la doctrina actual en torno a la democracia militante loewensteiniana y con ello, la revisión y reformulación de los sistemas vigentes de fuentes de legitimidad del Estado. Así, ante esta situación hemos de preguntarnos cómo articular la respuesta constitucional conforme a los estándares propios de un Estado social y democrático de Derecho, a fin de evitar desembocar en la frecuente tendencia al autoritarismo, en un momento de transición de enorme impacto en las formas de gobierno de nuestras democracias.

Por ello, se hará una revisión tanto doctrinal como jurisprudencial con el objetivo de esbozar una serie de reflexiones que oscilarán entre la teoría general de la constitución y los derechos fundamentales como líneas maestras. Del mismo modo, se pondrá el foco decididamente en la igualdad y la protección de los colectivos en situación de vulneración estructural e histórica, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, abordaremos a su vez el impacto de la inteligencia artificial a la hora de articular mecanismos y contrapesos eficaces de gobernanza digital frente al progresivo riesgo de oclocracia algorítmica y la instauración de una sociedad del odio y la polarización.

Por consiguiente, desde los principios del pluralismo político propio de nuestras sociedades abiertas, la interdicción de la arbitrariedad y el sometimiento al imperio de la ley, como puntos de partida irrenunciables, a lo largo de las siguientes páginas se abordarán en primer término la amenaza de la polarización como caldo de cultivo de los discursos de odio hacia las democracias europeas y la naturalización de

la política agambeniana del enemigo, así como su proliferación por medio de la inteligencia artificial y el riesgo creciente de oclocracia digital grupos vulnerables.

De otra parte, analizaremos la democracia militante desde teoría general, la legitimidad del Estado constitucional y sus opciones de defensa desde el Imperio de la Ley y, así como la injerencia pública en la libertad de expresión por medio de la ponderación de derechos, finalizando con unas reflexiones a modo de conclusiones respecto a la respuesta constitucional desde la teoría de los Derechos Fundamentales.

2. La amenaza de la polarización y los discursos de odio hacia las democracias europeas: la política del enemigo

“La amenaza constante de que los conflictos de grupo que constituyen el nervio de la democracia puedan hacerse tan consistentes como para amenazar con la desintegración de la sociedad, es inherente a todos los sistemas democráticos en consecuencia, las condiciones que sirven para moderar la intensidad de la lucha partidaria se encuentran entre los requisitos claves del Gobierno democrático” (MARTIN LIPSET, 1993: 72).

Si la primera década del aún joven siglo XXI se caracterizó por arrastrar una pueril apariencia y creencia en el fin de los grandes antagonismos sociales – superación de la lucha de clases, “fin de la Historia”, etc. –, la seña de identidad de su segunda década se tornó en una crisis de grandes proporciones que harían saltar por los aires los consensos en los que se asentaba la tan ansiada *Pax Europea*.

Sin embargo, los problemas de distribución de la riqueza y el crecimiento exponencial de las desigualdades terminaron por abocar al viejo continente al secuencial encadenamiento de sucesivas crisis de representación, identidad y confianza, al tiempo que una territorial y social, consiguiente a la crisis económica y financiera.

Así, el espejismo del aparentemente eterno tiempo *frío*, en que los horizontes generales de la sociedad no son cuestionados por la mayoría social y las instituciones ordenan razonablemente el papel que ocupa cada actor, terminó por dar paso a una época *caliente*, en que los ya rotos equilibrios preexistentes no posibilitan la revitalización de los

viejos consensos acerca de las normas de juego, limitación y marco en torno al que articular el eje de lucha política, propiciándose la construcción de una voluntad general nueva y de corte destituyente, en tanto que impugnación a la totalidad del régimen establecido (MARTIN LIPSET, 1993: 361).

La voladura de estos consensos nos sitúa peligrosamente ante una *crisis de autoridad* en términos gramscianos, en cuyos claroscuros se corre el riesgo de sucumbir a la tentación de sustituir la dirección política y social por la mera dominación. Es decir, una ordenación política no cimentada en un concierto que poder oponer *erga omnes*, sino en la mera deflación – en tanto que detentación – del poder coercitivo estatal, cuya legitimidad ya no es unánimemente aceptada (GRAMSCI, 1981: 37).

Tal contexto se antoja caldo de cultivo ideal para el crecimiento de movimientos populistas de corte identitario y destituyente, forzando a la dicotomización del espectro político por medio de la construcción de cadenas equivalenciales de demandas fragmentadas, heterogéneas e insatisfechas unificadas en torno a significantes vacíos (LACLAU, 2004: 81 y 183).

Todo ello nos lleva al riesgo de un desplazamiento de la legitimidad, en tanto las constituciones no operan ya completamente y de forma indiscutida como fundamento último de la legitimación de la acción política, tornando de ser el núcleo y origen de la legitimidad racional, erigido en torno a la legalidad vigente, para tornar susceptible de reducción en instrumento al servicio de determinados valores iliberales e intereses de sujetos extraconstitucionales *stricto sensu* – v. g.: grupos de presión, partidos políticos o poderes financieros (GARCÍA PELAYO, 1989: 59).

Ante ese escenario los esfuerzos por una mayor tecnocratización del gobierno, relegada a mera administración, en la aspiración no menos peligrosa de superación de la política – aún con la inicial aquiescencia pasiva del cuerpo electoral –, no han contribuido sino a agrandar exponencialmente el altavoz impugnatorio de la antipolítica.

Estos fenómenos son de evidente interés constitucional, en tanto que antesala de procesos de polarización extrema en los que el mundo se encuentra inmerso, rebasando el umbral de la simple anécdota a la proliferación de gobiernos de corte nacional-populista, en los que Ja-

vier Milei, Viktor Orbán, Prawo i Sprawiedliwość o Donald Trump no son meros casos aislados, sino algunos de los muchos ejemplos de esta práctica (LÓPEZ AGUILAR, 2016: 124 y ss.).

¿Pero cuáles son las características comunes que podemos atribuir a movimientos tan heterogéneos que tanto riesgo constituyen para las democracias liberales? Nada menos que la construcción alternativa del *populus*, en tanto que acto político por excelencia, como nuevo *demos* verdadero y opuesto a unos “otros”, mediante la construcción de trincheras internas y fronteras antagónicas dentro de lo social, pero en un marco de contra-alteridad polarizado (LACLAU, 2004: 130 y 170), en que dichos grupos se sitúan fuera del *statu quo* establecido o para excluir a otros de la comunidad política misma.

Ese *afuera* agambeniano será el elemento nuclear de dicha exclusión agónística (AGAMBEN, 2006: 32), fraguando un sujeto social extirpado del *corpus* civil al que privar de tal condición o inmolar civilmente como chivo expiatorio. Un enemigo interior que recoja el testigo del *hostis publicæ* del derecho romano (UNGERN-STERNBERG, 1970: 74-78), el *friedlost* del derecho germánico y su variante nazi *volksfeind*, así como el *ennemi du peuple* francés revolucionario o el *wrag naroda* soviético (SCHMITT, 2002: 61 y 73).

En definitiva, un *homo sacer* al que privar no solo de su ciudadanía sino de su condición misma como persona en un proceso de deshumanización (*hors l'humanité*) negador de su misma identidad y derecho a ser reconocido y aceptado civilmente, así como a existir como tal en el seno de la sociedad (SCHMITT, 2002: 73).

Estos discursos son fraguados fijando como objetivo a batir – cuando no criminalizado, estigmatizado o culpabilizado – fundamentalmente a colectivos o grupos en situación de vulneración estructural e histórica: desde las mujeres – mediante discursos negacionistas de la violencia de género o el patriarcado, así como combatiendo políticas y derechos como el aborto o la paridad –, las personas LGTBIQ+ – por medio del combate virulento contra el matrimonio, la adopción, reconocimiento registral, identidad de género o implementando terapias de conversión, censura o veto sobre el espacio público y educativo).

Del mismo modo, encontramos en la diana a inmigrantes y refugiados –a través de su criminalización, devoluciones “en caliente” o la eliminación de la universalidad de la sanidad y las ayudas públicas o la

restricción del refugio y asilo –, a las personas en situación de extrema vulnerabilidad económica o pobreza – combatiendo sus ayudas, subsidios y al propio Estado social y del bienestar –, así como a un largo etcétera, como sería el pueblo gitano, personas con discapacidad o minorías étnicas y religiosas como musulmanes o judíos.

Quedará pues determinar sintéticamente el movedizo concepto de discurso de odio, que podemos definir con carácter general como acto de producción o difusión de contenidos o mensajes por medios orales o escritos que constituyan una ofensiva, embate o señalamiento hacia personas o grupos sometidos a vulneración estructural, por medio de una amplia variedad de medios como sería el recurso a un lenguaje despreciativo, estereotipado adverso, discriminatorio o infundioso por razón de su identidad o pertenencia a un colectivo cierto en situación de vulnerabilidad histórica o sistémica (ROSA ROSENDO, 2022: 43).

Ahora bien, conviene acotar con mayor precisión el alcance material de dichos discursos, a fin de no caer, ora, en una abstracción generalista incapaz de operar en su aplicación práctica viciada de impunidad, ora en una injerencia desproporcionada en la libertad de expresión, desoyendo el principio de *ultima ratio*.

Para ello, hemos de traer a colación necesariamente la construcción conceptual de “discurso odioso”, en el marco del cual, a pesar de consistir en manifestaciones de odio u aversión susceptibles de generar un fuerte rechazo y condena social, se pueden entender amparadas por la libertad de expresión, en tanto que derecho fundamental a ponderar (PRESNO LINERA, 2021: 329).

3. *El riesgo de la oclocracia digital: odio, inteligencia artificial y grupos vulnerables*

A todas las crisis y amenazas antes planteadas, concretadas en los riesgos de una creciente polarización y proliferación de los discursos de odio, es preciso sumar el factor de desestabilización propio de la revolución digital y la dependencia de nuestras democracias constitucionales de formas de comunicación e información ajenas a nuestro control y – en ocasiones – comprensión, ligando su porvenir y supervivencia a la configuración de su gobernanza (INNERARITY, 2020: 90-94).

Ante esta cuarta revolución industrial será esencial la posición que adopten los poderes públicos, haciendo valer su posición de garante de los derechos y libertades de forma activa y asertiva (DÍAZ REVORIO, 2008: 87-110). En ese sentido, su afectación a los derechos fundamentales es, sin duda, amplia y poliédrica, requiriéndose de la interdisciplinariedad como clave de bóveda para el abordaje de sus efectos en una vasta multitud de campos como serían el derecho a la intimidad, la propiedad intelectual, la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, la protección de datos personales o los mismos derechos electorales y políticos.

Sin embargo, será su impacto decisivo en los discursos de odio donde centremos nuestra atención, dada su enorme incidencia en el derecho de igualdad e interdicción de toda forma de discriminación (art. 7 DUDH, art. 14 CEDH y arts. 20-23 CDFUE), así como la integridad física y moral en entredicho. En ese sentido, destacamos su capacidad de multiplicar mediante miles de *bots* mensajes cuyo contenido constituya un ataque hacia colectivos en situación estructural de vulneración – con el consiguiente problema de atribución de la responsabilidad –.

Igualmente, no es menor la preocupación a propósito de la justificación de conductas discriminatorias o negacionismo de la violencia misma, la propagación de la desinformación, la generación de imágenes, vídeos y demás contenido audiovisual falsario que perpetúen estereotipos o difunda bulos que constituyan una imagen deshumanizada de personas por razón de su identidad, así como la instauración de un clima de odio que opere como caldo de cultivo para la comisión de extremos delitos de odio, hasta el lanzamiento masivo de consignas y soflamas que constituyan una incitación, más o menos directa, a la violencia.

La inteligencia artificial, *leitmotiv* de nuestro tiempo y objeto de permanente conversación y reflexión doctrinal, cuya capacidad ha sido capaz de trastornar – y transformar – por completo nuestros métodos y esquemas, ha envejecido a una velocidad insospechada nuestro sistema político y jurídico, ya de por sí necesitado de una reforma. No cabe duda de que la IA traerá – y de hecho ya trae – incommensurables beneficios, pero su uso debe ser también objeto de cautelas, reservas y salvaguardas a fin de evitar su precoz incorporación en algoritmos y modelos computacionales en esferas y ámbitos tan sensibles para la tu-

tela de los derechos como sería, *verbi gratia*, el ejercicio del poder jurisdiccional (VARONA VILLAR, 2019: 2).

Sin embargo, en un clima polarizado como el actual, la incorporación masiva de datos personales para la predicción de comportamientos y escenarios políticos en tiempo real, como forma de manipulación de los procesos electorales (CASTELLANOS CLARAMUNT, 2019: 3), puede llevar no solo a su agravamiento por medio de la retroalimentación sugestiva de contenido político predeterminado por las propias preferencias personales – creando una sensación de falso consenso y la consecuente frustración y radicalización –, sino que puede acrecentar el riesgo a nuevas formas autoritarias modernizado sobre el patrón del clásico modelo cesarista (NEUMANN, 1973: 333 y ss.).

Todo ello nos debe hacer reflexionar y cuestionarnos la vigencia real y adecuación material de los contrapesos establecidos por el constitucionalismo moderno en los dos últimos siglos a la luz de los desafíos que plantea la innovación digital (BETZU et al, 2019: 256), constituida como genuina prueba del algodón de nuestro sistema político en nuestro tiempo histórico.

En consecuencia, frente a los aires de nuevas formas de oclocracia (BOBBIO, 1986: 128), aun ahora en su versión digital, es preciso articular colectivamente mecanismos de gobernanza algorítmica que sitúen al Estado como verdadero garante de las instituciones y derechos consagrados constitucionalmente, mudando su hasta ahora posición, a nuestro juicio, excesivamente pasiva de convidado de piedra – particularmente a la hora de proteger a los grupos en situación de vulneración estructural –, para lo que esta alta ocasión resulta, si se sabe utilizar, una oportunidad de oro para movilizar la ciencia como aliada del progreso, la tolerancia y el combate contra el odio que desangra nuestras democracias.

4. *La tentación de la democracia militante: teoría general, legitimidad y excepcionalidad*

“La repulsión hacia las ideologías quita fuerzas, al parecer, a la democracia, porque, con sus principios de legalidad, tolerancia, libertad de pensamiento y protección de minorías, se crea sus propios adversarios, al paso que la autocracia los suprime sin contemplaciones.

Es el paradójico privilegio de la democracia: poder darse a sí misma su sentencia de muerte con sus propios métodos de elaboración de voluntad política, esto es, por medios legales” (KELSEN, 1977: 148).

El concepto mismo de soberanía como poder supremo del Estado ha cambiado enormemente desde su formulación teórica clásica como “*puissance absolue et perpétuelle d’une République de donner et casser la loi*” (BODIN, 1576: 124-125). Sin embargo, lo que no ha cambiado es la necesidad humana y política de articular una justificación de su existencia y detentación del poder que explicase su origen y ejercicio.

Por ello mismo surgen los mitos fundantes y las leyendas para dar explicación a cuanto nos rodea, desde la geografía, la costumbre, el clima, la naturaleza o tantas otras materias. El Estado – y el Derecho, en tanto que elemento base de su organización – no es ajeno a esa realidad y por ende, su recurso a distintos sistemas de fuentes de legitimidad conforme a los valores y creencias intrínsecamente correlacionados con los propios de la sociedad de cada tiempo histórico, a fin de alinear el sentimiento de justicia y rectitud a la obediencia de los mandamientos estatales como alternativa – pero también como complemento – del recurso permanente, subsidiario en mayor o menor medida – a la violencia y su poder coercitivo.

Allí encontraremos el recurso a las religiones, al regalismo o al derecho paulino escolástico, a través de una suerte de diversos ritos litúrgicos, o mitológicos. De esta forma, no es de extrañar que en los albores del Estado quirritario se recurriera a los instrumentos ideológicos disponibles para la construcción de una incipiente superestructura que salvaguardara el orden social ante el desarrollo de un nuevo sistema económico que diluía los sentimientos comunitarios tribales y segregaba entre las distintas castas sociales, sirviendo el conflicto interno que será el bajo continuo y motor de la historia de la *Res Publica* romana.

De otra parte, los intentos de desvirtuación del Derecho de tal o cual sistema de legitimidad, sustituido por el mero formalismo amoral, entre el que bien se podría destacar al propio Kelsen (2011: 37) no serían, empero, vencedores de esta contienda¹. Sin embargo la exigencia de racio-

¹ Este planteamiento inicial, no obstante, sería posteriormente matizado por la conveniencia, al menos, de participación como vía de facilitación de obediencia debida (Kelsen, 1995: 338).

nalización de las mismas llevó al recurso de otras fuentes de legitimidad, que también sirvieron como limitación del poder del Estado, sometido no solo a su propio Derecho, sino a este vínculo supraestatal cuyo origen se atribuía “natural” y que venimos en llamar Derechos Humanos; una nueva forma de *iusnaturalismo* plasmado en las tesis revolucionarias ilustradas de las Declaraciones de Derechos de 1789 y 1791 que hoy encarna la Declaración Universal promulgada por las Naciones Unidas en 1948.

De esta forma, se sustituiría progresivamente la concepción del poder público como poder ilimitado por la propia de una *potestad*, en tanto que poder general que el Estado se arroga para la defensa de los Derechos Fundamentales y en beneficio del mismo pueblo, cuya parte de su libertad individual cede a los poderes públicos en su propio beneficio colectivo (LOCKE, 2006: 87). Este poder punitivo, empero, habrá de entenderse en todo caso dominado por la configuración y plasmación de la voluntad general, en una peculiar resignificación del añejo principio *protergo [iura] ergo oblige*.

Sin embargo, todos estos distintos usufructos de las diversas fuentes de legitimidad no conviven de forma pacífica en una *stufenbau* armonizada, sino que pugnan permanentemente en una lógica en que la Norma Fundamental no solo recogerá una concreta correlación de fuerzas, que plasmará en su forma de Estado y de Gobierno o las propias fuentes de Derecho, sino también en un sistema concreto de fuentes de legitimidad, cuyo éxito residirá en la permanencia del consenso o fuerza que lo estableció. En el caso de nuestras democracias europeas se configurará particularmente como compromiso y condición de posibilidad de defensa de la libertad política (KELSEN, 1987: 100).

Así las cosas, consecuencia de la señalada crisis destituyente emergerían – como reacción – otras fuentes de legitimación como serían los sentimientos comunitarios e identitarios, cuya más perfecta expresión será el nacionalismo excluyente, socavando, cuando no impugnando diametralmente dichos consensos acudiendo al odio como recurso y arma política discursiva que sitúa como objetivo ya no solo al Estado, entendido como forma concreta de ordenación política, sino a buena parte del contenido dogmático constitucionalmente consagrado.

Todo ello nos ha hecho reavivar clásicos debates en el seno del ius-constitucionalismo, probablemente el mayor dilema del Estado demo-

crático desde su implantación, como sería el propio de la defensa del Estado – o si se prefiere – de la democracia, frente a sus enemigos – que los tiene, y cada día más –. Es entonces cuando resurge la contienda teórica respecto a la democracia militante (*streitbare Demokratie*).

Esta construcción doctrinal del constitucionalismo fortificado de posguerra (*wehrhafte*) sería formulada por Loewenstein (1970: 407-408), tras el triunfo del nazismo y fascismo en Europa, copando las instituciones parlamentarias conforme a sus procedimientos y reglas del juego democrático, subvirtiendo desde dentro su contenido por uno de corte totalitario, refutando – o, al menos, respondiendo a las tesis kelsenianas citadas al inicio del apartado –.

Así las cosas, se plantea “combatir al fuego con el fuego”, proscribiendo aquellas organizaciones que atentasen contra aquellos elementos orgánicos o dogmáticos del régimen constitucional, convertidos en una suerte de cláusula de intangibilidad, establecida como indisponible por parte del poder constituyente, a fin de salvaguardar la propia democracia como bien jurídico a proteger por el propio sistema (LOEWENSTEIN, 1937a: 417 y ss., 1937b: 638 y ss.).

No se trata, en realidad, de un deber activo de defensa del ordenamiento constitucional (*freiheitlich-demokratische Grundordnung*), sino de una limitación en el acceso y recurso a los medios legítimos propios del juego constitucional a los agitadores que propugnan su destrucción y, por consiguiente, de la libertad y la igualdad sobre la que se cimenta – formación de partidos políticos, propaganda, etc. – (PEGORARO Y RINELLA, 2018: 381), no así la proscripción de opinión política alguna, si bien indudablemente afectada en su expresión y materialización, resultado de una ponderación y apreciación de peligro palpable y real para la sociedad (Loewenstein, 1970: 404-405), en una visión *sui generis* de la teoría sobre la paradoja de la tolerancia y los enemigos de la sociedad abierta de Karl Popper y John Rawls (1971: 220).

5. ¿Libertad de expresión? Ponderación y actuación conforme al orden constitucional

Mucho ha llovido desde la formulación teórica de la imparcialidad política interior del Estado por Hugo Grocio (*stato neutrale*), primero en el sentido de no intervención en materia religiosa en el siglo XVI, posteriormente extendida de la mano del liberalismo a toda opinión o creencia, con independencia de que contradigan las costumbres, la moral dominante o incluso combatan la forma del Estado (SCHMITT, 1983: 183).

Ciertamente los derechos no solo son el fundamento sino, sobre todo, el límite insoslayable del Estado democrático, lo que dificulta, *a priori*, las injerencias en su limitación por la utilización que de ellos haga. Sin embargo, los derechos contenidos en la Declaración Universal de DDHH de 1948 han de interpretarse conforme al propio principio hermenéutico establecido en su artículo 30: “nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

Así las cosas, la DUDH prohíbe – o no ampara, si se prefiere – que el ejercicio de un derecho pueda servir como pretexto, como escudo y mucho menos como patente de corso para el combate o supresión del resto de derechos consagrados. Ello nos podría hacer pensar que la propia Declaración constituye una forma, al menos en su inspiración, de principio de democracia militante, si bien esta más bien pone el foco en la salvaguarda de los propios derechos no para limitar o suspender otros, sino precisamente para ponderarlos.

En el mismo sentido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma en 1953 traslada dicha extralimitación en el ejercicio de los derechos, en términos muy similares en su artículo 17, si bien considerándolo como un abuso de derecho, del mismo modo que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en el 2000, cuyo artículo 54 prohíbe igualmente su invocación como forma de cobertura a cualquier “*actividad o realización de un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades*” o limitación fuera de lo previsto, ora en la Carta, ora en el CEDH.

Ningún derecho es una facultad aislada – como sí sería un privilegio o liberalidad –, sino una parte dimanación específica de la dignidad humana y, por consiguiente, su reconocimiento, aplicación e interpretación constitucional debe hacerse de forma conjunta, sistemática y conforme a una exégesis lógica y ponderadora. Ahora bien, esa ponderación fundada en los principios señalados en la DUDH (art. 30), CEDH (art. 17) y CDFUE (art. 54), no agota su valor en la mera autoridad y controles internacionales establecidos a tal efecto, sino que se concreta en la inspiración constitucionalmente vinculante y prevista en la interpretación de los Derechos Fundamentales (art. 10.2 CE).

Así pues, el Estado habrá de intervenir como salvaguarda de los propios derechos en los términos indicados pero, más allá de compartir un espíritu común, no constituye *sensu stricto* un ejercicio de democracia militante como tal, puesto que no serán los fines u objetivos los que se persigan – incursionando en las doctrinas del Derecho penal de autor –, sino las conductas que desborden el amparo propio del legítimo ejercicio de sus derechos, al causar un perjuicio a los derechos de otra persona (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2023: 353).

Sin embargo, ¿cómo materializar esa aspiración de ponderación en la práctica jurídica sin caer en el autoritarismo que se pretende evitar al recurrir al recorte de derechos que la libertad de expresión preside? Serán precisamente las ideas minoritarias o contramayoritarias desde el punto de vista de su aceptación social, las realmente necesitadas de protección, incluso aunque puedan resultar ofensivas, conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v. g.: SSTEDH 5493/72, de 7 de marzo de 1976, asunto Handyside c. Reino Unido; SSTEDH 29369/10, de 23 de abril de 2015, asunto Morice c. Francia; 11882/10, de 20 de octubre de 2015, asunto Pentikäinen c. Finlandia; 27510/08, 17 de diciembre de 2013, asunto Perinçek c. Suiza; y 56925/08, de 29 de marzo, asunto Bédat c. Suiza, 2016).

Solo así podrá evitarse un remedio peor aún que la enfermedad, a fin de evitar una dictadura de la mayoría sobre las minorías, cuya defensa se pretende enarbolar. Por consiguiente, será la ponderación la herramienta que posibilite una actuación garantista por parte de los poderes públicos, de manera que no suponga en ningún caso una carta blanca, absolutamente perjudicial, en todo caso, para el propio el Estado de Derecho (Revena Sánchez, 2005: 31).

Fuera está de toda duda que la incitación a la violencia constituye un claro caso de ese desbordamiento (v. g.: SSTEDH 10692/09, de 28 de agosto de 2018, asunto Savva Terentyev c. Rusia; 15948/03, de 10 de julio de 2008, Soulas y otros c. Francia; 5615/07, de 16 de julio de 2009, asunto Féret c. Bélgica; 72596/01, de 4 de noviembre de 2008, asunto Balsytė-Lideikienė c. Lituania; 1813/07, de 9 de febrero de 2012, asunto Vejdeland y otros c. Suecia).

De esa forma, los límites de la objetivación e institucionalización de la libertad de expresión habrán de buscarse fundamentados en la dignidad humana, ejemplificada en su más perfecta y eminente concreción en la propia vida e integridad física (Galán Muñoz, 2020: 57). Empero, ¿cómo se justificará entonces una mayor intervención pública en caso de no rebasar esos umbrales propios de la incitación idónea, ya sea directa o indirecta, a la violencia? Precisamente en la especial situación de vulneración estructural del sujeto pasivo, es decir, de las personas y grupos objeto de discursos de odio (SSTEDH 51168/15 y 51186/15, de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España).

¿Querrá decir eso que cuando nos hallemos fuera de esos marcos habremos de hablar de impunidad? Ni mucho menos, existen discursos odiosos, tal y como hemos señalado previamente, a cuyos efectos no debe ser ajeno el Derecho, pero sí someterse al principio de *ultima ratio* que nos obligará a abandonar la extendida obsesión compulsiva al recurso punitivista al Derecho penal y recurrir a otros instrumentos como el Derecho administrativo o civil como alternativa a la impunidad y la restricción de libertades.

En definitiva, los esquemas de ponderación y actuación que utilizemos no agotan su trascendencia en el caso de los discursos de odio o discursos odiosos, sino que conllevan una forma de ponderación de los derechos fundamentales que puede llevar a su vaciamiento o suspensión por la puerta de atrás en otras muchas situaciones, una vez articulada la lógica de primacía de la salvaguarda constitucional como canon (FERRERO GARCÍA, 2024).

6. Respuesta constitucional desde la teoría de los derechos fundamentales a modo de conclusiones

Ante cuanto a lo largo de estas páginas hemos planteado, cabe plantear una serie de conclusiones a fin de tratar de plasmar en una serie de reflexiones constitucionales respecto a los discursos de odio desde la aspiración utópica de clásica confrontación dicotómica irresoluble entre los intereses particulares y la razón (SCHMITT, 2009: 80).

¿Es el orden constitucional, la dogmática y por ende, los derechos fundamentales objeto y como tal bien jurídico a proteger *per se*? El Estado no es más que un medio y nunca un fin en sí mismo; una herramienta necesitada de legitimación y no una fuente de legitimidad autónoma, tal y como hemos abordado previamente.

Se trata pues de un instrumento, de hecho el más valioso y certero escudo e ingeniero social, no solo para la transformación material de la realidad en el sentido que la remoción de cuantas trabas nieguen el ejercicio pleno de la igualdad y la libertad, sino para la defensa y garantía real y efectiva de los derechos consagrados constitucionalmente.

El Estado, como el Derecho, es una forma de superestructura susceptible de utilización para numerosas acciones y finalidades, así como bajo diferentes prismas. Sin embargo, su legitimidad en una sociedad democrática emana precisamente de la salvaguarda de la convivencia y la paz civil en el respeto al Imperio de la Ley y garantía a los Derechos Fundamentales, de los que se erige a un tiempo como guardián y material condición de posibilidad.

De esa relación de subordinación, de sometimiento a la jurisdicción y *rule of law*, el Estado depositario de la soberanía nacional se obliga igualmente a su propio ordenamiento y se compromete a defender los derechos fundamentales (*protergo ergo obligo*) como justificación de dicha concentración del poder, pero también como elemento esencial de doble legitimación de su autoridad en el siglo XXI: garante y garantista.

Dicho de otra forma, ¿tiene derecho el propio sistema a defenderse *per se*? No, pero sí es acreedor de ese derecho a su defensa la persona, como sujeto jurídico titular por naturaleza y gracia de la Constitución y el Ordenamiento jurídico Internacional de uno serie de derechos y libertades cuya garantía se encomienda al Estado. Así pues, po-

dríamos hablar, más que de un auténtico derecho estatal a su preservación, de una genuina obligación a la defensa de dichos derechos, con mayor motivo, si cabe, en el caso de las personas en situación de vulneración estructural.

Indudablemente el Estado no es un sujeto pasivo – y menos aún vulnerable – que pueda arrogarse una protección – incluso penal – en una lógica de ponderación de los Derechos Fundamentales. Empero, este opera con una vulnerabilidad extrínseca en un sistema democrático: la debilidad propia del sometimiento absoluto del otrora *Leviatán* al Derecho, lo que en ocasiones hace luchar con una mano atada frente a quienes el cumplimiento de la ley no infunde respeto alguno.

Sin embargo, tal debilidad funcional, es a su vez el fundamento de su mayor fortaleza: el monopolio de la legitimidad atribuido al Estado y, por ende, su compromiso de obrar conforme a los principios esenciales del contrato social que justifican su concentración de poder y reserva de la violencia legalmente racionalizada (*Gewaltmonopol des Staates*), sin perjuicio de la debida tutela y control judicial y de constitucionalidad (WEBER, 2023: 244).

Así las cosas, el Estado ejerce sus potestades en salvaguarda de derechos ajenos, los de sus representados, en la tutela y delegación que implica la representación política, por lo que no podremos justificar en su autopreservación la conculcación de los mismos desde la perspectiva de los derechos fundamentales – más allá de la lógica injerencia en caso de extralimitación al vulnerar los de otra persona y conforme al principio de *ultima ratio* –, por execrable que nos resulte su ejercicio en tal o cual dirección.

No pueden servir de pretexto para cavar trincheras. Estas pueden ser tentadoras porque nos proporcionan una aparente sensación de seguridad en tiempos de incertidumbre y protección frente al enemigo, pero también supone un estatismo e inmovilismo que no conlleva sino a la atrofia, agotamiento y muerte de las democracias.

Y hasta esa funesta hora, las trincheras protegerán del fuego enemigo, pero también de la Libertad a la que toda forma de Gobierno que se reivindique democrática debe aspirar, tornándose en la práctica la peor cárcel, donde bajo las más abyectas condiciones, como son aquellas amparadas por la apariencia del Derecho, permaneciendo inmóviles en ellas, desvirtuando el sentido de una democracia plena.

El fuego no es combatido con el fuego sino con el agua, pero eso no debe provocar la inacción y pasividad del orden constitucional, menos aún la renuncia a su posición de garante de los derechos, debiendo ejercitarlos sin caer en el populismo punitivo. No somos una democracia militante, pero la razón de ser del Estado social y democrático de Derecho debe ser proteger y garantizar los derechos y libertades. La crisis no es momento de la fuerza sino del consenso, en tanto que oportunidad de nuevo punto de partida compartido. (GRAMSCI, 1993: 78), pues el camino más corto suele ser también el más arduo y el menos recomendable para todo orden verdaderamente constitucional.

Ciertamente, nuestros derechos fundamentales se encuentran en lo que venimos en denominar parte *dogmática* en la sistemática constitucional, pero no son ni pueden ser dogmas, sino férreos principios y altos valores superiores que se fortalecen con el debate, del mismo modo que, por repulsivo que en ocasiones nos pueda resultar, la libertad de todas y todos se fortalezca con la tutela y protección de la libertad de quienes la ejercen contra el propio sistema constitucional de libertades, pues estas tendrán la fuerza y garantías del eslabón más débil de la cadena, pero también la del eslabón más odioso u opuesto a las mismas.

En definitiva, ante esa realidad objetiva nuestro tiempo se encuentra en una encrucijada: recurrir a la democracia militante a través de la utilización del derecho penal para combatir los discursos de odio en el contexto de la revolución digital en lugar de emprender la prometeica tarea de restaurar los consensos perdidos o emprender nuevas propuestas de gobernanza algorítmica y compromisos históricos que plasmar en un nuevo contrato social en torno a los derechos fundamentales y la defensa de las personas en situación de vulnerabilidad. Ese es el genuino ADN de nuestro constitucionalismo de posguerra y tal vez la solución a su crisis pase por volver a los altos valores que a él subyacen y revigorizar su savia con sus propias raíces.

Bibliografía

- Agamben, G. (2006). *La comunidad que viene*. Valencia: Pre-Textos.
- Álvarez Álvarez, L. (2023). Legitimidad, lealtad constitucional y democracia militante. *Revista de Derecho Político*, (117) 2.

- Betzu, M. *et al.* (2019). Gobernanza de los macrodatos y democracia representativa. *Revista de Derecho Político*, 106.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Bodin, J. (1576). *Les six livres de la République*, Paris: Jacques du Puys.
- Castellanos Claramunt, J. (2019). La democracia algorítmica: inteligencia artificial democracia y participación política. *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.
- Díaz Revorio, F. J. (2008). La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en la materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación. *Revista de Derecho Político*, 71-72.
- Ferrero García, E. (2024). Del pacto social al proyecto de acuerdo de país frente a los discursos de odio contra grupos en situaciones de vulnerabilidad. En Figueruelo Burrieza, A. (Dir.), *Desinformación, odio y polarización II*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Galán Muñoz, A. (2020). Delitos de odio, discurso de odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural? *Revista penal*, 46.
- García Pelayo, M. (1989). *Escritos políticos y sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Gramsci, A. (1981). *Cuadernos de la cárcel*, t. 2. México D. F.: Ed. Era,
- Gramsci, A. (1993). *La política y el Estado moderno*, Barcelona. Ed. Planeta-Agostini.
- Innerarity, D. (2020). El impacto de la inteligencia artificial en la democracia. *Revista de las Cortes Generales*, 109.
- Kelsen, H. (1987). *Escritos sobre la democracia y socialismo*. Madrid: Ed. Debate.
- Kelsen, H. (1977). *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Ed. Labor.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Estado y del Derecho*. México D. F.: UNAM.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría pura del derecho*. Madrid: Trotta.
- Laclau, E. (2004). *La razón populista*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Locke, J., (2006). *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Loewenstein, K. (1937). Militant Democracy and Fundamental Rights I. *The American Political Science Review*, (XXXI) 3.

- Loewenstein, K. (1937). Militant Democracy and Fundamental Rights II. *The American Political Science Review*, (XXXI) 4.
- Loewenstein, K. (1983). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ed. Ariel.
- López Aguilar, J. F. (2016). El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de Derecho y dilema de Copenhague. *Teoría y Realidad Constitucional* (107), 101-142. DOI: 10.5944/trc.38.2016.18604.
- Martin Lipset, S. (1993). *El hombre político, las bases sociales de la política*, México D. F.: Red Editorial Iberoamericana.
- Neumann, F. (1973). *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bolonia: Ed. II Mulino.
- Pegoraro, L.; Rinella, A. (2018). *Derecho Constitucional Comparado I. La ciencia y el método*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Rawls, J. (1971). *Theory of Justice*, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- Reventa Sánchez, M. (2005). El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España. *Revista de Derecho Político*, 62.
- Rosa Rosendo, V. (2022). Conceptualización y marco jurídico de los delitos de odio. En VV. AA., *Introducción a los delitos de odio*. Valencia: Universitat Politècnica de València / Generalitat Valenciana.
- Schmitt, C. (1983). *Defensa de la Constitución*, Madrid: Ed. Tecnos.
- Schmitt, C. (2002). *El concepto de lo político*. Buenos Aires: Ed. Struhart & Cia.
- Ungern-Sternberg, J. (1970). *Untersuchungen zum spätrepublikanischen Notstandsrecht*, Múnich: Verlag C. H. Beck.
- Varona Villar, S. (2019). Cuarta revolución industrial (4.0) o ciber industria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia. *Revista Jurídica Digital UANDES*, (3) 1, 1-17.
- Weber, M., La política como vocación. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* (UNAM), 5 (17).

*Francesca Alicino**

IL CONTRATTO COLLETTIVO NAZIONALE DI LAVORO: UN PROGETTO DI TUTELA ECONOMICA E SOCIALE NELL'ERA DELL'INDUSTRIA 4.0

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del paradigma della subordinazione e la tutela collettiva del lavoratore nell'Industria 4.0. – 2. Un legame tra produttività e Welfare: un tentativo di crescita economica dell'impresa e benessere del lavoratore. – 3. Il settore metalmeccanico come settore rappresentativo nelle relazioni Industriali: storia e innovazione. – 4. Altri modelli di contrattazione e di Relazioni Industriali. – 5. Conclusioni.

Oggi più che mai è opportuno parlare di lavoro al tempo delle transizioni costituzionali. Più precisamente del lavoro e dei suoi soggetti giuridici inseriti nel contesto della costituzione materiale in transizione.

È necessario, pertanto, provare a dare forma all'espressione "Costituzione in senso materiale" che, alla luce di una lezione nota e qui condivisa, corrisponde ai soggetti che nella comunità assumono la maggior forza, convengono su determinati valori che individuano, la cui prescrizione si traduce in principi normativi fondamentali che compongono e caratterizzano il regime costituzionale.

I soggetti egemoni fondano l'ordinamento su quei principi e si rendono garanti del relativo patto costituzionale, sotto il triplice profilo dell'effettività del regime, della sua integrità e della continuità nel tempo.

Alla costituzione materiale appartiene strutturalmente la caratteristica della adattabilità, senza la quale non si avrebbe né effettività né continuità nel tempo.

L'adattabilità della costituzione materiale è imposta dal poter variare e dal variare degli equilibri tra i soggetti che la costituiscono, che

* Università degli studi di Bari "Aldo Moro".

siano compatibili con la conservazione del patto convenuto, nelle forme imposte dalla evoluzione concreta del sistema.

La costituzione pertanto si adatta, nella sua parte materiale, ai nuovi meccanismi del lavoro in sé e di conseguenza del mercato del lavoro, ergendosi a presidio regolativo degli equilibri tra i protagonisti di questi nuovi scenari legati alla globalizzazione nell'era del digitale: le imprese e i lavoratori.

La Costituzione della Repubblica italiana ha modo di adattare la sua materialità alla transizione digitale soprattutto sotto il profilo del lavoro che appare, per altro, tra i 12 principi fondamentali all'interno di quel quadro che si sostanzia negli articoli che, a parere di chi scrive, è opportuno elencare non per mero esercizio retorico ma al fine di effettuare una lettura di sistema: 1, 36, 38, 41 e 46.

Lavoro, retribuzione, assistenza e previdenza, libera iniziativa economica e partecipazione del lavoratore all'impresa.

Le transizioni ci richiedono una rilettura di questi articoli alla luce della digitalizzazione e della “*iper-globalizzazione*” dell'impresa e del lavoro. Ed in questo processo di digitalizzazione dell'impresa si colloca l'istanza di tutela del lavoratore nell'impresa 4.0.

Un lavoratore, esecutore di prestazioni, che si inserisce in un mercato globalizzato, essendo un cittadino europeo, dunque anche portatore di queste istanze di tutela, che esorbitano il territorio e la singola unità produttiva. Istanze che anche la contrattazione collettiva di prossimità – dunque la contrattazione territoriale e aziendale – è chiamata a tutelare in dialogo con la contrattazione collettiva nazionale di categoria e con gli attori pubblici, tra cui le Regioni e gli enti locali.

Si tratta di un modello più nuovo ed avanzato di decentramento che porta a riflettere sulla costituzionalizzazione del principio di “*sussidiarietà orizzontale*”, in una fase di crisi del *welfare* pubblico che non esclude la partecipazione nella definizione delle politiche di sostegno dei lavoratori delle istituzioni statali. Nei grandi processi di transizione, la Costituzione tenta di rispondere alle istanze dei cittadini e dei lavoratori attraverso una profonda trasformazione delle finalità e delle modalità di azione dei pubblici poteri, soprattutto negli ambiti più direttamente connessi ai bisogni e agli interessi della comunità (fondamentalmente servizi pubblici, sanità ed assistenza), provando ad orientarsi verso la soddisfazione delle istanze dei cittadini.

Come da una complessa elaborazione del Professor Roberto Parri, tale obiettivo di soddisfazione dei bisogni nell'era della c.d. "*Quarta Rivoluzione industriale*" potrebbe realizzarsi solo con la penetrazione delle sfere di intervento delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative nazionali e nelle loro diramazioni più prossime, che recepiscono nuove istanze, e le regioni (massima espressione ordinamentale degli enti locali) in un assetto di Relazioni Industriali che rappresenta una proiezione di quello nazionale e che prova a perseguire un sistema in cui la sussidiarietà verticale e quella orizzontale si sintetizzano.

In questa prospettiva è opportuno concentrarsi sulla positivizzazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, formalmente in grado di "aprire le porte" ad un nuovo e più articolato regime di rapporti (nell'ambito dell'esercizio delle funzioni amministrative) tanto tra centro e periferia (Stato-Regioni), quanto tra settore pubblico e settore privato (Organizzazioni Sindacali e Stato in ogni sua articolazione), individuando soggetti, strumenti e modalità.

Si tratta di un processo di decentramento del Welfare che da modello corporativo-assicurativo, si trasforma nel c.d. Welfare "Multilivello" attraverso una ri-definizione delle finalità in chiave inclusiva.

È una lettura, questa, coerente con l'articolo 117 che ricomprende tra le materie concorrenti: i rapporti con l'Unione Europea delle Regioni, la sicurezza del lavoro, l'istruzione, la formazione, l'innovazione e la crescita tecnologica. Dunque, aspetti che sono di natura transitoria e materiale e che presuppongono necessariamente un dialogo comunitario a livello euro-unionale e un contatto con i sindacati.

1. L'evoluzione del paradigma della subordinazione e la tutela collettiva del lavoratore nell'Industria 4.0

Il processo di transizione digitale, avendo inciso profondamente sulle trasformazioni che hanno riguardato i luoghi di lavoro e gli spazi di aggregazione, sembra aver frammentato l'identità collettiva

dei lavoratori nell'impresa e ha dunque minato le tradizionali coordinate solidaristiche che orientavano l'attività di formazione dell'interesse collettivo e di organizzazione della rappresentanza sindacale organizzata tanto in una dimensione categoriale quanto in una dimensione confederale, prediligendo per tanto la contrattazione di secondo livello – prettamente aziendale – che limita lo spazio di contrattazione alle singole unità produttive e non offre soluzioni di ampio respiro per il tessuto industriale del paese, attraversato dalla digitalizzazione.

Questa dottrina mette in discussione l'ambito entro cui misurare il rapporto fra salario minimo e produttività, ritenendo che l'ambito non debba essere quello nazionale (di categoria) ma quello aziendale/territoriale. Persegue, pertanto, un decentramento che prescinde dal coordinamento tra i diversi livelli di rappresentanza (nazionale/aziendale-territoriale).

Questa spinta all'aziendalizzazione denota anche che la crisi delle relazioni Industriali di livello nazionale (il modello più prossimo al lavoratore di sussidiarietà orizzontale, costituzionalmente intesa) non sta innescando nessuna realistica, effettiva ed efficace tendenza al rafforzamento del livello di contrattazione sovranazionale, cioè in quell'ambito in cui più si manifesta proprio la concorrenza fra differenziali di trattamento salariale e normativo, cioè a dire lo spazio giuridico europeo.

Approfondire tale aspetto e dunque le motivazioni per cui la contrattazione collettiva non costituisce una prassi europea, probabilmente a causa della sua funzione politica anti-concorrenziale, è necessario al fine di procedere ad osservare tal altri modelli di concertazione europei che promuovono il dialogo tra le organizzazioni sindacali e le istituzioni, favorendo la partecipazione dei lavoratori.

Nonostante l'utilizzo delle tecnologie digitali consentano inedite modalità di esercizio dell'attività sindacale e soprattutto dell'esercizio dei diritti collettivi, raggiungendo potenzialmente un maggior numero di lavoratori, è opportuno indagare la complessità del nuovo scenario in cui i sindacati tradizionali (definibili di stampo novecentesco) e le organizzazioni di massa in generale si muovono. Ai numerosi fattori di crisi della rappresentanza sindacale, all'ecosistema del digitale si aggiungono le tendenze individualistiche del

lavoro *online*, che riducendo lo spazio fisico influisce sull'incremento della perdita di quel senso di appartenenza alla propria categoria professionale, portatrice di diritti e di istanze di tutela di questi ultimi.¹

Si assiste per tanto all'abbandono delle fabbriche come spazio di riferimento per creare aggregazione e dunque successiva mobilitazione e ci si sposta in una dimensione molto più globalizzata e incontrollata che è quella digitale. Il rapporto tra datore di lavoro e prestatore, dunque, viene disintermediato e diviene diretto – in alcuni casi scompare (si pensi, ad esempio, alle piattaforme digitali di *Food deliver*), minando così alla contrattazione collettiva – estrinsecazione dell'autonomia privata tra soggetti organizzati.

In un sistema sindacale e contrattuale particolarmente frammentato, spesso i nuovi mezzi di comunicazione operano a sostegno della creazione e diffusione di autonomi centri d'azione paralleli a quelli del sindacato confederale, attraverso una contrattazione aziendale alternativa a quella nazionale di categoria; modalità di consultazione diretta dei lavoratori che nulla ha a che vedere con la costruzione di una coscienza collettiva adeguatamente "rappresentabile". Si verifica il fenomeno della frammentazione degli interessi collettivi che è causa del processo di frantumazione delle categorie merceologiche tradizionali, spesso in competizione tra loro nell'ambito degli stessi settori produttivi.²

In questo contesto il rischio, già in attuazione, è che la rappresentanza sindacale – come tradizionalmente intesa – si consideri come non necessaria ed un ruolo fondamentale deve necessariamente giocarlo il sindacato confederale, protagonista della lotta contro la c.d. disintermediazione sindacale.

La capacità attrattiva del sindacato viene, altresì, indebolita dai modelli organizzativi, produttivi e gestionali adottati nell'ambito del-

¹ Come opportunamente rilevato da TULLINI (2018, 1), laddove sottolinea come "*l'ideologia del lavoratore impresa, lo stilema di successo del freelance e del self-employed, l'esaltazione della logica meritocratica*" caratterizzanti l'economia digitale contribuiscano a far crescere un atteggiamento di indifferenza, se non anche di insofferenza, nei confronti del sindacalismo tradizionale.

² Sul punto si richiama GOTTARDI (2016, 877 ss.).

l'impresa "intelligente" 4.0 che ambiscono a obiettivi quali l'individualizzazione delle *performances* e la personalizzazione degli obiettivi produttivi³. Inoltre i processi di digitalizzazione non si limitano ad incidere nei processi produttivi, mutando i caratteri tipici dell'impresa sì da imporre – come da ampia letteratura giuslavorista⁴ – una sostanziale ridefinizione del rapporto di lavoro tra datore e prestatore di lavoro (subordinazione codicisticamente intesa), ma presenta forti ricadute soprattutto sulla dimensione collettiva dei rapporti di lavoro che, per eccellenza è il contratto collettivo nazionale di categoria (CCNL).

Soprattutto sotto questo profilo il diritto del lavoro è chiamato a ricostruire la propria identità adattando lo Statuto protettivo alla nuova condizione di vulnerabilità del lavoratore subordinato e il sindacato ha il compito di conquistare nuovi spazi di agibilità negoziale per trasformare i processi di automazione in opportunità di miglioramento delle condizioni di lavoro e di vita dei lavoratori⁵, non potendo più limitarsi a guardare il prestatore come un soggetto da tutelare perché sottoposto all'ingerenza padronale, ma va visto come un cittadino con la sua sfera di diritti e con la sua famiglia – partecipante attivo allo sviluppo del paese e dunque al suo tessuto produttivo –.

Interessante approfondimento dottrinale in merito risulta quello legato al concetto di "subordinazione tecnologica/informativa"⁶, che evidenzia una posizione di estrema debolezza del lavoratore rispetto alla tecnologia (si pensi, in tal senso al settore della logistica o alle piattaforme di *delivery*)

Sin dagli anni duemila ci si è posti l'interrogativo su quali possano essere i limiti alla comunicazione digitale su temi di interesse sindacale specie in quei contesti in cui il contatto diretto tra lavoratore e datore di lavoro creano disintermediazione e, per tanto risulta necessario –

³ Sui modelli organizzativi e gestionali reingegnerizzati a misura della persona si rinvia a BUTERA (2020, 109).

⁴ NOVELLA (2022, 5 ss.).

⁵ Ciò nella consapevolezza che si tratta di processi difficilmente governabili da parte del sindacato, considerato come i processi decisionali del c.d. *management* algoritmico tendano ad essere sempre più digitalizzabili, automatizzabili e dunque asetticamente programmabili secondo protocolli standardizzati: al riguardo ZAPPALÀ (2021, 153).

⁶ Sul quale, ZAPPALÀ (2021, 4 ss.)

soprattutto nell'ambito di trattative negoziali – che sorga un obbligo in capo al datore di lavoro di consultazione e di informazione dei sindacati. L'elusione dell'interrogazione dell'organismo sindacale integra una condotta antisindacale⁷, ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori (L. 300/1970).

Nuovi e più adeguati spazi negoziali e benessere del prestatore di lavoro nella sua sfera di cittadinanza sono alla base del mutamento di posizione del lavoratore nel mondo dell'industria 4.0, una posizione che va letta in chiave costituzionale, a partire dalla retribuzione adeguata all'aumento del costo della vita⁸, al sistema di previdenza e assistenza sociale (*welfare*)⁹ – con particolare attenzione sull'assistenza privata come strumento sussidiario e orizzontale al *welfare* statale – fino alla collaborazione del lavoratore all'impresa¹⁰, da un lato attraverso il riconoscimento nei contratti collettivi nazionali di categoria dei diritti di informazione e consultazione e dall'altro nella connessione tra produttività e *welfare* aziendale¹¹ contrattato.

2. Un legame tra produttività e Welfare: un tentativo di crescita economica dell'impresa e benessere del lavoratore

Nel nostro ordinamento ha di recente trovato impulso il c.d. *Welfare* aziendale¹² di natura privata e, nel caso di specie, collettiva, dotato di valenza assistenziale e previdenziale che, limitatamente ai lavoratori di una determinata azienda e alle loro famiglie, incide sui medesimi bi-

⁷ Sull'infungibilità del piano delle relazioni collettive con quello della relazione individuale cfr. MARAZZA (2019, 69-70). In particolare, sulla configurabilità come antisindacale della condotta del datore di lavoro che interferisce sui singoli nella fase di libera formazione della volontà collettiva v. CAPONETTI (2019, 5). *Amplius* sull'impatto dei social media con riferimento al rapporto individuale di lavoro si veda DEL PUNTA (2019, 79 ss.)

⁸ Art. 36, Costituzione della Repubblica Italiana.

⁹ Art. 38, Costituzione della Repubblica italiana.

¹⁰ Art. 46, Costituzione della Repubblica Italiana.

¹¹ CHIAROMONTE (2018, 234).

¹² OLIVELLI (2020, 103-124).

sogni soddisfatti dal sistema di *welfare* obbligatorio (pubblico) o attraverso prestazioni ulteriori¹³.

La “Grande recessione” del 2008, come definita dal professor Roberto Parri, ha dato il via ad un’inflazione spropositata che ha colpito i salari nel paese e che ha abbattuto il potere d’acquisto dei lavoratori dell’impresa italiana. In questa fase, attraversata trasversalmente dalla transizione digitale a cui il mondo del lavoro non è pronto a tal punto da star ricercando a stento strumenti di tutela innovativi, caratterizzata da proposte di legge come l’autonomia differenziata che minano fortemente all’unità dello Stato e dunque anche al suo sistema di assistenza, previdenza, istruzione e sanità – che identificheremo come pilastri del *Welfare State* – assistiamo dunque, ad una generale crisi del *Welfare* pubblico ed è proprio rispetto a questa problematica che l’ordinamento e le categorie interessate hanno avvertito la necessità di predisporre nuovi strumenti solidaristici che possano integrarsi al sistema nazionale per soddisfare i bisogni dei lavoratori¹⁴. Il legislatore si è occupato di questo tema nella Legge di Stabilità del 2016¹⁵ che prevede misure agevolative fiscali per le retribuzioni premiali, in collegamento con la partecipazione dei dipendenti all’organizzazione del lavoro, nonché per lo sviluppo del *welfare* aziendale che si sostanzia nell’attribuzione di opere e servizi completamente defiscalizzati e non sottoposti a tassazione, nonché somme sostitutive. Per quel che concerne le somme sostitutive si fa riferimento ai premi di produttività che prevedono l’accesso ad un sistema di fiscalità agevolato pari al 10% tanto per i lavoratori quanto per i datori di lavoro sul versamento dei contributi – una somma sostitutiva dell’imposta IRPEF che non contribuisce a formare il reddito da lavoro dipendente. Alternativamente è possibile che il lavoratore prediliga l’accesso ai *flexible o fringe benefits*, trattasi di servizi di natura previdenziale o assistenziale che contribuiscono al mantenimento della famiglia (come borse di studio), alla mo-

¹³ MAINO (2015, 27) definisce le prestazioni erogate con strumenti di *welfare* aziendale “*sociali ad integrazione esterna*”.

¹⁴ CINIELLI (2016,21).

¹⁵ Circolare n. 28/E Agenzia Entrate, *Premi di risultato e welfare aziendale – articolo 1 commi 182-190 legge 28 dicembre 2015, n. 208*

bilità (come abbonamenti ai mezzi di trasporto)¹⁶ – questi sono solo alcuni degli esempi delle prestazioni defiscalizzate previste dal piano del *welfare* contrattato cui rinvia la Legge di Stabilità sopra citata.

Gli emolumenti premiali sorgono al verificarsi di una serie di criteri opportunamente elencati nella Legge (produttività, redditività, qualità, efficienza e innovazione). Ma chi si occupa di disciplinare le condizioni, al verificarsi delle quali, è possibile che i lavoratori accedano a questi benefici?

La legge rinvia agli accordi e alla contrattazione collettiva, nello specifico alla contrattazione di secondo livello che presenta però una serie di limiti, tra i quali la mancata copertura di tutte le unità produttive del paese, soprattutto quelle che per dimensione e numero di occupati non vi accedano. Per tanto la soluzione maggiormente plausibile è il rinvio della legge al contratto collettivo nazionale di categoria che, disciplinando – attraverso il profilo normativo – gli aspetti legati alla retribuzione ha una estensione maggiore sul territorio nazionale ed ha una funzione di coordinamento e sussidiaria dei contratti aziendali, molto spesso privi di una programmazione di ampio respiro, non essendo frutto di accordi nazionali, poiché legittimati a derogare al CCNL¹⁷.

I servizi e le opere previsti dai *fringe e flexible benefits* sono erogabili dal datore di lavoro in forza della contrattazione collettiva e perseguono finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria e di culto che – se correttamente attuati – determinano uno stato di benessere del lavoratore soprattutto nella conciliazione tempi di vita e tempi di lavoro, riducendo l'assenteismo e incrementando la produttività, anche attraverso la sperimentazione dello *smart working* nel settore privato e industriale, incentivando la formazione digitale dei dipendenti e prevedendo titoli di accesso ai servizi welfaristici di natura digitale.

¹⁶ Legge finanziaria triennio 2016-2018 riformula la lettera *f* dell'art. 51 del T.U.I.R. che prevede l'elencazione dei servizi che possono essere erogati sotto forma di *benefits*

¹⁷ Art. 8 d.lgs. 138/ 2011

3. Il settore metalmeccanico come settore rappresentativo nelle relazioni Industriali: storia e innovazione

Il contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici è un esempio importante di ridisegno delle Relazioni industriali in Italia. Questo probabilmente perché il settore metalmeccanico è il più longevo, nonché il più produttivo e quello in cui sono impiegati il maggior numero di lavoratori dipendenti. E' anche il settore maggiormente interessato dallo sviluppo tecnologico poiché ricomprende innumerevoli contratti che prevedono l'impiego di molteplici figure professionali. In ultimo è stato protagonista dell'attività sindacale più conflittuale che ha condotto alla più ricca e vittoriosa vertenzialità per i propri lavoratori e per le loro famiglie. Nell'ambito degli ultimi due rinnovi del settore (2016¹⁸ e 2021¹⁹) il contratto collettivo nazionale di lavoro ha previsto non solo l'unitarietà delle firme dei confederali, e dunque delle organizzazioni comparativamente più rappresentative dei lavoratori e datoriali, ma una forma di progettualità e programmazione che coinvolgesse anche gli attori istituzionali (lo Stato in ogni sua articolazione). Per quanto riguarda il welfare, è previsto dal contratto collettivo nazionale di categoria in coordinamento con la contrattazione di secondo livello, prevedendo l'applicazione di quella nazionale nelle unità produttive che restano escluse dalla copertura di rappresentanza adeguata. Lo studio di questo settore consente di effettuare un approfondimento sul tessuto industriale italiano e una eventuale comparazione con altri settori sul territorio nazionale, nonché con altri esempi di partecipazione dei lavoratori alla produttività in Europa e su come si attegga la capacità di acquisto dei lavoratori sulla base di quanto viene previsto dalla contrattazione e da ciò che è direttamente previsto dalla legge. Si tratta di uno studio che prova a comprendere se il caso virtuoso del CCNL metalmeccanico sia isolato o rappresenti una cartina tornasole.

E' un settore che colpisce in quanto immediatamente interessato, come settore cardine del tessuto industriale del paese, da profonde trasformazioni soprattutto tecnologiche ed organizzative. Sembra che in questo processo di transizione tutto si muova velocemente nel mer-

¹⁸ BAVARO (2017, 729-740)

¹⁹ ZILIO GRANDI (2021).

cato e nel mondo del lavoro, eccetto la contrattazione collettiva nazionale di categoria che sembra aver smarrito la sua funzione normativa tipica: la capacità propulsiva di e di adeguamento della regolazione delle condizioni di lavoro ai mutamenti del contesto socio-economico.

Ed è per questo che, già dal rinnovo contrattuale del 2016, emerge un aspetto del CCNL Metalmeccanico che introduce il “Comitato Consultivo di partecipazione” (art. 3, Sez. I, Sistema di relazioni industriali nell’Accordo Interconfederale del 14 luglio 2016) da costituire nelle imprese con più di 1500. Il comitato costituisce l’osservatorio paritetico aziendale con la funzione di raccogliere il parere espresso dai rappresentanti sindacali in caso di scelte strategiche relative all’assetto industriale e all’occupazione. E’ un’esperienza di relazioni industriali che tenta di rispondere ad una fase di transizione complessa attraverso politiche attive del lavoro elaborate dalle organizzazioni sindacali in collaborazione con le istituzioni al fine di garantire il più alto grado di benessere del lavoratore anche al fine di incrementare la produttività, in un nuovo scenario di *welfare* e di conciliazione famiglia/lavoro (dunque tempi di vita e tempi di lavoro) in un contesto una fase in cui la digitalizzazione immette il lavoro nelle case, rendendolo agile, e dunque non legato ad un luogo concreto, ma connesso alla rete.

4. *Altri modelli di contrattazione e di Relazioni Industriali*

Poiché non vi è un singolo modello di contrattazione collettiva in Europa, a causa probabilmente del forte meccanismo concorrenziale su cui si basa la nascita dapprima della Comunità economica europea e successivamente la Comunità europea, risulta opportuno passare in rassegna, senza pretese di esaustività, tali altri modelli di contrattazione collettiva e di impostazione delle relazioni industriali che abbiano come obiettivo la definizione del modello di welfare necessario a garantire al lavoratore quelle prestazioni in termini di servizi o di fiscalità agevolata che dovrebbero determinare un incremento della produzione. Si pensi, per esempio, al caso Spagnolo, il progetto ProWelfare ha analizzato la diffusione di prestazioni di welfare offerte dalle aziende ai lavoratori, a seguito di contrattazione fra le parti sociali o come prodotto di un’iniziativa unilaterale dei datori di lavoro, in 8 Stati membri

dell'Unione Europea. L'Osservatorio Sociale Europeo e la Confederazione Europea dei Sindacati, sostenute economicamente dalla Commissione UE, ha indicato queste prestazioni con l'acronimo WOV – Welfare Occupazionale Volontario.

Il report sul caso spagnolo è stato curato da Alicia Martínez Poza per conto della Fondazione Primero de Mayo, il Centro studi della Confederazione sindacale spagnola CCOO (Comisiones Obreras). Per mappare l'offerta di Welfare Occupazionale Volontario in Spagna, la fondazione ha realizzato un'analisi di dati statistici secondari (OCSE, Eurostat, Eurofound) e un'analisi dei contratti collettivi di settore e d'impresa, per il periodo compreso tra il 2007 e il 2013.

Questa analisi ha tenuto conto dell'evoluzione socio-economica del paese nel quadro della crisi economica e finanziaria. Infatti, l'impatto della crisi ha fatto da cornice all'evoluzione dell'offerta di WOV e consente di spiegare alcuni dei suoi più recenti cambiamenti. Negli accordi collettivi, il WOV in materia di conciliazione è stato introdotto fin dagli anni '90. L'Osservatorio sulla Negoziazione Collettiva della Confederazione Sindacale CCOO ha rilevato che nei contratti collettivi del 2008 la forma più comune di intervento è l'estensione del periodo di maternità. Un report del 2009 dell'Istituto delle Donne (organismo per la parità di genere legato al Ministero della Salute, dei Servizi Sociali e dell'Uguaglianza) ha invece sottolineato la presenza negli accordi del 2009 di esempi di asili nido aziendali (anche se molto rari), sistemi di telelavoro e sostegno alle spese familiari. Lo stimolo all'introduzione di questi benefit è stato sicuramente lo sviluppo dei "Piani d'uguaglianza" nelle grandi imprese.

Gli interventi nell'ambito della flessibilità dell'orario di lavoro sono invece meno diffusi che nel resto dell'Europa. I dati dell'Eurofound confermano questo fenomeno. Nel 2010, la percentuale di lavoratori che dichiarava di aver potuto variare la giornata di lavoro per motivi familiari era inferiore rispetto alla media europea (47,3% in Spagna, 52% nella media europea), mentre se si guarda alle sole donne lavoratrici e alla possibilità di prendere delle ore per motivi familiari il gap con la media europea diminuisce. Il 49,1% delle lavoratrici ha potuto allontanarsi qualche ora, solo 3% in meno rispetto alla media europea.

Nella maggior parte dei casi, l'offerta di Welfare Occupazionale Volontario è garantita attraverso la contrattazione collettiva settoriale

o aziendale. Nonostante il tema del WOV non sia percepito come una priorità, le parti sociali hanno interesse a offrire questo tipo di benefici.

Un altro modello interessante è rappresentato dal modello di partecipazione dei lavoratori tedesco – esaminato con attenzione da Edmondo Montali –, noto come Mitbestimmung, è una parte caratterizzante del sistema di relazioni industriali in Germania.

Un sistema che prevede un rapporto tra le parti sociali intenso e fortemente codificato giocato su un assioma storico del giuslavorismo tedesco, ovvero che l'economia e le strutture produttive non sono soltanto il luogo di scontro di interessi configgenti tra capitale lavoro ma anche una Gemeinschaft, una comunità avente un fine di comune di benessere e prosperità per i suoi componenti. Non a caso, l'articolo 9 del GrundGesetz, la Carta costituzionale varata nel 1949, dispone l'ordinamento e la pacificazione delle mondo del lavoro mettendo sullo stesso piano sia la contrapposizione degli interessi (e quindi la contrattazione collettiva a sostegno della quale sono previste forme di lotta e conflitto), sia la volontà comune di collaborazione (alla base della rappresentanza di fabbrica) perché metodo conflittuale e metodo collaborativo sono parte dello stesso obiettivo di pacificazione della società. A loro volta, le relazioni industriali sono assolutamente integrate nel sistema Paese della Germania tanto da disegnare uno specifico modello di capitalismo che è stato definito Modell Deutschland o capitalismo renano, che ha rappresentato il tratto distintivo della Germania federale dal 1949 al 1989.

È ancor oggi materia di discussione se, dopo la riunificazione, le modifiche intervenute rispetto a tale modello abbiano rappresentato soltanto adattamenti incrementali di un sistema rimasto per lo più inalterato, o ne abbiano modificato talmente radicalmente le peculiarità da poter parlare oggi di qualche cosa di profondamente diverso.

La partecipazione dei lavoratori in Germania si compone di due livelli, la partecipazione a livello di unità produttiva, che di solito in Italia traduciamo con partecipazione aziendale, e la partecipazione a livello di organi societari d'impresa, che di solito traduciamo con il termine piuttosto errato di partecipazione sovra-aziendale. Una breve attenzione alla traduzione dal tedesco chiarisce l'equivoco: il tedesco utilizza i termini Betriebsmitbestimmung e Unternehmenmitbestimmung

perché con il termine *Betrieb* indica la parte tecnico-organizzativa dell'impresa adibita alla produzione di beni e servizi, mentre con il termine *Unternehmen* indica la parte gestionale che è adibita all'impiego delle risorse prodotte dalla parte produttiva. La partecipazione, quindi, è sempre a livello di impresa ma relativa a due settori ben distinti: la parte produttiva e quella societaria. Entrambe queste forme di partecipazione hanno radici lontane nella storia tedesca.

I due tipi analizzati, oltre a quello italiano, sono fondamentali per comprendere il modo in cui si atteggiavano tre modelli statali diversi con storie sindacali diverse rispetto al meccanismo del welfare e dei bisogni dei lavoratori nei processi di transizione, soprattutto digitale in un'ottica di programmazione.

5. Conclusioni

I processi di trasformazione e digitalizzazione del mondo del lavoro mettono in crisi i vecchi paradigmi di subordinazione, come strumento che serve alla crescita del tessuto industriale del paese.

È necessario pensare ad un piano di programmazione di ampio respiro che deve coinvolgere necessariamente gli attori pubblici quanto meno nell'ottica costituzionale della sussidiarietà orizzontale che prevede l'interazione tra le istituzioni pubbliche nazionali e soprattutto locali, le organizzazioni di categoria dei lavoratori comparativamente più rappresentative con una struttura di natura confederale e le organizzazioni datoriali.

L'obiettivo è quello di fare compenetrare le sfere di *welfare*, restituendo centralità ai pubblici poteri attraverso una forma di collaborazione tra pubblico e privato in cui il secondo non soppianta il primo. Nel pieno rispetto dell'art 117 della Costituzione che ci fornisce i *Lep* come strumento di raggiungimento della dignità del cittadino a diversi livelli, soprattutto regionali, in un'ottica di prossimità territoriale, e dell'art 38 che all'ultimo comma legittima la privatizzazione dell'assistenza sempre in ottica sussidiaria e non sostitutiva.

Il punto di raccordo può essere rappresentato dalle Relazioni industriali.

Parte della dottrina giuslavoristica vede le Relazioni industriali

come protagoniste indiscusse delle trasformazioni legate alla Quarta rivoluzione industriale (la rivoluzione digitale) e quest'ultima deve rappresentare l'occasione per porre la necessità di «ripensare a un vero progetto di politica industriale» per il nostro paese, di «sviluppo produttivo» e di evoluzione qualitativa del lavoro, con al centro il «valore della persona» che lavora», da perseguire attraverso un «grande piano formativo».²⁰

Un esempio di caratura europea in questo senso è, come già richiamato in precedenza, e secondo il contributo di Wolfgang Schroeder sulla strategia tedesca per un'Industria 4.0 il capitalismo renano nell'era della digitalizzazione che permette un confronto tra le strategie e le realizzazioni italiane e quelle tedesche. Il punto forse di maggiore differenza consiste nella presenza in Germania di un modello industriale egemone, «perno dell'economia nazionale», fortemente radicato e diffuso, il «capitalismo renano», che l'Industria 4.0 intende rinnovare attraverso la digitalizzazione («che non causerà la fine del lavoro industriale ma la sua trasformazione»), mantenendone i punti di forza. Un «modello corporativo» caratterizzato da una «stretta cooperazione tra imprese, associazioni, politica», capace di coinvolgere i sindacati.

Il sindacato confederale in Italia deve svolgere una funzione politica ed essere sistematicamente presente nella programmazione industriale del paese, non abbandonando la natura conflittuale che storicamente lo caratterizza ma ampliando le prospettive di crescita per una nuova lettura dell'art. 39 della Costituzione.

L'elaborato presente non si pone l'obiettivo di essere esaustivo o risolutivo delle problematiche poste ma tenta di indagare le formule più adeguate di crescita della produttività, dell'occupazione e del potere d'acquisto dei lavoratori e del loro benessere, nel solco della Costituzione Repubblicana in comparazione con altre esperienze europee.

Bibliografia essenziale

Bavaro V. (2017), *Il contratto collettivo dei metalmeccanici 2016: una prospet-*

²⁰ BOCCHI (2022).

- tiva sulle relazioni industriali italiane, Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali.*
- Bocchi T. (2022), *Industria 4.0: sfide da superare e opportunità da cogliere, Il lavoro 4.0 La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative.*
- Butera F. (2020) *Organizzazione e società: Innovare le organizzazioni nell'Italia che vogliamo*, Marsilio.
- Caponetti B. (2019), *Social media e rappresentanza aziendale: quali scenari?* in *Questioni di diritto del lavoro*, Labour & Law Issues.
- Chiaromonte W. (2018), *Modelli ed esperienze di Welfare aziendale*, in Giappichelli.
- Circolare n. 28/E Agenzia Entrate *Premi di risultato e benessere aziendale – articolo 1 commi 182-190 legge 28 dicembre 2015*, n. 208.
- Cinelli M. (2016), *L'effettività delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale.*
- Del Punta R., *Social media e diritti dei lavoratori: cosa è in gioco?* in *Rivista internazionale di diritto comparato del lavoro e delle relazioni industriali.*
- Gottardi D.M. (2016), *Contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, *Lav. Dir.*
- Legge finanziaria triennio 2016-2018, riformula la lettera f dell'art. 51 del TUIR che prevede l'elencazione dei servizi che possono essere erogati sotto forma di benefici 17 Art. 51 del TUIR che prevede l'elencazione dei servizi che possono essere erogati sotto forma di benefici 17 art. 8 d.lgs. 138/2011.
- Maino F. (2013), *Tra nuovi bisogni e vincoli di bilancio: protagonisti, risorse di innovazione sociale*, in *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia*, Torino.
- Marazza M. (2019), *Relazioni sociali, relazioni industriali e (nuovi percorsi di) formazione della volontà collettiva*, in *Riv. Riv. it. dir. lav.*
- Novella M., Tullini P. (2022), *Lavoro digitale*, Torino.
- Olivelli F. (2020), *L'inquadramento sistematico del Welfare aziendale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale.*
- Tullini P. (2018), *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, *Questioni di diritto del lavoro.*
- Zappalà L. (2021), *Algoritmico di gestione della voce*, *Rivista nuova di diritto del Lavoro.*
- Zappalà L. (2021), *Le condizioni di lavoro nelle piattaforme: quale strategia*

europea di tutela del lavoro digitale Professionalità Studi, Bollettino ADAPT, n. 28.

Zilio Grandi G. (2021), *Commento al CCNL Metalmeccanici*. Art. 8 d.lgs. 138/2011

Salvador Martínez Rompeltien*

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA ANTE
LA PROLIFERACIÓN DE SU USO TURÍSTICO.
EL CASO DE CANARIAS: PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*
RESPETUOSAS CON LA DOCTRINA DEL TEDH

SUMARIO: 11. Planteamiento inicial. – 2. Sucinta aclaración del entramado competencial en materia turística y de vivienda en el caso español. – 3. El modelo turístico en Canarias y el encaje de las viviendas vacaciones. – 3.1. Antecedentes. – 3.2. Breve análisis retrospectivo de las causas del aumento vertiginoso de las viviendas vacacionales en Canarias. – 4. El desplazamiento del uso habitacional de la vivienda por el turístico en Canarias y sus consecuencias. – 5. Análisis crítico de las propuestas del Anteproyecto de *ley de ordenación sostenible del uso turístico de viviendas* para afrontar la problemática habitacional en Canarias. – 6. La problemática de la injerencia en el derecho de propiedad por limitar su uso turístico. Disposición transitoria segunda. – 7. A modo de conclusión: propuesta de *lege ferenda* para afrontar la externalidad negativa de la sobreoferta de viviendas vacacionales.

1 *Planteamiento inicial*

De la misma manera que ha sucedido en la mayoría de las zonas de interés turístico y grandes ciudades en Europa, también Canarias se ha visto gravemente afectada en los últimos años por la escasez de vivienda de uso residencial y sus elevados precios. Una de las principales causas de ello es el desplazamiento del uso habitacional de la vivienda a favor del uso turístico, así como el constante crecimiento de su población, muy por encima de la media estatal¹.

* UNED.

¹ Ver https://www.eldiario.es/canariasahora/canarias-opina/no-seguir-creciendo-poblacion_132_10756036.html “En los últimos 25 años, la población [canaria] ha aumentado un 180% y un 102% en las islas de Lanzarote y Fuerteventura. En este mismo tiempo el País Vasco, que es una comunidad con población similar a la nuestra,

Este proceso paulatino que, en el caso de las Islas Canarias, comienza con la aprobación del *Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias*, aunque vertiginosamente acelerado durante el último año, tiene varias causas sobre las que se reflexionarán en las siguientes líneas. Entre los más importantes tenemos:

La incorrecta comprensión del efecto de la conocida como Directiva Bolkestein² respecto a la concepción absoluta del principio de libertad de empresa por parte del ejecutivo canario en el año 2015, y la propia jurisprudencia, con respecto a la libertad de destinar cualquier inmueble al uso turístico, sin ningún tipo de restricción o límite.

El recurso a una norma de carácter reglamentario, esto es un Decreto autonómico, para regular un aspecto tan esencial para la sociedad como lo es el uso turístico de la vivienda y sus condicionantes, en un territorio limitado y fragmentado, de fuerte presión demográfica y cuya principal fuente de riqueza es el turismo.

La implementación de nuevas formas de consumo, con la consolidación de las plataformas digitales como factor clave ante la intermediación turística clásica.

El pernicioso efecto que ha tenido en todo este contexto la entrada en vigor de *la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda*, así como la mucha mayor rentabilidad económica que produce un inmueble en explotación turística, en comparación con su uso residencial.

En el momento actual el Gobierno canario ya ha sometido a exposición pública el *Anteproyecto de Ley de ordenación sostenible del uso turístico de viviendas*, y se espera que sea remitido al parlamento autonómico para su aprobación definitiva.

Lo más relevante del espíritu del referido anteproyecto de ley es servir como instrumento para dar respuesta, desde el punto de vista regulatorio, al fenómeno generalizado de viviendas de uso turístico,

aumentó solo en un 5%. Este fenómeno, si bien puede interpretarse como un indicador de prosperidad, plantea desafíos significativos que requieren una atención inmediata y estrategias de control y de desarrollo sostenible”.

² *Directiva 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.*

con gran impacto en Canarias. Lo que se persigue, sin eliminar dicha opción, es ponderar adecuadamente los intereses en juego, de cara al interés social y mandato constitucional del artículo 47 de nuestra Carta Magna, también en conexión con el artículo 31 de la Carta Social Europea, que consiste más bien en o debería encuadrarse dentro de la categoría de los derechos prestacionales.

En este sentido, debemos tener muy presente que se trata de un mandato a los Poderes Públicos, en cuanto a una obligación de medios, tanto desde el punto de vista presupuestario como, lo cual puede resultar más útil, en cuanto a materia regulatoria. De ahí la importancia crucial de incluir dicha perspectiva en todo acervo normativo, incluida la turística y, especialmente, aquella que resulta la posibilidad de destinar viviendas de uso residencial al ámbito turístico alojativo.

Uno de los aspectos más complejos de resolver para el legislador es la problemática de la injerencia en el derecho de propiedad por limitar su uso turístico. Una de las mayores dificultades técnicas que afronta el legislador, sino la mayor, es el problema indemnizatorio, por la imposición de estándares más estrictos para conservar la condición de viviendas turísticas y la consiguiente imposibilidad de parte de la oferta actual para cumplirlos.

De forma correcta se plantea un régimen transitorio, que se regula en la Disposición transitoria segunda. Régimen transitorio de las viviendas de uso turístico debidamente habilitadas a la entrada en vigor de la presente Ley.

Sin embargo, de cara a facilitar el derecho a la vivienda en un tiempo razonable, el régimen transitorio es excesivamente benévolo y puede lastrar los objetivos que se persiguen con la ley. Son cinco años con posibilidad de 5 años adicionales.

Es en este punto donde entra en juego el recurso a la casuística del TEDH, (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), a los efectos de dictaminar el grado y los condicionantes del derecho de propiedad, en ponderación con el derecho a la vivienda, como límite a la ineludible actuación de los poderes públicos ante un grave problema social³.

³ En este sentido ya en el lejano año 1897, el juez Holmes, en su conferencia “La Senda del Derecho”, advertía del deber de la judicatura “de sopesar las consideraciones de utilidad social. Tal deber es inevitable, y el resultado de la frecuentemente pro-

Sobre esta cuestión versarán las siguientes líneas, partiendo del caso de Canarias, pero con razonamientos y propuestas de *lege ferenda* que busquen un adecuado equilibrio entre el interés particular y el interés general que entraña el derecho a la propiedad. En una materia tan sensible como es el derecho a la vivienda, en la que propiedad tiene una función social inherente al propio derecho. Y las prerrogativas, derechos y obligaciones de la misma se circunscriben a su estatuto.

2. Sucinta aclaración del entramado competencial en materia turística y de vivienda en el caso español

Para la correcta comprensión de la problemática descrita, debemos tener en cuenta, siquiera someramente, el sistema competencial del Estado español. La Comunidad Autónoma canaria, a través de su Estatuto Autonómico, y de modo similar al resto de Comunidades Autónomas, ha asumido de forma exclusiva la competencia en materia turística.

En lo que atañe a la competencia en materia de vivienda, el entramado competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, incluida Canarias, es mucho más complejo. Y ello, aunque desde el surgimiento del Estado autonómico por mor de la Constitución española de 1978, la competencia en materia de vivienda ha sido asumida como exclusiva por parte de los respectivos Estatutos de Autonomía. Sin embargo, el Estado ha intervenido de forma asistemática en materia de vivienda, “sobre las bases competenciales de la planificación económica y la ordenación del crédito que le atribuyen los artículos 149.1.11 y 13 de la CE”⁴.

A ello debemos añadir que desde poco más de un año se ha promulgado por primera vez, tras la aprobación de la Constitución de 1978, con carácter estatal, una ley de vivienda. Nos referimos a la *Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda*.

clamada aversión judicial a tratar dichas consideraciones, es, simplemente, que las auténticas razones y los fundamentos de sus sentencias permanecen inarticulados y, a menudo, inconscientes”.

⁴ Para mayor detalle ver MUÑOZ CASTILLO, (2003, 43 ss).

Dicha ley justifica su razón de ser en contexto especialmente grave en relación con el acceso a la vivienda y el mandato impuesto a todos los poderes públicos *ex artículo 47 CE* de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a la vivienda. Asimismo, también pone de manifiesto la problemática existente por la carencia de dicha normativa con carácter estatal, desde la perspectiva de fijar un marco mínimo de condiciones básicas y de igualdad en el derecho a la vivienda para todo el Estado.

Es importante destacar que, independientemente de las críticas recibidas por la mencionada ley de vivienda, por los posibles efectos perversos que pudo haber causado en la oferta de vivienda de alquiler en España, expulsando a las personas más vulnerables de dicho mercado y restringiendo la oferta de viviendas en alquiler⁵, así como por las posibles injerencias de la ley estatal en el ámbito autonómico⁶, lo que es indiscutible es la obligación de los poderes públicos, en virtud del artículo 47 CE en conjunción con el artículo 9.2 CE, de implementar las medidas adecuadas para favorecer el derecho a la vivienda. Sobre estos aspectos reflexionaremos a lo largo de los siguientes epígrafes.

Aparte de ello, también debe tenerse en cuenta que en el caso español la regulación del alquiler es competencia estatal, concretamente en la *Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos*.

Sin embargo, en lo que a nuestro tema interesa, es importante tener en cuenta la exclusión que se realiza y reenvío a la normativa sec-

⁵ Ver en este sentido <https://www.elblogsalmon.com/entorno/duenos-pisos-alquiler-estan-encontrando-modo-para-evitar-control-precios-protecciones-inquilinos-ley-vivienda>, <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2024/05/24/817328-la-ley-de-vivienda-un-ano-despues-la-oferta-cae-a-minimos-y-los-precios-suben-a>.

⁶ El Tribunal Constitucional en su Sentencia 79/2024, de 21 de mayo de 2024, ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la referida ley de vivienda, reconociendo el derecho del Estado a ejercitar su potestad que le confiere el art. 149.1.1 de la CE para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Sin embargo, también en dicha sentencia se apreció la declaración de inconstitucionalidad de varios preceptos, por invasión en las competencias autonómicas. Ver: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2024_052/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2052-2024.pdf.

torial correspondiente, desde hace ya una década⁷, de los alquileres turísticos⁸.

Por último, también debemos tener en cuenta que el sistema de reparto competencial en Estados compuestos, como el caso español, se ve profundamente alterado, fruto de la asunción del ejercicio de competencias a través de una cada vez más activa Unión Europea. Ello ha tenido como consecuencia una recentralización de competencias *de facto*, al recaer en el Estado las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

Respecto al Derecho de la Unión Europea, ha tenido una incidencia clave en la problemática analizada el incorrecto entendimiento, ahora ya atemperado también por la propia jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, (en adelante TSJC)⁹, respecto a la Directiva Bolkestein¹⁰.

⁷ Ver en este sentido *Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas*.

⁸ Ver artículo 5, Arrendamientos excluidos letra e) de la *Ley 29/1994*.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley: e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística.

⁹ Ver STJUE de 22 de septiembre de 2020 (Gran Sala, ECLI:EU:C:2020:743), dictada en los Asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18 (Cali Apartments SCI y HX y le Procureur général près la cour d'appel de Paris y la Ville de Paris). 67 En efecto, el art.4, punto 8, de la Dir 2006/123 establece que las razones imperiosas de interés general que los Estados miembros pueden invocar son aquellas reconocidas como tales por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que incluyen, en particular, las justificaciones relativas a la protección del entorno urbano (sentencia de 30 de enero de 2018, X y Visser, C-360/15 y C-31/16, EU:C:2018:44, apartado 135), así como objetivos de política social.

68 Además, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que las exigencias de la política de vivienda de protección oficial y de lucha contra la presión inmobiliaria, en particular cuando un mercado concreto experimenta una escasez estructural de viviendas y una densidad de población especialmente alta, pueden constituir razones imperiosas de interés general (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 1 de octubre de 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07, EU:C:2009:593, apartado 30, y de 8 de mayo de 2013, *Libert y otros*, C-197/11 y C-203/11, EU:C:2013:288, apartados 50 a 52)....”.

¹⁰ Ver en este sentido la Sentencia de 3 de junio de 2016, del TSJC, Sala de lo contencioso-administrativo. Sección segunda, Roj: STSJ ICAN 1418/2016, en la que el

3. El modelo turístico en Canarias y el encaje de las viviendas vacaciones

3.1. Antecedentes

Al igual que el archipiélago balear y otras zonas del territorio nacional, el peso de la industria turística en la economía es esencial para la económica insular canaria. Sin perjuicio de las singularidades de ca-

Tribunal, amparándose en la conocida como Directiva Bolkestein, inaplica los requisitos predispuestos normativamente por la normativa turística canaria para el acceso a la modalidad alojativa de Villa Turística, dando por válida la mera declaración responsable. Véase “Esta Sala anuncia ya que comparte la conclusiones jurídicas de la sentencia de instancia, en particular en el examen sobre las consecuencia de la Directiva de servicios en relación con las autorizaciones turísticas y sobre la posibilidad de examen, y respuesta, en el seno de un proceso contencioso administrativo, de su adecuada transposición al derecho interno sin necesidad del planteamiento de una cuestión prejudicial cuando no exista duda sobre la discordancia de la ley o del reglamento autonómico con dicha Directiva, y, por supuesto, sin necesidad de tener que plantear cuestión de inconstitucionalidad alguna en relación a la correcta interpretación y aplicación del derecho europeo, más cuando no se detecta duda alguna de constitucionalidad de una ley autonómica materia turística de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Canarias conforme al título competencial del artículo 148.18 de la CE, asumido estatutariamente (art 30.21 EACan)... El artículo 10 de la mencionada Directiva, establece las condiciones para la concesión de la autorización a que se refiere el artículo 9 que hemos trascrito y lo hace en el sentido siguiente: “1. *Los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria.* 2. *Los criterios contemplados en el apartado 1 deberán reunir las características siguientes: a) no ser discriminatorios; b) estar justificados por una razón imperiosa de interés general; c) ser proporcionados a dicho objetivo de interés general; d) ser claros e inequívocos; e) ser objetivos; f) ser hechos públicos con antelación; g) ser transparentes y accesibles. De forma expresa se prohíben determinados requisitos, siendo especialmente relevantes el relativo a los que supeditan la autorización a criterios de política o planificación económica, o el que impide que se obligue a constituirse adoptando una determinada forma jurídica o capital mínimo de participación”.*

Se contiene en el Artículo 14 que establece: “Los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios al cumplimiento de los siguientes requisitos://. 5) *aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga”.*

da isla en particular, estamos hablando en un 40% de empleos directos del total en el sector turístico y un PIB del 35 % sobre el conjunto de la economía¹¹.

Ello ha tenido como consecuencia, como no podía ser de otra manera, la formación de un derecho turístico autonómico de Canarias¹², en el cual, dicho esto de forma resumida, la explotación turística alojativa, tanto en las modalidades hoteleras como extrahoteleras, han estado sometidas de forma continua al control y autorización de las administraciones competentes en la materia, con la finalidad de cumplimiento de estándares de calidad y protección al turista, como principal activo de la economía insular.

Previamente a ello, el primer antecedente normativo en España de regulación de viviendas para uso turístico, de aplicación a todo el territorio nacional, hasta que las respectivas Comunidades Autónomas fueron regulando la materia, fue la *Orden de 17 de enero de 1967, por la que se aprobó la ordenación de los apartamentos, bungalows y otros alojamientos similares de carácter turístico*¹³.

Dicha normativa dio cabida a un modelo menos profesionalizado e íntimamente vinculado a la especulación inmobiliaria, sin vocación de permanencia.

Con posterioridad, dicho esto *grosso modo*, se restringió mucho la posibilidad de alquilar viviendas para uso turístico en Canarias. Para ello, el *Decreto 23/1989, de 15 de febrero, sobre ordenación de apartamentos turísticos*, mediante el recurso al “*principio de unidad de explo-*

¹¹ https://turismodelascanarias.com/sites/default/files/observatorio_turistico_de_canarias._informe_2022.pdf “El turismo es la principal actividad económica de las islas con unos 15 millones anuales de turistas antes de la pandemia. Reino Unido (33%), Alemania (17%), el resto de España (13%) y los países nórdicos (10%) son los principales países de origen (ISTAC, 2019). Gasto medio por turista: 1.122,58 € (ISTAC, 2019)”.

¹² Cuyo primer intento sistematizador ha sido la *Ley 3/1986, de 8 de abril, reguladora del régimen de disciplina en materia turística*, derogada por la entrada en vigor de la actual *Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias*, que ya ha sufrido 10 modificaciones desde su entrada en vigor y cuyo contenido se pretende actualizar actualmente de forma integral, para adaptarse al momento presente y retos del futuro en el sector.

¹³ SIMANCAS CRUZ, LEMES CORDOVEZ, PEÑARRUBIA ZARAGOZA, (2017, 4).

tación”, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 4 de dicha normativa, exigía la explotación en las modalidades de bloque, conjunto o unión de conjuntos. Y, en todo caso, a través una sola unidad empresarial de explotación.

Tras la entrada en vigor de la *Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias*, se mantuvo inicialmente a los apartamentos turísticos dentro de la clasificación de alojamientos turísticos regulados hasta su supresión hasta el año 2010¹⁴.

Ese mismo año el Gobierno canario dictó *Decreto 142/2010, de 4 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad Turística de Alojamiento y se modifica el Decreto 10/2001, de 22 de enero, por el que se regulan los estándares turísticos*.

En dicha norma se reguló la modalidad de Villas Turísticas y se permitió, con carácter transitorio, la pervivencia de figuras análogas a los apartamentos turísticos con la normativa derogada¹⁵.

Habría que esperar al *Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias*, para que fuera posible, de modo inicial en zonas no turísticas, la explotación vacacional de cualquier modalidad de viviendas.

Ello derivó en la coexistencia de dos modalidades de explotación turística extrahotelera de viviendas, la de las Villas Turísticas, con un estándar turístico elevado y sometida expresamente a lo preceptuado

¹⁴ Mediante la *Ley 14/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias*.

¹⁵ Véase *Disposición Transitoria Cuarta. - Pensiones, apartamentos y villas existentes*.

1. Las pensiones existentes a la entrada en vigor del presente Decreto, mantendrán la clasificación que ostenten, resultándoles de aplicación, en cuanto a los requisitos que deben cumplir, lo previsto en los artículos 3.c) y 35 del Decreto 149/1986, de 9 de octubre, de ordenación de establecimientos hoteleros, y en el artículo primero y anexo I de la Orden de 10 de diciembre de 1986, de la Consejería de Turismo y Transportes, reguladora de los distintivos de los establecimientos hoteleros.

2. Los apartamentos clasificados en las categorías de 1 y 2 llaves y las villas clasificadas en 4 y 5 llaves, mantendrán la clasificación que ostenten a la entrada en vigor del presente Decreto, resultándoles de aplicación, en cuanto a los requisitos mínimos que deben cumplir, lo previsto en los anexos I y II del Decreto 23/1989, de 15 de febrero, sobre ordenación de apartamentos turísticos.

en Ley de ordenación turística canaria, limitada a las zonas turísticas¹⁶, desde la perspectivas del planeamiento y ordenación territorial, que consisten en, según su propia definición jurídica, “*el establecimiento extrahotelero compuesto por una o varias unidades de alojamiento de tipología edificatoria aislada, dotada de zonas verdes de uso privativo y del equipamiento e instalaciones necesarias para la conservación, manipulación y consumo de alimentos*”¹⁷.

En lo que atañe a las viviendas vacacionales, bien podríamos decir que fue la modalidad que posibilitó que cualquier inmueble destinado a uno residencial, mediante una declaración responsable, cambiaran uso residencial o habitacional por el turístico, exigiendo el cumplimiento de una serie de requisitos muy básicos, que, en la mayoría de los casos, por falta de medios, no han sido ni siquiera fiscalizados a posteriori, tal y como preveía la normativa.

3.2. Breve análisis retrospectivo de las causas del aumento vertiginoso de las viviendas vacacionales en Canarias

Dejando de lado las dinámicas fruto de la globalización que la mayoría de las zonas de interés turístico y grandes ciudades en Europa, con respecto a la proliferación del uso turístico de viviendas inicialmente configuradas para uso residencial, en Canarias se han dado una serie de factores *sui generis* que han agravado mucho más la situación.

La dependencia del turismo y la percepción ciudadana del agotamiento del modelo del sector, por el impacto de los paquetes vacacionales “con todo incluido”, en el que el turista apenas dejaba gasto en destino, aparte del pago del paquete vacacional, generó en su momento una corriente favorable a esta modalidad turística. En este sentido, los defensores de dicha modalidad extrahotelera han defendido siempre el gran impacto positivo en la oferta turística complementaria y la restauración que trae consigo dicha modalidad, así como la posibilidad

¹⁶ Véase letra k del artículo 2 de k) Zona turística: área limitada y reservada por el planeamiento para la localización e implantación de los usos turísticos

¹⁷ Véase letra m) del artículo 2 del Decreto 142/2010, de 4 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad Turística de Alojamiento y se modifica el Decreto 10/2001, de 22 de enero, por el que se regulan los estándares turísticos.

de democratizar el negocio turístico a pequeños empresarios y familias.

En muchos casos, sobre todo a la salida de la crisis financiera de 2009, no se puede negar que el aprovechamiento turístico de viviendas supuso un impacto económico muy positivo para Canarias. Se revalorizó el mercado inmobiliario y se ha generado empleo. Otra cuestión más discutible es si las Administraciones han tenido y tienen la capacidad para controlar que se respeten las condiciones laborales que se garantizan por Convenio Colectivo laboral en hoteles y complejos extrahoteleros.

Todo ello, generó un consenso inédito en todas las fuerzas parlamentarias de la VIII legislatura del Parlamento de Canarias, (2011-2015), generado con carácter previo a la inminente celebración de las elecciones autonómicas de 2015.

Dicha pulsión ciudadana, alentada por diversos sectores y gran parte de la opinión pública canaria, tuvo como consecuencia la promulgación del referido *Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales*.

Ello supuso, con algunos matices y limitaciones corregidos posteriormente a golpe de sentencias judiciales por el TSJC¹⁸, facilitar la posibilidad de comercializar como uso turístico a cualesquiera “viviendas ubicadas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias, que, edificadas de acuerdo a la normativa urbanística y a las determinaciones del planeamiento sobre usos del suelo y la edificación, cuenten con las preceptivas licencias y autorizaciones exigibles”¹⁹.

Únicamente se requería cumplimentar una declaración responsable, con un compromiso en cuanto serie de equipamientos mínimos que, desde la perspectiva de un modelo turístico de calidad y excelencia, apenas cubre las necesidades básicas habitaciones para su uso²⁰.

¹⁸ El análisis de dicha jurisprudencia merece un análisis específico, desde la perspectiva del estudio de la técnica legislativa. Hasta la fecha el Tribunal Superior de Justicia de Canarias ha dictado 9 sentencias estimando la nulidad de diversos artículos o preceptos del Decreto en su redacción original, siendo dichos pronunciamientos, siendo 3 los casos en los que se admitió a trámite recurso de casación ante el Tribunal Supremo, ratificando en todas las ellas el fallo previo del TSJC.

¹⁹ Ver artículo 3 Ámbito de aplicación del referido Decreto.

²⁰ Véase artículo 10 Requisitos de equipamientos mínimos.

Uno de los principales errores que se cometieron con el todavía en vigor, aunque con varios preceptos declarados nulos por el TSJC, Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales, fue el tipo de norma empleado.

Visto con perspectiva, es evidente que no se debió regular por otro instrumento que no fuera la ley, que emana de una asamblea democrática como es el caso del Parlamento de Canarias, una materia que tiene tanta incidencia e impacto en la ciudadanía. El propio proceso legislativo de la ley y el grado de participación de todas las fuerzas políticas con representación, exigen que su voz y aportaciones sean debidamente escuchadas y contrastadas, aspecto que no se cumplió con una norma de carácter reglamentario y expuesta a su impugnación directa por cualquier ciudadano ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a diferencia de la ley²¹.

4. El desplazamiento del uso habitacional de la vivienda por el turístico en Canarias y sus consecuencias

Es evidente que el crecimiento sustancial de las viviendas vacacionales, cambiando el uso de viviendas residenciales al turístico, está ocasionando una falta grave de vivienda y el consecuente desplazamiento y ulterior expulsión de la población residente en Canarias, convirtiéndose uno de los mayores problemas y retos a los que nos enfrentamos como sociedad.

La falta de vivienda ya no sólo afecta trabajadores del sector turístico, sino que también a los profesionales de servicios públicos esenciales como médicos, profesores o los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, entre otros. Ello tiene como consecuencia una merma en la prestación de servicios a la ciudadanía. También incide de lleno en el desarrollo de otras actividades económicas, ya que son muchas las empresas con planes de crecimiento o nuevas empresas que desean ubicarse en Canarias, especialmente en las Islas más turísticas como

²¹ Véase artículo 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. “El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general”.

Lanzarote y Fuerteventura. Sin embargo, la falta de vivienda y el alquiler a precios inaccesibles, hace que no puedan contratar personal de fuera, o asentarse nuevos emprendedores.

No podemos obviar que la escasez de viviendas se debe también a otros factores estructurales, entre los que ha habido nula inversión en viviendas de protección oficial en las últimas décadas. Sin embargo, el impacto de las viviendas vacacionales en el acceso a la vivienda en Canarias y, especialmente, en Lanzarote y Fuerteventura es innegable.

Ello no quiere decir que debemos demonizar o renunciar a una modalidad o forma de hacer turismo demandada y con impacto en nuestra economía, como es el turismo de viviendas vacaciones. Pero ello, como la experiencia nos ha demostrado, solamente ocurre cuando estamos ante un producto de calidad, con fuerte impacto en el resto de oferta turística complementaria.

Sin embargo, detrás de un producto, como las Villas Turísticas (viviendas vacacionales unifamiliares y aisladas), con fuerte arraigo por la tipología constructiva en Lanzarote, caracterizado por una gestión profesional y su localización en zonas emblemáticas o de interés turístico, se percibe como se ha ido implantando un modelo de alquiler turístico *low cost* en zonas no adecuadas para la calidad e imagen de destino turístico de Canarias. Para ello, como por ejemplo tenemos la turistificación de barrios urbanos residenciales, generando ausencia de vivienda para residir o alquilar, y a la vez una carga muy fuerte de entropía social por el efecto desplazamiento y expulsión de la población local.

A efectos de comprender de forma más nitida posible el impacto descrito, con base en datos objetivos, de la Exposición de Motivos del *Anteproyecto de ley de ordenación sostenible del uso turístico de viviendas*, se destaca como dato más preocupante el incremento de un 25,7 % de viviendas vacacionales en el plazo de un año, desde noviembre de 2021 a noviembre de 2022.

Por ello, es crucial que la nueva normativa saliente sea capaz de lograr el punto de equilibrio adecuado para la sociedad canaria, en cuanto al impacto positivo que supone para nuestra economía una modalidad que ha venido para quedarse como las viviendas vacacionales o cualesquiera *nomen iuris* que surja de la futura normativa. Y que todo ello sea compatible con la obligación que tienen los poderes pú-

blicos, en cumplimiento del mandato Constitucional del artículo 47 CE, de que se garantice el derecho al acceso a la vivienda digna.

5. Análisis crítico de las propuestas del Anteproyecto de ley de ordenación sostenible del uso turístico de viviendas para afrontar la problemática habitacional en Canarias

A mi modo de ver, debe valorarse de forma positiva iniciativa legislativa que ahora nos ocupa²². Se tiene especialmente en cuenta el esfuerzo realizado de cara a favorecer el derecho a la vivienda, sin perjuicio que se entienda que las medidas acordadas solamente abordan uno de los problemas que afectan a la falta de viviendas para uso residencial a precios asequibles.

En este sentido, lograr garantizar a estándares aceptables respecto al derecho a la vivienda, indudablemente, supone un esfuerzo mayor y coordinado con muchas otras actuaciones que exige replantearse incluso algunos de los ejes fundamentales de la *Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda*, que de facto ha supuesto la expulsión del mercado inmobiliario de alquiler a las personas más vulnerables, con menos recursos o, incluso con menores a cargo²³.

También es sumamente importante la mención que se realiza en la Exposición de Motivos acerca del carácter estatuario de la propiedad. Literalmente se indica que “el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística y, en virtud de ello, el derecho de propiedad del suelo

²² Se puede acceder a toda la documentación relativa al Anteproyecto en el siguiente Link: <https://www.gobiernodecanarias.org/participacionciudadana/iniciativas/iniciativas/detalle/IP-Anteproyecto-de-Ley-de-ordenacion-sostenible-del-uso-turistico-de-viviendas/>.

²³ La problemática estriba en la negativa a alquilar a las personas más vulnerables, por las garantías y prerrogativas que introduce la ley para garantizar el pretendido derecho a la vivienda. La ley funciona adecuadamente para quienes se encuentren dentro, pero, a su vez, desincentiva el arriendo a personas potencialmente vulnerables. Ver <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2024/05/24/817328-la-ley-de-vivienda-un-ano-despues-la-oferta-cae-a-minimos-y-los-precios-suben-a>

comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien”.

Asimismo se remarca que “el derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de usar, disfrutar y explotar los terrenos conforme a la clasificación, categorización, subcategorización y calificación de los mismos, estableciendo expresamente como uno de los deberes del derecho de propiedad del suelo, sin perjuicio del régimen a que esté sujeto por razón de su clasificación y categorización, destinar el suelo a los usos previstos por la ordenación o, en su caso, a los que sean compatibles con la misma”.

En este sentido, ya nadie discute que no se puede hablar de una única propiedad sino de casi tantas propiedades como tipología de bienes, lo cual encaja con el poder de regulación estatal en la materia, de cara a la consecución sus fines. Insistimos en que no estamos ante la noción de una única propiedad, sino que existen muchos tipos de propiedades o, respetando nuestra terminología civilista, “propiedades especiales”.

Ello no es para nada una cuestión baladí, ya que no es lo mismo una propiedad urbana destinada al uso residencial que una propiedad turística.

Sin embargo, y a pesar de dichas menciones, no se entiende que se defienda el carácter estatuario de la propiedad, diferenciando los derechos, deberes y usos de la propiedad consistente en viviendas residenciales y las edificaciones de uso turístico, para, al mismo tiempo, contemplar un régimen indemnizatorio tan benévolo con aquellas viviendas que han cursado el trámite de declaración responsable conforme al *Decreto 113/2015*.

6. *La problemática de la injerencia en el derecho de propiedad por limitar su uso turístico*²⁴. *Disposición transitoria segunda*

Una de las mayores dificultades técnicas que afronta el legislador, sino la mayor es el problema indemnizatorio, por la imposición de estándares más estrictos para conservar la condición de viviendas turísticas y la consiguiente imposibilidad de parte de la oferta actual para cumplirlos.

De forma correcta se plantea un régimen transitorio, que se regula en la “Disposición transitoria segunda. Régimen transitorio de las viviendas de uso turístico debidamente habilitadas a la entrada en vigor de la presente Ley”²⁵.

Sin embargo, en mi opinión, el régimen transitorio es excesivamente benévolo y puede lastrar los objetivos que se persiguen con la ley. Son 5 años con posibilidad de otros 5 años adicionales.

En primer lugar, debemos destacar que es un error no suspender

²⁴Los argumentos incluidos en este epígrafe están extraídos, con su correspondiente adaptación a la problemática analizada, de mi tesis doctoral que lleva por título, “*El derecho de propiedad desde la perspectiva del TEDH*”, que ha sido publicada con las correspondientes adaptaciones por Dykinson.

²⁵ “1. Las viviendas vacacionales debidamente habilitadas conforme al Decreto 113/2015, dispondrán de un plazo de cinco años para cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 5. d) de esta Ley ... Expirado el citado plazo dispondrán de un plazo de 3 meses para presentar ante el Cabildo insular correspondiente declaración responsable en la que se exprese el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos mencionados. ...

a) La presentación en plazo de la citada declaración responsable implicará la ampliación automática de los efectos de la declaración responsable presentada al amparo del Decreto 113/2015 durante 5 años más, extinguiéndose sus efectos a la finalización del plazo total de 10 años, debiendo cesar automáticamente en la actividad, salvo que se hubiera habilitado el uso turístico de la vivienda conforme al nuevo régimen establecido en la presente ley.

2. No obstante, si el titular de una vivienda vacacional debidamente habilitada conforme al Decreto 113/2015, acredita fehacientemente que el régimen transitorio de esta disposición no compensa la pérdida del título habilitante de vivienda vacacional, puede solicitar al cabildo insular, en cualquier momento y hasta la expiración del citado plazo de tres meses a que se refiere el apartado 1, una única ampliación del régimen transitorio de hasta cinco años más, hasta un plazo total de 10 años desde la entrada en vigor de la presente ley...”.

los trámites de declaración responsable mientras esta ley se encuentra en elaboración. Y tampoco merece, en todo caso, el mismo trato, quién ahora pretenda acogerse a la declaración responsable para su vivienda, que aquellos que han hecho un uso efectivo vacacional de la misma con carácter previo al anuncio de la iniciativa legislativa y materializado una inversión anterior a dicho proceso.

Respecto al hecho indemnizatorio, no se discute que estamos ante una injerencia en el derecho de propiedad. Sin embargo, como bien es sabido, la propiedad tiene una función social inherente al propio derecho. Y las prerrogativas, derechos y obligaciones de la misma se circunscriben a su estatuto. Bien podríamos decir que existen tantos tipos de propiedad como tipologías de bienes²⁶. Y en este caso, es evidente que estamos ante una propiedad que tiene como finalidad y destino principal el habitacional²⁷.

En ningún caso, se está expropiando o afectando a un uso ordinario del bien, en este caso una vivienda residencial, sino simplemente que se pretende mediante una norma con rango legal, con lo que ello implica en cuanto a la legitimidad democrática, corregir los efectos

²⁶ En el ámbito interno nuestro TC, con razón de la STC 37/1987, de 26 de marzo, ha tenido la ocasión de manifestarse en los siguientes términos. “La propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil, que los recurrentes citan en apoyo de su alegato de inconstitucionalidad. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae”.

²⁷ Una de las sentencias clave en esta materia en la jurisprudencia del TEDH es *James y otros contra Reino Unido*, de 21 de febrero de 1986. Debiendo destacarse para lo que a nosotros interesa el factor preponderante que desempeña la necesidad de satisfacer o promover las condiciones para dar respuesta a la necesidad de vivienda de los colectivos más vulnerables, que deja entrever la propia sentencia.

perniciosos de una norma de carácter reglamentario que permitía a casi todas las viviendas acceder a su uso vacacional.

Respecto al montante indemnizatorio, bien es sabido que existen dos clásicas formas de injerencia, la privación y la regulación. Ya desde la perspectiva del TEDH podríamos hablar de una tercera, consistente en una afección sustancial al propio derecho de propiedad²⁸.

En el caso presente es claro que nos encontramos ante un caso de regulación del uso del bien, que puede no dar lugar *per se* a generar expectativas indemnizatorias²⁹.

Sin embargo, sí definiendo un régimen transitorio a modo de indemnización, aun cuando deba reconocerse que no estamos ante un uso propio del bien en cuestión, ya que no estamos ante una propie-

²⁸ Véase STEDH Sporrang y Lönnroth c. Suecia, de 24 de septiembre de 1982.

²⁹ REY MARTINEZ, (1994, 380). *“La distinción entre función social y expropiación es fundamental porque si el legislador traspasa los límites que le son impuestos por el artículo 33.2 CE, entonces esta regulación no se convierte, sin más, en una expropiación (con obligación de indemnizar) sino que, simplemente, incurre en inconstitucionalidad. Es decir, la diferencia entre ambas figuras no es de grado (como lo sería si se entendiera que la expropiación es una delimitación legislativa del derecho que sobrepasara determinados límites de sacrificio, gravedad o exigibilidad), sino cualitativa (con ello se está afirmando implícitamente la existencia de una garantía constitucional de la propiedad privada frente al legislador más allá de la estricta garantía expropiatoria).*

El artículo 33.2 CE constituye un margen de desarrollo del derecho por el legislador (por supuesto, teniendo siempre en cuenta la utilidad privada del propietario) en el cual no existen en principio obligaciones constitucionales de indemnización. El artículo 33 CE concede protección patrimonial sólo en el inciso tercero. La garantía de estabilidad dominical en que consiste el reconocimiento de propiedad privada (artículo 33.1 CE) se convierte, bajo los requisitos de una expropiación legítima, en una mera garantía del valor de la propiedad. Cualquier determinación legislativa de contenido dominical que agravie al propietario representa una mengua patrimonial o una privación de patrimonio respecto de la situación patrimonial general del titular del derecho afectado. El artículo 33.2 CE permite, sin la contrapartida de una indemnización, tales determinaciones de contenido y límites de derechos subjetivos (ya que reparte entre todos los titulares una carga igualitaria, razonable y proporcionada). No existe una garantía de estabilidad o de valor de estabilidad respecto del patrimonio total. Ahora bien, toda delimitación de contenido que tenga como efecto una disminución de uso o del valor de la propiedad debe cohererarse con los principios de proporcionalidad y de igualdad que el legislador tiene que observar en esta materia”.

dad turística y, en todo caso, estamos ante una regulación del uso del bien y no ante una situación ablatoria del bien.

La pregunta que debemos responder es hasta dónde llega y qué factores inciden en el montante indemnizatorio.

En lo que respecta a la indemnización por regulación de los bienes, decir que:

Desde un punto de vista clásico, la regulación del uso de los bienes es un sacrificio que se impone a los propietarios de una determinada categoría de bienes que deben soportar de forma gratuita. Por ello es comprensible que al principio la posibilidad de conceder un monto indemnizatorio ante situaciones de regulación del uso de los bienes no estuviera contemplada.

Sin embargo, lo decisivo es el quebrantamiento del justo equilibrio y, para aquellos casos en que una injerencia derivada de la regulación de los bienes suponga una quiebra excesiva en el sacrificio individual con respecto al interés colectivo, sí debe ser procedente la indemnización.

Con respecto al monto indemnizatorio³⁰ podemos inferir tres grandes categorías:

1º Supuestos de injerencias en el derecho de propiedad carente de legitimidad por interés general o utilidad pública.

Lo procedente es restituir las cosas al momento previo a la injerencia. Dado que esto no siempre es posible, se exige una compensación integral como garantía del derecho.

2º Cuando el Estado está en condiciones de acreditar el interés general o la utilidad pública pero la compensación económica al propietario del bien se revela como insuficiente.

Lo que procede como única alternativa posible es compensar económicamente al particular mediante una satisfacción equitativa.

3ª Supuestos de legitimidad reforzada o de grado por parte del Estado de cara a la implementación o logro del fin propuesto. Determinados objetivos a alcanzar por parte de los Estados, tales como las reformas estructurales o la consecución de la justicia social amparan la

³⁰ UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, (2011, 61), *“la cuantía indemnizatoria ha de guardar un justo equilibrio entre los intereses generales de la sociedad y los imperativos del derecho de propiedad”*.

fijación de indemnizaciones por debajo del valor de mercado de los bienes. La garantía del derecho a la vivienda encaja perfectamente dentro de esta categoría.

Aquí es necesario insistir nuevamente en que la tipología de los bienes reviste una incidencia decisiva en cuanto al monto indemnizatorio. Es más preciso no hablar simplemente de la tipología en los bienes sino más bien del tipo de vínculo existente entre el bien y su propietario. Mientras este sea más estrecho en el sentido de vinculado a la propia efectividad de otros derechos o la situación de dependencia sea más fuerte, la protección ante la injerencia del derecho debe ser mayor.

En el caso en particular aquí presente, es evidente que estamos ante una situación de legitimidad reforzada por parte de la Comunidad Autónoma para solventar un grave problema social, que el bien destinado a vacacional no es una propiedad turística sino residencial y que la cobertura que amparaba dicho uso era de carácter meramente reglamentario. Asimismo, no se aplica ningún condicionante social de cara a valorar las diversas situaciones de los propietarios de las viviendas vacacionales, no siendo lo mismo un gran tenedor que un mero particular que destina una única segunda vivienda como *modus vivendi*.

En base a las premisas expuestas, se plantea al legislador que clasifique, en base a supuestos diferenciales, diferentes casuísticas, acortando los plazos de vigencia de las viviendas vacacionales habilitadas conforme al *Decreto 113/2015*. Evidentemente, dicho cometido no es una tarea sencilla, ya que no se debe caer en arbitrariedades ni crear situacionales discriminatorias. Pero sí se pueden aplicar criterios temporales, en función del momento anterior o posterior de la declaración responsable al comienzo de la presente iniciativa legislativa. El uso efectivo o no como vivienda vacacional durante el último año o determinados factores de equidad, favoreciendo con un régimen más benévolo a los pequeños propietarios en contraposición a los grandes tenedores, que se dedican profesionalmente al negocio de las viviendas vacacionales.

Y, en todo caso, dado que la indemnización versa sobre la regulación del bien, en un supuesto alto alcance de la medida regulatoria y la legalidad de la injerencia esta fuera de duda, por la legitimidad refor-

zada de la finalidad de justicia social perseguida, es más que suficiente establecer un plazo general de 2 a 3 años para poder adaptarse a los nuevos estándares que se imprimieran con la futura normativa³¹. Todo ello, estableciendo diversos supuestos, en función de los parámetros indicados.

7. Propuesta de lege ferenda para afrontar la externalidad negativa de la sobreoferta de viviendas vacacionales

La experiencia acumulada durante la última década ha puesto de manifiesto que el problema no radica en una modalidad turística como la vivienda vacacional que ha generado economía y bienestar, sino, más bien, en su exceso, a partir de unos niveles que, desde la perspectiva social, es inaceptable.

Otra dificultad añadida a toda la problemática descrita es el riesgo de incurrir en arbitrariedades, con respecto a las viviendas, que, por sus características o situación, se consideran aptas para el negocio turístico y el establecimiento de dichos límites o categorizaciones a nivel reglamentario. Este punto requiere un estudio en profundidad desde la perspectiva del derecho administrativo y sus potestades de intervención en la sociedad, en un marco de libertad de empresa en un mercado común de la Unión Europea, que es inviable abordar en estas líneas.

Es por ello, que aparte de diseñar de modo sencillo y objetivo,

³¹ Véase la información estadística que se indica por parte del ejecutivo canario en la Exposición de Motivos del *Anteproyecto de ley de ordenación sostenible vivienda de uso turístico*, "Los datos anteriores indican que reponer para un uso residencial permanente las 53.938 viviendas destinadas a un uso turístico actualmente y a un ritmo medio de construcción total de viviendas de 3.000 al año se necesitarían 18 años para alcanzar tal reposición, al margen claro está del número adicional de viviendas que exige el crecimiento poblacional anual.

En el mismo sentido debe reseñarse que el anteriormente citado ritmo de crecimiento de un 25% de viviendas destinadas a un uso turístico en un solo año, puesto en relación con el número de viviendas construidas cada año, reflejaría un aumento de casi 7.000 viviendas al año en el déficit de viviendas destinadas a un uso residencial permanente como domicilio habitual.

mediante una norma que sea previsible en su aplicación, sin incurrir en discriminaciones o agravios de los estándares mínimos para acceder a la posibilidad de arrendar turísticamente viviendas, los poderes públicos deben intervenir utilizando instrumentos que desincentiven económicamente la puesta en disposición del mercado turístico de más plazas, a partir de unos ratios que hacen muy complejo para la ciudadanía acceder en unas mínimas condiciones al mercado de la vivienda. En este sentido, los poderes públicos tienen potestad para desincentivar la oferta a través de cargas impositivas, mejora de los estándares ofrecidos a los turistas o cualquier otra medida que permita la pervivencia de la modalidad, con unos márgenes de rentabilidad que supongan o se aproximen a un valor similar a los arriendos de vivienda habitual de larga duración.

La razón de todo ello, tal y como, hace ya más de un siglo Pigout desarrolló por primera vez, de manera integral, el concepto de “externalidad”³² para justificar las intervenciones gubernamentales, en su libro “La economía del bienestar”, destacando que “es importante distinguir entre los efectos sobre el bienestar económico de una reducción real de costos y los de una mera transferencia de costos de las personas que controlan el movimiento de los retornos al Estado”.

El caso que nos ocupa pone de manifiesto las “divergencias entre el producto neto social marginal y el producto neto privado marginal”, que supone el destino de inmuebles previamente concebidos como viviendas pasen en masa a ser destinados a fines turísticos. Es evidente que los rendimientos y la seguridad jurídica de los propietarios que destinan su vivienda al uso turístico se ve sustancialmente mejorada e, incluso en ratios razonables, es positiva socialmente. Pero, a partir de ciertos niveles, como los descritos en estas líneas, suponen la exclusión de capas cada vez más amplias de la sociedad de un bien de primera necesidad y plataforma para el disfrute de otros derechos fundamentales, como lo es la vivienda³³.

³² Aunque habría que esperar hasta los años sesenta del siglo pasado para que se acuñara dicha terminología.

³³ GONZÁLEZ ORDOVÁS (2013, 48), “No cabe duda de que sin vivienda no es posible garantizar el derecho a la vida, la salud, la educación, la participación política, el trabajo, la inviolabilidad del domicilio o el pleno desarrollo de la personalidad y hasta el

Referencias bibliográficas

- González Ordovás, M. J. (2013). *El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo*, Dykinson, Madrid.
- Holmes, O. W. (2012). *La senda del Derecho*. Marcial Pons. Madrid.
- Martínez Rompeltien, S. (2024). *El derecho de propiedad privada desde la perspectiva del TEDH*. Dykinson. Madrid.
- Muñoz Castillo, J. (2003). *Constitución y vivienda*. CEPC. Madrid.
- Pigou, A.C. (2017). *La economía del bienestar*. Aranzadi. Pamplona.
- Rey Martínez, F. (1994). *La propiedad privada en la Constitución española*. CEPC. Madrid.
- Simancas Cruz, M. Lemes Cordovez, R. Peñarrubia Zaragoza, M. P. (2017), “El alquiler vacacional en las áreas turísticas de litoral de Canarias”, *Papers de Turisme*, 60, págs. 201-220.
- Utrilla Fernández-Bermejo, D. (2011). *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa*. Civitas, Navarra.

derecho a la ciudad cada vez contemplado más como derecho en los documentos internacionales pero es que tampoco libertades clásicas como la religiosa tienen cabida en nuestro ordenamiento si antes no ha quedado suficiente y claramente protegido el derecho a la vivienda entendido como derecho a un urbanismo racional y razonable”.

*Francisco Javier Moreno Ordoño**

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

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El modelo alemán. – 2.1. La consagración jurisprudencial de un derecho al mínimo de subsistencia. – 2.2. La aplicación del derecho a un mínimo de subsistencia en *Hartz IV*. – 2.3. El modelo alemán como modelo exportable. – 3. El encaje del modelo alemán en el ordenamiento italiano. – 3.1. Los fundamentos jurídicos del derecho fundamental al mínimo vital. – 3.2. La obligación de motivación. – 4. El encaje del modelo alemán en el ordenamiento español. – 4.1. Los fundamentos jurídicos del derecho fundamental al mínimo vital. – 4.2. La obligación de motivación. – 5. Conclusiones.

1. Introducción

El hecho de que el derecho al mínimo existencial no sea un objeto de estudio recurrente desde una perspectiva constitucional no debe sorprendernos si tenemos en cuenta que es poco frecuente encontrar en las constituciones europeas un reconocimiento expreso de este derecho (CARMONA CUENCA, 2017, 200). A pesar de ello, la evolución de los derechos sociales y la transformación del Estado social nos ha llevado a una situación en la que cada vez es más frecuente encontrar referencias a un derecho constitucional a tener garantizados los recursos mínimos para la subsistencia (JIMENA QUESADA, 2023).

Sin embargo, la definición de su contenido dista mucho de ser pa-

* Universitat de Barcelona.

El proyecto que dio lugar a este trabajo recibió el apoyo de una beca de la Fundación «la Caixa» (ID 100010434), código «B006196». Quisiera agradecer las aportaciones de los compañeros del VII Seminario Italospagnolo, que tanto han enriquecido este trabajo, especialmente las del profesor Francisco Mígel Bombillar Sáenz.

cífica (CARMONA CUENCA, 2012). Por ejemplo, JIMENA QUESADA (1997, 277) se refiere al «derecho a unos recursos mínimos garantizados» para referirse a la provisión por parte del Estado de las necesidades más básicas: alimentación, vivienda y vestido, aunque en trabajos posteriores, cuando se refiere a este derecho, se refiere también a las necesidades básicas de salud y cultura (2023, 215). Una definición más amplia es la aportada por VAQUER CABALLERÍA (2022, 17) quien, en referencia al derecho al mínimo vital, lo define como el «derecho a unas condiciones socioeconómicas y ambientales mínimas de subsistencia sin las cuales no pueden disfrutar de su dignidad ni desarrollar su personalidad».

Sin embargo, esta concepción amplia corre el riesgo de solaparse con otros derechos sociales de mayor recorrido constitucional, como el derecho a la vivienda, a la protección de la salud o a la educación. Por ello, para referirnos a éste como un derecho autónomo, será conveniente acudir a la definición que de él hace CARMONA CUENCA (2017, 201), quien se refiere a este derecho como la «libre disposición de los recursos económicos mínimos para satisfacer las necesidades más perentorias del ser humano».

Este artículo explora la forma en que esta idea de mínimo existencial ha sido constitucionalmente protegida frente a las decisiones legislativas en materia de asistencia social, con el objetivo de impedir que estas decisiones priven a los individuos del acceso a los recursos económicos mínimos para satisfacer sus necesidades humanas básicas. Con este fin, cuando un tribunal constitucional ejerce esta tutela judicial del mínimo existencial, establece limitaciones a la libertad del legislador en la configuración de la política social. Estas limitaciones pueden adoptar la forma de declarar inconstitucionales las regresiones legislativas o de ordenar acciones positivas al poder legislativo.

Concretamente, se explorará el modelo alemán de protección constitucional de este derecho en materia de asistencia social, con el objetivo de determinar si el razonamiento seguido por el Tribunal Constitucional Federal alemán puede ser exportado al razonamiento de los tribunales constitucionales español e italiano. El análisis se centrará en la sentencia conocida como *Hartz IV*, de 9 de febrero de 2010. En esta el Tribunal aplica una compleja metodología de enjuiciamiento de las decisiones legislativas para determinar la constitucionalidad

de una reforma del sistema de protección social que establecía una nueva prestación de ingreso mínimo. Este modelo de protección, caracterizado por un examen de adecuación y coherencia de la decisión legislativa, ha sido elogiado y propuesto como modelo a exportar (LEIJTEN, 2015).

Por ello, en este trabajo se describen las líneas maestras del modelo para después poner el énfasis en dos aspectos fundamentales del mismo – la construcción jurisprudencial del derecho fundamental al mínimo existencial y el control de la constitucionalidad de las motivaciones del legislador – con la intención de determinar si estos aspectos son o no susceptibles de ser replicables en la jurisdicción constitucional española e italiana. Así, se pretende determinar si es posible que este modelo tenga acomodo en la jurisprudencia constitucional de estos países.

2. El modelo alemán

El modelo alemán de protección del derecho fundamental al mínimo existencial se configura en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 9 de febrero de 2010, conocida como *Hartz IV*¹. El Tribunal es llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de una reforma del sistema de protección social que modificaba la prestación de asistencia social para aquellas personas que, pese a tener capacidad de incorporarse al mercado laboral, se encontraban en situación de necesidad económica y eran incapaces de obtener ninguna otra prestación. Dos tribunales plantearon cuestiones de constitucionalidad al considerar que la nueva cuantía de la prestación era inconstitucional por insuficiente.

El Tribunal resolvió la cuestión declarando la existencia de un derecho fundamental tácito al mínimo de subsistencia y derivando de este un complejo mecanismo bifásico de control de constitucionalidad, cuya aplicación implicaba la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones sobre prestaciones sociales, por considerarlas incompatibles con los artículos 1.1, que consagra el principio de dignidad hu-

¹ BVerfG, de 9 de febrero de 2010 - 1 BvL 1/09 (en adelante, «*Hartz IV*»).

mana, y 20.1, que declara el Estado social, de la Ley Fundamental de Bonn. En consecuencia, ordenó al legislador que promulgara nuevas disposiciones que fueran respetuosas con la dignidad humana, manteniendo la aplicabilidad de las disposiciones cuestionadas hasta que se adoptara la nueva legislación.

2.1 La consagración jurisprudencial de un derecho al mínimo de subsistencia

El aspecto más relevante de esta sentencia es la conclusión de que la garantía de un mínimo existencial² puede derivarse de los principios de la dignidad humana (art. 1.1) y del Estado democrático y social (art. 20.1). Esta decisión representa la consagración en el ordenamiento jurídico alemán de un auténtico derecho exigible a prestaciones que garanticen un mínimo existencial digno. Se abre así la puerta al control de constitucionalidad de la actuación del legislador a la luz de este derecho fundamental. Esta decisión representa una innovación en la jurisprudencia constitucional alemana, que amplía la aplicabilidad práctica del concepto de dignidad humana. La dignidad ya había sido relacionada con la subsistencia en la jurisprudencia³, pero la gran diferencia que supone *Hartz IV* es la transformación de la garantía de la dignidad humana, que ahora puede operar como un derecho socioeconómico fundamental⁴ que garantiza a las personas en estado de necesidad económica la provisión, mediante una norma jurídica, de los medios para alcanzar las condiciones materiales indispensables para la existencia física y para un mínimo de participación social⁵.

² *Ibidem*, párrafo 133.

³ ALEXY consideraba ya en 1993 que la existencia del derecho fundamental al mínimo vital podía deducirse de la jurisprudencia.

⁴ Si bien es cierto que la vinculación del mínimo de subsistencia al concepto de dignidad humana no es del todo novedosa en la jurisprudencia alemana, también lo es que ésta había negado explícitamente la consideración del derecho a unos recursos mínimos como derecho fundamental. Sobre este tema, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (2012).

⁵ *Hartz IV*, párrafos 134-135.

2.2 La aplicación del derecho a un mínimo de subsistencia en Hartz IV

La ampliación de la eficacia jurídica de la dignidad en el ámbito de la asistencia social se plasma en la forma innovadora de controlar constitucionalmente los cambios en el sistema de protección social. Como se ha indicado, ante la reforma del sistema, y una vez reconocida la existencia de un derecho fundamental capaz de justificar el ejercicio del control de constitucionalidad, el Tribunal estableció un mecanismo que operaba en dos fases.

La primera fase es una prueba de adecuación *prima facie*, que permite al Tribunal declarar inconstitucional la cuantía en caso de que la prestación sea evidentemente insuficiente para garantizar la subsistencia.⁶ El Tribunal reconoce que este control debe aplicarse con autocontrol, ya que considera que la fijación de la cuantía, al ser una cuestión política, corresponde *a priori* al legislador.

La segunda fase consiste en el enjuiciamiento del procedimiento de determinación de la cuantía necesaria para garantizar el mínimo existencial⁷. Esta prueba se convierte en un complejo y exigente test de razonabilidad y no arbitrariedad que pretende valorar si el órgano legislativo, a la hora de fijar la cuantía, ha seguido un procedimiento transparente y adecuado que responda a las necesidades reales de las personas.

El Tribunal realiza este control a través de cuatro pasos que consisten en: (i) examinar si el órgano legislativo ha considerado y descrito el objetivo de garantizar una existencia digna⁸; (ii) examinar si ha elegido un método de cálculo apropiado⁹; (iii) examinar si ha utilizado datos adecuados y correctos para el cálculo¹⁰; y (iv) examinar si el método de cálculo elegido se ha aplicado de forma coherente en todas las fases del cálculo¹¹.

⁶ *Ibidem*, párr. 141.

⁷ *Ibidem*, párr. 142.

⁸ *Ibidem*, párr. 143.

⁹ *Ibidem*, párr. 142.

¹⁰ *Ibid.*, párrs. 143, 167.

¹¹ *Ibidem*, párr. 143.

Como puede deducirse de sus características, este test impone una obligación de transparencia al legislador¹², ya que su aplicación requiere que el legislativo haga público el método de cálculo de la cuantía y justifique su aplicación. Esto se traduce en un requisito de racionalidad y transparencia en la formulación de políticas públicas de asistencia social.

Aplicando este test al caso concreto, el Tribunal consideró que se cumplían satisfactoriamente los tres primeros pasos. El legislador pretendía cubrir las necesidades de los individuos para una existencia digna¹³ y había ideado un método de cálculo que cumplía los requisitos del segundo paso del test¹⁴. Este método consistía en recurrir a datos estadísticos sobre las pautas de gasto del quintil de población con ingresos más bajos, con el fin de fijar la cuantía de la prestación como porcentaje del gasto de este sector de la población¹⁵. Este porcentaje se determinaría restando del gasto de este grupo demográfico aquellos gastos que no se considerasen necesarios para satisfacer las necesidades mínimas para una vida digna¹⁶.

Sin embargo, el cuarto paso de la prueba, bautizado como el requisito de consistencia (BITTNER, 2011, 1948), exigía que, fuera cual fuera el método de cálculo, este se aplicara de forma coherente y racional, de modo que la determinación de qué gastos estarían cubiertos por la prestación debe estar adecuadamente justificada en todas las fases del cálculo. Esto significa que sería inconstitucional, en cualquier fase del cálculo de la cuantía, establecer un porcentaje que sea a tanto alzado o que no esté adecuadamente justificado por el método y los datos que el legislador haya decidido seguir¹⁷. Este examen se llevó a cabo muy minuciosamente. Es ilustrativo del detalle con el que se examinó el procedimiento de cálculo que el Tribunal señalara que la decisión del legislador de cubrir únicamente el 89% del gasto en ropa del quintil de renta más baja de la población no cumplía el requisito

¹² *Ibidem*, párr. 144.

¹³ *Ibidem*, párr. 147.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 162.

¹⁵ *Ibidem*, párrs. 163-168.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 171.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 171.

de consistencia¹⁸. Ello se debió a que la elección de tal porcentaje por parte del legislador se justificaba por la intención de dejar fuera de la cobertura los artículos de lujo, sin poder comprobar empíricamente que el quintil más bajo de la población gastara en este tipo de prendas. Ésta y otras incoherencias injustificadas en el cálculo llevaron al Tribunal a concluir que la cuantía no se había determinado conforme al parámetro de control. Por consiguiente, concedió al legislador un plazo hasta el 31 de diciembre del mismo año para modificar la legislación, a fin de ajustar el importe de la prestación a los requisitos de la prueba¹⁹. Hasta entonces, declaró que la legislación seguiría siendo aplicable²⁰. En respuesta, el legislador modificó la cuantía, elevándola moderadamente en consonancia con las indicaciones del Tribunal.

2.3 El modelo alemán como modelo exportable

Estas grandes pinceladas sobre el contenido de la sentencia *Hartz IV* proporcionan el contexto necesario para analizar el valor de su construcción argumental como modelo de protección judicial del derecho al mínimo vital. La sentencia articula una garantía del derecho anclada en el concepto jurídico de dignidad humana en conjunción con el principio del Estado social. Esta garantía se caracteriza por la imposición de dos parámetros de constitucionalidad aplicables a la legislación de asistencia social, uno de suficiencia, que sólo debe aplicarse en casos evidentes y que operaría como un control categórico, y un segundo de racionalidad y no arbitrariedad, que implica a su vez una obligación de transparencia y coherencia.

El segundo parámetro funciona como un requisito de calidad en la formulación de políticas basado en los datos estadísticos utilizados y en la evaluación de la metodología seguida. Así, este modelo de control pretende permitir al legislador mantener su discrecionalidad política a la hora de fijar el nivel de protección, siempre que justifique adecuadamente su decisión. El legislador tiene entonces la obligación de tomar en consideración las necesidades concretas del individuo, y si

¹⁸ *Ibidem*, párr. 175.

¹⁹ *Ibidem*, párrafo 216.

²⁰ *Ibidem*, párrafo 212.

no lo hace, la legislación que afecte a este derecho al mínimo existencial es susceptible de ser declarada inconstitucional. Así, el Tribunal evita dejar la protección de este derecho enteramente a merced del legislador.

Este mecanismo de protección del derecho a una renta mínima ha sido sugerido como modelo a exportar (LEIJTEN, 2015). Sin embargo, la importación de este modelo requiere, al menos, de dos requisitos en los ordenamientos de recepción.

El primero es la posibilidad de construir este derecho al mínimo existencial como un derecho constitucional en base a los preceptos constitucionales. En la jurisprudencia alemana se construye a partir de la protección constitucional de la dignidad humana y de la consagración del Estado social. Toda propuesta de exportación del modelo requiere un análisis de la posibilidad de realizar una construcción análoga o similar en el ordenamiento de recepción.

El segundo requisito es la capacidad del Tribunal Constitucional de imponer al legislador obligaciones de transparencia y motivación. La argumentación de *Hartz IV* hace depender la constitucionalidad de la legislación del cumplimiento de estas obligaciones. En el párrafo 144 de la sentencia, el Tribunal indica que existe la obligación de que el legislador revele los métodos y cálculos utilizados para determinar el mínimo de subsistencia en el procedimiento legislativo. En consecuencia, afirma que, si no cumple adecuadamente con esta obligación, la determinación del mínimo de subsistencia ya no se ajusta a los artículos 1.1 y 20.1 de la Ley Fundamental. Utilizar la adecuada y suficiente motivación aportada por el legislador como canon de constitucionalidad corresponde con lo que ha sido considerado como la dimensión formal del principio de proporcionalidad, por la doctrina (FERNÁNDEZ NIETO, 2008, 532; GONZÁLEZ BEILFUSS, 2015) y por la jurisprudencia constitucional²¹. Como se verá, no es tan evidente en todos los ordenamientos que el juez constitucional pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley en base a la dimensión formal de la proporcionalidad. Es, además, mucho menos evidente que este enjuiciamiento pueda llegar a aspectos tan técnicos como a los que llega la decisión

²¹ STC 11/2006, de 16 de enero, FJ 4.

del tribunal alemán. Por ello, es preceptivo analizar cómo se entienden las facultades del juez constitucional en el ordenamiento de recepción.

Teniendo en el foco estos dos requisitos, se examinará la potencial recepción de este modelo por parte de los tribunales constitucionales italiano y español, para valorar si la exportabilidad propuesta por un sector doctrinal es posible en relación con estos ordenamientos.

3. El encaje del modelo alemán en el ordenamiento italiano

3.1 Los fundamentos jurídicos del derecho fundamental al mínimo vital

Si miramos a la Constitución italiana, la construcción de un derecho fundamental al mínimo existencial, análogo al construido por el tribunal alemán, puede hacerse en base a dos preceptos constitucionales: el art. 2, que reconoce los derechos inviolables de la persona, y el art. 38, que reconoce el derecho a la asistencia social.

En primer lugar, el art. 2 de la Constitución italiana, que reconoce los «*diritti inviolabili dell'uomo*», es considerado el contenedor del principio de la dignidad humana, en conjunción con el art. 3 que dispone que todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social (BONILLA, 2009, 41). De esta manera, se considera la dignidad como un principio que empapa todo el derecho positivo italiano²². La *Corte Costituzionale* ha considerado que de dicho principio se desprende una obligación positiva del Estado consistente en contribuir a que la vida de todas las personas bajo su jurisdicción refleje la imagen de la dignidad humana, mediante la creación de las condiciones mínimas de un Estado de bienestar²³. De aquí se pueden desprender garantías para la tutela de derechos sociales²⁴, llegando a aceptar la Corte que puede imponerse su defensa por encima de las decisiones presupuestarias del legislador²⁵.

²² Sentencia de la Corte Costituzionale n° 293/2000, *Considerato in diritto*, 4.

²³ Sentencia de la Corte Costituzionale n° 217/1988, *Considerato in diritto*, 5.2.

²⁴ Sentencia de la Corte Costituzionale n° 162/2007, *Considerato in diritto*, 16.

²⁵ Sentencia de la Corte Costituzionale n° 304/1994, *Considerato in diritto*, 5.

En segundo lugar, la presencia de un artículo específico en la Constitución italiana sobre asistencia social hace que la dignidad no deba ser considerada como fundamento autónomo. El artículo 38²⁶ reconoce, a todo ciudadano incapaz de trabajar y desprovisto de los medios necesarios para vivir, un derecho al mantenimiento y la asistencia social. Puesto que dicho artículo es concebido por la jurisprudencia constitucional como un precepto constitucionalmente justiciable que impone límites al legislador²⁷, cualquier control de constitucionalidad de las decisiones legislativas en materia de asistencia social que puedan afectar al mínimo existencial, como el efectuado en *Hartz IV*, debe aparejar la aplicación de este.

Dentro de este artículo existen dos niveles de protección constitucional diferentes, que pueden ubicarse en su primer y segundo apartado. El primero se refiere a todos los ciudadanos incapaces de trabajar, mientras el segundo se refiere exclusivamente a los trabajadores, a los que ofrece protección solo en determinados supuestos. Pese a la limitación subjetiva del segundo apartado²⁸, parece que la intensidad de la protección contra la necesidad que pretende ofrecer al individuo es mayor. Esta diferenciación se desprende de la letra del precepto, pues mientras el primer apartado se refiere a «los medios necesarios para vivir», el segundo se refiere a «los medios adecuados para sus necesidades vitales». En consecuencia, el apartado que ha sido considerado relevante para la protección del mínimo existencial es el primero, al hacer referencia al más elemental derecho a la asistencia social, mien-

²⁶ El artículo establece que: «Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato. L'assistenza privata è libera.»

²⁷ Sentencias de la Corte Costituzionale n° 22/1969, *Considerato in diritto*, 2; 80/1971, *Considerato in diritto*, 2; 160/1974, *Considerato in diritto*, 2.

²⁸ Téngase en cuenta que la interpretación mayoritaria del precepto ha llevado a la exclusión en el ámbito de protección del mismo de aquellos que no son trabajadores por contingencias económicas y sociales objetivas (como el desempleo generalizado), así como a los trabajadores que por estar en condiciones precarias no obtienen suficientes ingresos para vivir dignamente (TRIPODINA, 2018, 39).

tras que el segundo apartado garantiza la satisfacción de necesidades adicionales relacionadas con el nivel de vida de los trabajadores (VIO LINI, 2006, 788). Así, para una protección equivalente a la del *Existenzminimum* alemán, es más conveniente acudir al primer apartado.

Se deduce de la literalidad del precepto que este derecho está sujeto a tres prerequisites: (i) ser un ciudadano, (ii) no tener medios necesarios para vivir, y (iii) ser *inabile al lavoro*. Por tanto, para poder determinar si dicho artículo es apto para amparar un derecho fundamental al mínimo existencial análogo al construido en la jurisprudencia alemana, es importante determinar si se trata de un derecho fundamental inherente a la condición humana, sin que pueda negársele a ningún individuo. Esta cuestión encuentra dos obstáculos.

En primer lugar, el requisito de ser ciudadano excluye del campo de aplicación de este derecho a los extranjeros, como ha afirmado la *Corte Costituzionale* en la sentencia n° 50/2019. La Corte afirma que el art. 38 supone el fundamento constitucional del derecho a la asistencia social de los «ciudadanos», no aplicando respecto de los extranjeros. Ahora bien, la Corte reconoce que estos también tendrían derecho a prestaciones que satisfagan una necesidad primaria del individuo, aunque este no estaría relacionado con el art. 38 de la Constitución sino con el art. 2 que protege los derechos inviolables de la persona y la dignidad humana. Estos derechos inviolables son reconocidos en la misma sentencia como un límite a la discrecionalidad del legislador.

En segundo lugar, debe determinarse si el requisito de ser *inabile al lavoro* supone un acotamiento del ámbito subjetivo que torna este precepto insuficiente. Cabe preguntarse si la imposibilidad de obtener un empleo por motivos externos, tales como la incapacidad del mercado de trabajo de proveer un empleo adecuado, convierte al individuo en *inabile al lavoro*, y por tanto protegido por el art. 38. Si bien los debates constituyentes²⁹ y un sector de la literatura académica³⁰

²⁹ En los debates de la terza sottocommissione, que abordaba los derechos sociales y económicos, el democristiano Fanfani afirmaba que la Constitución debía reconocer a todos el derecho a un empleo, o al menos, a una ayuda para sustituirlo (sesiones del 9 y 10 de septiembre de 1946).

³⁰ MORTATI afirmaba que el Estado estaba bajo la obligación constitucional de proporcionar oportunidades de trabajo o proveer sustento al trabajador que no está empleado por causas ajenas a su voluntad (1954, 243). Una reconstrucción más reciente

apuntan en esa dirección, existe otro sector doctrinal que entiende que dicho concepto se limita a casos de incapacidad derivada de características internas del individuo, como puede ser la incapacidad física o psicológica, pero no de causas externas como el desempleo generalizado³¹ (LEVI, 2017, 73). Sin embargo, a la luz de la transformación en el mundo del trabajo producida por la conocida como cuarta revolución industrial (SCHWAB, 2016), caracterizada por la desvinculación entre la voluntad de trabajar (e incluso de la condición de trabajador) y la garantía de un nivel de ingresos suficiente para una vida digna, ciertos autores defienden que el precepto debe interpretarse ampliando su ámbito subjetivo. Se ha propuesto, mediante una interpretación sistemática, considerar que dicho precepto también protege a aquellos ciudadanos que, pese a tener voluntad de trabajar, no obtienen recursos suficientes para la vida digna en el mercado laboral (TRIPODINA, 2018, 39).

Ahora bien, en ambos casos, las deficiencias subjetivas en la capacidad protectora del precepto parecen poder superarse (y haber sido superadas) mediante la construcción de un derecho al mínimo existencial basada en la conjunción de los arts. 2 y 38 de la Constitución. De esta manera, la concreción de la protección que ofrece el art. 38 se complementa por la amplitud subjetiva de la protección de la dignidad humana, pudiendo ofrecer una base para un núcleo irreducible de protección del mínimo existencial que incluye a todos los individuos.

Esta opción encuentra sustento en la sentencia n° 10/2010 de la *Corte Costituzionale*, en la que la Corte afirma que de la conjunción de los arts. 2, 3 y 38 de la Constitución puede deducirse un derecho social que obliga al legislador nacional a proveer las prestaciones imprescindibles para aliviar las situaciones de extrema necesidad. Así, el núcleo

te de la idea del derecho a la asistencia social como una obligación constitucional derivada de la imposibilidad del Estado de garantizar el derecho al trabajo a todos sus ciudadanos puede encontrarse en TRIPODINA (2015).

³¹ Esto se refuerza si atendemos a los debates constituyentes, puesto que, si bien en las subcomisiones se sugirió explicitar en el texto constitucional que el derecho a la asistencia social se garantizaría fuera cual fuese el motivo de la incapacidad de trabajar, cuando el texto llegó a la Comisión para la Constitución, el texto se modificó para eliminar esta cláusula y referirse exclusivamente a los ciudadanos *inabili* (LEVI, 2017, 74).

irreductible de este derecho fundamental incluye la provisión por parte del Estado de asistencia adecuada a favor de los individuos (*Considerato in diritto*, 6.4). La construcción de este derecho en base tanto a la dignidad como al art. 38 supera las limitaciones subjetivas del segundo y permite afirmar el encaje en el ordenamiento italiano de un derecho fundamental al mínimo existencial.

Hecha la afirmación de que el ordenamiento italiano ampara la protección de un derecho constitucional al mínimo existencial, cabe determinar si esto puede implicar la defensa por la Corte Costituzionale de prestaciones de asistencia social con una cuantía mínima.

Sobre este punto es reveladora la sentencia n° 152/2020, en la que se enjuiciaba la fijación legislativa del importe de la pensión social por invalidez en 286,81 euros. La Corte debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de una cuantía claramente insuficiente para satisfacer las necesidades básicas del individuo. Por ello, el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión solicitaba a la Corte que identificara una cuantía distinta y constitucionalmente adecuada de la referida pensión. Frente a esta cuestión, la Corte afirmó que la cuantía era innegable y manifiestamente insuficiente para garantizar a los interesados el mínimo vital protegido por el primer párrafo del art. 38³². A esta conclusión no llega mediante un análisis del procedimiento de fijación de la cuantía, como hace el Tribunal Constitucional Federal alemán, sino que lo hace mediante la comparación con otras prestaciones con la misma finalidad, exponiendo cómo esta cuantía es manifiesta e irracionalmente más baja. Sin embargo, la Corte rechaza la solicitud de fijación de un importe adecuado, pues considera que se trataría de una actuación que no sería respetuosa con la discrecionalidad legislativa en esta materia. En la sentencia n° 166/2017, la Corte ya había afirmado que la fijación de cuantías adecuadas es una potestad del legislador, debiendo la Corte actuar únicamente ante situaciones claramente intolerables. Ahora bien, pese a no poder fijar por sí misma la cuantía, la Corte opta por proteger el derecho a la asistencia social recogido en el art. 38 de la Constitución por una vía diferente. Para ello, resuelve la situación declarando inconstitucional la limitación por edad de la pres-

³² En este caso es clara la aplicabilidad del apartado primero, pues la invalidez es el caso paradigmático de inhabilidad para trabajar.

tación de invalidez que se concede a los mayores de sesenta años. Dicha prestación, de cuantía sustancialmente mayor, en la línea de otras prestaciones similares, es considerada igualmente adecuada a mayores y menores de sesenta años. Así lo considera la Corte al afirmar que el elemento que fundamenta la prestación es la incapacidad para trabajar y que, en el caso de los totalmente incapacitados, este elemento no presenta cambio alguno después de los sesenta años. Así, la Corte declara la inconstitucionalidad del precepto que dispone que esta prestación se otorga «a las personas de sesenta años o más» y no «a las personas de dieciocho años o más».

Así, tras esta sentencia, puede afirmarse que la Corte considera que el derecho constitucional al mínimo existencial, que había ya reconocido en 2010, es apto para proteger la suficiencia de la cuantía de las prestaciones recibidas por los ciudadanos, mediante un juicio de razonabilidad de las decisiones del legislador.

Este planteamiento se defiende incluso aceptando que esta operación tendrá un impacto presupuestario. En la misma sentencia, la Corte rechaza categóricamente la objeción de que el mayor gasto a cargo del Estado derivado de su decisión supondría una violación del artículo 81 de la Constitución, que garantiza el equilibrio presupuestario. La Corte considera que está en juego la garantía de los gastos constitucionalmente necesarios, inherentes a la provisión de beneficios sociales irreducibles (*«spese costituzionalmente necessarie, inerenti all'erogazione di prestazioni sociali incompressibili»*). Por ello, encarga al legislador que prevea con prontitud la cobertura de estos gastos para cumplir con el art. 81. Además, la Corte prevé que la sentencia tenga efecto *ex nunc* para evitar que el impacto presupuestario sea inmanejable.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, puede afirmarse que la jurisprudencia constitucional italiana permite la construcción de un derecho constitucional a un mínimo existencial capaz de imponer obligaciones presupuestarias al legislador mediante su combinación con la idea de los gastos constitucionalmente necesarios, al haber incluido la Corte entre estos aquellos gastos relativos al contenido esencial del derecho a la asistencia social. Siendo esta protección posible en el ordenamiento italiano, procede examinar la manera en la que la Corte puede enjuiciar la metodología de cuantificación de las prestaciones, para así determinar la exportabilidad del modelo alemán como vía de

protección de este derecho. Con este fin, a continuación se analiza cómo la Corte controla la motivación del legislador.

3.2 La obligación de motivación

Existen multitud de casos en los que la *Corte Costituzionale* ha dado relevancia a la obligación de adecuada motivación del legislador a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes. Además, muchas de estas decisiones se han producido en relación con leyes relativas al gasto en prestaciones sociales. Estas se enmarcan en un cambio de dirección de la jurisprudencia constitucional después de la crisis financiera de 2008. Si antes de la crisis la Corte consideraba que las actuaciones económico-financieras del legislador eran revisables sólo en el caso de uso arbitrario o irracional de su discrecionalidad³³, posteriormente la Corte reforzó su supervisión del procedimiento cognitivo que constituía la base de la decisión política (DI CARPEGNA, 2021).

Ya en 2010 se dio el primer paso importante en la sentencia n° 316, en la que la Corte resolvió un caso en el que el legislador había bloqueado la revalorización automática de las pensiones más altas. Si bien la Corte afirmó que la legislación era constitucional puesto que el legislador goza de una amplia discrecionalidad en la definición del sistema de pensiones, aprovechó para reafirmar su posición como garante de las necesidades mínimas de protección de la persona en aplicación del art. 38. Para ello, emitió una advertencia al legislador indicándole que tuviera en cuenta que su proceso de toma de decisiones debía dirigirse objetivamente al pleno respeto a los derechos sociales.

Esta advertencia se convirtió luego en una declaración de inconsti-

³³ Véase la sentencia n° 180/1982, en la que la Corte afirma que «rientra nella discrezionalità del legislatore ordinario la determinazione dell'ammontare delle prestazioni sociali e delle variazioni delle stesse sulla base di un razionale contemperamento delle esigenze di vita dei lavoratori che ne sono beneficiari e della soddisfazione di altri diritti pur costituzionalmente garantiti da un lato e delle disponibilità finanziarie dall'altro lato (sent. 128/ 1973 e 160/1974). Discrezionalità che questa Corte, che é priva dei necessari poteri istruttori, non può sindacare se non quando emerga la manifesta irrazionalità dei risultati attinti nelle disposizioni impugnate; il che è da escludere nella specie in cui le esigenze di vita, alle quali le prestazioni dell'INPS sono correlate, sono calcolate al livello delle pensioni minime».

tucionalidad en la sentencia n° 70/2015, en la que la Corte declaró que la congelación de las pensiones para la tercera edad durante dos años era contraria a la Constitución. El motivo de la declaración de inconstitucionalidad era una afectación a los arts. 36.1 y 38.2, justificada por el legislador únicamente mediante una referencia genérica a la «*contingente situazione finanziaria*», sin que se estableciera la razón por la que los requisitos financieros debieran prevalecer sobre los derechos de los afectados, y sin que existiera documentación técnica que avalara esta decisión. Así, la Corte consideró que, pese a que el derecho a una pensión adecuada no era absoluto, cualquier sacrificio en nombre de las necesidades presupuestarias debía ser detalladamente justificado. Se trata de la primera ocasión en la que la Corte presta especial atención al procedimiento de investigación seguido por el legislador y utiliza estas indagaciones como criterio para verificar si las decisiones tomadas y los criterios seguidos eran constitucionalmente admisibles (DI CARPEGNA, 2021). Ante la ausencia total de investigación en profundidad, la decisión del legislador no podía considerarse constitucional. En consecuencia, después de esta sentencia se puede afirmar la existencia de una obligación de transparencia en la motivación del legislador cuando toma decisiones financieras³⁴.

Si de la anterior sentencia puede deducirse la obligación de transparencia en la motivación al legislador, la sentencia n° 169/2017 va más allá, abriendo la puerta a la obligación de razonabilidad de la justificación cuando la Corte afirma que «*ferma restando la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione – secondo canoni di ragionevolezza – dei livelli essenziali, una volta che questi siano stati correttamente individuati, non è possibile limitarne concretamente l'erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica*» (subrayado propio). Así, la Corte reconoce que, si bien existe discrecionalidad legislativa para fijar los niveles esenciales de los derechos, y entre ellos el de asistencia social, el legislador está sometido a cánones de razonabilidad en su determinación.

Así, la Corte ha hecho del conocimiento del proceso de toma de

³⁴ Esta doctrina es recalcada el mismo año en la sentencia n° 188/2015 (*Considerato in diritto*, 5.2). En la sentencia n° 275/2016 se afirma lo mismo respecto de las decisiones que afectan a los derechos sociales.

decisiones y del análisis técnico que subyace a la decisión política un criterio de constitucionalidad. Los informes técnicos que acompañan a las decisiones económico-financieras se han convertido en una herramienta fundamental para permitir al juez constitucional concretar el juicio de razonabilidad como elemento clave en torno al cual deben girar las decisiones del legislador en materia de derechos sociales. Así, se ha definido un marco metodológico que protege los valores constitucionales a través de la verificación analítica del camino sustancial y procesal seguido por el decisor público (DI CARPEGNA, 2021).

Por ello, el análisis técnico de la dimensión formal de la proporcionalidad del legislador ha sido asumido plenamente por la Corte Costituzionale, facilitando la asunción de un modelo de protección del mínimo existencial similar al establecido en *Hartz IV*. Esto, unido a la existencia de suficiente fundamento constitucional para afirmar la existencia de un derecho constitucional a unas prestaciones sociales que garanticen el mínimo existencial, basado en los arts. 38 y 2 de la Constitución, abre la puerta a la recepción del modelo alemán.

4. El encaje del modelo alemán en el ordenamiento constitucional español

4.1 Los fundamentos jurídicos del derecho fundamental al mínimo vital

La Constitución Española recoge las cláusulas del Estado social (art. 1.1) y de la dignidad de la persona como fundamento del orden político (art. 10.1), además del deber de los poderes públicos de garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41). Nos encontramos ante el mismo cóctel de Estado social y dignidad humana que en la jurisprudencia alemana dio lugar a la consagración del derecho al mínimo existencial, lo que ha provocado que ciertos autores aboguen por la posibilidad de una construcción jurisprudencial de un derecho fundamental al mínimo existencial en el ordenamiento español (CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, 2012, 3844).

Ahora bien, dicha analogía solo es posible si los fundamentos a los

que se hace referencia en el caso alemán tienen una naturaleza jurídica equivalente en el ordenamiento español. Este no parece ser el caso, pues la cláusula de la dignidad humana tiene consecuencias jurídicas diferentes en uno y otro ordenamiento. La dignidad humana en el ordenamiento alemán es comúnmente considerada por los operadores jurídicos como un derecho fundamental que concede un derecho subjetivo (GÓMEZ ORFANEL, 2015), mientras que, en España, es unánime en la doctrina la negación de dicha consideración (PASCUAL MEDRANO, 2015).

Al no encontrarnos ante ordenamientos simétricos en este respecto, no puede afirmarse directamente que quepa la integración de dicha construcción en nuestro ordenamiento. Más aun cuando, a diferencia de lo que sucede en Italia, no existe un derecho fundamental a la asistencia social en el ordenamiento español. El precepto más similar al 38 de la Constitución italiana sería el art. 41 de la Constitución Española, que no es un derecho fundamental sino un principio rector, por lo que no confiere derecho subjetivo alguno.

Ante la ausencia *a priori* de precepto alguno capaz de, por sí mismo, dar lugar a un derecho fundamental al mínimo existencial, cabe examinar si alguna construcción jurisprudencial apunta en esa dirección mediante un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Existen en esta varias menciones al concepto de «mínimo vital» que ha de considerarse el equivalente en su jurisprudencia al concepto de «mínimo existencial» utilizado por la doctrina alemana (DUQUE QUINTERO et al., 2019).

La sentencia más relevante en este sentido es la STC 113/1989, de 22 de junio, en la que se trata el alcance de la inembargabilidad de las pensiones de la Seguridad Social. Aquí, tras concretar las razones constitucionales que fundamentan las declaraciones de inembargabilidad, el Tribunal deduce de la protección constitucional de la dignidad una obligación de respeto por parte de los poderes públicos a un mínimo vital del ciudadano indispensable «para la realización de sus fines personales, así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada» (FJ 3). Esta postura coincide con la que mantenía el Tribunal Constitucional Federal alemán antes de la innovación que supuso *Hartz IV*, considerando que no existía un derecho fundamental autónomo al mínimo vi-

tal pero sí una obligación a los poderes públicos, incluido el legislador, que en el ámbito social obliga «al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional» que lo satisfaga.

Volvemos a encontrar en la jurisprudencia una referencia al mínimo de subsistencia garantizado por el principio de la dignidad humana en la STC 16/1994, de 20 de enero. En esta sentencia, a efectos de delimitar la constitucionalidad de la determinación del criterio económico de acceso a la justicia gratuita, se hace referencia a la utilización de la cuantía del salario mínimo interprofesional por el legislador como «criterio para fijar el nivel económico mínimo de subsistencia, cuya garantía viene exigida por el principio de respeto a la dignidad humana». De nuevo, dicha garantía se articula como principio y no como derecho fundamental. Además, se entrega plenamente al legislador la libertad para determinar la cuantía.

Ahora bien, desde estos pronunciamientos, la idea del mínimo «vital», «existencial», o «de subsistencia», solo ha sido utilizada por el Tribunal en casos relacionados con la inembargabilidad, los límites al sistema tributario o la asistencia jurídica gratuita. En ningún caso ha puesto el Tribunal dicho concepto en relación con la actividad prestacional del Estado en materia de asistencia social. Así, parece que, por mucho que en 1989 el Tribunal hablara de la obligación de despliegue de acción prestacional derivada del «mínimo vital», esta idea no ha sido apenas desarrollada. Así, parece difícil que, al menos en el corto plazo, dicho concepto pueda, como defiende una parte de la doctrina (CARMONA CUENCA, 2017), ser desarrollado como un derecho fundamental de construcción jurisprudencial en nuestro ordenamiento.

Cabría, en todo caso, confiar en que la defensa del «mínimo vital», acogida por la jurisprudencia constitucional como derivada del principio de la dignidad humana, pudiera desarrollarse en relación con el art. 41 CE, dotando de contenido a la garantía institucional de la Seguridad Social³⁵. Ahora bien, la falta de reconocimiento de este como derecho fundamental ha provocado que el Tribunal Constitucional re-

³⁵ En la STC 37/1994, de 10 de febrero, el Tribunal reconoce que el art. 41 CE «consagra en forma de garantía institucional un régimen» cuyo «núcleo o reducto indisponible por el legislador... ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (FJ 3).

conozca una amplísima discrecionalidad al legislador en la materia, habiendo llegado a afirmar en las SSTC 44/2004, de 23 de marzo, y 213/2005, de 21 de julio, que «el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel».

Por todo lo expuesto, parece difícil, en este momento, la construcción jurisprudencial de un derecho fundamental al mínimo existencial con la fuerza jurídica oponible frente al legislador que ha desarrollado el Tribunal Constitucional Federal alemán.

4.2 La obligación de motivación

La jurisprudencia constitucional española no parece favorable a la aplicación de un control sobre la motivación del legislador como el aplicado por el tribunal alemán. El Tribunal Constitucional ha afirmado en la STC 111/2013, de 9 de mayo, que el control que debe efectuar el Tribunal sobre la motivación es, coma al fina el control de arbitrariedad, que ha de centrarse en verificar si la decisión del legislador carece de toda explicación racional (FJ 5). De la misma manera opina un sector doctrinal que considera que no cabe aplicar el juicio de proporcionalidad en su dimensión formal al legislador, considerando que este no tiene una obligación de motivación de sus decisiones, sino que esta se limita a los Tribunales y las administraciones públicas (GONZÁLEZ BEILFUSS, 2015).

Es cierto que existe algún caso en el que la ausencia de motivación del legislador ha llevado a una declaración de inconstitucionalidad en nombre del juicio de proporcionalidad. Así ocurre, por ejemplo, en la STC 48/2005, de 3 de marzo, en la que el Tribunal considera que la ausencia de motivación del legislador a la hora de expropiar unos edificios (y no otros) no supera el juicio de necesidad inherente al control de proporcionalidad. Ahora bien, es cierto que por mucho que el TC afirme en esta sentencia que está aplicando el control de proporcionalidad, puede afirmarse que, en realidad, dogmáticamente, está aplicando el principio de interdicción de la arbitrariedad, pues lo que se

crítica es la irracionalidad completa de la actuación legislativa (GONZÁLEZ, 2015)³⁶.

Así, parece que la doctrina del Tribunal Constitucional es aplicar a las decisiones del legislador únicamente un principio de interdicción de la arbitrariedad. Si bien existen propuestas doctrinales que han abogado por deducir de este principio, constitucionalizado en el art. 9.3, una obligación del legislador de justificar sus decisiones mediante razones coherentes con los fines perseguidos, consistentes con la realidad objetiva y conformes con la lógica formal (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1998), el Tribunal Constitucional ha decidido ignorar esta propuesta (SÁIZ ARNAIZ, 2024).

Siguiendo la doctrina del Tribunal, no siempre dotada de consistencia, este principio proscibiría exclusivamente las actuaciones abiertamente irracionales del poder público, desprovistas de motivación alguna. Solo cabría invocar la arbitrariedad cuando el legislador no intenta realizar ningún derecho o bien constitucionalmente relevante (BERNAL PULIDO, 2003, 771) o cuando su decisión carece de toda explicación racional, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (STC 108/1986, FJ 18). El Tribunal rechaza que su enjuiciamiento pueda ser, en ningún caso, de calidad técnica de las leyes (STC 49/2008, FJ 4). Tampoco parece que pueda extraerse del principio de arbitrariedad la obligación de transparencia que se desprende de la sentencia *Hartz IV*, al haber afirmado el Tribunal que «el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración» (STC 49/2008, FJ 5).

Si se acepta esta tesis, el modelo de control propuesto por el tribunal alemán no podría aplicarse como parte de la dimensión formal del juicio de proporcionalidad, sino, en cambio, como parte del principio de interdicción de la arbitrariedad. La caracterización de este como un control mínimo de la discrecionalidad del legislador, incapaz de enjuiciar la calidad técnica de las leyes ni de exigir motivación y transparen-

³⁶ Para otra interpretación de esta sentencia, que también afirma que se trata de un caso singular del que no puede deducirse una obligación de motivación al legislador, véase RIQUELME (2022, 224).

cia, hace difícil imaginar que el Tribunal pudiera, basándose en este principio, realizar un examen tan escrupuloso como el realizado por el tribunal alemán.

5. Conclusiones

Este trabajo ilustra claramente cómo el encaje de un determinado modelo de protección judicial de un derecho constitucional en otro contexto jurídico-constitucional no es siempre posible. Concretamente, podemos ver cómo el razonamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán en *Hartz IV*, tiene distinto acomodo en los ordenamientos italiano y español.

En el caso italiano, las consecuencias jurídicas que la *Corte Costituzionale* ha derivado del art. 2 de la Constitución, en conjunción con el hecho de que el derecho a la asistencia social esté expresamente reconocido como un derecho fundamental, permiten argumentar que existen fundamentos jurídico-constitucional para afirmar la existencia de un derecho constitucional al mínimo existencial capaz de poner límites al legislador. Así, la Corte puede enjuiciar las decisiones del legislador en materia de asistencia social con el objetivo de garantizar que los individuos puedan obtener prestaciones adecuadas para satisfacer sus necesidades más esenciales. Esto, unido a la voluntad del juez constitucional de enjuiciar los motivos que llevan al legislador a tomar ciertas decisiones desde una óptica de razonabilidad, permite defender que la *Corte Costituzionale* se encuentra en una posición en la que tiene suficiente fundamento jurídico-constitucional para aplicar un razonamiento y un modelo de control similar al empleado por el tribunal alemán.

Por otro lado, en el caso español, es muy difícil llegar a la misma conclusión. La falta de consideración de derecho fundamental de la cláusula que protege la dignidad humana, así como de la cláusula que protege constitucionalmente la Seguridad Social, hace difícil pensar que el Tribunal Constitucional pueda afirmar la existencia de un derecho fundamental al mínimo existencial. A la vez, la amplia discrecionalidad conferida al legislador a la hora de configurar la Seguridad Social, apunta a que el art. 41 tampoco pueda servir para fundamentar

un modelo de control como el alemán. En cualquier caso, incluso si se defendiera la existencia de un derecho o principio constitucional capaz de oponer el mínimo existencial frente a las decisiones del legislador en materia de asistencia social, la aversión del Tribunal a enjuiciar las motivaciones del legislador hace muy difícil imaginar que este se atreviera a aplicar un control tan detallado como el realizado por el tribunal alemán.

Por todo lo expuesto, se concluye que, si bien la calidad argumentativa y las alabanzas doctrinales recibidas por el modelo alemán pueden hacerlo adecuado para servir de inspiración a la *Corte Costituzionale*, no parece que el Tribunal Constitucional español esté en disposición de copiar a sus colegas alemanes. Multitud de cambios habrían de producirse previamente en la jurisprudencia constitucional española para poder aplicar en el ordenamiento español un control de constitucionalidad con las características del aplicado en la sentencia *Hartz IV*.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bittner, C. (2011). Casenote – Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010. *German Law Journal*, 12(11), 1941-1960. <https://doi.org/10.1017/S2071832200017648>.
- Bonilla, H. M. (2009). La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 119. <https://doi.org/10.15517/rcj.2009.9774>
- Carmona Cuenca, E. (2012). El derecho a un mínimo vital. En G. Escobar Roca (dir.) *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Carmona Cuenca, E. (2017). El derecho a un mínimo vital y el derecho a la

- renta básica. *Anuario de Derechos Humanos*, 13. <https://doi.org/10.5354/adh.v0i13.46886>.
- Carro Fernández-Valmayor, J. L. (2012). Mínimo existencial y jurisprudencia. Hacia la construcción jurisprudencial de un derecho fundamental. En E. García de Enterría y R. Alonso García (coord.). *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. 2. Civitas.
- Di Carpegna Brivio, E. (2021). *Rappresentanza nazionale e valutazione delle politiche pubbliche. Per un ruolo del Parlamento nella tutela degli interessi durevoli*. Giappichelli.
- Duque Quintero, S. P., Duque Quintero, M. y González Sánchez, P. (2019). Sobre el derecho fundamental al mínimo vital o a la subsistencia: Análisis jurisprudencial. *Encuentros*, 17(01). <https://doi.org/10.15665/encuent.v17i01.1917>.
- Fernández Nieto, J. (2008). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: Una perspectiva desde el derecho público común europeo*. Dykinson.
- Fernández Rodríguez, T. R. (1998). *De La Arbitrariedad Del Legislador Una Crítica de La Jurisprudencia Constitucional*. Civitas.
- Gómez Orfanel, G. (2015). La dignidad de la persona en la «Grundgesetz». En R. L. Chueca Rodríguez (dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- González Beilfuss, M. (2015). *El Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. (2ª ed). Aranzadi.
- Jimena Quesada, L. (1997). *La Europa social y democrática de derecho*. Dykinson.
- Jimena Quesada, L. (2023). El Ingreso Mínimo Vital como derecho fundamental social de nueva generación. *IgualdadES*, 8. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.8.07>.
- Leijten, I. (2015). The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection. *German Law Journal*, 16(1). <https://doi.org/10.1017/S2071832200019416>.
- Levi, L. M. (2017). Labour-Market Outsiders, Italian Justices and the Right to Social Assistance. *European Constitutional Law Review*, 13(1). <https://doi.org/10.1017/S1574019616000432>
- Mortati, C. (1954). *Il lavoro nella Costituzione*. Edizioni del diritto del lavoro.

- Pascual Medrano, A. (2015). La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español. En R. L. Chueca Rodríguez (dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Riquelme Vázquez, P. (2022). *El contenido esencial de los derechos y libertades: Una reinterpretación doctrinal*. Aranzadi.
- Sáiz Arnaiz, A. (2024). Arbitrariedad del legislador y ámbito objetivo de aplicación de la Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. En R. García Mahamut (coord.) *La ley de amnistía: Cuestiones constitucionales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Schwab, K. (2016). *The Fourth Industrial Revolution*. World Economic Forum.
- Tripodina, C. (2015). Reddito di cittadinanza come “risarcimento per mancato procurato lavoro”. Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all’esistenza. *Costituzionalismo.it*, 1.
- Tripodina, C. (2018). *Ius existentiae* e reddito minimo garantito: A che punto siamo in Italia?: reddito di inclusione e reddito di cittadinanza a confronto. *Cittadinanza europea*, 1. <https://doi.org/10.3280/CEU2018-001002>
- Vaquero Caballería, M. (2022). El Ingreso Mínimo Vital desde la óptica del derecho público: sus aportaciones al debate sobre el Estado social y autonómico. *Revista de Derecho Público, Teoría y Método*, 5. https://doi.org/10.37417/RPD/vol_5_2022_733
- Violini, L. (2006). Art. 38. En R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.) *Commentario alla Costituzione*. UTET giuridica.

*Andrea Garrido Raya**

LA (DES)PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS RELIGIOSAS EN EUROPA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La Unión Europea: mucho más que un mercado interior. – 3. El principio comunitario de no discriminación por religión o convicciones: la Directiva 2000/78. – 4. Tribunales europeos y minorías religiosas. – 5. La promoción y garantía de los valores del Artículo 2 TUE.

1. Introducción

La proclamación explícita de los valores en los que se fundamenta la Unión Europea (UE) en el Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) constituye el punto álgido de su transición de una Comunidad de derecho (económico) a una auténtica Unión de Valores, cuya promoción y respeto forman parte de sus objetivos esenciales (art. 3.1 TUE). La aplicación del mecanismo preventivo del art. 7.1 TUE contra Polonia y Hungría o la aprobación del Reglamento 2020/20292¹ reflejan un compromiso firme y decidido por promover y proteger el valor del Estado de Derecho frente a las amenazas procedentes de los regímenes iliberales y populistas.

Además del Estado de Derecho, el art. 2 TUE menciona, también, “el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”. No obstante, se podría afirmar que la promoción y respeto de los derechos de las personas pertenecientes a minorías, en general, y a las minorías religiosas, en particular, ha pasado prácticamente inadvertido por las instituciones europeas.

* Universidad de Granada.

¹ Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020, por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19 y Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.

Así lo reflejan, en alarmante sintonía, recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En efecto, no son pocos los casos en los que los Tribunales europeos han devaluado la protección de las minorías religiosas al aceptar la legitimidad de diversas acciones estatales que, desde una perspectiva constitucionalista y de derechos fundamentales, son, cuanto menos, problemáticas. Destáquese, por ejemplo, el hecho de que el TJUE haya considerado legítima la aplicación indiscriminada de políticas de neutralidad en el sector público y privado, o que el TEDH haya afirmado que la limitación del derecho a ejercer y manifestar la religión (minoritaria) resulte proporcionado cuando ello se haga en nombre de la inclusión social de los minorías afectadas. Ambos Tribunales han aceptado, pues, acciones estatales dirigidas, aunque sea implícitamente, a conseguir la asimilación de las minorías religiosas, lo que da lugar a su discriminación y a la vulneración de su derecho fundamental a la libertad religiosa. Algo impropio de una sociedad caracterizada por el pluralismo y la tolerancia (art. 2 TUE). La reacción supranacional ante estas medidas nacionales contrasta, pues, con la loable estrategia seguida en defensa del Estado de Derecho.

Una política de promoción de valores fragmentaria e inconsistente pone en duda la legitimidad de la UE y su credibilidad como una Unión de Valores constitucionales. Los valores del art. 2 TUE se retroalimentan los unos a los otros, de tal forma que la afectación de uno de ellos conlleva la afectación del resto. Por mucho que se garantice el Estado de Derecho, si las minorías religiosas permanecen desprotegidas en el contexto comunitario, la sociedad europea será menos pluralista, lo que afectará, también, al principio democrático, y, en suma, a todo el art. 2 TUE. En otras palabras, al propio proceso de constitucionalización de la Unión.

Partiendo del contenido sustantivo inherente al Derecho Constitucional Europeo, conviene reflexionar sobre las causas que mueven a los Tribunales europeos a desatender las denuncias de las personas pertenecientes a minorías religiosas frente a las acciones de los Estados, así como contrarrestar la (deficitaria) reacción supranacional con la mantenida, en cambio, en defensa del resto de valores del art. 2 TUE.

2. La Unión Europea: mucho más que un mercado interior

El art. 2 TUE establece que:

“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Con este precepto la Unión Europea se autoproclama como una auténtica Unión de valores al afirmar que lo que empezó allá por 195 como un mero proyecto económico, hoy se erige en una entidad de carácter constitucional basada en valores políticos. Dichos valores no solo representan el sustento constitucional de la UE², sino también el de sus Estados miembros³. En otras palabras, todo el sistema comunitario, conformado por las instituciones de la UE y las de los Estados miembros, se inspira en los valores del constitucionalismo, y en consecuencia está comprometido con la garantía de su respeto y promoción (art. 3 TUE). De esta manera, el art. 2 TUE presupone, por un lado, que dichos valores informan los ordenamientos de los Estados y que éstos cumplen con ellos⁴. Y, por otro, que el proceso de integración obedece, desde siempre, a una lógica que trasciende a lo económico⁵, de tal forma que el art. 2 TUE, más que ascribir a la Unión los valores del constitucionalismo, lo que hace es sacar su presencia a la luz (Bonelli, 2019, p. 15). Y ello a pesar de que los Tratados fundacionales solo se referían explícitamente a dos de ellos. Concretamente a la li-

² “La Unión se fundamenta en los valores de...”.

³ “Estos valores son comunes a los Estados miembros...”.

⁴ Véase el Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014, pár. 168: “[...] cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que éstos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión Europea, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica”.

⁵ “The Union is founded...” Énfasis añadido.

bertad y al principio de no discriminación. El primero aparece mencionado en el Preámbulo del Tratado de Roma⁶. Y en cuanto al segundo; el principio de no discriminación, los Tratados se refieren a él en tanto que principio económico o instrumento de realización del mercado interior. Así, el art. 12 TCE, por un lado, se encargaba de recoger el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, y el art. 119 TCE, por otro, el principio de igualdad salarial entre trabajadores y trabajadoras⁷.

En base a esto último no son pocos los autores que cuestionan, primero, que el proceso de integración se fundamente en valores constitucionales (*Ibid.*). Y, segundo, que los ordenamientos de los Estados miembros, o al menos de los de todos ellos (hoy veintisiete), se inspiren, de verdad, en aquéllos (CLAES, 2019). Respecto a esta segunda cuestión, lo cierto es que la presunción de que los valores en los que se fundamenta la Unión son compartidos y respetados por todos sus Estados es matizada por los propios Tratados. No en vano, el art. 7 TUE y los arts. 258-260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) habilitan a la UE a sancionar o reprimir a los Estados miembros que vulneran dichos valores. De la misma forma, el propio TJUE ha enfatizado que las instituciones pueden utilizar o aprobar los recursos normativos pertinentes para promocionar su respeto, en línea con lo afirmado por el art. 3 TUE⁸.

En cuanto a la idea de que el proceso de integración asume y se inspira, desde sus orígenes, en los valores del constitucionalismo, esta cuestión es también controvertida⁹. En general, se podría decir que los

⁶ Éste afirma que los Estados fundadores se comprometían a “à affermir, par la constitution de cet ensemble de ressources, les sauvegardes de la paix et de la *liberté*, et appelant les autres peuples de l'Europe qui partagent leur idéal à s'associer à leur effort”. Énfasis añadido.

⁷ Hoy arts. 18 TFUE y 157 TFUE respectivamente.

⁸ SSTJUE de 16 de febrero de 2022, *Hungría/Parlamento y Consejo*, as. C-156/21, *Polonia/Parlamento y Consejo*, as. C-157/21. Véase, también, la STG de 24 de septiembre de 2019, *Rumanía/Comisión*, as. T-391/17.

⁹ Los valores a los que hace referencia el art. 2 TUE son claro reflejo de los principios axiológicos congeniales al constitucionalismo normativo que inspira las constituciones de los Estados europeos. Repárese, por ejemplo, en el art. 1.1 de la Constitución española: “España se constituye en un *Estado social y democrático de Derecho*, que

principios inherentes al constitucionalismo sí que han estado presentes, desde sus orígenes más incipientes, en el proceso de integración. Si bien, empero, de forma implícita. No en vano, es ya un lugar común afirmar que los procesos de revisión de Maastricht (1992), y, sobre todo, de Ámsterdam (1997), dieron lugar a la integración explícita de la dogmática constitucionalista en el Derecho originario. Así, al reconocimiento del principio democrático y la codificación del sistema de garantías de derechos fundamentales desarrollado, hasta aquel momento, por el Tribunal de Justicia (art. F TUE-Maastricht), lo seguiría el art. 6 TUE-Ámsterdam, que fijaba, por escrito, que la Unión Europea se fundamenta en los principios básicos del constitucionalismo. Entre otros, el principio democrático, el Estado de Derecho, o el respeto a los derechos humanos¹⁰. A los que la Unión Europea debe respeto y lealtad en tanto que *sus* valores fundamentales, y no (solo) los de sus Estados (MANGAS MARTÍN, 2007, 1-2)¹¹. Tal afirmación se afianza con la proclamación, en Niza, de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión (2000), reconocida, después, como auténtico Derecho originario en el art. 6.1 del Tratado de Lisboa (2007).

Se podría decir, pues, que la firma del Tratado de Ámsterdam fue el acontecimiento a partir del cual el proceso de integración comenzó a asumir una auténtica lógica constitucionalista (SPIEKER, 2023, 79), la cual termina por eclosionar con la redacción del art. 2 TUE-Lisboa. La importancia de este último precepto no solo se aprecia en el lugar que el mismo ocupa en los Tratados, esto es, ni más ni menos que al

propugna como *valores superiores* de su ordenamiento jurídico *la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*", o en los *principi fondamentali* de la Constitución de la República de Italia (arts. 1-12). Entre ellos destaca, por ejemplo, su artículo primero, que establece que "L'Italia è una *Repubblica democratica*, fondata sul lavoro", o su art. 6, que expone que "La Repubblica tutela con *apposite norme le minoranze linguistiche*". Énfasis añadido.

¹⁰ Art. 6.1 TUE-Ámsterdam: "La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros."

¹¹ Compárese la redacción del art. 6.1 TUE-Ámsterdam con lo establecido por el art. F.1 TUE-Maastricht: "La Unión respetará la identidad nacional *de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos*". Énfasis añadido.

comienzo de sus disposiciones (WOUTERS, 2020, 258), sino también, además, en la mejora de su redacción. Y es que el art. 2 TUE-Lisboa enriquece el valor del respeto a los derechos humanos con la referencia a los derechos “de las personas pertenecientes a minorías”. Concepto este último, el de minorías, considerado como la piedra angular del constitucionalismo democrático de los Estados (BÖCKENFÖRDE, 1997, 77-83 y 94), y, por ende, también del constitucionalismo de la Unión, en tanto que derivado éste de las tradiciones constitucionales comunes a sus Estados miembros.

Ahora bien, no está de más recordar que el proceso de constitucionalización de la Unión, al contrario de lo acontecido en relación con sus Estados miembros, no obedecía, al menos en sus orígenes más incipientes, a una auténtica lógica constitucionalista, sino, más bien, a exigencias puramente funcionales, basadas en garantizar la prevalencia absoluta del derecho comunitario sobre cualquier invocación jurídico-nacional que atentara contra la viabilidad del mercado interior. No es de extrañar, pues, que los principios de eficacia directa y de primacía fueran los primeros vestigios de constitucionalismo identificados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹². No en vano, estos últimos, en especial el segundo, son los que permiten considerar al Derecho comunitario como derecho autónomo e independiente, además de imponer su prevalencia, en caso de conflicto, sobre el derecho estatal, incluido el derecho constitucional. En otras palabras: el *Rule of (Community) Law*.

El proceso de constitucionalización de la Unión comenzó, pues, como un proceso puramente formal al que poco a poco se le fue aco- plando, a partir de las “tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”, un componente más sustantivo y material.

La progresiva materialización del proceso de constitucionalización de la Unión se ve claramente reflejada en la transformación que el principio de no discriminación ha ido experimentando, de forma paulatina, en el proceso de integración. Si bien éste comenzó funcionando, según lo dispuesto en los Tratados fundacionales, como un principio económico e instrumental al mercado comunitario (arts. 12 y 119

¹² SSTJ de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, as. C-26/62 y de 15 de julio de 1964, *Costa/E.N.E.L.*, as. C-6/64.

TCE), en 1997 la Unión se vió habilitada a combatir la discriminación ocasionada por motivos inherentes a la dignidad/identidad del ser humano, como su origen étnico, religión u orientación sexual (art. 13 TCE, hoy art. 19 TFUE). Dicha habilitación normativa pronto daría sus frutos con las Directivas 2000/43¹³ y 2000/78¹⁴. Además, todo ello se ve hoy acompañado con la mención al valor de la igualdad por el art. 2 TUE y sus referencias al pluralismo o a la no discriminación.

En definitiva, a partir del perfeccionamiento de la redacción del art. 6.1 TUE-Ámsterdam con el art. 2 TUE-Lisboa, así como con el resto de provisiones de clara sustancia constitucionalista; como el art. 19 TFUE y las Directivas aprobadas en base al art. 13 TCE (Directivas 2000/43 y 2000/78), no sería descabellado considerar, *prima facie*, que la Unión Europea constituye la entidad supranacional más comprometida por promocionar y garantizar, tanto en relación con sus Estados, como consigo misma, la protección de aquellos colectivos vulnerables que sufren discriminación por el mero hecho de ser diferentes. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Por lo menos, en relación con algunos de ellos: las minorías religiosas.

3. El principio comunitario de no discriminación por religión o convicciones: la Directiva 2000/78

La legislación antidiscriminatoria europea, en general, y la Directiva 2000/78, en particular, constituyen el principal instrumento normativo de la Unión para combatir la discriminación de las minorías religiosas (HENRARD, 2021: 8). Esta norma no solo prohíbe la discriminación directa de las minorías; que concurre cuando una persona es tratada de forma distinta o menos favorable que otra que se encuentra en una situación análoga (art. 2.2 letra a)), sino también su discriminación

¹³ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/43/oj>

¹⁴ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj>

indirecta, que tiene lugar, en cambio, “cuando una disposición, criterio o práctica *aparentemente neutros* pueda ocasionar una desventaja particular” a personas, en este caso, con una religión determinada¹⁵. No obstante, si bien la discriminación directa tan solo queda justificada cuando concurren, de forma excepcional, los motivos expresamente citados por la propia Directiva: defensa del orden público (art. 2.5), requisitos profesionales esenciales y determinantes (art. 4.1), requisitos profesionales de organizaciones cuya ética se base en la religión o convicciones (art. 4.2) y la necesidad de ejecutar medidas de diferenciación positiva (art. 7), la justificación de la discriminación indirecta no queda sometida a un juicio de escrutinio tan riguroso. Como regla general es el propio juez el que debe decidir, *ad casum*, si una acción que discrimina de forma indirecta está justificada tras comprobar que ésta responde a un objetivo legítimo y que los medios empleados para su consecución, *i.e.*, el grado de diferenciación o la gravedad de la discriminación, son necesarios y adecuados¹⁶. En definitiva, tras realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad.

Partiendo de este contexto normativo, conviene considerar hasta qué punto el principio de no discriminación (por religión) ha sido aplicado e interpretado con vistas a solventar los problemas estructurales a los que se enfrentan las minorías religiosas. En este sentido, el TJUE ha tenido que dirimir, en reiteradas ocasiones, sobre la problemática relacionada con la presencia de vestimenta religiosa en el puesto de trabajo. La respuesta otorgada por aquél en estos supuestos, así como en aquellos casos no confinados al ámbito estrictamente laboral, ha sido, sin embargo, decepcionante.

4. *Tribunales europeos y minorías religiosas*

El mayor número de casos planteados ante el TJUE en relación con las minorías religiosas traen cause del despido de una serie de trabajadoras que se niegan a dejar de llevar su pañuelo islámico con razón a las políticas de neutralidad aprobadas en el ámbito empresarial.

¹⁵ Art. 2.2 letra b). Énfasis añadido.

¹⁶ Art. 2.2 letra b) i).

Dichas políticas de neutralidad, generalmente explicitadas como política interna de la compañía cuando una trabajadora (musulmana) decide presentarse a su puesto de trabajo con su rostro cubierto por un pañuelo (islámico)¹⁷, o, incluso, cuando un cliente pide no ser atendido por una empleada que lleve este tipo de indumentaria¹⁸, establecen que los trabajadores no pueden presentarse a su puesto de trabajo con ningún signo que manifieste sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas. Respecto al primer caso (*Achbita*), el tribunal remitente planteaba en su cuestión prejudicial si prohibir a una empleada llevar su pañuelo islámico en base a la política de neutralidad de la empresa constituiría un acto de discriminación directa por religión o convicciones. El Tribunal niega que las políticas de neutralidad discriminen de forma directa a los trabajadores porque “la norma interna controvertida en el litigio principal tiene por objeto el uso de signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas y, por lo tanto, *atañe indistintamente a cualquier manifestación de tales convicciones*. Por consiguiente, debe considerarse que dicha norma *trata por igual* a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, *de forma general e indiferenciada*, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos.”¹⁹

El TJUE opta por aplicar el principio de igualdad en su dimensión más formal. En consecuencia, como las políticas de neutralidad perjudican o restringen la manifestación de las creencias, de forma indeferenciada, de todos los trabajadores, dichas políticas no discriminan de forma directa. Es decir, el Tribunal considera que los(as) trabajadores(as) católicos(as), musulmanes(as) o ateos(as) se encuentran en situaciones equivalentes, y, por ende, susceptibles de ser sometidas a un juicio de comparabilidad que justifica un trato uniforme. Tal postura es, no obstante, controvertida. La necesidad de portar indumentaria religiosa no es la misma entre una trabajadora católica o musulmana (WEILER, 2018, 7), como tampoco lo es la implicación o significación de llevar un signo que revele la identidad religiosa o la convicción política.

¹⁷ STJUE 14 de marzo de 2017, *Achbita*, as. C-157/15.

¹⁸ STJUE 14 de marzo de 2017, *Bougnaoui*, as. C-188/15.

¹⁹ STJUE 14 de marzo de 2017, *Achbita*, as. C-157/15, par. 30.

En otras palabras, el hecho de que el TJUE haya aplicado el principio de igualdad formal a la baja, partiendo de una hipotética situación de partida análoga, y por ende comparable, es decepcionante. Como también lo es su decisión de no rechazar, de forma firme y tajante, las políticas de neutralidad. No en vano, éstas afectan, de por sí, al pluralismo, además de someterlo al rédito empresarial. Así lo confirma el hecho de que, pese a no descartar la posibilidad de que las políticas de neutralidad discriminen de forma indirecta a las empleadas musulmanas (pár. 34), el TJUE considere que la finalidad empresarial de alcanzar una imagen corporativa neutra sea legítima (pár. 37). Siguiendo esta línea, el Tribunal también afirma que el despido de la trabajadora no será desproporcionado si antes se le ofrece a aquélla un puesto de trabajo oculto al público. Esta propuesta, en cualquier caso, será obligatoria para el empresario siempre y cuando no le suponga una “carga adicional” o excesiva (par. 43).

El propio TJUE parece ser consciente de su decepcionante respuesta al sentenciar, el mismo día en *Bougnaoui*, que las peticiones intolerantes de los clientes no pueden ser consideradas, por sí mismas, como un requisito profesional esencial y determinante que justifique una discriminación directa. Pero ello lo establece a la par que confirma lo sentado en *Achbita*, *i.e.*, que las políticas de neutralidad no discriminan de forma directa.

En definitiva, el TJUE habilita a las empresas a despedir, o en el mejor de los casos a ocultar, las manifestaciones religiosas de las minorías (*de facto* musulmanas). El Tribunal ni siquiera se esfuerza en cuestionar la necesidad de la ejecución de unas medidas que provocan la asimilación de un colectivo minoritario muy concreto; el femenino y musulmán, promoviendo, con ello, su exclusión.

Si bien algunos autores consideraron, en su momento, que el TJUE matizó su postura en una resolución posterior en la que imponía al empresario unos requisitos más rigurosos a la hora de acreditar la necesidad de aplicar las políticas de neutralidad (HOWARD, 2021)²⁰, el Tribunal, apenas un año más tarde, volvió a dar la espalda a las únicas

²⁰ STJUE de 15 de julio de 2021, IX *contra* WABE eV y MH Müller Handels GmbH *contra* MJ, as. ac. C-804/18 y C-341/19.

trabajadoras afectadas por aquéllas (las practicantes musulmanas)²¹, hasta el punto de confirmar la necesidad de su ejecución también en el sector público, y llegar, incluso, a extender la prohibición de portar vestimenta religiosa a los(as) trabajadores(as) que ni siquiera mantienen contacto visual con los clientes²².

Esta desafortunada postura mostrada por el Tribunal de Luxemburgo respecto a la protección de las minorías religiosas y el pluralismo que éstas simbolizan se encuentra en alarmante sintonía con la doctrina sentada por el TEDH en otros casos también planteados por miembros de aquellas²³. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo ha aceptado como fines legítimos, susceptibles de justificar la restricción del derecho a la libertad religiosa de las minorías (art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; CEDH), por un lado, la necesidad de proteger el orden público y de promover el principio social de “*vivre ensemble*” (en tanto que requisito relativo a la protección de los derechos ajenos)²⁴, y, por otro, el objetivo de evitar la exclusión social de los sujetos minoritarios afectados. Como si la limitación de sus derechos se realizara, pues, por su propio bien²⁵.

En el caso *S.A.S. v. France* la litigante alega que la normativa francesa que prohíbe y penaliza la ocultación del rostro en los espacios públicos viola su derecho a manifestar su religión, además de constituir un acto de discriminación indirecta que afecta, de forma desproporcionada y a pesar de la redacción neutra del precepto, a aquellas mujeres que sienten la necesidad de cubrir su rostro con razón a la fe que profesan.

Pese a aceptar, como luego hará el TJUE en *Achbita*, que este tipo de políticas afecta, especialmente, a las mujeres musulmanas, el TEDH considera que los argumentos invocados por el gobierno francés: “*respect des exigences minimales de la vie en société*” y “*vivre ensemble*”, pueden ser considerados como medios proporcionales y legítimos en

²¹ STJUE de 13 de octubre de 2022, *S.C.R.L.*, as. C-344/20.

²² STJUE de 28 de noviembre de 2023, *OP contra Commune d'Ans*, as. C-148/22.

²³ En cuanto a la presencia de vestimenta religiosa en el sector público puede consultarse la STEDH de 26 de noviembre de 2015, *Ebrahimian v. France*.

²⁴ STEDH de 1 de julio de 2014, *S.A.S. v. France*.

²⁵ STEDH de 10 de enero de 2017, *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*.

tanto que garantes de los derechos de “los otros”, o, más bien, de la nación francesa o sociedad mayoritaria (HENRARD, VERMEERSCH, 2020, 812).

El TEDH aporta una respuesta similar en *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*. Este caso tiene origen en la denuncia que plantean los litigantes contra el gobierno suizo por no permitir a dos chicas, de forma excepcional, no asistir a clases de natación mixtas en línea con las creencias religiosas de sus padres. La Corte considera que la restricción de derechos se justifica en el objetivo perseguido por aquéllas: la “integración” social de los alumnos con cultura y religión diferentes (*Ibid.*, 813-814). Al igual que en *S.A.S.*, el TEDH está dispuesto a aceptar (pár. 64) que el objetivo de evitar la exclusión social de los niños con cultura y religión minoritarias se justifica en la protección del orden público y la protección de los derechos y libertades de los “demás” (art. 9.2 CEDH). El problema, no obstante, es que tal posicionamiento deja entrever que cuando uno adquiere, manifiesta y profesa una fe religiosa distinta a la de los demás, ello puede llevarlo a un enfrentamiento con la sociedad mayoritaria (*i.e.*, la nación), hasta el punto de abocarlo a su exclusión (*Ibid.*, 814). Por eso la solución propuesta por los gobiernos, y finalmente aceptada por los Tribunales europeos, es la de requerir su asimilación en lugar de promover, o incluso exigir, su acomodación.

En suma, las resoluciones de la Corte dan a entender que las minorías podrán ejercer, de forma plena, su derecho a la libertad religiosa siempre y cuando ello no incordie a, o discrepe con, la sociedad mayoritaria, y, por ende, con la identidad nacional del Estado (*Ibid.*, 814-815). Queda claro, pues, que tanto el TEDH como el TJUE prefieren no entrometerse en cuestiones que tocan, de lleno, con la soberanía de los Estados (*Ibid.*, 813). No en vano, la tensión permanente entre la preservación de la identidad nacional y el reconocimiento de la religión minoritaria (PORRAS RAMÍREZ, 2024) puede ayudar a comprender por qué la discriminación por convicción o religión es la causa discriminatoria que, junto con la edad, cuenta con el nivel de protección más bajo de todos los motivos cubiertos por la legislación antidiscriminatoria de la Unión (HOWARD, 2018, 63-64).

Teniendo en cuenta que los Tribunales europeos ni siquiera reprimen con firmeza a los Estados que vacilan a la hora de cumplir con

su deber de *no* discriminar a las minorías por su religión (véase, *et.al.*, *Achbita*, *OP contra Commune d'Ans* o *S.A.S. v. France*), no resulta sorprendente que aquéllos tampoco exijan a los Estados que acomoden las necesidades especiales de aquéllas, o ni que tampoco secunden su decisión de dejar de hacerlo. Así sucede, de forma similar a lo sentado en *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*, en el caso *Liga van Moskeeën*²⁶, concerniente al sacrificio de animales conforme a ritos religiosos.

Este último asunto versa sobre la Fiesta del Sacrificio islámica, cuya celebración en Bélgica da lugar a un aumento de la demanda de carne *halal*, que se produce sin someter al animal a aturdimiento previo. En la Región de Flandes el aumento de demanda ocasionado por la celebración de dicha fiesta solía satisfacerse autorizando, cada año, un número determinado de mataderos temporales para producir carne conforme a las prescripciones musulmanas (*i.e.*, sin aturdimiento previo). Su producción se añadía, durante los días que dura la festividad, a la producción procedente de los mataderos regularmente autorizados. No obstante, como el derecho de la UE relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza (Reglamento 1099/2009, en especial arts. 4.4 y 2 letra k))²⁷ establece que el sacrificio animal sin aturdimiento previo solo puede ser realizado en mataderos que cumplan con los requisitos técnicos establecidos en el Reglamento 853/2004²⁸, el Ministro de la Región de Flandes acordó dejar de conceder autorizaciones a mataderos temporales al considerar que éstos no cumplen con dichos requisitos, al contrario de lo que sucede con los mataderos regularmente autorizados²⁹. Esto dio lugar a que un am-

²⁶ STJUE de 29 de mayo de 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen y otros*, as. C-426/16.

²⁷ Reglamento (CE) 1099/2009 del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza.

²⁸ Reglamento (CE) 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal.

²⁹ Par. 17: “No obstante, el 12 de septiembre de 2014, el Ministro de la Región de Flandes anunció que a partir de 2015 dejaría de conceder autorizaciones para mataderos temporales donde se pudiera realizar el sacrificio religioso durante la Fiesta del Sacrificio, debido a que tales autorizaciones contravendrían el Reglamento n°

plio número de musulmanes no pudieran celebrar la Fiesta del Sacrificio conforme a sus convicciones religiosas, pues los mataderos regulares no tenían la capacidad suficiente para atender la sobredemanda que se origina durante dicha festividad.

En su sentencia, el TJUE ni siquiera considera o se pronuncia sobre una posible restricción del derecho a la libertad religiosa de la comunidad musulmana. No en vano, la normativa comunitaria tan solo establece un marco de requisitos técnicos que, en cualquier caso, permiten de forma excepcional que se realice el sacrificio ritual de los animales. Y dicho marco, además, se aplica de forma indiscriminada a todo tipo de sacrificio realizado en la UE, con independencia del método, religioso o no, utilizado.

Al igual que sucede en los casos de vestimenta religiosa (*i.e.*, pañuelos islámicos), el Tribunal vuelve a aplicar el principio de la igualdad desde una perspectiva puramente formal, sin tener en cuenta las necesidades especiales de la minoría musulmana y el consecuente deber de acomodación por parte del Estado (en este caso, autorizar mataderos temporales que satisfagan el incremento de carne *halal* asociado a la celebración de la festividad islámica).

Lejos de enmendar su postura, el TJUE, en el posterior asunto *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*³⁰, ya no solo resta importancia al deber de acomodar las necesidades de las minorías y promocionar con ello el pluralismo inherente a las mismas, sino que, además, considera conforme a derecho comunitario que el Estado belga deje de excepcionar a las comunidades judía y musulmana de la obligación de aturdir previamente a los animales durante su sacrificio, siempre y cuando a éstas se les permita, en su lugar, practicar un “aturdimiento reversible”. Como dicha injerencia “se limita a un aspecto del acto ritual específico que constituye el sacrificio religioso y este último no está prohibido en cuanto tal” (pár. 61), dicha decisión

1099/2009 y, en particular, la norma del artículo 4, apartado 4, de este Reglamento, en relación con el artículo 2, letra k), del mismo, conforme a la cual los animales que sean objeto de métodos particulares de sacrificio prescritos por ritos religiosos únicamente pueden ser sacrificados sin aturdimiento en mataderos que cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento n°853/2004.”

³⁰ STJUE de 17 de diciembre de 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, as. C-336/19.

es considerada como una restricción conciliable con el contenido esencial del derecho a la libertad religiosa.

Al admitir el TJUE el argumento estatal de que la injerencia ejecutada no es tan “grave”, y rechazar, en cambio, lo argumentado por los propios creyentes, el Tribunal establece que la obligación de realizar, de forma alternativa, un “aturdimiento reversible” constituye una restricción proporcional encaminada a realizar un fin legítimo: el bienestar animal. Es más, este último, como sucede en un caso muy similar planteado ante el TEDH; *Executief van de Moslims van België and others v. Belgium*³¹, es identificado como un *valor fundamental* de las sociedades democráticas (pár. 77), digno de prevalecer sobre el ejercicio de un derecho fundamental (arts. 10 CDFUE y 9 CEDH). Parece que ambos Tribunales pasan por alto, sin embargo, que dicho derecho fundamental es consustancial, también, al pluralismo democrático (pár. 57)³².

El creciente interés del TEDH y TJUE por promocionar el bienestar animal parece, sin embargo, no ser tan importante cuando el sacrificio se realiza en actividades de carácter no religioso. No en vano, llama la atención que ninguno de los dos Tribunales reprima el sacrificio animal realizado durante las actividades de caza, pesca o acontecimientos culturales o deportivos. El TJUE, en concreto, con razón al Reglamento 1099/2009, considera que no es necesario imponer el deber de aturdir a los animales en el marco de estas actividades al entender que de las mismas se obtiene un nivel de producción cárnica marginal, *i.e.*, no significativo desde un punto de vista económico. Es por ello por lo que ni siquiera éstas son consideradas como una actividad de producción alimentaria a la que se le aplique el Reglamento 1099/2009. En consecuencia, ninguna queda sometida ni a sus requisitos ni a sus disposiciones.

Esta alarmante línea jurisprudencial no solo somete el derecho a la

³¹ STEDH de 13 de febrero de 2014, *Executief van de Moslims van België and others v. Belgium*.

³² “[...] según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión protegida por el artículo 9 del CEDH constituye uno de los fundamentos de una «sociedad democrática» en el sentido de este convenio, en la medida en que el pluralismo, consustancial a tal sociedad, depende de tal libertad [...]”

libertad religiosa de las minorías a la lógica del mercado interior (HENRARD, 2022, 99), sino que, además, revela que los Tribunales europeos están dispuestos a legitimar su asimilación bajo la bandera de un nuevo valor como el bienestar animal. Aunque ello conlleve la afectación del principio democrático, el pluralismo o la tolerancia, y, en consecuencia, del proceso de constitucionalización de la UE (art. 2 TUE).

5. La promoción y garantía de los valores del Artículo 2 TUE

Esta deficiencia, por parte de la UE, a la hora de promocionar y exigir el respeto de los derechos de las personas pertenecientes a minorías (art. 2 TUE) contrasta, sin embargo, con la estrategia seguida por la misma Unión a la hora de defender el Estado de Derecho, particularmente *en* sus Estados miembros. Y ello pese a que, al igual que sucede con el respeto a las minorías, el Estado de Derecho es un principio inherente a la identidad nacional de los Estados (art. 4.2 TUE), en especial en lo que concierne a su dimensión referida a la separación de poderes, en general, y a la organización y estructura del poder judicial, en particular³³. En este sentido, es como si a la UE le preocuparan, *solo*, las violaciones estatales del principio del *Rule of Law*, cuando la crisis constitucional que asola hoy a Europa no solo afecta a este último valor, sino a *todos* los valores en los que aquélla se fundamenta, como la democracia o el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. También a las religiosas.

En cuanto a la postura comunitaria en relación con el contexto actual de *Rule of Law backsliding*, destaca, por ejemplo, la decisión de activar el Mecanismo del Estado de Derecho en Polonia en 2016, que

³³ “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”. Énfasis añadido.

precedió a la activación del art. 7.1 TUE contra dicho país tan solo un año más tarde. El mecanismo nuclear en defensa del art. 2 TUE también fue activado contra Hungría en 2018. A ello hay que añadir las sentencias del TJUE, cuyos jueces han conseguido conciliar el principio de atribución de competencias con la férrea defensa del Estado de Derecho y la independencia del poder judicial³⁴. Finalmente, también debe ser destacada la promulgación de los Reglamentos 2020/2094 y 2020/2092 en respuesta a la crisis desencadenada por la COVID-19, cuya aplicación conjunta pretende garantizar la recuperación económica de la Unión de la mano de la salvaguarda del Estado de Derecho. En este sentido, puede llegar a argumentarse que el Reglamento 2020/2092 aspira a convertirse, por lo menos a corto plazo, en el instrumento normativo más efectivo para la protección del art. 2 TUE. No en vano, éste afecta a la fibra más sensible de los ejecutivos nacionales: su financiación.

No obstante, y sin querer desmerecer la labor, sin duda encomiable, realizada por la UE en defensa del *Rule of Law*, lo cierto es que dicha postura sigue sin ser suficiente desde una perspectiva constitucionalista. La promoción y defensa del art. 2 TUE no debe construirse, exclusivamente, desde el principio del Estado de Derecho. En otras palabras, la política de defensa del art. 2 TUE no debe referirse solo a la garantía, o más bien *primacía*, del (Estado de) Derecho europeo. El objetivo habría de ser, más bien, el de tratar de frenar un contexto de regresión constitucional que, además de estar presente en todos los Estados miembros (aunque en distinta magnitud), afecta a todos y cada uno de los valores del art. 2 TUE. Lo que exige, en consecuencia, el diseño de una política de promoción y protección de valores transversal, en la que ningún valor prevalezca sobre los demás. Porque al igual que se debe proteger el principio de la independencia judicial en nombre de la confianza mutua y la viabilidad del mercado interior, también se deben proteger los derechos de los ciudadanos – mayorías y minorías – en garantía del principio democrático y del pluralismo.

³⁴ Véase, entre otras, las SSTJUE de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, as. C-64/16, de 19 de noviembre de 2019, *AK y otros*, as. ac. C-585/18, C-624/18, C-625/18, de 15 de julio de 2021, *Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de jueces)*, as. C-791/19 o de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros*, as. C-824/18.

No en vano, una política de promoción de valores fragmentaria e inconsistente (WOUTERS, 2020, 257) pone en duda la legitimidad de la UE y su credibilidad como una Unión de Valores constitucionales. Los valores del art. 2 TUE se retroalimentan los unos a los otros, de tal forma que la afectación de uno de ellos conlleva la afectación del resto. Por mucho que se garantice el Estado de Derecho, si las minorías (religiosas) permanecen desprotegidas a nivel comunitario, la sociedad europea será menos pluralista, lo que afectará, también, al principio democrático, y, en suma, a todo el art. 2 TUE. En otras palabras, al propio proceso de constitucionalización de la Unión.

Una vez dicho esto, parece que las propias instituciones comienzan a ser conscientes de la apremiante necesidad de asumir un cambio de actitud. En relación con esto último, es digna de destacar la decisión, por parte de la Comisión, de llevar a Hungría ante el TJUE por la promulgación de su legislación “anti-LGTBIQ+”. Por primera vez la Comisión se refiere, en el marco de un procedimiento de infracción, al art. 2 TUE como precepto autónomo e independiente. Tal referencia viene acompañada por la mención a diversos artículos de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Concretamente, los arts. 1, 7, 11 y 21, que recogen, respectivamente, el derecho a la dignidad humana, vida privada, libertad de expresión y no discriminación. Ello demuestra, en consecuencia, que las recientes decisiones del poder público húngaro no solo atentan contra el Estado de Derecho, sino también, además, contra el principio democrático, que se proyecta, en particular, a través del derecho a la libertad de expresión recogido en el art. 11 de la Carta. O contra el derecho a la igualdad, al que también se refiere la Carta, entre otros, en su art. 21.

Hay que tener en cuenta, además, que la controvertida legislación húngara atenta contra los derechos de un colectivo minoritario muy concreto: la comunidad LGTBIQ+. Si el TJUE decidiera finalmente condenar a Hungría por incumplir el Derecho de la Unión, para muchos se produciría un avance decisivo en su proceso de constitucionalización (BARLEY, WEINZIERL, 2023). No en vano, ello implicaría que tanto la Comisión y el TJUE se comprometen, de forma decidida, a promocionar y defender los cimientos *sustantivos* del constitucionalismo. En este caso, el respeto a los derechos fundamentales, en general, y de las minorías, en particular.

Esperemos que el TJUE finalmente traslade su firme compromiso por defender el Estado de Derecho al resto de valores del art. 2 TUE. Y que ello no solo lo haga en relación con la minoría LGTBIQ+, sino también, además, con las minorías religiosas. Solo así se conseguirá construir, de verdad, una sociedad europea “caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”³⁵.

Referencias bibliográficas

- Barley K.; Weinzierl Q. (2023). Fulfilling the Lisbon Treaty’s promise: The Article 2 TEU Values for the First time in Court. Disponible en: <https://eulawlive-com.mu.idm.oclc.org/op-ed-fulfilling-the-lisbon-treatys-promise-the-article-2-teu-values-for-the-first-time-in-court-by-katarina-barley-and-quirin-weinzierl/>
- Böckenförde, E.W. (1987). *Demokratie als Verfassungsprinzip* (Trad. Esp. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2000).
- Bonelli, M. (2019). A union of values: safeguarding democracy, the rule of law and human rights in the EU member states. Tesis doctoral, Universidad de Maastricht.
- Claes, M. (2019). How Common are the Values of the European Union?, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* (Editorial Note), Vol. 15, VII-XVI.
- Henrard, H.; Vermeersch, P. (2020). Nationalism with a Human Face? European Human Rights Judgments and the Reinvention of Nationalist Politics, *Nationalities Papers*, Vol. 48, Issue 5, 809-825.
- Henrard, K. (2021). EU Law’s Half-Hearted Protection of Religious Minorities. Minority Specific Rights and Freedom of Religion for All, *Religions*, Vol. 12, Issue 10.
- Henrard, K. (2022). The Court of Justice of the European Union and “minorities”, Malloy T.H., & Vizi, B., (eds.) *Research Handbook on Minority Politics in the European Union*, Edward Elgar Publishing.
- Howard, E. (2006). The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination

³⁵ Art. 2 TUE.

- Grounds in EU law, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 13, Issue 4.
- Howard, E. (2021). German headscarf cases at the ECJ: a glimmer of hope?, *European Law Blog*. Disponible en: <https://europeanlawblog.eu/2021/07/26/german-headscarf-cases-at-the-ecj-a-glimmer-of-hope/>
- Howard, E. (2018). EU anti-discrimination law: Has the CJEU stopped moving forward?, *International Journal of Discrimination and the Law (IJDL)*, Vol. 18 (2-3),.
- Mangas Martín, A. (2007). Nuevos y viejos valores de la identidad europea al hilo del Tratado Constitucional, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 12.
- Porras Ramírez, J. M^a. (2023). Las minorías en la Unión Europea: La tensión entre la demanda de reconocimiento y la preservación de la identidad nacional, *Revista Integración Regional & Derechos Humanos*, Vol. 11, nº 2.
- Spieker, L.D. (2023). EU Values Before the Court of Justice. Foundations, Potential, Risks, *Oxford Studies in European Law*.
- Weiler, J.H.H. (2018). ¡Je suis Achbita!, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 73.
- Wouters, J. (2020). Revisiting Art. 2 TEU: A True Union of Values? *European Papers*, Vol. 5, nº 1.

*Jokin Babaze Aizpurua**

EL DERECHO A LA CULTURA: SOBRE EL CONTENIDO
DEL ART. 44 CE Y LA COMPARACIÓN
CON EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL
DE PORTUGAL E ITALIA

SUMARIO: : 1. El concepto jurídico de “cultura”. – 2. Democratización de la cultura y democracia cultural. – 3. El derecho a participar en la cultura como derecho humano. – 4. El derecho a la cultura en la Constitución Española. – 5. El derecho a la cultura en las Constituciones de Italia y Portugal. – 6. Conclusiones.

1. El concepto jurídico de “cultura”

El Derecho de la Cultura encuentra su primer e importante obstáculo en la dificultad para encontrar una definición sobre el campo de acción. Probablemente debido a que la ciencia que la estudia, la Antropología, no surgiría hasta el siglo XIX y también porque dicho concepto ha sido cuestionado y transformado una y otra vez por los propios antropólogos (VELASCO QUINTANA, 2017), no existe un consenso sobre la definición científica de “Cultura”, sobre qué es Cultura. Las definiciones que pueden ser ampliamente aceptadas tienen un carácter omnicompreensivo, como la definición de Edward Burnett Tylor por la cual “cultura es ese todo complejo que comprende conocimientos, creencias, arte, moral, derecho, costumbres y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre en tanto que miembro de una sociedad”. Como puede verse, esta definición abarca toda la actividad humana, inasumible como ámbito de acción.

Se han realizado muchos intentos de lograr una definición más concreta de la Cultura, pero sin éxito. De hecho, parece probable que en el corto plazo no se producirá la fijación de la definición académica o científica de “Cultura”, si atendemos a palabras como las del antro-

* Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea.

pólogo Roger Keesing de que “no hay ninguna esperanza de que pueda alcanzarse un compuesto ecléctico con el cual pudieran estar todos de acuerdo [...] y ser ecléctico nos llevaría otra vez a los vagos y oscuros conceptos de cultura que se tenían antes”.

En la doctrina académica española, la mayoría de las aproximaciones al concepto jurídico de la cultura se han realizado basándose en la investigación y reflexión sobre el particular de Jesus Prieto de Pedro, recogidas principalmente en su obra “Cultura, Culturas y Constitución”. Autores como Vaquer, Ruiz Robledo o Tajadura Tejada se cimentan expresamente en ese trabajo para erigir sus propias construcciones.

PRIETO (2008, 31), tras realizar un exhaustivo análisis de la Antropología concluye que para todos los antropólogos, la Cultura consiste en “la memoria hereditaria no genética de la sociedad” y que dicha memoria hereditaria puede verse, principalmente, de dos formas: como “la cultura”, un proceso acumulativo ininterrumpido al que contribuye toda la humanidad; o como “las culturas”, que expresan el modo de ser determinado de una comunidad, un pueblo o una nación, y que conforme a las teorías de Franz Boaz se comportan como organismos vivos. PRIETO (2008, 36) denomina a la primera “cultura general” y a la segunda “cultura étnica” y señala que la distinción entre ambos conceptos será muy útil para el Derecho, si bien no son más que “dos formas de mirar la cultura profundamente imbricadas”, que expone separadamente para poder analizar después el diferente juego que cada una de ellas tiene en la Constitución Española de 1978.

PRIETO realiza un intento de delimitación constitucional de la Cultura analizando tanto sus límites negativos como su extensión positiva.

Respecto a los límites negativos, observa que la Constitución, partiendo del art. 9.2 segmenta la realidad en la que incide en cuatro ámbitos materiales de la vida en sociedad: lo político, lo económico, lo cultural y lo social. Estos ámbitos parecen coincidir con los subsistemas sociales interactivos configurados por Talcott Parsons y los postulados de la tradición antropológica europea, pero debe tenerse en cuenta que las constituciones anteriores a la formulación de la teoría de Parsons ya empleaban las mismas categorías.

En todo caso, según Prieto, la enumeración y contraposición del art. 9.2 deja “entrever una concepción autónoma de lo cultural no

subordinada ni confundida con lo social” (descartando, por tanto, todas las visiones que lo cultural como una parte de lo social) y también que la cultura se configura como un “campo conceptual consistente y general, no casuístico”.

En este mismo sentido, VAQUER (1998, 93) señala que esa división de la actividad humana en cuatro bloques puede ser útil como una primera aproximación del concepto de cultura, pero responde a una noción estereotipada de la cultura, hoy superada por las circunstancias. Señala el ejemplo del cine, que el Tribunal Constitucional ha señalado que es cultura, espectáculo e industria al mismo tiempo, lo cual cuestiona la vigencia de una noción de cultura, arraigada en la sociedad, que lo reduce a la esfera superior espiritual o a la esfera del tiempo libre y el hobby, que consideraría la cultura como lo improductivo, contrapuesta la economía VAQUER (1998, 29).

Por ello, Vaquer señala que estos solapamientos demuestran la conexión entre los órdenes político, económico, social y cultural, lo que obliga a diferenciar entre ellos no por materias sino por los valores jurídicos que aparecen incorporados e incluso acumulados en dichas materias

En todo caso, coincidimos con Prieto de Pedro cuando señala que la consolidación de la terminología de “derechos políticos, económicos, sociales y culturales” permite una mejor sistematización de los bienes jurídicos protegidos y también ver, a través de su proceso, la evolución temporal de las preocupaciones temático-constitucionales, de manera que varias Constituciones contemporáneas (entre las que se incluye la española de 1978) muestran tener una concepción general de la cultura e incorporar el tema plenamente al ordenamiento jurídico. La cultura, como tema o materia, pasa por tanto a ocupar un lugar privilegiado en el diseño de la Constitución, al mismo nivel que lo político, lo económico y lo social, que marcan sus límites como tema.

El contenido de dicho espacio total y articulado es la extensión positiva del tema cultura, que en la Constitución se estructura, conforme a Prieto, en tres círculos: 1) El núcleo básico de los contenidos medulares del tema cultura, ocupado por los conceptos de arte, literatura, ciencia y técnica que se mencionan en los arts. 20.1.b), 44 y 118.1.17 2) Un círculo de encuadramiento institucional de ese núcleo, formado por las previsiones constitucionales sobre los procedimientos, activi-

dades e instituciones que funcionan como cauces de creación, transmisión o comunicación del arte, la literatura, la ciencia y la técnica, que son la educación, los medios de comunicación social, los museos, las bibliotecas, los conservatorios de música y la investigación de la ciencia y la técnica y 3) Un círculo de proyección de la cultura hacia materias a través de las que se prolonga, que son principalmente el medio ambiente, el ocio y el turismo.

Prieto termina señalando la relación constitucional entre la cultura y determinados valores, como son el desarrollo de la personalidad, la integración social y la calidad de vida.

En este punto, resulta especialmente sugerente la lectura de Presno Linera, quien hace ver que el libre desarrollo de la personalidad no como un derecho autónomo, sino como un principio o mandato de optimización que irradia la interpretación de todo el catálogo de derechos fundamentales. Así, el libre desarrollo de la personalidad funciona como criterio para reforzar las dimensiones de autonomía y de participación que ya están presentes, de forma dispersa, en distintos derechos (PRESNO LINERA, 2022, 29-3). Esta idea tiene una importancia capital en el tema nos ocupa, puesto que el derecho a la cultura no se agota en el acceso a bienes culturales, sino que se proyecta sobre las condiciones que hacen posible una vida cultural activa, en la medida en que todo ello incide directamente en la construcción de la personalidad.

VAQUER (1998, 94) señala que la labor de análisis de PRIETO está sin embargo inconclusa, porque le falta establecer la definición de cultura para inducir el criterio general en el que se ha basado para incluir unos contenidos y no otros, puesto que la cultura es un fenómeno histórico en constante evolución y por tanto “las definiciones enumerativas están llamadas a la obsolescencia”.

Por ello, propone una noción jurídica de la cultura por la que la cultura es el cúmulo de manifestaciones de la creatividad humana a las que la sociedad atribuye un valor intelectual o estético. Para ello, se basa en la idea de que la cultura tiene un carácter acumulativo sobre las creaciones humanas en las que se conjugan un elemento material y un elemento estimativo.

Tal y como Vaquer señala, el valor es el elemento determinante para configurar la acepción jurídica de la cultura, pero este varía en

función del sujeto que realiza la valoración, lo cual dificulta su comprensión porque dicha valoración dependerá del contexto intelectual de quien la realiza. Ese valor, dicho sea de paso, no se evalúa por el Derecho sino que viene dado por el interés que suscitan para una serie de disciplinas no jurídicas (VELASCO QUINTANA, 2017, 4)

Estando de acuerdo una definición de la cultura partiendo de los elementos materiales y valorativos de la cultura, así como con su carácter acumulativo, de modo que el crecimiento del número de manifestaciones que integran la cultura será lógicamente exponencial, consideramos sin embargo que el carácter del valor que debe tener una manifestación para ser considerada cultural debe ser matizada en vista de la incorporación al Patrimonio Cultural de elementos tales como el Patrimonio Industrial o el Patrimonio Inmaterial, cuyo valor no es intelectual ni estético sino eminentemente simbólico .

Además, como se verá más adelante, incorporar el valor simbólico como uno de los valores que definen una manifestación como cultural nos permite realizar muy fácilmente la conexión entre esta definición de cultura y la noción étnica de la misma.

Por otro lado, consideramos que la inclusión del sintagma “a las que la sociedad atribuye” en la definición introduce en la misma, de forma innecesaria, el debate sobre si el valor es una cualidad objetiva o subjetiva. El propio Vaquer declara decantarse por la segunda concepción (opción que compartimos), con lo que posiblemente la inclusión sea deliberada. Sin embargo, consideramos que esta es una cuestión no jurídica, y que decantarse por una u otra opción no tiene consecuencias jurídicas.

Debemos finalmente hacer una última apreciación, relativo al término “cúmulo”. El “cúmulo”, que en todo caso es preferible al “conjunto” en tanto que denota una mayor vinculación entre los elementos que se incluyen en él, responde sin embargo a una concepción estática que no podemos compartir, y ello por dos razones: 1) porque si las manifestaciones culturales inspiran nuevas el crecimiento del número de manifestaciones culturales es lógicamente exponencial, y por lo tanto es cada vez más difícil pretender fijar dichas manifestaciones en un único resultado. Y 2) porque esa retroalimentación, que es precisamente una de las características de la cultura, es también una de las causas del interés del Derecho por ella.

Lo que interesa al Derecho de la cultura, de esa agregación de manifestaciones de la creatividad humana, no es solo el estado actual de los resultados y el acceso más o menos general de los individuos a ellos, sino también la forma en la que se continúan generando nuevas manifestaciones, y por tanto, la cultura, como objeto de acción del Derecho, no debe ser visto como un cúmulo de manifestaciones sino como un proceso de acumulación de manifestaciones.

Por otro lado, si tenemos en cuenta la noción étnica de la cultura resulta que las manifestaciones que deben entenderse protegidas en este ámbito incluyen también aquellas cuyo valor no es estético sino simbólico.

En consecuencia, haciendo una recapitulación, podemos concluir que la cultura es el proceso de acumulación de manifestaciones de creatividad humana con valor intelectual, estético o simbólico, y que el Constitucionalismo moderno lo ha configurado como un tema o materia que ocupa un lugar privilegiado en el diseño de la regulación de la vida humana, al mismo nivel que lo político, lo económico y lo social, con los que guarda relaciones de interdependencia.

2. Democratización de la cultura y democracia cultural

Ciertamente, la importancia de los documentos que comentaremos posteriormente no puede asimilarse cabalmente si no se tiene en cuenta el cambio de paradigma producido en el ámbito de las políticas culturales en la segunda mitad del siglo XX, es decir, el nacimiento de la idea de la democracia cultural.

El comienzo de las políticas culturales modernas se sitúa en la V República Francesa con la creación del Ministerio de Asuntos Culturales en 1959 y el nombramiento de André Malraux como ministro de Cultura, que pone en marcha una política dirigida a hacer llegar la cultura a todos los sectores de la población. Nace así el paradigma de la democratización cultural, que surge en los principales países de Europa dentro del contexto del Estado de bienestar. Su enfoque se basa en la oferta, con el objetivo de hacer accesible a toda la sociedad la cultura de las élites. Para ello se implementa un amplio plan de difusión cultural, estructurado de manera bastante jerárquica, que incluye la

creación y promoción de infraestructuras culturales, así como el impulso de la educación y el desarrollo de públicos que respondan a dicha oferta cultural. Así, la política cultural enfocada en la democratización cultural pretende corregir las desigualdades presentes entre la población, relacionadas con factores como la educación, el género, la edad, la etnia o la clase social, con el fin de minimizar dicha brecha tanto como sea posible.

Durante esta etapa se consolida un modelo de políticas culturales que, además de en la protección del patrimonio cultural, se enfoca en promover una oferta cultural considerada de calidad a la que la ciudadanía pueda acceder sin distinción de clase social. Se impulsan diversas infraestructuras culturales, como museos, bibliotecas y teatros públicos, con el fin de acercar las “artes eruditas” a un público más amplio (BARBIERI, 2014). Un proyecto paradigmático de esta época fue la creación de las *Maisons de Culture* (Casas de Cultura), concebidas como un medio para democratizar el acceso a la cultura, con el objetivo de hacerla accesible a toda la población. En el caso de España, podemos mencionar como ejemplos de dicha política el Plan Nacional de Auditorios o la obligación establecida en la Ley de Bases de Régimen Local a todo municipio de más de 5.000 habitantes de contar con una biblioteca pública.

Si bien esta política cultural supone un avance de la en lo relativo al acceso de la ciudadanía a la cultura, se le critica porque en la práctica supone una reducción de la cultura al ámbito de lo elitista y porque supone separar la persona que consume cultura de la que la produce.

Además, podemos señalar que este paradigma de política pública trasluce una visión parcial o sesgada de lo que es la cultura, y no solo porque en la práctica se ha centrado en la cultura de las élites sociales, sino porque la noción del acceso a la cultura supone concebir la misma como un objeto estático, en lugar del proceso que hemos aludido antes.

Tras las protestas de 1968 surge un nuevo paradigma social que busca romper con el modelo vigente y propone un sistema basado en la igualdad de género, la participación ciudadana, el crecimiento cualitativo y la mejora de la calidad de vida (LOPEZ DE AGUILETA, 2000), y que en el ámbito de la cultura demandan incluir en la vida cultural a grupos que hasta entonces habían sido excluidos, de modo que las

llamadas culturas alternativas comienzan a ganar un espacio hasta entonces reservado a la cultura de élite (FERNANDEZ PRADO, 1991) (LOPEZ DE AGUILETA, 2000). Nace así la idea de la democracia cultural, que busca que la ciudadanía no solo consuma arte y cultura de manera pasiva, sino también que participe activamente y desarrolle su propia vida cultural con libertad, responsabilidad y autonomía. (LOPEZ DE AGUILETA, 2000)

Así, el paradigma de la democracia cultural es revolucionaria con respecto al de la democratización de la cultura tanto en la dimensión individual como en la colectiva, y ello porque no solo supone para los derechos de los individuos poner de relieve la importancia de la participación de todas las personas en la vida cultural (individualmente o en grupos organizados), sino porque, al hacerlo, se garantiza la continuidad del proceso y la diversidad en las incorporaciones a la misma, redundando así en una mayor protección de la cultura.

3. El derecho a participar en la cultura como derecho humano

Si bien resulta un lugar común señalar la fragilidad de los derechos culturales dentro del conjunto de los derechos humanos, así como la aparente falta de reconocimiento por parte de las autoridades, entendemos que es también necesario para poner de relieve la necesidad de fortalecerlos doctrinalmente y fomentar su investigación. En este sentido, podemos mencionar textos como “Los derechos culturales, una categoría descuidada de los derechos humanos”, firmado por Januzs Symonides o el documento “Los derechos culturales, una categoría subdesarrollada de los derechos humanos” preparado por el seminario del llamado grupo de Friburgo, del que derivaría la Declaración de Friburgo de 2007. Decía Prieto De Pedro que “los derechos culturales viven la paradoja de ser un concepto de éxito, pero a la vez polémico e insuficientemente elaborado”, ya que “una de sus concreciones, los derechos colectivos, se han convertido en el cabo de las tempestades de la crítica liberal” y “desde el punto de vista doctrinal, los derechos culturales aparecen insatisfactoriamente desarrollados, lo que les relega a la condición de pariente pobre de los derechos humanos” (PRIETO DE PEDRO, 2008 , 19).

Tal y como ha explicado la Federación Iberoamericana de Ombudsmen, en su X Informe sobre derechos humanos, que trató con carácter monográfico los derechos culturales, en el plano del derecho internacional se suele hablar sobre los derechos culturales como una parte indisociable de los Derechos Humanos, tomando como punto de partida los instrumentos básicos de carácter universal adoptados por la iniciativa de la ONU y la UNESCO, entre los que destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966 (PIDESC) y la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, de 2 de noviembre de 2001 (Federación Iberoamericana de Ombudsmen, 2013, 26).

Así, y sin perjuicio de la clásica distinción de los derechos humanos de primera segunda y tercera generación, el derecho a la cultura se configura como un auténtico derecho humano.

La vertiente del derecho a participar en la vida cultural ha sido especialmente desarrollada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 15.1.a) establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona participar en la vida cultural” y en las Observaciones Generales realizadas por el Comité a la misma, entre los que destacamos la Observación General número 21.

En este documento, el Comité hace un desglose detallado del artículo 15.1.a) del Pacto o de sus “elementos”¹, realizando una explicación del significado de “toda persona”, “vida cultural”, y “participar o tomar parte”. Sin perjuicio del interés que pudieran tener las apreciaciones sobre el contenido o significado de las expresiones “toda persona” y “vida cultural”, consideramos que el elemento más importante de los citados, por su trascendencia en las obligaciones jurídicas originadas por el Pacto es el de “participar o tomar parte”, que el Comité comienza aclarando que tienen el mismo significado y son utilizados indistintamente en otros instrumentos internacionales y regionales²,

¹ Empleando la terminología utilizada en la Observación en el encabezado del apartado II.A.

² Párrafo 14.

para, a continuación, señalar que este derecho a participar o tomar parte en la vida cultural tiene, “entre otros, tres componentes principales relacionados entre sí: a) la participación en la vida cultural; b) el acceso a la vida cultural, y c) la contribución a la vida cultural”³:

- a) La participación en la vida cultural supone, conforme al texto aprobado por el Comité, el derecho de toda persona (de forma individual o colectiva) a actuar libremente, a escoger su propia identidad, a identificarse o no con una o con varias comunidades, o a cambiar de idea, a participar en la vida política de la sociedad, a ejercer sus propias prácticas culturales y a expresarse en la lengua de su elección, así como a buscar, desarrollar y compartir con otros sus conocimientos y expresiones culturales, y a actuar con creatividad y tomar parte en actividades creativas.
- b) El acceso a la vida cultural supone, conforme al texto aprobado por el Comité, el derecho de toda persona (también de forma individual o colectiva) a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información, y a recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su identidad cultural.
- c) La contribución a la vida cultural supone, de acuerdo con el Comité, al derecho de toda persona a contribuir a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad y a participar en el desarrollo de la comunidad a la que pertenece, así como en la definición, formulación y aplicación de políticas y decisiones que incidan en el ejercicio de sus derechos culturales.

Por lo que hemos observado, de acuerdo con la Observación General, tan solo uno de los componentes del derecho a participar en la vida cultural tiene de forma expresa un contenido prestacional. Sin embargo, la obligación de los estados de garantizar el acceso a la vida cultural tiene unas consecuencias de gran relevancia, ya que exige la efectiva realización de políticas públicas siguiendo los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad e idoneidad,

³ Párrafo 15.

en los términos en los que se recoge en el apartado II.B de la Observación General, siendo singularmente relevantes en tanto actividades prestacionales los principios de disponibilidad y accesibilidad que implican tanto “la presencia de bienes y servicios culturales que todo el mundo pueda disfrutar y aprovechar”⁴ como “la existencia de oportunidades efectivas y concretas de que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura que esté al alcance físico y financiero de todos, en las zonas urbanas y en las rurales, sin discriminación”⁵. En este sentido, entendemos que el derecho a la contribución a la vida cultural debe implicar también el derecho a recibir la formación necesaria para poder tener la oportunidad de hacer efectiva dicha contribución.

Además, debemos tener en cuenta las obligaciones generales de los Estados parte respecto al Pacto, que se contienen en la Parte II del mismo, formado por los artículos 2 a 5, entre los cuales destacamos el compromiso de cualquier Estado parte, en aplicación del art. 2.1 del Pacto de “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos” reconocidos en el mismo, así como el compromiso adoptado en el art. 3 del Pacto, también por todos los Estados parte,” a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados” en él.

Por otro lado, si bien no se trata de un documento jurídicamente vinculante, no podemos pasar por alto la Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, reunida

⁴ Párrafo 16.a.

⁵ Párrafo 16.b.

en Nairobi del 20 de octubre al 30 de noviembre de 1970⁶, en cuyos Considerandos podemos encontrar las siguientes afirmaciones:

- el desarrollo cultural no solamente complementa y regula el desarrollo general sino que es además un verdadero instrumento del progreso.
- la cultura forma parte integrante de la vida social y que a ese respecto la política cultural debe considerarse en el marco más amplio de la política general de los Estados; que la cultura es, por su propia naturaleza, un fenómeno social, el resultado de la creación común de los hombres y de la acción que ejercen unos sobre otros;
- la cultura se considera cada vez mas como un componente importante de la vida humana y uno de los principales factores del progreso; que una condición esencial de ese progreso es el continuo crecimiento de las posibilidades espirituales de la sociedad basadas en el desarrollo integral y armonioso de todos sus miembros y en la plena manifestación de sus facultades creadoras;
- la cultura ha dejado de ser únicamente una acumulación de obras y de conocimientos que produce, compila y conserva una minoría selecta para ponerlos al alcance de todos, o que un pueblo rico por su patrimonio ofrece a otros como modelo del que les hubiere privado la historia; que la cultura no se limita al acceso a las obras de arte y a las humanidades sino que es a la vez adquisición de conocimientos, exigencia de un modo de vida, necesidad de comunicación;
- la participación del mayor número posible de personas y asociaciones en las actividades culturales más diversificadas y libremente escogidas es indispensable para el desenvolvimiento de los valores humanos esenciales y de la dignidad del individuo; que el acceso de amplias capas de la población a los bienes culturales sólo se puede asegurar si se reúnen las condiciones económicas que permitan a los interesados no sólo disfrutar de

⁶ El texto que hemos consultado se encuentra en el siguiente link: <https://f5vip1.unesco.org/es/legal-affairs/recommendation-participation-people-large-cultural-life-and-their-contribution-it> Consultado por última vez el 11-09-2024.

esos bienes, sino también participar activamente en todas las manifestaciones de la vida cultural así como en el proceso del desarrollo cultural;

- el acceso a la cultura y la participación en la vida cultural son dos aspectos complementarios de una misma realidad percibida en la reciprocidad de sus efectos, y que el acceso puede favorecer la participación en la vida cultural, y la participación, puede ensanchar el acceso a la cultura al darle su verdadero sentido y que, sin participación, el mero acceso a la cultura está necesariamente muy por debajo de los objetivos del desarrollo cultural.

Dicha Recomendación da su propia definición sobre lo que son el acceso a la cultura y la participación en la vida cultural. Así, a los efectos de la Recomendación (I.2) se entiende por acceso a la cultura la posibilidad efectiva para todos, principalmente por medio de la creación de condiciones socioeconómicas, de informarse, formarse, conocer, comprender libremente y disfrutar de los valores y bienes culturales; y se entiende por participación en la vida cultural la posibilidad efectiva y garantizada para todo grupo o individuo de expresarse, comunicar, actuar y crear libremente, con objeto de asegurar su propio desarrollo, una vida armoniosa y el progreso cultural de la sociedad.

Sentado lo anterior, se propone toda una batería de propuestas para conseguir que las “masas populares” puedan efectivamente acceder a la cultura y participar en la vida cultural, entre las que cabe destacar, por ser la primera mención expresa que encontramos a los hacedores de cultura no profesionales, que los Estados miembros deberían dedicar una atención especial a las actividades creadoras, culturales y artísticas no institucionales y no profesionales, y prestando todo el apoyo posible a las actividades de aficionados en toda su diversidad (7.a), así como crear estructuras consultivas en los planos local, regional y nacional, integradas por representantes de grupos y movimientos profesionales y sociales interesados, que participen en la determinación de los objetivos, cauces y medios de la acción cultural (7.b).

Finalmente, destacamos también la previsión expresa de las políticas de educación en cultura como medio para garantizar el acceso y la participación, al señalar en su apartado 15 que “los Estados Miembros o las autoridades competentes deberían:

a) relacionar sistemáticamente el proyecto cultural con el proyecto educativo, en la perspectiva de la educación permanente y que englobe la familia, la escuela, la vida comunitaria, la formación profesional, la formación permanente y la acción cultural;

b) asegurar el acceso de las masas populares al saber teniendo en cuenta la necesidad de crear las condiciones sociales y económicas que garanticen su participación en la vida de la comunidad y transformar, cuando proceda, los sistemas, el contenido y los métodos de enseñanza;

c) desarrollar sistemáticamente los programas de educación cultural y de formación artística en todos los niveles, solicitando, para ello, la contribución de los encargados de la acción cultural y de los artistas.”

Por lo tanto a nuestro juicio resulta claro que tanto el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como los textos internacionales que desarrollan el derecho a la cultura requieren para su efectivo cumplimiento una labor activa de los poderes públicos para la realización de los derechos y en concreto para facilitar la participación de la ciudadanía en la vida cultural, más allá de aquellas personas que se dediquen profesionalmente al ámbito de la cultura, produciendo así una visión de la política cultural más próxima a la democracia cultural que a la democratización de la cultura.

4. El derecho a la cultura en la Constitución Española

Sin perjuicio de otras menciones a la cultura que se realizan a lo largo del texto constitucional, la Constitución española consagra el derecho a la cultura en artículo 44.1, conforme al cual “Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”.

Prieto De Pedro ha señalado al respecto que el derecho a la cultura es el centro de gravedad de la Constitución española, puesto que su constitucionalización supone “un paso decisivo en pro de una visión plena y articulada de los diversos fenómenos que encierra lo cultural, hasta ahora fragmentados y dispersos”, y que, no obstante de su inferior garantía, su mención constitucional supone un “catalizador posi-

vo en la valoración público subjetiva de la cultura a lo ancho del ordenamiento jurídico”. (PRIETO DE PEDRO, 1996, 213)

Por su parte, Vaquer ha señalado que este precepto tiene una relación directa con el estado social, puesto que implica la universalización de los ámbitos de intervención estatal lo cual en cultura supone pasar de preocuparse de la instrucción pública y el patrimonio cultural a todo lo cultural, y que esta previsión constitucional consagra la máxima de Ortega y Gasset de qué “todo trabajador tiene derecho a que se le dote de conciencia cultural” (VAQUER CABALLERIA, 1998, 67)

Sin perjuicio de lo anterior, creemos indispensable llamar la atención sobre dos elementos cruciales en la redacción de este artículo, como son el contenido del derecho protegido y el titular del mismo.

Respecto del contenido del derecho, debemos señalar que lo que se protege en la Constitución española es el derecho al acceso a la cultura sino el derecho a la cultura misma, tal y como se desprende de un simple análisis gramatical del texto, puesto que “acceso” es masculino y “cultura” femenino. Esto trae unas importantes consecuencias jurídicas, tal y como veremos posteriormente.

Respecto a los titulares, debemos señalar la importancia de ese “todos” al señalar el sujeto del derecho, puesto que obviamente se tiene que referir a toda persona, independientemente de sus condiciones personales y materiales tales como la edad, la formación, la nacionalidad, la situación administrativa, etc., e incluso podríamos llegar al extremo de entender incluidos dentro del sujeto de este derecho a la cultura no solamente a las personas físicas sino también a las jurídicas. Del mismo modo que en el art. 31 CE el “todos contribuirán” supone que cualquier sujeto con capacidad económica, sea nacional o extranjero, persona física o jurídica, está llamado a contribuir al sostenimiento del gasto público, el “todos” del art. 44.1 CE supone que cualquier persona tiene derecho a la cultura, de tal suerte que se podría hablar de que existen unos derechos y obligaciones que extensibles a todos comparten respecto del Estado por su vida en comunidad.

Respecto de la obligación de los poderes públicos de promover y tutelar el acceso a la cultura, una primera lectura puede hacernos entender que el mandato se circunscribe al acceso a la cultura en el sentido en que lo definía la Recomendación, y que por tanto la función de los poderes públicos debe limitarse en poner a disposición de la ciu-

dadanía una oferta cultural en términos accesibles para ellos, siguiendo los postulados de la democratización de la cultura. Sin embargo, creemos que realmente que esta interpretación debe ser desechada.

Por un lado, desde el punto de vista del cumplimiento con el Reino de España de la seguridad acciones adquiridas conforme a los tratados internacionales está claro la obligación de cumplir con para que la nación universal de Derechos Humanos y el pacto internacional de derechos sociales económicos y culturales que tal y como hemos visto antes establece unas obligaciones para facilitar la participación de todas las personas en la vida cultural, de modo que conforme el artículo 10.2 CE resulta claro la obligación de respetar dicho mandato.

Pero además, si entendemos la cultura como proceso tal y como la hemos definido *supra*, el derecho a la misma debe implicar necesariamente una labor de los poderes públicos dirigida a la continuación de ese proceso, puesto que su paralización implicaría la desaparición de la cultura como obra propia del ser humano que vive en comunidad. Así, la protección del derecho a la cultura implica necesariamente garantizar no solamente el acceso de las personas a las manifestaciones culturales existentes en cada momento ni tampoco el derecho de las personas que lo deseen a realizar una manifestación de creatividad que se sume al cumulo de manifestaciones existente, sino a garantizar que las personas continúen efectivamente realizando dichas manifestaciones, para lo cual será necesario que los poderes públicos desplieguen toda una serie de políticas basadas en técnicas de fomento.

5. *El derecho a la cultura en las Constituciones de Italia y Portugal*

Sin perjuicio de otras menciones en el articulado de la Constitución italiana, a nuestro juicio el artículo más importante de la Constitución italiana en relación con el tema que nos ocupa es el artículo 9, que establece que “la República promueve el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica”⁷. Si bien no se configura apa-

⁷ La versión de la Constitución Italiana consultada para este trabajo es la versión en castellano accesible en la página web del Senado de Italia:

rentemente como un derecho, entendemos que el mandato constitucional resulta meridianamente claro, puesto que considerando la cultura tal y como lo hemos definido antes, promover el desarrollo de la misma se relaciona de forma directa con el mandato de los poderes públicos en España tal y como los hemos mencionado en el apartado anterior. Este artículo 9 resulta así ejemplar como instrumento jurídico puesto que, en la sencillez de su exposición, encierra un concepto de honda trascendencia.

En la doctrina italiana, la idea de “Stato di cultura” formulada por Spagna Musso permite comprender el sentido constitucional del art. 9 y de la dimensión cultural del Estado más allá de una mera cláusula programática. Para este autor, el Estado democrático se transforma en “Estado de cultura” cuando tutela su propia democraticidad garantizando, junto a la libertad, el desarrollo de la cultura (SPAGNA MUSSO, 1961, 429-431). Esa doble exigencia se traduce en la necesidad de articular una protección jurídica específica mediante derechos públicos subjetivos con garantías más intensas que la tutela genérica de la libertad de expresión, y en un haz de técnicas de intervención estatal (directas y de control) sometidas a límites finalistas (SPAGNA MUSSO, 1961, 434-442).

En el caso de la Constitución portuguesa⁸ podemos encontrar una mención expresa a la democracia cultural en el art. 2 así como diversas menciones a los derechos culturales y su realización en el articulado, en el que cabe destacar el artículo 73 primer apartado comienza a proclamando que “todos tienen derecho a la educación y a la cultura”, que inspiró la redacción del artículo 44 de la Constitución española, eso es lo que hacemos extensibles las consideraciones que hemos realizado respecto de esta. Sin embargo, el artículo 73, introduce el apartado 3 un contenido que no encontramos en el texto español, cuando dispone que “El Estado promueve la democratización de la cultura,

https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_SPAGNOLO.pdf
Consultado por última vez el 22-09-2024.

⁸ La versión de la Constitución de Portugal consultada para este trabajo es la versión en castellano accesible en la página web https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005?lang=es Consultado por última vez el 22-09-2024.

incentivando y asegurando el acceso de todos los ciudadanos al disfrute y creación cultural, en colaboración con los órganos de las colectividades de cultura y recreo, las asociaciones de defensa del patrimonio cultural, organizaciones de ciudadanos y otros agentes culturales”. Dicho mandato se refuerza en el artículo 78, que por su claridad no nos resistimos a reproducir íntegramente:

“Artículo 78. Disfrute y creación cultural

1. *Todos tienen derecho al disfrute y creación cultural así como el deber de preservar, defender y valorar el patrimonio cultural.*

2. *Incumbe al Estado, en colaboración con todos los agentes culturales:*

- *Incentivar y asegurar el acceso de todos los ciudadanos a los medios e instrumentos de acción cultural, así como corregir las asimetrías existentes en el país en este campo.*

- *Apoyar las iniciativas que estimulen la creación individual y colectiva en sus múltiples formas y expresiones, y una mayor circulación de las obras y los bienes culturales de calidad.*

- *Promover la salvaguarda y la valorización del patrimonio cultural convirtiéndolo en elemento vivificador de la identidad cultural común.*

- *Desarrollar las relaciones culturales con todos los pueblos, especialmente los de lengua portuguesa, y asegurar la defensa y promoción de la cultura portuguesa en el extranjero.*

- *Articular la política cultural con las demás políticas sectoriales.”*

Así por tanto, la Constitución de Portugal realiza menciones expresas tanto a la democratización de la cultura como a la democracia cultural e introduce en su articulado mandatos expresos a los poderes públicos para hacer realidad el derecho a la cultura en su sentido más amplio.

6. Conclusiones

Si bien el término «cultura» puede considerarse ambivalente, en el ámbito de las ciencias jurídicas adquiere un sentido propio: delimita un conjunto de prácticas, instituciones y bienes dotados de valor que estructuran la vida en comunidad. La comparación de los textos constitucionales español, italiano y portugués muestra que, con técnicas distintas, atribuyen a ese ámbito una relevancia de primer orden. En este sentido, compartimos la necesidad de poner el texto constitucional en relación con su contexto cultural para una mejor interpretación y, al mismo tiempo, la cautela de Häberle: «hay que evitar, sea como sea, que el texto jurídico se pierda en el proceloso océano de la cultura».

Recogiendo las tesis de LUCAS VERDÚ sobre la Constitución como ciencia cultural fundada en valores (LUCAS VERDÚ, 1997) y tomando la idea de Spagna Musso de que el “Estado de cultura” se conecta con el propio carácter democrático del Estado (SPAGNA MUSSO, 1961, 429-431), entendemos que una interpretación sistemática de los tres textos constitucionales conduce a un mismo núcleo normativo: todas las personas tienen derecho a la cultura y los poderes públicos deben promover su desarrollo generando un marco de libertad y de fomento que haga posible una participación cultural efectiva. En el caso español, la lectura conjunta de ese mandato con el art. 10.1 CE refuerza su anclaje en la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad, entendido como principio irradiador de la fundamentalidad de los derechos (PRESNO LINERA, 2022, 29-33).

Referencias bibliográficas

- Federación Iberoamericana de Ombudsmen . (2013). *X Informe sobre Derechos Humanos. Derechos Culturales*. Madrid: Trama.
- Fernandez Prado, E. (1991). *La política cultural. Qué es y para qué sirve*. Gijón: Ediciones Trea.
- Häberle, P. (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos.
- Lopez De Aguileta, I. (2000). *Cultura y ciudad. Manual de política cultural*

municipal. Gijón: Trea.

Lucas Verdú, P. (1997). *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madrid: Dykinson.

Presno Linera, M. A. (2022). *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons.

Prieto De Pedro, J. (1996). Comentario al art. 44.1 - El derecho a la cultura. En O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (págs. 207-216). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

Prieto De Pedro, J. (2008). Derechos culturales, el hijo pródigo de los Derechos Humanos. *Crítica* n° 952.

Spagna Musso, E. (2008). Lo Stato di Cultura nella Costituzione Italiana. En E. Spagna Musso, *Scritti di diritto costituzionale* (págs. 391-573). Milano: Dott. A Giuffrè Editore.

Vaquer Caballeria, M. (1998). *Estado y cultura*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Franco Trubiani*

LE NUOVE FORME DI VULNERABILITÀ
NEL MONDO DIGITALE
TRA LA DISCIPLINA CONSUMERISTICA
ED IL NUOVO REGOLAMENTO EUROPEO
SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE (AI ACT)

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. La consapevolezza del consumatore e le sue molteplici declinazioni. – 3. La psicologia della decisione ed il ruolo del diritto. – 4. Il mercato digitale e le tecniche di c.d. neuromarketing.

1. *Note introduttive*

L'evoluzione tecnologica degli ultimi anni e l'erompere delle piattaforme digitali ha fatto emergere la necessità di individuare ed indagare le nuove esigenze di tutela giuridica dei soggetti coinvolti nella scelta di consumo.

La riflessione, pertanto, si è spostata sugli aspetti giuridici della psicologia della decisione e su di un diverso modello di “*homo heuristics*” da considerare alla base della nozione di consumatore medio.

La figura del consumatore medio è stata fino ad ora tipizzata prendendo a modello un soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto (ma non specializzato) (CARLEO, 2010, 688; TENELLA SILLANI, 2009, 775; ZORZI GALGANO, 2010, 449; CAMARDI, 2010, 408; GRISI, 2013, 5.), che, valutate tutte le circostanze del caso, si aspetterebbe un determinato comportamento da parte del professionista¹.

Il consumatore medio si caratterizza, pertanto, per essere una figura *per relationem*, cioè legata alla condizione specifica che caratterizza

* Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.

¹ Critica già sul punto ADDIS, (2007), 72, la quale ritiene il concetto di consumatore medio “desueto” poiché non considera che gli strumenti del *marketing* più moderno consentono di individuare e definire pratiche sempre più mirate non alla classe indistinta di consumatori ma ai soggetti sempre meglio individuati.

il consumatore rispetto alla singola operazione e al contesto situazionale (PAGLIANTINI, 2021, 7; MAZZAMUTO, 2020, 611 ss.).

Tale parametro di matrice oggettiva potrebbe indurre a ricordare la figura del “buon padre di famiglia” di tradizione codicistica², almeno sotto il profilo del grado di cautela che egli utilizza per rapportarsi al mercato di riferimento quando effettua una scelta di consumo (PIRAINO, 2010, 1117 ss.; DE CRISTOFARO, 2012, 1086 ss.), anche se resta sempre la necessità di operare un bilanciamento fra una scelta che possa realmente definirsi consapevole e il grado di autoresponsabilità che comunque il consumatore deve assumersi.

L'adozione come paradigma di riferimento della nozione di consumatore del c.d. “*homo oeconomicus*”, inteso come modello di attore razionale, è divenuto negli anni “*fonte di produzione di regole giuridiche implicite*”³, anche per quanto riguarda le pratiche commerciali scorrette.

Il perimetro dei confini del modello di “consumatore medio” sul quale viene valutata la correttezza delle tecniche di *marketing* è stato conformato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE⁴ che, in più occasioni, si è dimostrata fortemente legata alla nozione di “*homo oeconomicus*”, prescindendo dal contributo delle scienze comportamentali⁵.

² Figura che, secondo l'insegnamento di un Maestro del diritto civile, “*costituisce il metro dell'attività diretta alla tutela o realizzazione di interessi altrui, cosicché è insita in essa l'idea di una speciale sollecitudine che deve guidare l'obbligato nella sua attività*” (così GIORGIANNI, (1968), 597. Con più ampio riferimento alla teoria soggettivistica della responsabilità da inadempimento contrattuale v. ID., (1975), 188 ss..

³ Così ZOPPINI, (2022), 316, il quale aggiunge che quanto già sostenuto produce delle conseguenze sia sul piano del diritto privato generale che per quanto concerne il diritto privato regolatorio.

⁴ Tra le altre v. già Corte Giust. UE, 6 luglio 1995, C-470/93; Corte Giust. UE, 16 luglio 1998, C-210/96.

⁵ Fa eccezione la pronuncia “Tekanne” (Corte Giust. UE, 4 giugno 2015, C-195/14), seppur con riferimento al differente settore dell'etichettatura dei prodotti alimentari. Il caso posto alla base della pronuncia riguardava un infuso che, recando in etichetta il riferimento grafico al lampone ed alla vaniglia, riportava nell'elenco ingredienti solo la presenza di aromi della frutta. La Corte ha ritenuto corretta la possibile valutazione di ingannevolezza del *packaging* che avrebbe potuto indurre un “consuma-

Ciò malgrado da diversi anni parte della letteratura economica ha sostenuto che il comportamento del consumatore sia volto a massimizzare il proprio benessere individuale e sia in qualche modo basato su elementi impulsivi ed emotivi (ZOPPINI, 2020, 208) e che la scelta di consumo sia pressoché sempre una scelta limitata nei propri processi cognitivi e decisionali e, pertanto, irrazionale negli esiti (ZOPPINI, 2020, 314).

D'altronde, come già osservato da autorevole dottrina, lo stesso mercato “*non è soltanto offerta di beni, ma pure offerta di dati suggestivi, emotivi, conoscitivi*” (N. IRTI, 2004, 73).

2. La “consapevolezza” del consumatore e le sue molteplici declinazioni

Ancor prima di soffermarsi sulla nozione di consumatore medio appare utile richiamare la nozione di consumatore e la difficoltà di una sua rinnovata *reductio ad unum* nel quadro di un concorrere di discipline, tenendo tuttavia presente la necessità di non perdere i capisaldi comuni nel moltiplicarsi delle specificità, le quali, tutte, convergono sulla importanza che assume la piena consapevolezza del consumatore, inteso nelle sue diverse accezioni.

La frammentazione della figura del consumatore a seguito della produzione di svariate normative di settore⁶ rappresenta oramai un dato evidente⁷ e che trova sempre maggiore riscontro anche a livello giurisprudenziale⁸.

tore medio” a ritenere presente la frutta tal quale anziché i semplici aromi. Sul punto, per un più dettagliato commento, si vedano GONZALEZ VAQUÈ, (2015), 43 ss.

⁶ Con particolare riguardo alla crisi di un mercato che si autoregola e che è fondato sulla idea di una interazione fra soggetti razionali fondamentale resta fondamentale il rinvio a DENOZZA, (2014), 22.

⁷ Come aveva da tempo rilevato, fra i molti, ROSSI CARLEO, (2010), 688.

⁸ Si veda, a titolo esemplificativo e fra le più recenti Cass. civ., 16 gennaio 2020, n. 742, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, pp. 688 ss., con nota di U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del “professionista di rimbalzo”*, sulla complessa questione dell’applicabilità della disciplina consumeristica ai negozi fideiussori su cui la Corte di Cassazione (v. poi, con riferimento all’applicazione del foro del consumatore, Cass. civ., 5 giugno 2020, n. 10673, in *Dejure*), solo qualche anno fa ha mutato il proprio orientamento

L'esperienza della contrattazione bancaria, finanziaria, assicurativa e, da ultima, anche quella legata al mercato energetico ed al turismo, hanno definitivamente ampliato l'ambito delle definizioni, prevedendo, in particolare, un raccordo tra le discipline di settore ed i principi a carattere "generale" espressi dal Codice del consumo⁹.

Un interessante punto di partenza si può rinvenire, già con maggiore evidenza rispetto ad altri settori, nella tutela del consumatore proprio nel settore energetico e nel settore del turismo¹⁰, i quali rap-

considerando «consumatore» il fideiussore-persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio). Si nega, in sostanza, che la qualifica di professionista del fideiussore possa derivare dal debitore principale come se fosse un professionista (o un consumatore) «di riflesso» o «di rimbalzo», dovendo, più che altro, valorizzarsi il concreto ruolo svolto nello specifico affare, facendo sì che soltanto l'esame della posizione effettivamente ricoperta dal fideiussore (il quale potrebbe essere, magari, un familiare che rilasci la garanzia *affectionis causa*) rispetto al rapporto debitorio principale possa consentire di affermare o meno la ricorrenza della nozione di consumatore.

Sul tema si vedano le riflessioni di BARBA, (2018), 1251 ss., spec. 1268-1269.

⁹ I rapporti tra codice civile e codici di settore sono stati attentamente indagati dalla dottrina, con particolare riferimento proprio al rapporto tra codice civile e codice del consumo. La notorietà del dibattito esime dal richiamare a questa sede la copiosa e ben nota letteratura, limitandosi ad un rinvio di carattere generale, cfr. CARLEO, (2009), 469 ss.

¹⁰ Con riferimento alla figura del turista, la novella del 2018 (d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62) ha recepito la scelta metodologica adottata dalla Direttiva 2015/2302/UE, alla stregua della quale la nozione di "turista" lascia il posto a quella più ampia di "viaggiatore"; favorevole a questa scelta si mostrano essere DE CRISTOFARO, (2017), 1113 ss.; GRISI, MAZZAMUTO, (2018), 204.

All'interno di questa nozione rientrano, accanto ai consumatori, i "*rappresentanti di piccole imprese o liberi professionisti che prenotano viaggi legati alla loro attività commerciale o professionale tramite gli stessi canali usati dai consumatori*" (considerando 7), con l'esclusione dei "pacchetti" riconducibili ad un accordo quadro per l'organizzazione di viaggi stipulato fra professionisti.

Ne discende un rilievo assai maggiore del profilo oggettivo rispetto a quello soggettivo, anche se la persistente rilevanza del consumatore potrebbe rinvenirsi nella necessità di ricorrere alla disciplina generale del diritto dei contratti e, quindi anche dei contratti del consumatore, per quanto riguarda gli aspetti non disciplinati. La qualità

presentano utili esempi atti a verificare il raccordo tra discipline orizzontali e verticali: tale raccordo, peraltro, impone di tener conto delle novità, le quali, tuttavia non sempre travolgono del tutto ciò che esiste e persiste¹¹.

Sorgono, difatti, forti difficoltà qualora si tenti di applicare il criterio della specialità al fine di risolvere le antinomie fra Codice del consumo e discipline che, in base ad altre logiche sistematizzanti, sembrano segmenti indipendenti, i quali vanno però collegati in una dimensione giuridica più ampia e complessa¹².

Ogni nuova definizione, tuttavia, sembra richiamare, per utilizzare la bella immagine offerta da un'attenta autrice, *“un sasso gettato con crescente vigore nell'acqua di uno stagno”* (ROSSI CARLEO, 2020, 639). Si determina, difatti, il dilatarsi del perimetro dei cerchi che, però, vengono ad aggiungersi l'uno all'altro, ma che, in quanto concentrici, impongono, comunque, di non ignorare del tutto la centralità del consumatore nel dilatarsi di una figura, la quale si amplia, pur non travolgendo la primitiva configurazione.

Si impone, pertanto, la ricerca di criteri idonei ad individuare correttamente i rapporti tra le diverse discipline.

Per quanto riguarda il tema della libertà di scelta del consumatore, nelle sue diverse accezioni, e che in questa sede maggiormente interessa, va notato che esso si pone con riferimento ad una ulteriore moltiplicazione: quella determinata dal poliformismo degli obblighi informativi.

di consumatore, inglobata in quella di viaggiatore, di turista, ma anche di passeggero (nei contratti di trasporto), di ospite (nei contratti di albergo) ha di certo perso la sua identità: si è progressivamente determinata non tanto una segmentazione della figura del consumatore, che pure rappresenta tuttora un indiscusso riferimento, quanto, piuttosto un dilatarsi dei suoi contorni che ne hanno sfocato i tratti caratterizzanti.

¹¹ A questo riguardo emerge con particolare forza la nuova figura del *prosumer*: sul punto di recente, v. RUGGERI, (2022), 392 ss., la quale ritiene che in questo settore *“si assiste, pertanto, ad una ulteriore evoluzione dei criteri che delimitano l'operare delle protezioni consumeristiche stabilendo che colui che gestisce l'impianto produttivo non potrà mai essere considerato consumatore bensì sarà un professionista al servizio dell'autoconsumatore”*. In argomento v. anche MAUGERI, (2020), 85 ss.; MELI, (2020), 630 ss.; CAPPELLI, (2022), 1185 ss.

¹² Utili indicazioni in CARLEO, (2009), 121 ss.

Gli obblighi informativi costituiscono uno dei pilastri, ma non certamente l'unico, sul quale si basa la consapevolezza. Tali obblighi si caratterizzano in diversi modi, assumono connotati diversi ed una diversa rilevanza con riferimento a specifiche attività di consumo, risulta tuttavia innegabile che essi mirano al medesimo risultato¹³.

Frammentazione e riagggregazione che segnano la nozione di consumatore e la sua consapevolezza riaffiorano, quindi, anche per quanto riguarda il modo di intendere il consumatore medio, dovendo tenere conto del punto nodale dal quale muove ogni ragionamento al riguardo: si guarda, difatti, alla necessaria consapevolezza che deve assistere le scelte di consumo e coinvolge, già a monte, la figura del consumatore medio, che tutte queste figure dovrebbe ricomprendere¹⁴.

Di recente in giurisprudenza si segnala un importante arresto del Consiglio di Stato¹⁵, il cui caso posto alla base si riferisce ai clienti di una finanziaria con riferimento ad una ipotesi di vendita abbinata di prodotti ed in cui viene in rilievo che esso si caratterizza per il concorrere di due differenti discipline legislative che debbono trovare applicazione: quella relativa ai prodotti assicurativi, il cui riferimento va nello specifico al disposto di cui all'art. 120 *quinquies* cod. ass. (*"Vendita abbinata"*), come introdotto dal d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68 di *"Attuazione della direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 gennaio 2016, relativa alla distribuzione assicurativa"* e quella relativa alle pratiche commerciali scorrette introdotta dalla dir. 2005/29/UE e recepita dal Codice del consumo negli artt. 18 ss. cod.

¹³ Il tema trascende queste brevi notazioni, seppure ne costituisce una necessaria premessa proprio per guardare al concorrere delle discipline, come peraltro accenneremo ancora in seguito, per un inquadramento appare utile un primo rinvio a ALESSI, (2023), 254 ss.

¹⁴ In una interessante prospettiva attenta al consumatore e alle nuove vulnerabilità che, in una visione trasversale, arriva a superare la categoria uniforme del consumatore medio, spostando l'attenzione *"sulle modalità con cui uno Stato responsabile deve operare per andare incontro ai bisogni derivanti dalla dipendenza inevitabile e derivativa degli individui"* e che rinviene *"nella tecnologia il perno da cui muovere per tornare ad una unità di sistema"*, RABITTI – BASSAN, (2022). La versione integrale del Rapporto è consultabile su <https://www.consumersforum.it/iniziativa/2022/5112-il-consumatore-vulnerabile-tra-innovazione-e-diritti-fondamentali.html>.

¹⁵ Cons. Stato, 10 ottobre 2022, n. 8650, in *Accademia*, 2023, 101 ss., su cui i commenti di TRUBIANI, e E. BACCIARDI.

cons. (MELI, 2011, 334 ss.; ID., 2012, 576 ss.; GENOVESE - RANIELI, 2021, 531 ss., SPEC. 560 ss.).

In effetti è a questa disciplina, per così dire trasversale, alla quale sembra doversi raccordare la disciplina assicurativa.

Essa, peraltro, nel valorizzare la consapevolezza delle scelte, sembra aver recepito anche a livello normativo il superamento della concezione «paternalistica» (BATTELLI, 2007, 322) che spesso ha accompagnato la disciplina dei contratti del consumatore, potenziando il ruolo «sovrano» del consumatore (BARTOLOMUCCI, 2007, 262) e, soprattutto, andando oltre l'atto in senso stretto¹⁶ e mirando ad una dimensione più ampia¹⁷, rispetto a quella dei nostri tradizionali concetti giuridici (TOMMASI, 2012, 17-18).

Il Consiglio di Stato nella decisione sopra richiamata chiede alla Corte di Giustizia UE se la nozione in questione “*non debba essere formulata con riferimento alla miglior scienza ed esperienza e di conseguenza rimandi non solo alla nozione classica dell'homo oeconomicus ma anche alle acquisizioni delle più recenti teorie sulla razionalità limitata che hanno dimostrato come le persone agiscono spesso riducendo le informazioni necessarie con decisioni 'irragionevoli' se parametrize a quelle che sarebbero prese da un soggetto ipoteticamente attento ed avveduto acquisizioni che impongono una esigenza protettiva maggiore dei consumatori nel caso – sempre più ricorrente nelle moderne dinamiche di mercato – di pericolo di condizionamenti cognitivi*”, soffermandosi diffusamente sul tema e dimostrando, come appaia ormai imprescindibile la necessità di tener conto dell'evoluzione degli studi della c.d. economia comportamentale, la quale, giova ribadirlo, è stata anche recepita dal legislatore in alcuni recenti provvedimenti, entrando così nel sistema che va considerato nella sua complessità.

¹⁶ Ad esempio, il concetto di comportamento esercitato in modo scorretto può condurre a ledere interessi rilevanti per il diritto (IRTI, 2005, 1055). Nella tradizionale dogmatica italiana si rimanda all'importante opera di FERRO-LUZZI, 203 ss., il quale ricorda che la disciplina dei comportamenti può concernere i diversi aspetti “*senza dover necessariamente potersi totalmente risolvere nelle classiche categorie dell'atto e del diritto soggettivo*”.

¹⁷ Discorre espressamente di passaggio “*dall'atto all'attività*”, ROSSI CARLEO, 2010, 703. In modo simile anche ZORZI GALGANO, 2011, 922. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato 26 settembre 2011, n. 5368, in *Foro amm.*, I, 2011, 2886 ss.

Uno dei molti meriti della ordinanza si rinviene proprio nella presa di coscienza da parte della giurisprudenza di un dibattito molto alto che da tempo, e non solo in Europa, è sempre più intenso e che pone in discussione il tema della valenza della nozione di consumatore medio nell'ambito di un settore ritenuto, per eccellenza, "Law in a Changing Society" (RABITTI, 2014, 339 ss.).

Determinante appare segnalare al riguardo come questa disciplina abbia aperto ad una nuova considerazione dei processi decisionali dei consumatori (CATERINA, 2011, 123), tenendo già conto delle aperture che devono contrassegnare la figura del consumatore medio. Difatti con l'art. 20 cod. cons. il legislatore stabilisce che: "2. *Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.* 3. *Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo*"¹⁸.

Non può, quindi, revocarsi in dubbio che, seppure non solo, di certo la scorrettezza si pone come contraltare alle regole che mirano a

¹⁸ In particolare, in presenza di un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili alla pratica o al bene o servizio cui essa si riferisce chiaramente individuabile (nella sua identità e nei fattori che ne determinano la debolezza) e sempre che il professionista possa ragionevolmente prevedere che la pratica commerciale cui fa ricorso per le sue caratteristiche o per la natura del bene o servizio che ne costituisce oggetto sia idonea ad influenzare in misura apprezzabile le decisioni delle persone suscettibili di essere ricomprese nel gruppo in questione, l'attitudine della pratica a falsare il comportamento economico dei consumatori ai fini di una sua possibile qualificazione in termini di scorrettezza deve essere appurata ponendosi nell'ottica del membro medio del gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili, nonostante la pratica si rivolga alla generalità dei consumatori e non soltanto alle persone appartenenti a tale gruppo.

conformare il mercato prescrivendo comportamenti adeguati e che trovano un aspetto fondamentale nella prevenzione.

Da questa angolazione occorre guardare alla centralità della consapevolezza sulla quale si incentra la scelta che accompagna l'atto di consumo (GRISI, 2013, 295 ss.). In questa prospettiva balza evidente il profilo della manipolazione delle informazioni offerte al consumatore che possono influenzare le scelte di consumo di quest'ultimo, tenendo conto che occorre a tale riguardo considerare non solo la debolezza del consumatore, ma anche la sua eventuale vulnerabilità¹⁹.

3. La psicologia della decisione ed il ruolo del diritto

Anche nell'ambito della dottrina giuridica si è preso atto della necessità di sottoporre a revisione critica il modello tradizionale di agente dell'economia neoclassica che si basa su *“un sistema di mercati interdipendenti, e indipendenti da regolamentazioni esterne”* (GENTILI, 2013, 81, nota 13)²⁰.

La riflessione, pertanto, si è spostata sugli aspetti giuridici della psicologia della decisione (R. Thaler, 2018) e su di un diverso modello di *“homo heuristicus”* (TVERSKY - KAHNEMAN, 1974, 1124 ss.; KAHNEMAN, 2012) da considerare alla base della nozione di consumatore medio²¹ che ricorda un paradigma di scelta che si caratterizza anche per delle *“scorciatoie mentali che semplificano le scelte individuali, rivelandosi, al contempo, foriere di mispercezioni suscettibili di comprometterne gli esiti”* (BACCIARDI, 2021, 803).

Con l'espressione *“razionalità limitata”* (SIMON, 1985, 257) si vuole intendere il fatto che la capacità decisionale degli esseri umani risente dei limiti delle capacità cognitive di chi deve prendere la decisione

¹⁹ Ancora una volta appare importante il rinvio al Rapporto del *Consumers Forum* precedentemente citato alla nota 21.

²⁰ Nella dottrina economica, per tutti, v. L. MARENGO - C. PASQUALI, (2005), 53 ss.

²¹ Sul ruolo svolto dal *«principio della razionalità comportamentale del consumatore»* v. ALPA, (2018), 355, che ne evidenzia la centralità dinanzi all'alternativa fra una tutela del contraente debole affidata agli obblighi informativi ovvero all'efficienza del mercato; sul punto v. anche PUNZI, (2021), 99 ss.

rispetto al numero di stimoli ricevuti, alla capacità di mantenere nel tempo la propria attenzione e alla capacità di conservare la memoria di tutte le informazioni ricevute²².

La “razionalità limitata” stimolerebbe delle “distorsioni” nelle decisioni di scelta (THALER - SUNSTEIN, 2009, 5 ss.).

Diversi studi hanno dimostrato che le scelte degli individui possono essere significativamente influenzate dal modo in cui un determinato problema viene loro esposto o dal modo in cui sono loro presentate una serie di alternative (c.d. *framing effect*). In sostanza le persone tendono a sottovalutare le conseguenze negative di azioni che producono un effetto positivo nell'immediato (c.d. *present bias*); inoltre nel raccogliere e selezionare informazioni, l'individuo tende a prediligere quella che conferma le proprie ipotesi di partenza, piuttosto che quella che possa minarle (c.d. *bias della conferma*) (SIMON, 1982; KAHNEMAN - SLOVIC - TVERSKY, 1982).

Ciò dimostrerebbe l'insufficienza e forse anche l'inadeguatezza di una nozione legislativa rigida come quella di consumatore (TRUBIANI, 2020, 133 ss.; CATRICALÀ – PIGNALOSA, 2020, 11 ss.) che non sembra più adeguata all'evoluzione delle tecniche commerciali e forse necessita, più che di un *restlying* (INTRAVAIA, 2016, 385 ss.), di una vera e propria rimeditazione, come dimostra, più in generale, la crescente attenzione rivolta al consumatore vulnerabile.

Riflessa attraverso le lenti dell'analisi comportamentale, la vulnerabilità, intesa quale limitata capacità di massimizzazione delle decisioni individuali, tende ad emanciparsi dal rigido collegamento con la condizione di alcuni gruppi di consumatori, attraversando orizzontalmente l'intera platea dei destinatari di determinate pratiche commerciali. Esemplare, in questa prospettiva, si rivela il settore del *marketing* digitale personalizzato, mediante il quale le imprese riescono, complice l'adozione di sofisticate tecniche di

²² Si vedano, tra gli altri, ad esempio DENOZZA, (2012), 1 ss.; ID., cit., 13 s.; ROPPO, (2013), II, 167 ss.; ZENO-ZENCOVICH, (2013), 309 ss.; ROJAS ELGUETA, VARDI (a cura di), (2014); DI PORTO, (2017); M. MARCHESIELLO, (2014), 497 ss.; DAVOLA, (2017), 637 ss.; TAFARO, (2018), 579 ss.; ID., (2019), 106 ss.; CARBONE, (2019), 225 ss.; BACCIARDI, (2019); LIACE, (2020), 140 ss.; SEMINARA, (2020), 493 ss.; NATOLI, (2012), 22-24; ZOPPINI, cit., 207-208; ID., cit., 13 ss.; ID., cit., 316 ss.

profilazione, a insinuarsi nelle finestre di vulnerabilità che si aprono, in modo intermittente, anche negli utenti più attenti ed avveduti.

Si sposta, in sostanza, l'attenzione sulle modalità con cui uno Stato responsabile deve operare per andare incontro ai bisogni derivanti dalla dipendenza inevitabile e derivativa degli individui e che rinviene nella tecnologia il perno da cui muovere per tornare ad una unità di sistema.

In questo senso il rafforzamento delle politiche di educazione del consumatore sembra rivelarsi imprescindibile affinché la progressiva "sofisticazione" delle tecniche di cattura del consenso elaborate dalle imprese possa, almeno in parte, essere compensata dalla parallela crescita nelle conoscenze dei relativi destinatari.

Un importante riferimento normativo per il c.d. consumatore "vulnerabile" si rinviene nel considerando n. 18 della dir. 2005/29/UE sulle pratiche commerciali sleali: lo stesso prevede, infatti, che, accanto al parametro del consumatore medio desumibile dalla giurisprudenza della Corte, è necessario introdurre disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultino particolarmente vulnerabili, con ciò facendo riferimento alla individuazione di specifiche categorie "*target*" per le quali la tutela ordinaria non risulti adeguata.

La particolare vulnerabilità del consumatore viene poi presa in considerazione dal legislatore anche nelle c.d. fattispecie rafforzate di cui all'art. 21 commi 3 e 4 cod. cons. che si considerano di per sé scorrette per la particolare vulnerabilità in cui versano i destinatari delle pratiche ingannevoli in ragione del primario interesse oggetto di tutela: la salute e la sicurezza di bambini ed adolescenti.

Non può, quindi, revocarsi in dubbio che, seppure non solo, di certo la scorrettezza si pone come contraltare alle regole che mirano a conformare il mercato prescrivendo comportamenti adeguati e che trovano un aspetto fondamentale nella prevenzione.

Da questa angolazione occorre guardare alla centralità della consapevolezza sulla quale si incentra la scelta che accompagna l'atto di consumo. In questa prospettiva balza evidente il profilo della manipolazione delle informazioni offerte al consumatore che

possono influenzare le scelte di consumo di quest'ultimo, tenendo conto che occorre a tale riguardo considerare non solo la debolezza del consumatore, ma anche la sua eventuale vulnerabilità.

4. *Le tecniche di c.d. neuromarketing ed il nuovo Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (AI ACT)*

Nella prassi, pertanto, la vulnerabilità del consumatore viene declinata in rapporto al bene o al servizio oggetto della pratica, al mercato in cui le condotte vengono realizzate e al contesto generale in cui questo si trova ad agire. Appare evidente come il mercato digitale sia un terreno particolarmente rischioso per il consumatore "vulnerabile": basti pensare, solo ad esempio, all'adozione da parte delle aziende di tecniche sempre più sofisticate che cercano di manipolare gli utenti ed indurli a compiere scelte indesiderate (i cc. dd. *dark patterns*).

Nell'ecosistema digitale il trattamento algoritmico dei dati, attraverso la sua evidente capacità di aggregare gli individui per una loro caratteristica rilevante, può amplificare pregiudizi e discriminazioni (FALLETTI, 2022), in misura maggiore rispetto ai mercati *offline* (SUNSTEIN, 199, 22 ss.), impedendo automaticamente ai membri del gruppo svantaggiato l'accesso al bene o servizio scambiato o imponendo loro condizioni contrattuali diverse o peggiori. In questo senso, difatti, la costruzione algoritmica delle classi, in base a una selezione delle caratteristiche rilevanti degli individui, incide allora sulla "*equal opportunity* di accesso al mercato" (CARAPEZZA FIGLIA, 2023, 641), generando risultati che nascondono, sotto le vesti di una valutazione di ordine logico, giudizi di valore, dei quali occorre verificare la compatibilità con i principi fondamentali del sistema ordinamentale²³.

Ma vi è di più.

L'introduzione del c.d. "metaverso", in cui le realtà *offline* e *online* tendono a fondersi, realizzando quella che viene definita l'era "*onlife*" in cui la distinzione tra reale e virtuale sembra scomparire, fanno com-

²³ Sottolinea CATERINA, (2020), 142, che "l'essere umano non ha in concreto gli strumenti per sottoporre a vaglio critico i risultati elaborati dall'intelligenza artificiale, e dunque non può che recepirli integralmente".

parire inedite forme di vulnerabilità e pongono nuovi importanti interrogativi.

Da ultimo le tecniche di c.d. *neuromarketing* pongono ulteriori domande sul rischio di condizionamento cognitivo del consumatore.

Il *neuromarketing* viene utilizzato per studiare le risposte che si attivano a livello cerebrale nel momento in cui un potenziale cliente viene esposto a stimoli sensoriali quali, ad es., una pubblicità o l'esposizione di uno *brand*.

Nel Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale n. 1689/2024 (AI Act) si nota un senso peculiare della nozione di vulnerabilità. Essa si trova, in primo luogo, associata alla persona o al gruppo di persone. I gruppi che vengono citati sono i minori (considerando 29 e 48, art. 9 c. 9), i disabili (considerando 29 e 165), le persone dipendenti da prestazioni e servizi essenziali (considerando 58), i migranti (considerando 60), minoranze razziali o etniche (considerando 67), persone in specifiche situazione sociale o economica (considerando 29, art. 5, co. 1 lett. b, art. 7, lett. h).

Sembra interessante comprendere se tale senso di vulnerabilità particolare sia declinato in una direzione categorizzante o situazionale: la sensazione è che questa vulnerabilità vada allargata per quanto riguarda il contesto *online*, in senso situazionale (DADÀ, 2024).

Le pratiche di *neuromarketing* basate su sistemi di IA rientrano nell'ampia definizione di "sistema di intelligenza artificiale" fornita dall'AI Act che, infatti, si applica a qualsiasi "*software* sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'Allegato I e in grado, per un dato insieme di obiettivi definiti dall'uomo, di generare *output* quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono".

Come è noto, l'AI Act adotta un "approccio basato sul rischio", considerando il rischio generato dai sistemi di IA rispetto ai diritti e alle libertà fondamentali. Vi sono, quindi, quelle pratiche che generano un "rischio inaccettabile" e sono quindi vietate; i "sistemi di IA ad alto rischio" che, invece, sono consentiti ma solo a specifiche condizioni; e, infine, quelle applicazioni per le quali, presentando solo un "rischio basso o minimo", vi sono essenzialmente obblighi di trasparenza.

L'art. 5, AI Act vieta due tipi di pratiche considerate manipolative,

ossia un sistema di IA che impiega tecniche subliminali “al di là della coscienza di una persona al fine di distorcerne materialmente il comportamento in modo tale da provocare o da poter provocare a tale persona o ad un'altra un danno fisico o psicologico” (lett. a) e “che di provocare a quella persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico” (lett. a) e “che sfrutta una qualsiasi vulnerabilità di un gruppo specifico di persone a causa della loro età, di una disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona appartenente a tale gruppo in modo tale da provocare o da provocare a quella persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico” (lett. b).

Il *marketing* contemporaneo realizza la sua influenza comportamentale attraverso tecnologie, alcune delle quali sono elencate nell'art. 52 AI Act. Il riconoscimento delle emozioni, la categorizzazione biometrica e il c.d. *deep fake* sono tre strumenti assai potenti del *neuromarketing*.

Il fondamento del *neuromarketing* consiste nell'asserzione per la quale i consumatori non agiscono razionalmente. La ragion d'essere e la missione del *neuromarketing* consistono perciò nello studio e nello sfruttamento delle basi irrazionali ed emotive delle scelte, dei comportamenti e delle attitudini di consumo. Da questo punto di vista, non può sfuggire che il *neuromarketing*, per la sua stessa ragion d'essere e per la sua missione, si pone *per definizione* in diretto contrasto con lo sviluppo delle condizioni materiali necessarie per la pratica realizzazione del *diritto all'educazione al consumo*, previsto come diritto fondamentale dall'art. 2, co. 2, cod. cons.(ORLANDO, 2022, 361).

In conclusione, lo sviluppo di tecnologie in grado di riconoscere le emozioni umane e di sfruttarle per guidare il comportamento dei consumatori richiede la presenza di una legislazione adeguata per garantire un sistema affidabile e rispettoso dei valori fondamentali.

Sebbene l'attuale quadro normativo, tra cui soprattutto la Direttiva sulle pratiche commerciali sleali, fornisca indubbiamente un'efficace tutela del consumatore, vi sono tuttavia diversi nodi problematici che necessitano di maggiore attenzione da parte del legislatore europeo e che derivano dall'impatto dei sistemi di IA (specialmente quelli c.d. “ad alto rischio”) con le categorie giuridiche tradizionali. In questo senso, quindi, un ulteriore strumento per contribuire alla costruzione

di un sistema sicuro, affidabile e degno di fiducia risulta essere l'AI Act, il quale, tuttavia, andrà necessariamente interpretato nel corso dei prossimi anni al fine di verificarne la corretta implementazione al fine di costruire un sistema legislativo efficiente ed adeguato a proteggere il consumatore vulnerabile.

La sfida è aperta e certamente il ruolo dell'interprete sarà decisivo nell'ottica di costruire un sistema di *best practises* e *model rules* efficienti.

Riferimenti bibliografici

- Bacciardi E. (2019), *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*. Giappichelli. Torino.
- Barba A. (2021), *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*. Giappichelli. Torino.
- Bartolomucci, P. (2007). Le pratiche commerciali sleali e il contratto: un'evoluzione del principio di trasparenza. In *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano* (pp.255-274). Giuffrè. Milano.
- Battelli, E. (2022), Dal concetto di debolezza alla nozione di vulnerabilità, in P.E. Corrias (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli.
- Battelli, E. (2018). Il paternalismo giuridico libertario nella prospettiva dell'autonomia privata tra vincoli strutturali e limiti funzionali. *Politica del diritto*, IV.
- Cappelli V. (2022), Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 e d.lgs. 8 novembre 2021, n. 210). *Nuove leggi civ. comm.*, 2022.
- Carbone, E. (2019). Paternalismo, perfezionismo e regole nel diritto dei contratti. *Rivista critica del diritto privato*, II.
- Carapezza Figlia G. (2023), Decisioni algoritmiche tra diritto alla spiegazione e divieto di discriminare. *Pers. Merc.*, 2023.
- Carleo R. (2009), voce "Codici di settore", in *Enc. giur. Treccani*, XXI sec. Treccani. Roma.
- Casas, M., Corominas, M., Roncero, C., & Bruguca, E. (2007). Sistema do-

- paminérgico y adicciones. *Revista Mukuel*, 44(1).
- Caterina R. (2011), *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, in *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*. Jovene. Napoli.
- Caterina R. (2015), Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato. *Riv. dir. civ.*.
- Caterina R. (2020), Autonomia e intelligenza artificiale, in P. Perlingieri, S. Giova e I. Prisco (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli, p. 140 ss.
- Catricalà A. - Pignalosa M.P. (a cura di), *Saggi di diritto dei consumi*. Giappichelli. Torino, 2020.
- Dadà S. (2024), *Vulnerabilità digitale. Etica, intelligenza artificiale e medicina*. Mimesis. Milano.
- Davola A. (2017), Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori?. *Contr. impr.*.
- De Cristofaro G. (2012), voce “Pratiche commerciali scorrette” in *Enc. dir., Ann.* Giuffrè. Milano.
- Denoza F. (2014), La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale. *Riv. dir. comm.*.
- Denoza, F. (2012). Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti. *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, I
- Di Porto F. (2017), *La regolazione degli obblighi informativi: le sfide delle scienze cognitive e dei big data*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Dorigoni A.; Polonio L.; Graffeo M.; Bonini N. (2022), *Analisi di movimenti oculari nella risoluzione di problemi commerciali. Il ruolo delle abilità numeriche e dell'impulsività cognitiva*. FrancoAngeli. Milano.
- Falletti E. (2022), *Discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*. Giappichelli. Torino.
- Gentili, A. (2013). Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali. *Riv. Dir. Civ.*,
- Grisi G. (2013), Rapporto di consumo e pratiche commerciali. *Jus civile*,.
- Intravaia M. (2016), Il restyling della nozione di consumatore. *Nuova giur. civ. comm.*.
- Irti N. (2004), *L'ordine giuridico del mercato*. Laterza. Roma-Bari.
- Kahneman D.; R. Slovic R.; Tversky A. (1982), *Judgement under uncertainty: heuristic and biases*. New York.

- Liace G. (2020), Sulle emozioni e le reazioni dell'investitore irrazionale. *Giur. comm.*, I.
- Marchesiello, M. (2014). Nudge, ovvero: il tramonto dell'uomo economico. *Politica del diritto*, III.
- Marano P. (2023), *Vendite abbinate e tutela dell'assicurato nella bancassicurazione. Profili organizzativi*. Pacini. Pisa.
- Maugeri, M.R. (2020), «Smart contracts», «smart grids» e «smart meters»: i nuovi orizzonti nel mercato dell'energia e la tutela del consumatore/«prosumer». *Studi senesi*.
- Mazzamuto S. (2020), Una pièce di teatro trasformista nello scenario europeo: il contraente professionista, il consumatore, il cliente, il turista, il viaggiatore e il sovraindebitato/esdebitato. *Eur. dir. priv.*
- Meli M. (2020), Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di «energy sharing». Commento a dec. legge 30 dicembre 2019 n. 162 (Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica) art. 42- bis. *Nuove leggi civ. comm.*
- Natoli, R. (2012). *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*. Milano
- Orlando S. (2022), Regole di immissione e "pratiche di intelligenza artificiale" vietate nella Proposta di Artificial Intelligence Act. *Persona e mercato*.
- Pagliantini S. (2021), In memoriam del consumatore medio. *Eur. dir. priv.*
- Piraino F. (2010), Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. *Eur. dir. priv.*
- Punzi A. (2021), Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore, in S. Masini (a cura di), *Lo scaffale dell'inganno*. FrancoAngeli. Milano.
- Rabitti M.; Bassan F. (2022), *Il consumatore e le nuove vulnerabilità*, Introduzione a "Il consumatore vulnerabile fra innovazione e diritti fondamentali", *Consumerism 2022*, Quindicesimo rapporto annuale a cura dell'Università degli Studi "Roma Tre" in <https://www.consumersforum.it/iniziative/2022/5112-il-consumatore-vulnerabile-tra-innovazione-e-diritti-fondamentali.html>.
- Rojas Elgueta G.; Vardi N. (a cura di) (2014), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*. Roma Tre. Roma.
- Rossi Carleo L. (2010), Consumatore, consumatore medio, investitore e clien-

- te: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette. *Eur. dir. priv.*
- Ruggeri L. (2022), Consumatore e prosumerismo energetico nel quadro regolatorio europeo. *Actualidad jurídica iberoamericana*.
- Seminara, A.P. (2020), Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità. *Contr. impr.*
- Simon H. (1982), *Models of bounded rationality*. Cambridge.
- Sunstein C.R. (1991), Why Markets Won't Stop Discrimination. *Soc. Phil. Pol.*, 8, p. 22 ss.
- Tafaro L. (2018), *Neuromarketing e tutela del consenso*. Edizioni Scientifiche italiane. Napoli.
- Thaler R. (2018), *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, trad. it. di V. Barile. Einaudi. Torino.
- Thaler, R.H.- Sunstein, C.R. (2009), *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*. Feltrinelli. Milano.
- Trubiani F. (2020), I soggetti del commercio elettronico: limiti delle attuali definizioni legislative e prospettive future. *Nuovo dir. civ.*, 2020.
- Tversky A.; Kahneman D. (1974), Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, 1974.
- Zoppini A. (2014), Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia», in G. Rojas Elgueta – N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*. Roma Tre. Roma.
- Zoppini A. (2020), *Il diritto privato e i suoi confini*. Il Mulino. Bologna.
- Zoppini A. (2022), voce “Contratto ed economia comportamentale”, in *Enc. Dir., I Tematici*. Giuffrè. Milano.

*Demelsa Covisa López**

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL RÉGIMEN PENITENCIARIO ESPAÑOL

SUMARIO: 1. Introducción. – 2.- Discriminación por trato desigual. – 3. Discriminación por desigualdad en el derecho a la educación y el derecho al trabajo. – 4. Discriminación por desigualdad en el derecho fundamental a la integridad física y el derecho a la salud. – 5. Conclusiones.

1. Introducción

En la legislación penitenciaria española podemos encontrar diversos artículos que propugnan la igualdad entre los hombres y las mujeres que, en una u otra condición se encuentran internos en los centros penitenciarios. También se aprecian diferencias de trato por razón de género. Las mismas hacen que el tratamiento que se deba dar a las mujeres internas difiera con respecto al de los hombres internos. En primer lugar, el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre (en adelante, LOGP), declara, como principio general, la igualdad de todos los internos sin que pueda darse una situación de discriminación de ningún tipo; esto no es impedimento con lo recogido en el artículo 16.a de dicho cuerpo legislativo, que prevé la separación entre hombre y mujeres, con establecimientos penitenciario exclusivos para mujeres. A su vez, su artículo 9.1 establece que los establecimientos de cumplimiento se organizarán separadamente para hombre y mujeres; y su art. 8.3 recoge que, cuando no haya establecimientos de internos preventivos para mujeres, ocuparán, en los de los hombres, departamentos que constituyan unidades con absoluta separación y con organización y régimen propios.

Y de forma excepcional el artículo 168 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, en adelante RP, establece, con carácter extraordinario y con la finalidad

* Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED.

de ejecutar determinados programas de tratamiento o de evitar la desestructuración familiar, la creación de establecimientos de centros mixtos donde puedan ser destinados hombres y mujeres.

Según estas disposiciones, las mujeres reclusas pueden estar ingresadas en módulos o departamentos situados dentro de centros exclusivos para hombres, en establecimientos exclusivamente femeninos, o en unidades dependientes; debiéndose señalar, en primer lugar, los módulos o departamentos ubicados porque si bien debería ser la excepción, en la práctica, es la práctica habitual, contribuyendo con ello a un trato desigual y perjudicial a la mujer reclusa en el sistema penitenciario español.

A primeros de marzo de 2024 existían, en España, 4.027 mujeres en prisión, representando el 7,6% de la población reclusa¹; un porcentaje muy elevado a nivel europeo. Representa uno de los porcentajes más elevados de todos los países europeos que tienen, como media, entre un 4,5% y un 5% de la población reclusa total.² De esas 4.027, al menos 534 residían en los cuatro centros penitenciarios destinados exclusivamente a mujeres que existían – si bien, actualmente, solo en tres (Brieva en Ávila, Alcalá Meco en Madrid y Wad-Ras en Barcelona) –, al reconvertirse el centro penitenciario de Alcalá de Guadaíra en Hospital Psiquiátrico Penitenciario. El resto se encuentra distribuido en unos 75 módulos o departamentos en prisiones masculinas. Dichos módulos pueden ser exclusivos de población femenina o mixtos. A ellos hay que sumar tres unidades de madres externas y tres unidades de madres internas, así como la única unidad mixta en la que se encuentran parejas con hijos³.

Como indica Cervelló⁴, “*el mayor inconveniente que presentan los*

¹ Según datos oficiales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, a diciembre de 2024 el número de mujeres reclusas era de 4.164. Fuente: recurso electrónico disponible en <https://fundacionesplai.org/blog/madrid/mujeres-y-carcel-de-la-vulnerabilidad-de-las-que-estan-privadas-de-libertad-a-la-resiliencia-de-las-que-sostienen-a-la-poblacion-reclusa-masculina/>

² Según datos oficiales del Parlamento Europeo, Informe sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar (2007/2116(INI))

³ CERVELLÓ DONDERIS, (2006), 129-150.

⁴ *Ibidem*.

centros de mujeres es la insuficiente clasificación que permiten dado el reducido número de internas, de esta manera los criterios del art. 16 de la LOGP y por supuesto la clasificación en primero, segundo y tercer grado no siempre es posible por la falta de espacio, y medios materiales y humanos". Lo que hace que desde el primer momento que entran en prisión ya exista una discriminación por razón de sexo.

2. Discriminación por trato desigual

La constitución española de 1978 recoge en la sección I del capítulo II del Título I, los derechos fundamentales, y, como preámbulo, a esa sección se encuentra el artículo 14 Aunque no se encuentra enmarcado dentro de la sección de los derechos fundamentales, la protección de amparo que le otorga el art. 53.2 le imprime un carácter de valor superior no es Por otro lado, dentro del Título Preliminar, en el art. 9, en su apartado 2º, se establece la obligación de todos los poderes públicos de velar por que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan su plenitud.

La igualdad o no discriminación entre hombre y mujeres dentro del sistema penitenciario español es una cuestión que ya plasmó, por primera vez, Concepción Arenal, en el siglo XIX. Jurista, feminista y gran conocedora del sistema penitenciario español por haber ocupado los cargos de *Visitadora* de las cárceles de mujeres e *Inspectora* de Casas de Corrección de Mujeres, de los numerosos estudios que existen de su obra se puede obtener, entre otras conclusiones, la reivindicación de la igualdad de oportunidades y la erradicación del sexismo en la oferta de actividades carcelarias⁵.

En el ámbito internacional, el primer intento de regulación sobre la situación de los reclusos lo encontramos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por las Naciones Unidas el 30 de agosto de 1955. Pero dichas reglas apenas tratan la situación de las mujeres reclusas. No es, sino hasta 2010, cuando la Asamblea General aprobó las *Reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas no priva-*

⁵ CERVELLÓ DONDERIS, (2021).

tivas de la libertad para mujeres delincuentes, conocidas como las Reglas de Bangkok, cuya una de sus finalidades es “tener en cuenta las necesidades y circunstancias específicas de las mujeres reclusas”⁶.

En el ámbito europeo, destacan:

- la *Resolución sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar* (2007/2116 (INI))⁷. Aprobada por el Parlamento Europeo en el año 2008, en dicho texto se solicitaba, a todos los Estados miembros de la Unión Europea, que incorporasen la perspectiva de género en sus políticas penitenciarias y en sus centros penitenciarios, prestando mayor atención a las características específicas ligadas al género, mediante la sensibilización y la formación adecuada del personal médico y carcelario y la reeducación de las mujeres en materia de valores fundamentales, (Condiciones de detención, 9º).
- la *Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios* (2015/2062(INI))⁷, en la que se refleja la preocupación por la sobrerrepresentación de las enfermedades mentales ente las reclusas, así como la propensión de las mujeres a autolesionarse y suicidarse debido a los problemas de adicción a drogas y alcohol (puntos 27 y 41)

Partiendo de esta base nos encontramos que la primera vulneración que presenta el régimen penitenciario con respecto a este derecho se encuentra en las diferencias estructurales que presentan los centros penitenciarios, en las condiciones de encarcelamiento.

Hoy en día en España sólo existen tres establecimientos penitenciarios específicos para mujeres (Ávila, Barcelona y Madrid I). Estos establecimientos que no han sido diseñados ni creados para dar cobertura

⁶ Naciones Unidas. Oficina de las Naciones Unidad contra la Droga y el Delito: 65/229. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujere delincuentes y sus Comentarios (2011).

⁷ Naciones Unidas. Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género. Informe sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar (2007/2116 (INI)). Vol. 2220. 2009.

a las necesidades femeninas al igual que los centros masculinos que cuentan con uno o dos módulos a lo sumo para albergar la población reclusa femenina, módulos que son escasos y e insuficientes. Según el Informe de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del 2019, 21 de los centros penitenciarios masculinos en los que se alojaban mujeres contaban con un único módulo para ellas, 9 de ellos contaban con dos módulos, otros 9 disponían de tres, en 4 centros penitenciarios existían cuatro, 1 contaba con seis y otro con ocho.

Hecha la clasificación penitenciaria, al sólo disponer estos centros mixtos de uno o dos módulos para la población reclusa femenina, que en algunos se encuentran alejados del resto, no permite que haya una separación física de las mujeres acorde con sus características personales, sociales y penitenciarias (clasificación, empleo, formación, ocio o tratamientos) que no sólo provoca un acto de discriminación con respecto a la población masculina sino que en aquellos centros en los que sólo existe un único módulo destinado a las mujeres, origina un ambiente de mayor conflictividad entre las mujeres que a la larga afecta directamente en su proceso de rehabilitación y que en algunos supuestos ha ocasionado el traslado de un centro a otro. Y en aquellos en los que existen dos son clasificadas según la consideración que tenga en centro penitenciario de las mismas en “buenas” y “malas”, según adopten una actitud de sumisión ante la institución, destinándolas a lo que se conoce como módulos de “respeto” y “conflictivo” en este último están ubicadas todas aquellas mujeres que presentan dificultades de adaptación al sistema, que incomodan el “normal funcionamiento del centro”, la clasificación en este módulo supone no acceder a un trabajo remunerado, a una formación profesional, a educación, a permisos de salida o progresión en grado, a ser tratada los problemas de salud mental a través de psicofármacos y a la resolución de los conflictos por incompatibilidades a través de sanción y de aislamiento

3. Discriminación por desigualdad en el derecho a la educación y el derecho al trabajo

La segunda discriminación por razón de sexo, la detectamos en la intersección configurada por el derecho fundamental consagrado en el

apartado 1º del artículo 27 C – “todos tienen el derecho a la educación” – con el derecho fundamental consagrado en el apartado 2º del artículo 25 “...*el condenado a pena de prisión que estuviese cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social*”, y el derecho al trabajo que recoge el apartado 1º del artículo 35 CE.

Tanto el derecho a la educación como el derecho al trabajo no deben verse simplemente como derechos, sino que forman parte del concepto jurídico “tratamiento penitenciario” (art. 26 de la LOGP), pudiéndose ver, por ello, como un fin mismo para lograr cambiar el comportamiento delictivo de los penados⁸.

La referida Ley penitenciaria (LOGP) establece que las enseñanzas que se impartan dentro de los centros penitenciarios se ajustarán a la legislación vigente en materia de educación (artículo 55.2); y que la administración organizará las actividades en aras de que los internos puedan alcanzar las diferentes titulaciones (art. 56.1 LOGP). Teniendo en cuenta lo anterior y conociendo que las competencias en materia de educación recaen en las diferentes comunidades autónomas, serán éstas las responsables de la organización de las enseñanzas formales, en el desarrollo de los correspondientes estatutos de autonomía. Tan solo las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla resultan una excepción a este régimen competencial⁹.

En la actualidad, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se organiza, siguiendo objetivos y fines para la consecución de la reeducación y reinserción social, a través de intervenciones, programas de tratamiento y acciones socioeducativas. Es necesario hacer constar la necesidad de incrementar políticas de igualdad y la perspectiva de género en las prisiones, ya que su ausencia incide en las situaciones de exclusión y desigualdad en el ámbito penitenciario. Llama la atención que siendo un objetivo y fin de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias la reeducación y reinserción social, a través de progra-

⁸ DEL VAL CID, FRUTOS BALIBREA & VIEDMA ROJA, (2016).

⁹ Sobre el reparto competencial en el ámbito educativo, vid.

mas de tratamiento y acciones socioeducativas, no se haya hecho mayor hincapié en enseñanza reglada no universitaria de las mujeres reclusas.

La actividad formativa ofrecida a la población masculina está encaminada a una promoción de su futuro profesional. Sin embargo, la ofrecida a la población femenina está diseñada, según su rol, careciendo de titulación oficial que mejore sus posibilidades de empleo y, por ende, su reinserción y rehabilitación. Tal diferencia ya provocó una llamada de atención por el Defensor del Pueblo, en 2021¹⁰, haciendo recomendaciones encaminadas en garantizar el acceso, de las mujeres, a todos los talleres productivos, cursos formativos que proporcionen aprendizaje de conocimientos prácticos y titulación oficial que mejore sus posibilidades de empleo.

A su vez, la oferta de programas formativos que engloban actividades deportivas, culturales y de ocio es más limitada; principalmente porque las estructuras en las que se encuentran las mujeres son más reducidas, más pequeñas y con peor dotación. O, directamente, no existe como, por ejemplo, los programas de biblioteca y de animación a la lectura que, según la propia institución penitenciaria, en el año 2022, se llevó a cabo en 48 centros penitenciarios programas de animación a la lectura, si bien, de esos 48 centros, ninguno estaba destinado exclusivamente para mujeres¹¹.

En relación a la oferta laboral dentro de los centros penitenciarios, existen, principalmente, dos obstáculos:

- por un lado, la escasez de oferta con la cuentan las administraciones penitenciarias; al ser la población masculina la mayoritaria, se priorizan sus necesidades, siendo menos los recursos económicos, materiales y humanos destinados a las mujeres y, por tanto, menor oferta; y
- por otro lado, la necesidad de priorizar la disponibilidad de trabajo en aquellos centros con mejor logística para el desempeño de la actividad laboral.

A su vez, debe hacerse mención de la situación dada a las mujeres

¹⁰ Defensor del Pueblo. Informe centros penitenciarios, 2021.

¹¹ Ministerio del Interior. Informe General 2022 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

internas desde la perspectiva de la propia normativa reguladora del trabajo en prisión. En efecto, la normativa que regula el trabajo en prisión, contenida en el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, señala, en su apartado 1º del art. 5, como un derecho básico del interno trabajador, el derecho “a no ser discriminado para el empleo por razones de sexo”.

La Entidad encargada de dotar a los/as internos/as de iniciativas en materia laboral es, en la actualidad, la Entidad Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (en adelante, OATPFE)¹² dependiente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Dentro de los centros penitenciarios, el trabajo que pueden realizar la población reclusa se divide en:

- Trabajos remunerados: consisten en trabajar en determinados talleres con un contrato de trabajo. Son trabajos remunerados que pueden ser facilitados por la propia administración penitenciaria o por una empresa privada. Es donde se detecta una mayor dificultad para su acceso por las mujeres debido a que suelen ser trabajos centrados en labores productivas o tareas de mantenimiento de las instalaciones como pintura, jardinería o fontanería.
- Servicios auxiliares, también conocidos como “Destino”: son servicios propios del funcionamiento del centro penitenciario; p. ej. en

¹² *Trabajo Penitenciario y Formación para el empleo* es entidad adscrita al Ministerio del Interior, a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Su régimen jurídico viene establecido en el Real Decreto 122/2015, de 27 de febrero, por el que se aprueba el estatuto de la entidad de derecho público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo. Conforme a su artículo 1, “Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo es una entidad estatal de derecho público de las previstas en la letra g) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión y plena capacidad jurídica y de obrar”. Su objeto es “la promoción, organización y control del trabajo productivo y la formación para el empleo de los reclusos de los centros penitenciarios, así como la colaboración permanente con la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias para la consecución de los fines encomendados por el artículo 25 de la Constitución y la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (artículo 2 RD 122/2015).

cocina, economato, reparto de comida, biblioteca o peluquería. Son servicios que unas veces están remunerados para unos internos y para otros no, y es en estos servicios donde más mujeres puede haber debido a tratarse de puestos de trabajo menos cualificados y tradicionales con el rol de la mujer.

Y, aunque en los últimos años, se ha empezado a notar una mayor participación de las mujeres en opciones de ocupación laboral, siendo, en la actualidad, un 9%¹³ las mujeres que cuentan con un trato de trabajo, tanto la oferta sigue atendiendo a roles de género; como sus posibilidades son muy limitadas, ya que, en caso de existir un conflicto laboral entre un interno y una interna, la posición que suele adoptar la institución es sacar del programa a la interna; a su vez, tampoco pueden acceder a espacios de trabajo en los que haya internos condenados por delitos sexuales o de violencia de género, lo que, en vez de generar una protección, lo que ocasiona es una especie de potencial victimización hacia esas mujeres.

4. Discriminación del artículo 14 CE en concurso con el derecho fundamental a la integridad física y el derecho a la salud

En esta tercera discriminación, se conjugan el binomio de dos derechos fundamentales (el artículo 14 CE por razón de sexo y el artículo 15 CE relativo al derecho a la integridad física) y el derecho a la salud, recogido, dentro de los principios rectores de la política social y económica, en el artículo 43 CE.

En este punto, las reglas 6ª a 18ª de las Reglas de Bangkok señalan la necesidad de una atención médica integral, garantizando que las mujeres reclusas tengan acceso a servicios que abarquen tanto necesidades físicas como mentales, incluidos los trastornos postraumáticos del estrés y el riesgo de suicidio de lesiones auto infligidas (regla 6). En concreto, la facilitación de programas específicos para la salud sexual y reproductiva, salud mental con perspectiva de género, adicciones, VIH/Sida con perspectiva de género y prevención del suicidio y autolesiones entre otras (reglas 6, 10, 18, 15, 14 y 16). Sin embargo, dentro

¹³ DEL VAL CID, FRUTOS BALIBREA, & VIEDMA ROJA, (2016).

de la normativa penitenciaria española, los únicos preceptos referentes a la salud de las mujeres dentro de los centros penitenciarios están dirigidos a proteger a las mujeres gestantes y/o a proteger los derechos de los niños y de las niñas que convivan con ellos. Así, en el artículo 29.1. e LOGP se establece la prohibición de aplicación de la sanción de aislamiento en celda y de cualquier medio coercitivo a las embarazadas. La misma prohibición se establece en los artículos 43.3 y 45 LOGP y 72.2 y 254.3 del Reglamento Penitenciario para las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, para las madres lactantes y para aquellas que tengan a sus hijos consigo.

Antes de seguir desgranando en rasgos generales la discriminación de las mujeres reclusas con respecto a los hombres en materia de integridad física y salud, resulta conveniente indicar que los servicios socio sanitarios de asistencia primaria son gestionados por el Ministerio del Interior, a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, y la asistencia especializada se lleva a cabo a través del Sistema Nacional de Salud. Este hecho es importante ya que, desde la comunidad de profesionales sanitarios, se aboga por la inclusión de los servicios sanitarios penitenciarios dentro del Sistema Nacional de Salud para dar un trato igualitario a la población reclusa con respecto de la no reclusa¹⁴.

El primer obstáculo con el que se encuentran las mujeres reclusas en materia de salud viene determinado por la ubicación física en la que se encuentran. Como se ha señalado anteriormente, la mayoría de la población reclusa femenina se encuentra distribuida en módulos dentro de cárceles exclusivas de hombres y, aunque dichos módulos, tienen casi las mismas estancias comunes que la de los hombres, en algunos de ellos los módulos de mujeres no cuentan con enfermería propia. Así, debe destacarse el supuesto del centro penitenciario de Córdoba¹⁵: donde no existe una zona separada de enfermería para mujeres, con la consecuente vulneración de su privacidad y seguridad.

El segundo de los obstáculos viene determinado por el género. Varios estudios han evidenciado que las mujeres en prisión suelen tener

¹⁴ JIMÉNEZ, A. (2010). M^a D. (2010) *Derecho a la Salud de los Internos en Centros Penitenciarios y Sanidad Penitenciaria*. Revista de Derecho UNED nº 6.

¹⁵ CHAMIZO DE LA RUBIA, 88.

serios problemas de salud antes de su encarcelamiento, vinculados a su situación social, experiencias personales traumáticas, enfermedades o trastornos mentales, y a comportamientos de riesgo en relación con el consumo de sustancias o prácticas sexuales. Peor estado de salud que responde, también, a factores como la renta, la pobreza, la precariedad, el género; en este sentido, las mujeres sufren una mayor ansiedad por sus hijos, por la pérdida de las relaciones materno filiales y por la separación de su entorno familiar¹⁶. Ansiedad, relacionada con este aspecto “familiar”, que no suele darse en los hombres internos ya que la “preocupación” de los hijos queda a cargo de las mujeres que engloban su entorno familiar.

Esta perspectiva de género, con una discriminación de la mujer con respecto al hombre dentro de prisión, también se da en la *sobre-medicalización* que padecen las mujeres a diferencia de los hombres. Los motivos pueden deberse a diversos factores como el escaso personal sanitario que atiende a la población reclusa femenina, el uso de la medicación como mecanismo de control, o a estereotipos de género; según éstos, las mujeres son más propensas a padecer enfermedades mentales, más depresivas o más sensibles, lo que conlleva a una sobre medicalización psiquiátrica de las mismas en contra de su salud y que dificulta su posterior proceso de inserción social, pues, cuanto más sobre medicalizada se encuentra una persona, más mermadas están sus facultades cognitivas.

Perspectiva de género que también se refleja en dos de los programas sobre salud dentro de los centros penitenciarios: el programa PAIEM (Protocolo de Aplicación del Programa de Atención Integral a Enfermos Mentales en Centros Penitenciarios) y a Drogadicciones. El primero de ellos su objetivo son las enfermedades mentales, su finalidad es la atención clínica, la rehabilitación psicosocial y la reincorporación social. En el año 2021 este programa estaba implementado en 65 de los 66 centros penitenciario¹⁷ de la Administración Penitenciaria. En el año 2020 se registraron 1844 personas internas en el programa, de las cuales sólo el 8%, 142, eran mujeres, dato bastante significativo,

¹⁶ LEGANÉS GÓMEZ, (2009), 33.

¹⁷ Libro_Blanco_sobre la Atención Sanitaria a las personas con trastornos mentales graves en los Centros Penitenciarios de España. Versión revisada_(Sep_2024), 89.

a modo de ejemplo, en los centros penitenciarios ubicados en la comunidad valenciana, encontramos que en el CP Alicante II de 42 personas que se encuentran en PAIEM sólo 2 son mujeres, en el CP Picassent de 192 sólo 25 y en el CP Castellón I de 120 sólo 20 mujeres¹⁸.

Esta situación de falta de acceso a programas específicos adecuados a las patologías que sufren las mujeres reclusas ha llevado a que asociaciones externas presenten programas en materia de salud mental a las mujeres reclusas. En este sentido, destaca el programa AEQUUS, que se concibe como una “iniciativa enfocada expresamente en la atención y apoyo a las mujeres con problemas de salud mental que están cumpliendo condena en un centro penitenciario” elaborado por y es programa de la Fundación Manantial¹⁹ y que se llevará dentro de la Comunidad de Madrid.

No sólo es significativo el dato de participación de las mujeres en el programa PAIEM sino también el número de suicidios. Desde la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Penal se dictó la Orden de Servicios 2/2021 que recoge la necesidad de tener en cuenta la perspectiva de género en la ejecución penitenciaria. Considera imprescindible, en relación a la prevención de suicidios, profundizar en el conocimiento de las necesidades que presentan las mujeres para poder atenderlas y abordar terapéuticamente de forma eficaz el fenómeno de la conducta suicida en ellas. Por ello, se dictó la Instrucción 9/2022, de 15 de noviembre, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Perspectiva de género en la prevención de suicidios en el ámbito penitenciario.

Por ello, es importante destacar que, para entender la salud mental

¹⁸ Observatorio-Derechos-Humanos-Salud-Mental Prision2022. <https://www.consaludmental.org/publicaciones/>

¹⁹ La Fundación Manantial es una organización sin ánimo de lucro creada por las principales asociaciones de familiares en 1995 para cubrir las necesidades psicosociales, la atención social, la inclusión laboral, los apoyos a la capacidad jurídica de las personas más vulnerables, la reinserción del ámbito penitenciario, la prevención y la sensibilización social son las principales áreas de actuación a las que dedican todos sus esfuerzos. Dentro del ámbito penitenciario, uno de sus programas es Mujer, salud mental y prisión: el triple estigma. Programa AEQUUS. Fuente: sitio oficial disponible en <https://www.fundacionmanantial.org/servicios-de-salud-mental/ambito-penitenciario/>.

de las mujeres y las formas de mejorarla, se deben considerar aspectos como la clase social, las condiciones de trabajo, el nivel educativo y otros factores relevantes y no solo lo biológico.

En cuanto al segundo de los programas, el tratamiento de la drogodependencia, numerosos estudios socio sanitarios han puesto de relieve que existen diferencias muy significativas en el uso de las drogas por parte de los hombres y de las mujeres, señalando la necesidad de crear e impulsar programas de atención a la drogodependencia específicamente para mujeres.

En los centros penitenciarios, el órgano colegiado encargado de tratar a las personas drogodependientes es el Grupo de Atención a Drogodependientes (GAD), existiendo uno en cada prisión y compuesto por profesionales del centro penitenciario y de otras instituciones y ONG's.

La población interna puede optar a los siguientes programas:

- medicación en salud,
- programas orientados a la abstinencia: los llamados Programas Libres de Droga (PLD), que en los centros penitenciarios se llevan a cabo en dos modalidades en función de las posibilidades estructurales: modalidad “ambulatoria/centro de día” y “módulo terapéutico”. Ambas modalidades dependen de las posibilidades estructurales del centro penitenciario.
- programas de reducción de daños y riesgos: programas de mantenimiento con metadona y programas de intercambio de jeringuillas y
- otros programas.

Diversas instituciones como el Defensor del Pueblo Andaluz han señalado las deficiencias de tratamiento que se ofrecen a las mujeres que padecen adicciones, señalando que prácticamente no existen terapias grupales ni programas específicos de deshabituación²⁰. Y aunque, desde la Delegación de Gobierno en el Plan Nacional sobre Drogas, en la Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024, se han reflejado

²⁰ CHAMIZO DE LA RUBIA.

las necesidades de la población penitenciaria femenina, aún no existen programas específicos para mujeres drogodependientes en los centros penitenciarios. Por ello, a día de hoy, las mujeres internas se encuentran con que en alguno de los centros penitenciarios no existe, por ejemplo, la posibilidad de realizar tratamientos de intervención ambulatoria como ocurre en el supuesto del centro penitenciario de Brieva, exclusivo para mujeres. En otros centros, no pueden elegir la institución con la que realizar el tratamiento ambulatorio a diferencia de los internos o que no cuentan con un módulo terapéutico como ocurre en los dos centros penitenciarios exclusivos de mujeres.

5. Conclusiones

1.- Pese a la normativa internacional y nacional garantizadora de la igualdad en el trato a las mujeres en el ámbito penitenciario, la situación en España dista de asegurar dicha igualdad, provocando, con ello, unos negativos efectos en la finalidad pretendida con el régimen y tratamiento penitenciario y objetivo de la pena. Las causas de tal desigualdad obedecen, principalmente, a una deficiente aplicación de aquellos textos y a la escasez de medios humanos especializados y materiales en la Administración penitenciaria.

2.- La situación de las mujeres en los centros penitenciarios requiere un acometimiento amplio, multidisciplinar, interinstitucional, integrador con perspectiva de género; perspectiva que también debe abordarse en la normativa penitenciaria.

3.- Los programas de salud mental, así como de prevención y atención a la drogadicción, necesitan nuevos enfoques en los diseños y adaptación para que den respuesta a las necesidades particulares que presentan las mujeres en prisión. Así como que estén disponibles en todos los centros penitenciarios en que aquellas se encuentren.

4.- El sistema sanitario penitenciario debe incluirse dentro del Sistema de Salud Nacional, cubriéndose las plantillas con el número total de profesionales que se ha establecido por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

5.- Ha de darse prioridad a los programas educativos, dentro de los programas individualizados de tratamiento (PIT), para favorecer el

desarrollo personal y la salud mental. De ese modo, se permitirá que dichos programas no supongan un menoscabo de las oportunidades laborales, o de otro tipo, de las mujeres en prisión. Y esto supone la necesaria modernización de los recursos espaciales y materiales, con incorporación de medios telemáticos y electrónicos, para poder llevar a cabo esos programas educativos con los niveles de contenido, integridad y seguridad oportunos.

5.- Ha de incrementarse la oferta laboral para las mujeres internas sin incurrir, en modo alguno, los estereotipos de género; en especial, en los centros penitenciarios exclusivos de mujeres.

6.- Resulta aconsejable la reforma de los centros penitenciarios para que las necesidades de las mujeres internas -en especial, de tipo laboral, educativo y de salud-, sea efectivas en los centros donde, ahora, no se atienden o, donde sí se aprecian programas, no se vean mermaidas o defectuosamente atendidas

Referencias bibliográficas

- Añaños, Fanny T. (Dir.), Moles López, E., Burgos Jiménez, R., García Vita, M.M., Martín Solbes, V.M., Galán Casado, D., Añaños Bedriñana, K., Raya-Miranda, R., Rivera López, M.I. y, García Tardón, B. (2021): *Tránsitos y retos de la inserción-reinserción social con mujeres en semilibertad. Propuestas socioeducativas*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.
- Cervelló Donderis, V. (2006). Las Prisiones de mujeres desde una perspectiva de género. *Revista de estudios penitenciarios*. n°. Extra 1
- Cervelló Donderis, V. (2021): Mujer, prisión y no discriminación: del legado de Concepción Arenal a las Reglas de Bangkok. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XLI.
- Chamizo de la Rubia, J.: *Mujeres privadas de libertad en centros penitenciarios de Andalucía*.
- Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas: *Actuar es Posible. Intervención sobre Drogas en Centros Penitenciarios*.
- Frutos Balibrea, L., Viedma Roja, A. y del Val Cid, C.: *El trabajo en prisión. ¿Reproduce las desigualdades de género?*
- Legánes Gómez, S. Diario La Ley Penal, N° 59, Sección Legislación aplicada

- a la práctica, (2009): *Mujer y prisión*. Wolters Kluwer.
- Martin L.M. Diario La Ley, N° 9762, Sección Tribuna, (2020): *Panorama sobre las mujeres internas en centros penitenciarios de España a la vista de la normativa internacional y según lo dispuesto por la reciente revisión de las reglas penitenciarias europeas*. Wolters Kluwer
- Millán, A., Pérez, O. y Maroto, G. (2020): *La salud mental de las mujeres. Mitos y realidades*.

Maria Vittoria Forte*

ACCESSO AL TERRITORIO ITALIANO PER RICHIEDENTI
ASILO EX ART. 10, COMMA 3, COSTITUZIONE:
LIMITI E POTENZIALITÀ
DEL PROGRAMMA “CORRIDOI UMANITARI”

SOMMARIO: 1. Contesto sovranazionale, ragioni e scopo della ricerca. – 2. Contesto italiano: il diritto di accesso al territorio della Repubblica *ex art.* 10, comma 3 Cost. – 3. I corridoi umanitari come pratica di accesso sicuro al territorio per richiedenti asilo: luci e ombre. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Contesto sovranazionale, ragioni e scopo della ricerca*

Secondo stime della Commissione LIBE pubblicate sul sito della Commissione europea, nel 2018 circa il 90% delle persone titolari di protezione internazionale giungeva in Europa attraverso mezzi irregolari, quindi senza autorizzazione¹.

A giudicare dai più recenti dati su numero di attraversamenti irregolari delle frontiere per nazionalità da un lato², e numero di riconoscimenti di protezione internazionale per nazionalità dall'altro³, sembra possa continuare a ritenersi che gli stranieri bisognosi di protezione internazionale abbiano di fatto poche alternative alle rotte migrato-

* Università degli Studi di Napoli Federico II. Il presente contributo riprende e sviluppa in forma sintetica alcuni temi trattati più estesamente in FORTE, (2026).

¹ Cfr. Parlamento europeo, rapporto “Visti umanitari”, 2018. Disponibile sul sito: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/628308/EPRS_ATA\(2018\)628308_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/628308/EPRS_ATA(2018)628308_IT.pdf).

² Frontex, *Monitoring and risk analysis, Migratory Map*, disponibile sul sito: <https://www.frontex.europa.eu/what-we-do/monitoring-and-risk-analysis/migratory-map/>. Consultato il 28/9/24.

³ Eurostat, *First instance decisions on applications by type of decision, citizenship, age and sex - annual aggregated data*, disponibile sul sito: https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_asydcfsta/default/table?lang=en&category=migr.migr_asy.migr_asydec. Consultato il 28/9/24.

rie impervie e ai trafficanti di esseri umani per esercitare il proprio diritto di migrare e raggiungere il territorio europeo, ove eventualmente chiedere e ricevere asilo⁴. A gennaio 2024, siriani e afghani, prime popolazioni di richiedenti asilo e rifugiati nell'Unione europea, continuavano a figurare anche tra le prime nazionalità in termini di popolosità su tutte le rotte irregolari dirette verso frontiera europea.

Le ragioni di tali ingenti flussi di migranti irregolari in entrata in Europa⁵ sono plurime, e l'esame delle stesse richiederebbe un'analisi ben più analitica di quanto si ritiene utile al presente intervento⁶. Basti qui esplicitare che tali dati non sorprendono se si tiene conto quantomeno di: *a*) il mutato e mutante scenario geopolitico internazionale; *b*) l'intensificazione di pratiche atte a prevenire l'accesso al territorio e controllare le frontiere attuate dall'Unione e dei suoi Stati membri in risposta alla nuova dinamica migratoria; *c*) la politica europea comune

⁴ A supporto di tale tesi anche molti report di ONG, quale, tra i più recenti, "On this journey", curato dall' Alto Commissariato Delle Nazioni Unite Per I Rifugiati (UNHCR), Organizzazione Mondiale per la Migrazione (OIM) e Mixed Migration Centre (MMC). Nel volume in questione – in merito alla rotta del Mediterraneo Centrale – le organizzazioni specificano che: «Among the top ten nationalities arriving in Italy through the Central Mediterranean route during the period 2018–2022, several had a high asylum application acceptance rate. [...] This indicates the extent to which the movements across the Mediterranean are mixed, including refugees who, for lack of access to safe channels, see no other choice than to join other migrants along these dangerous sea crossings in order to apply for protection in Europe» Cfr. OIM, MMC & UNHCR (2024), 16. A queste valutazioni si aggiunga quella relativa al fatto che molte delle persone che hanno tentato, attraverso questi canali, di raggiungere il territorio europeo, hanno di fatto trovato la morte (secondo stime OIM, parliamo di circa 23.800 morti solo sulla tratta del Mediterraneo dal 2014 al 2022. Cfr. OIM, *Missing migrants project*. Disponibile sul sito: <https://missingmigrants.iom.int/>).

⁵ Urge tuttavia specificare che, per quanto l'attenzione sia volta in larga parte agli ingressi irregolari per richieste di asilo, l'immigrazione in Europa avviene prevalentemente attraverso canali regolari e per motivi di lavoro e famiglia. A conferma di ciò i dati Eurostat relativi al 2023, disponibili sul sito: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_it#flussi-da-e-verso-lue. Consultato il 28/9/24.

⁶ Per approfondimenti sul tema delle cause delle migrazioni, incluse le migrazioni forzate, si consiglia da ultimo la lettura puntuale e talvolta critica rispetto alla letteratura maggioritaria del sociologo olandese H. De Haas in DE HAAS, (2024).

sul rilascio dei visti e le considerazioni a margine della c.d. black list⁷; d) la quasi totale assenza di canali di accesso sicuro al territorio europeo per richiedenti asilo.

I precari equilibri geopolitici mondiali scossi, tra gli altri eventi, dalla presa dell'Afghanistan da parte del movimento talebano, dall'invasione russa dell'Ucraina e dal conflitto in Sudan, hanno contribuito a generare nuovi esodi, al punto tale da portare i c.d. migranti forzati nel mondo a raggiungere la cifra "record" di 110 milioni di persone⁸. Sebbene gran parte di questi profughi abbia cercato e – in alcuni casi – trovato protezione in Paesi a medio e basso reddito, una quota crescente di detti flussi si è diretta invece verso i confini europei, soprattutto nell'ultimo decennio. In risposta, gli Stati membri e l'Unione europea hanno adottato strategie sempre più restrittive, difensive e respingenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi, volte al controllo delle frontiere⁹ e alla prevenzione dell'accesso alla c.d. "Fortress Europe". Si pensi alla crescente cooperazione (ampiamente informalizzata) dell'Unione con i Paesi terzi, che ha quale obiettivo precipuo il contenimento delle partenze¹⁰; alle operazioni svolte dalla Guardia costiera

⁷ V. nota 14.

⁸ I Global Trends 2023 di UNHCR parlano di 43,4 milioni di rifugiati, 9,7 milioni di richiedenti asilo e 68,3 milioni di sfollati interni (il 58% del totale). Cfr UNHCR (2024). *Global Trends Forced Displacement in 2023*. Geneva. Disponibile sul sito: <https://www.unhcr.org/global-trends-report-2023>.

⁹ In tale scenario il crescente utilizzo della pratica del c.d. spostamento artificiale della frontiera ha reso le frontiere europee costrutti legali sempre più flessibili e malleabili (V. tra tutti SHACHAR, (2009), 809-839. Tale approccio pare confermato nel Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo. Nello specifico, il *pre-entry screening*, sulla falsariga dello *screening* preliminare adottato negli *hotspots*, mira a velocizzare e anticipare la distinzione dei migranti irregolari giunti sul luogo tra migranti economici e potenziali richiedenti asilo, delegando tale attività a funzionari di frontiera e richiedendo che la stessa procedura avvenga al confine, in uno spazio extra-legale in cui l'ordinamento giuridico viene *de facto* sospeso. Inoltre, lo stesso Patto parrebbe pericolosamente istituzionalizzare e cristallizzare la cosiddetta "finzione di non ingresso", disarticolando l'ingresso fisico da quello "legale" sul territorio, con tutti i costi in termini di contrazione dei diritti delle persone alla frontiera che quest'operazione prevede. Sul tema, tra gli altri, cfr. RONDINE, (2022).

¹⁰ Per un'analisi approfondita in materia di cooperazione con Paesi terzi, in particolare sull'accordo UE-Turchia, FAVILLI, (2016), 405 ss.

e di frontiera europea¹¹; alla disciplina sulla criminalizzazione dei vettori che trasportano cittadini di Paesi terzi privi di documenti¹²; ma anche alla politica europea comune sul rilascio dei visti, definita «la più chiara misura di controllo pre-frontiera»¹³, in considerazione del fatto che la quasi totalità degli Stati i cui cittadini presentano domanda di protezione internazionale nel territorio dell'Unione sono inseriti nella c.d. "black list", in relazione alla quale è stabilito l'obbligo di visto¹⁴.

A margine di tali prime considerazioni va infine ribadito che, sebbene l'esigenza di istituire canali legali e sicuri d'ingresso per persone migranti nel sistema giuridico dell'Unione Europea (UE) sembri risalire ai primi anni 2000¹⁵, al di là della retorica che accompagna le prese di posizione della Commissione nella promozione di tali canali a partire almeno dal 2015¹⁶, pare di fatto manchi tutt'oggi un quadro normativo comune atto ad istituzionalizzare e disciplinare le misure di ingresso protetto per cittadini di Paesi terzi, inclusi richiedenti asilo. A conferma di ciò, si rimanda a quanto contenuto nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, avanzato dalla Commissione nel 2020 e adottato

¹¹ Regolamento (UE) n. 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2019 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624.

¹² Sul tema, tra tutti, MORENO LAX, (2017).

¹³ ECRE (2017), 7.

¹⁴ Paradossalmente l'inserimento nella "black list" può infatti essere disposto in base a criteri attinenti anche «l'immigrazione clandestina, l'ordine pubblico e la sicurezza» (Art. 1 del Regolamento (UE) 2018/1806). Pertanto, in circostanze di conflitto o di violenza generalizzata, che potenzialmente determinano esodi di persone bisognose di protezione, piuttosto che semplificare l'accesso delle stesse al territorio europeo, si prevede la possibilità di disporre l'obbligo di visto per gli Stati da cui provengono. Stati in cui, per altro, spesso le condizioni politiche interne rendono difficoltoso anche l'accesso alle sedi diplomatiche (quando esistenti).

¹⁵ Già agli inizi degli anni 2000, la Commissione aveva avanzato una proposta per l'istituzione delle *Protected Entry Procedures* (PEP), poi arenata in sede di Consiglio a causa dell'opposizione degli Stati membri. Sul punto si veda CARRERA, CORTINOVIS, (2019), 6 ss.

¹⁶ V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Agenda europea sulla migrazione, COM (2015) 240 final del 13 maggio 2015.

lo scorso maggio 2024¹⁷. Difatti, seppur tale Nuovo Patto dichiara espressamente la necessità di ampliare l'offerta dei percorsi legali verso l'Europa al fine di offrire protezione a quanti ne hanno bisogno e istituisca, per la prima volta, uno strumento giuridicamente vincolante per una particolare via d'accesso legale – il reinsediamento – sul piano pratico subordina ancora fortemente l'implementazione degli stessi percorsi alle scelte ampiamente discrezionali dei singoli Stati membri¹⁸. I canali legali di accesso, anche detti vie d'accesso complementari o “percorsi legali di protezione”¹⁹, restano dunque delle formule residuali e discrezionali di accesso legale al territorio dell'Unione, realizzati a fronte di specifiche disponibilità, volontà e necessità dai singoli Stati membri.

Alla luce di tutte le strategie politiche fin qui citate, appare quindi chiaro che, paradossalmente, l'unica possibilità affinché persone potenzialmente titolari del diritto d'asilo possano effettivamente accedervi è rappresentata, come si diceva, dal dover raggiungere le frontiere europee in modo irregolare, affrontando rischi estremi lungo le rotte e affidandosi a trafficanti di esseri umani. Ne consegue, in conclusione,

¹⁷ Comunicazione della Commissione che istituisce un Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, del 23 settembre 2020, COM (2020) 609final.

¹⁸ Il recente Regolamento (UE) 2024/1347 – che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e l'ammissione umanitaria – non riconosce, infatti, alcun diritto individuale al reinsediamento, e, come già richiamato in dottrina, lascia un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri, anche in relazione ad aspetti cruciali, quali il numero delle persone da ammettere e la determinazione dei Paesi di origine delle persone migranti ammesse a partecipare al processo selettivo. Allo stesso modo, gli altri percorsi legali di protezione verso l'Europa, come visti umanitari e *community/private sponsorships*, restano fortemente caratterizzati dalla volontarietà degli impegni assunti da parte dei soggetti coinvolti.

¹⁹ In merito è interessante notare che, tendenzialmente, con la locuzione «vie d'accesso complementari per l'ammissione nei Paesi terzi» si rimanda a vie d'accesso legale complementari rispetto al reinsediamento che, nella prospettiva statale, resta lo strumento classico e privilegiato di accesso legale (Cfr. *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, adottato a Marrakech il 19 dicembre 2018). Con la locuzione “percorsi legali di protezione” (in inglese “*legal pathways to protection*”) si rimanda invece a tutti gli schemi di ammissione umanitaria implementati su scala nazionale, incluso il reinsediamento (Cfr. COM (2020) 609final).

che tali potenziali rifugiati si trovino di fatto ostacolati nel cercare e godere del proprio diritto d'asilo. Un diritto riconosciuto tra i diritti fondamentali dell'uomo, contenuto in ormai un terzo delle Costituzioni vigenti, nonché sancito esplicitamente nel quadro normativo UE da fonti di rango primario, quali l'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e l'art. 78, par. 1, Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Nell'ordinamento regionale, tuttavia, tale diritto richiede che lo straniero raggiunga fisicamente il territorio di uno Stato membro per formalizzare la propria richiesta di protezione e beneficiare delle tutele ad essa legate²⁰.

Si evidenzia quindi il grande limite della protezione multilivello del diritto di asilo in ambito europeo: nonostante l'abbondanza di regole, anche in fonti di rango primario, il rischio che le stesse, e le garanzie ad esse connesse, restino solo "sulla carta" è oggi quanto mai attuale, in particolar modo nella prospettiva dell'accesso all'asilo. Come dimostrato dalle crisi umanitarie dell'ultimo decennio, l'articolato sistema in essere presenta una serie di «nodi strutturali irrisolti»²¹ tali da renderlo di fatto poco funzionale alla reale protezione dei cittadini di Paesi terzi bisognosi di una qualche forma di protezione internazionale, e il primo di tali nodi riguarda nient'altro che l'accesso al territorio, necessario per accedere alla procedura d'asilo e, quindi, all'ottenimento della protezione internazionale sul territorio europeo²². Come già osservato

²⁰ Il principio della territorialità è previsto, tra le altre fonti, da: art. 2 del Regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la Direttiva 2013/32/UE; principio è previsto da: art. 3 del Regolamento c.d. *Dubolino III* n. 604/2013/UE, il quale precisa che «gli Stati membri esaminano qualsiasi domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide sul territorio di qualunque Stato membro, compreso alla frontiera e nelle zone di transito».

²¹ BONETTI, (2021), 3.

²² È bene specificare che, come riassunto da PANZERA, (2023), 11, «da un punto di vista teorico-giuridico asilo e (accesso al) territorio sono inscindibili». È anche solo logicamente paradossale riconoscere il diritto alla protezione internazionale senza al contempo riconoscere la correlativa facoltà dello straniero titolare dello stesso diritto di accedere e poi soggiornare nel territorio dello Stato ospitante (v. sul tema anche DICKSON, (2023). Tuttavia, il rapporto tra asilo e territorio nell'ordinamento europeo è questione ampiamente dibattuta in letteratura. La dottrina maggioritaria sembra so-

da copiosa letteratura, è quindi urgente riflettere sui canali legali di ingresso per i richiedenti protezione nell'UE e negli Stati membri, con l'obiettivo ultimo di proporre interventi legislativi e sistematizzazioni delle stesse volte a configurarle come potenziali rimedi per risolvere parte delle problematiche strutturali rilevate in materia di accesso all'asilo²³.

Avendo brevemente inquadrato il tema dello svuotamento di significato del diritto d'asilo nel sistema europeo di protezione, il presente contributo intende dunque analizzare il diritto d'asilo costituzionale dalla stessa prospettiva di cui sopra: la relazione esistente tra richiedente asilo e territorio dello Stato di destinazione.

Pur consapevoli che, come scrive Bonetti, l'istituto in esame è intriso dei c.d. "nodi strutturali irrisolti" anche sul piano nazionale, in particolare con riferimento alle «condizioni essenziali per accedere al diritto di asilo che dovrebbero consentire allo straniero di uscire in condizioni di sicurezza dal territorio dello Stato in cui è impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, o di altro Stato in cui abbia trovato un precario riparo, e di giungere nel territorio dello Stato italiano»²⁴, si ritiene infatti che in tale contesto multilivello l'asilo costituzionale possa assumere un ruolo integrativo e sussidiario in termini di tutele per la persona migrante.

Pertanto, una prima parte del lavoro (par. II) sarà dedicata all'analisi di portata e significato del diritto costituzionale di asilo *ex* art. 10, comma 3 della Costituzione, anche in relazione al sistema multilivello entro cui esso si colloca, nonché in particolare all'attuazione dello stesso dettato costituzionale. Successivamente, muovendo dalla

stenere che in tale ordinamento non esisterebbe un diritto di ingresso nel territorio dello Stato di destinazione, né tantomeno un obbligo per tale Stato di permettere l'ingresso (per un'analisi dettagliata sulle diverse tesi in campo si rinvia, per ragioni di brevità, a PANZERA, (2020). Ciò non toglie che, secondo interpretazione maggioritaria, l'art. 18 della Carta rappresenti una garanzia di accesso alla procedura per il suo riconoscimento, indi per cui gli Stati avrebbero l'obbligo di non ostacolare la possibilità di richiedere asilo (sull'art. 18 della Carta si rimanda, tra tutti, a DE PASQUALE, (2017), 349 ss.

²³ Sull'urgenza di interventi migliorativi e legislativi sulle pratiche esistenti si rimanda tra gli altri a: GATTA, (2018), 2; BONETTI, (2021), SICCARDI, (2022), 74-132.

²⁴ BONETTI, (2021).

necessità di riflettere su strumenti di ingresso legale utili a limitare lo svuotamento di significato dell'istituto in esame anche sul piano interno, e ipotizzando che il programma dei corridoi umanitari, con opportuni interventi legislativi, possa costituire uno strumento funzionale a questo proposito, si offrirà una ricognizione dell'implementazione di detta pratica sul territorio italiano. Nel tentativo di verificare l'ipotesi appena menzionata, si evidenzieranno dunque potenzialità e criticità (par. III) di detto programma. Infine, alla luce di quanto emerso, si proverà ad avanzare una proposta migliorativa dei corridoi umanitari, coerente con il diritto costituzionale d'asilo *ex art. 10, comma 3 Cost.* (par. IV), nell'interpretazione di cui al par. II.

2. Il contesto italiano: il diritto di accesso al territorio della Repubblica ex art. 10, comma 3 Cost.

La Costituzione italiana, a differenza di quanto comunemente disposto in altri ordinamenti, ancora la garanzia di un rifugio sul territorio nazionale ad un presupposto ben più ampio della nozione di persecuzione (che sia per questioni politiche, etniche, religiose o altro), tradizionalmente causa legittimante del diritto a trovare protezione in Stati diversi dal proprio o dallo Stato ove si ha dimora²⁵.

Difatti, tra i suoi Principi Fondamentali, all'art. 10, comma 3, la stessa dispone che: «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge»²⁶.

Sembra pacifico sostenere che, nella sua forma testuale, l'articolo

²⁵ Questa la prospettiva adottata anche dalla Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati (v. Art. 1), normativa più importante in materia sul piano internazionale, nonché pilastro di tutto il corpus normativo a tutela di tale categoria di migranti.

²⁶ Art. 10, comma 3, Costituzione. Per brevità, nel presente lavoro ci si astiene da una ricognizione del ricco e acceso dibattito costituente sulla formalizzazione dell'articolo in questione. Basti precisare che, come piuttosto evidente dalla forma dell'articolo, in conclusione si affermò la posizione maggiormente garantista. Sulla ricostruzione del dibattito costituente concernente il diritto di asilo cfr. ESPOSITO, (1958), 222; CASSESE, (1975), 526 ss.; CALIGIURI, (2006).

riferisca indicazioni già sufficientemente chiare in relazione ad alcune delle sue caratteristiche principali, quali titolarità e causa legittimante. Per quanto anche tali aspetti siano stati oggetto di dibattito scientifico, la dottrina è pressoché unanime nel ritenere che, secondo il comma 3 dell'articolo in esame, ha diritto a trovare asilo sul territorio della Repubblica qualsivoglia *straniero* cui sia impedito l'esercizio delle libertà democratiche riconosciute dal dettato costituzionale²⁷. Tale impedimento di esercizio delle libertà, da analizzarsi sul piano fattuale e in termini di effettività, assurge dunque quale unico presupposto oggettivo per il riconoscimento dell'asilo, e ciò implica che – ove ricorrano i presupposti appena citati, previsti dalla norma costituzionale – tale straniero abbia un vero e proprio *diritto* a ricevere asilo, essere ospitato in Italia e, conseguentemente, esercitare «tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*»²⁸.

Diversamente da quanto la dottrina maggioritaria ritiene con riguardo alla disciplina dell'asilo negli ordinamenti internazionale ed europeo, in riferimento all'ordinamento interno, illustre letteratura giuriscostituzionalistica²⁹ e ormai consolidata giurisprudenza convengono che, nonostante la perdurante inerzia attuativa del legislatore, il diritto costituzionale di asilo consista di fatto in un *diritto soggettivo perfetto direttamente esigibile e immediatamente applicabile*, ovviamente ove sussista la causa di giustificazione prospettata nella disposizione costituzionale appena esposta. Come suggellato dalla Suprema Corte, la giurisdizione ordinaria è competente a riconoscere – con effetti pura-

²⁷ Guardando alla titolarità, il diritto costituzionale d'asilo si riferisce dunque allo straniero in senso lato, includendo anche gli apolidi. Sembra non includere invece i cittadini di altri Stati membri, quindi i cittadini europei, presumendo che tali Paesi d'origine siano «Paesi sicuri» (in tal senso cfr. Protocollo n. 24 sull'asilo per i cittadini degli Stati membri allegato al TFUE). In quanto al presupposto oggettivo, l'asilo risulta legato alla fruizione delle menzionate libertà democratiche, anche qui da intendersi in senso lato. Sul punto, tra tutti, v. BENVENUTI, (2007).

²⁸ Corte cost., sent. 21 marzo 1968 n. 11.

²⁹ Nel panorama dottrinale pare che la natura precettiva dell'art. 10 comma 3 (anche in assenza di legge attuativa) sia stata esclusa solamente da OLIVETTI, (2018), 114 ss. Tra i sostenitori della tesi enunciata, invece, si citano BENVENUTI, (2010); CAVASINO, (2010); IMPARATO, (2014); SALAZAR, (2021).

mente dichiarativi e non costitutivi – la sussistenza del diritto soggettivo all’asilo nei casi in cui ricorre il solo presupposto indicato nella norma costituzionale.

Tali considerazioni in merito alla causa legittimante il riconoscimento dell’asilo conducono ad almeno altre due riflessioni, circa, in primis, il c.d. contenuto minimo dell’asilo costituzionale e, conseguentemente, l’attuazione dello stesso.

Sul primo punto, il richiamo al territorio, che per altro appare citato in Costituzione per la prima volta proprio nel comma 3 dell’articolo 10³⁰, sembra presupporre che, in funzione del finale godimento del diritto in oggetto, sia garantito al richiedente asilo l’accesso al territorio della Repubblica. Secondo attenta dottrina, coerentemente con quanto espresso da copiosa giurisprudenza, infatti, la Costituzione italiana non si limiterebbe a riconoscere e tutelare il diritto d’asilo e il divieto di non respingimento per quanti intendono richiedere asilo in Italia (come avviene su scala sovranazionale), ma si spingerebbe a garantire agli stessi il diritto di «accedere al territorio dello Stato al fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento»³¹, pur in assenza di una legge d’attuazione sul punto, richiesta dal dettato costituzionale. Come anche sostenuto in tempi più recenti dalla stessa Corte, tale legge d’attuazione dovrebbe esser unicamente volta a definire «le condizioni [...] necessariamente conformi alle altre norme costituzionali e internazionali, [...] chiamate a regolare il soggiorno dell’esule, la definizione dei criteri di accertamento dei requisiti richiesti per l’asilo e le modalità del relativo procedimento di accertamento»³², senza poter intervenire sul contenuto minimo dell’istituto in analisi: l’accesso al territorio. D’altro canto, la presenza sul territorio italiano non potrebbe in alcun modo assurgere a precondizione per il conseguimento del diritto stesso, giacché – come già osservato – l’istituto costituzionale assume a unico presupposto legittimante

³⁰ Salazar sostiene che il richiamo al territorio proprio nell’articolo 10 comma 3 sia legato al fatto che anche secondo i costituenti l’articolo in esame fosse, tra i diritti dello straniero, quello che manifesta maggiormente l’aspirazione universalistica sottesa ai valori fondanti del dettato costituzionale. Cfr. SALAZAR, (2021).

³¹ Cass., sez. I, sent. 25 novembre 2005, n. 25028.

³² Tra varie, Cass., sez. I, ord. 15 maggio 2019, n. 13096.

l'impedimento dell'esercizio delle libertà democratiche sancite dal dettato costituzionale³³. Se, al contrario, si subordinasse l'ammissione al territorio di colui il quale si trova nella condizione di impedimento descritta in Costituzione ad una valutazione delle autorità competenti si rischierebbe quantomeno di: *a)* privare di parte del suo contenuto la garanzia dell'asilo costituzionale; *b)* aggravare il presupposto legittimante l'asilo, imponendo come ulteriore preconditione la presenza sul territorio per l'ottenimento della tutela; *c)* assimilare la condizione dei richiedenti asilo a quella di qualsiasi altro straniero, riconoscendo loro solo un interesse legittimo all'ingresso, in contrasto con il principio di favore che giustifica l'adozione di una disciplina giuridica specifica e distinta per i richiedenti asilo.

A margine di tali considerazioni e sempre guardando al contenuto dell'asilo costituzionale, appare qui necessario specificare infine che dalla lettura testuale dell'art. 10, comma 3, potrebbe desumersi che lo straniero acquisirebbe il diritto di asilo in ragione dell'esistenza dell'impedimento e non, invece, dell'accertamento dello stesso impedimento. Di conseguenza, le autorità statali avrebbero di fatto l'obbligo di consentire l'ingresso del richiedente nel territorio nazionale, ossia di agevolare e non ostacolare lo straniero nell'uscire in condizioni di sicurezza dal territorio dello Stato in cui gli è impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla nostra Costituzione, per poi giungere nel territorio dello Stato italiano, accedere alla procedura per richiedere la protezione internazionale e soggiornare temporaneamente sul territorio, fino all'esito della domanda.

Pur in mancanza di una legge atta a definire, come previsto dai Padri costituenti, le condizioni di esercizio dell'asilo costituzionale, l'art. 10, comma 3, in quanto norma precettiva, potrebbe trovare quindi, comunque, diretta applicazione. Come si è detto, il contenuto minimo del diritto in oggetto consisterebbe nel garantire l'accesso al territorio della Repubblica, e la causa legittimante il riconoscimento del diritto sarebbe unicamente legata all'impedimento, per il richiedente, di esercitare le libertà democratiche riconosciute in Costituzio-

³³ Oltre alla dottrina già citata (v. nota 27), sul punto concorde anche parte della giurisprudenza, v. Trib. Roma, II sez. civ., sent. 1° ottobre 1999, n. 4674.

ne³⁴. Tali elementi, in particolare legati a presupposti, natura ed estensione dell'asilo costituzionale, caratterizzerebbero dunque lo stesso quale istituto ben diverso dalle altre forme di protezione esistenti su scala internazionale e UE³⁵, per molteplici ragioni fin qui implicitamente esposte. Ripetendo brevemente: anzitutto, la protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra riconosce titolarità ad un'altra categoria di stranieri e/o apolidi, quali coloro i quali hanno un fondato timore di essere perseguitati per motivi di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un gruppo sociale, dunque identifica un altro presupposto oggettivo. Inoltre, né l'ordinamento internazionale né quello europeo, riconoscono un diritto soggettivo dello straniero e/o apolide ad accedere al territorio dello Stato di destinazione. Al contrario, come su menzionato, l'ordinamento euro-unitario prevede addirittura che lo straniero e/o apolide, per poter formalizzare la propria richiesta di protezione (a prescindere dalla tipologia di protezione gli potrebbe esser riconosciuta), debba trovarsi sul territorio europeo. Ne deriva che, se si concorda sull'accesso al territorio quale contenuto minimo dell'asilo costituzionale, il contenuto minimo dei diversi istituti del sistema multilivello di protezione appare chiaramente differente.

Ciononostante, la disposizione costituzionale necessiterebbe di una

³⁴ Va tuttavia esplicitato che il contenuto del diritto in esame resti, ancora oggi, oggetto di ampio dibattito scientifico. A quanti in linea con l'interpretazione qui avanzata si contrappongono infatti quanti ritengono che l'asilo costituzionale sia interamente attuato dagli status di rifugiato, protezione sussidiaria ed "ex" protezione umanitaria (che di fatto non prevede alcun diritto di accesso al territorio), e quindi, in mancanza di una previsione normativa espressa sul punto, escludono l'esistenza di un (implicito) diritto di accedere al territorio italiano direttamente applicabile. Di quest'ultimo avviso, per tutti, DEL TURCO & SAVINO, (2020).

³⁵ Secondo quanto disposto negli ordinamenti internazionale ed europeo, i soggetti destinatari potrebbero ricevere i seguenti status di protezione: a) rifugiato, delineato a livello generale nella Convenzione di Ginevra; b) protezione sussidiaria, prevista dal diritto UE per quanti, pur non rientrando nella categoria dei rifugiati, sarebbero sottoposti a gravi danni nel caso di rientro nel Paese di origine; c) protezione temporanea, disposta sempre dal diritto UE per fronteggiare situazioni di afflusso eccezionale e massiccio di sfollati, per la prima volta accordata su scala europea ai profughi ucraina; d) protezione umanitaria, forma residuale di protezione, meglio caratterizzata sul piano nazionale.

legge attuativa atta a definire quantomeno le fasi successive all'ingresso della persona migrante, dalla presentazione della domanda di protezione all'accoglienza da prestare allo straniero. Nondimeno, la disciplina legislativa dell'asilo in Italia resta disseminata in una pletora di decreti-legge, susseguitesì nel tempo in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri, nessuno dei quali adatto a dare attuazione alla disposizione all'art. 10 comma 3 della Costituzione e, piuttosto, tutti prevalentemente orientati a dare attuazione alla normativa euro-unitaria sul punto. Con l'evolversi del Sistema Europeo Comune di Asilo (SECA)³⁶, la normativa riguardante gli strumenti di garanzia ivi contenuti³⁷ ha finito per coprire gran parte delle richieste di protezione presentate sul territorio nazionale, al punto tale da rendere tali strumenti, sia dal punto di vista procedurale che sostanziale, pressoché l'unica via praticabile anche in relazione al diritto costituzionale d'asilo. Si è così generato un «processo di osmosi»³⁸ tra le figure di protezione proprie degli ordinamenti sovranazionali e l'asilo costituzionale, il quale ha a sua volta determinato non solo una consistente confusione terminologica tra “asilo” e “rifugio” ma, soprattutto, un certo assorbimento dell'istituto costituzionale negli altri istituti di protezione, specialmente sul piano applicativo. A tale situazione, va aggiunto, ha contribuito significativamente un consolidato orientamento giurisprudenziale che ha al contempo sostenuto che il contenuto del diritto costituzionale d'asilo risultasse nel diritto di ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno riconoscente lo status di rifugiato (rendendo così l'asilo costituzionale strumentale al riconoscimento di un'altra forma di protezione, ossia quella di rifugiato secondo la Convenzione di Ginevra), e che l'asilo costituzionale fosse *integralmente attuato* attraverso le altre

³⁶ Il SECA è il sistema costituito nel Consiglio di Tampere del 1999 con il fine ultimo di armonizzare le politiche d'asilo degli Stati Membri e, nello specifico, definire: un'univoca modalità di determinazione dello Stato competente alla presa in carico della richiesta di protezione sul territorio europeo; una serie di status di protezione uniformi; procedure comuni per l'acquisizione e la perdita di detti status; l'accoglienza dei richiedenti asilo. Sull'evoluzione del SECA e più in generale sul processo di integrazione europea in materia di immigrazione e asilo si rimanda ad AMADEO & SPITALERI, (2019), 3 ss.; DI STASI & ROSSI, (2020).

³⁷ V. nota 34.

³⁸ PANZERA, (2020), 148.

forme di protezione presentate, non avendo pertanto alcun margine di «residuale diretta applicazione»³⁹.

L'assenza di una legge definitoria delle *condizioni* di esercizio del diritto costituzionale d'asilo parrebbe in conclusione aver condizionato sostanzialmente l'effettività del diritto di cui all'art. 10, nell'accezione fin qui descritta. Di fatto, assimilando l'asilo costituzionale agli strumenti di protezione internazionali, si è imposto al richiedente asilo di essere presente nel territorio o alla frontiera al fine di accedere alla garanzia costituzionale che lo riguarda, alterando così il modello di tutela costituzionalmente prefigurato e confondendo – come già sottolineato – il contenuto minimo del diritto (l'ingresso nel territorio) con un suo prerequisito, che si aggiunge all'unico stabilito dall'art. 10, co. 3 (l'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche).

In tale contesto di svuotamento di significato dell'asilo costituzionale, il diritto in analisi, per come qui interpretato, parrebbe esser stato finora fattualmente garantito, in via eccezionale, solo per tramite di alcune specifiche decisioni giurisprudenziali⁴⁰ e di alcune delle c.d. *complementary pathways*, quali la partecipazione (peraltro minima) dell'Italia ai programmi europei di reinsediamento e all'iniziativa dei corridoi umanitari.

Prima di approfondire la pratica dei corridoi umanitari, si ritiene

³⁹ Il filone giurisprudenziale, seppur in modo altalenante, tende infatti ad accorpare le diverse forme di protezione vigenti con quanto previsto dall'art 10, comma 3, al punto tale da sostenere che il diritto costituzionalmente sancito non abbia alcuna autonomia rispetto agli altri statuti e vada inteso, attraverso di essi, «interamente attuato e regolato» (Cass. Civ., sez. VI, 26 giugno 2012, n. 10686). Da questo si ricaverebbe anche la restrittiva conclusione secondo cui «il diritto di asilo nasca quando il richiedente *faccia ingresso in Italia* in condizioni di vulnerabilità che mettano a repentaglio l'esercizio dei propri diritti fondamentali» (Cass. civ., SU, sent. 13 novembre 2019, nn. 29459, 29460 e 29461). Sullo svuotamento contenutistico dell'asilo costituzionale derivante da tale filone giurisprudenziale, v. le considerazioni critiche di BENVENUTI, (2018).

⁴⁰ Si fa riferimento ad alcune delle pronunce del Tribunale di Roma (tra le altre, Trib. Roma, ord. del 21 febbraio 2019; Trib. Roma, sent. 28 novembre 2019, n. 22917; Trib. Roma, ord. del 18 gennaio 2021 nonché, più di recente, le pronunce degli stessi giudici in materia di visti umanitari per Gaza), attraverso cui lo stesso ha ordinato al Ministero il riconoscimento del visto per motivi umanitari ex art. 25 del Codice dei visti. Per un commento di queste decisioni si veda PANZERA, (2020), 132 ss.

utile soffermarsi su una delle pronunce più rilevanti in tema di accesso al territorio come presupposto dell'asilo: la decisione del Tribunale del 28 novembre 2019, che ha dichiarato illegittimi i respingimenti in mare praticati dall'Italia verso la Libia, riconoscendo il diritto degli stranieri coinvolti a fare ingresso nel territorio nazionale per presentare la domanda di protezione. In questa decisione, infatti, il Tribunale affronta in modo audace la questione relativa alla precettività della norma costituzionale in esame, attribuendole la natura di diritto soggettivo perfetto e, quindi, l'immediata applicabilità. In questo modo, lo stesso ha svincolato l'istituto costituzionale dalle altre forme di protezione e creato spazi per un'applicazione autonoma – seppur residuale – dell'art. 10, comma 3 Cost. Ai ricorrenti, infatti, i quali non avrebbero avuto titolo per avanzare una domanda di protezione secondo la normativa euro-unitaria (e nazionale, per come recepita nei vari decreti-legge) vigente giacché non presenti sul territorio europeo, viene offerta, in via giudiziaria, una concreta forma di tutela basata sull'interpretazione qui adottata del diritto costituzionale di asilo: il diritto di ingresso nel territorio, «secondo le modalità individuate dalla competente autorità amministrativa». Una decisione contraria, aggiunge il Tribunale, «si configurerebbe come un vuoto di tutela inammissibile, in un sistema che, a più livelli, riconosce e garantisce il diritto di asilo nelle sue varie declinazioni». Detta lettura del comma 3, art. 10, Cost. fornisce dunque un rimedio effettivo alle violazioni del diritto di cercare asilo, superando, almeno in parte, il paradosso per eccellenza dell'attuale sistema multilivello di protezione, che richiede la presenza sul territorio per l'avvio della procedura di riconoscimento della protezione in un momento storico in cui le politiche migratorie sono prioritariamente volte a ostacolare lo stesso accesso al territorio⁴¹.

⁴¹ Sul piano nazionale le politiche atte ad esternalizzare e/o extra-territorializzare non solo il controllo ma anche la gestione dei flussi in arrivo sono molteplici. Da ultimo, si pensi al recente Protocollo Italia-Albania in materia migratoria: un atto attraverso cui l'Albania riconosce all'Italia il diritto all'utilizzo – secondo i criteri stabiliti dal Protocollo – di determinate aree, concesse a titolo gratuito per la durata del Protocollo, destinate alla realizzazione di strutture per effettuare le procedure di frontiera o di rimpatrio dei migranti non aventi diritto all'ingresso e alla permanenza nel territorio italiano. Non potendo in questa sede approfondire il tema, si rimanda alle analisi criti-

3. I corridoi umanitari come pratica di accesso sicuro al territorio per richiedenti asilo: luci e ombre

In assenza di una legge specifica chiamata a dare attuazione all'art. 10, comma 3, Cost. secondo l'interpretazione qui adottata, l'ingresso legale e sicuro dei richiedenti protezione situati al di fuori dei confini nazionali è stato garantito tramite la partecipazione dell'Italia ai programmi europei di reinsediamento, alcune decisioni giurisprudenziali, e l'attuazione del programma dei cosiddetti corridoi umanitari: un «modello di sponsorizzazione da parte di comunità realizzato da organizzazioni di ispirazione religiosa in Italia, Francia e Belgio in cooperazione con i rispettivi governi nazionali»⁴², oggetto di approfondimento in questo paragrafo.

Nel 2015, a fronte dell'urgenza di prevenire ulteriori tragedie nel Mediterraneo, alcuni enti privati italiani, principalmente di ispirazione religiosa, hanno infatti promosso questa particolare tipologia di *complementary pathway*⁴³, volta a consentire alle persone bisognose di protezione internazionale di raggiungere l'Italia in modo sicuro e legale,

che sul punto sviluppate da parte consistente della dottrina e della società civile, tra cui SPAGNOLO, (2023); CELOIRA & DE LEO, (2024).

⁴² Raccomandazione (UE) 2020/1364 della Commissione, del 23 settembre 2020, relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE: promuovere il reinsediamento, l'ammissione umanitaria e altri percorsi complementari.

⁴³ A quanto già illustrato nel paragrafo 1 riguardo alle *legal pathways*, si aggiungono alcune precisazioni: a) questa macrocategoria non comprende i cosiddetti ricollocamenti (cfr. MORI, (2016, 103 ss.)), in quanto questi ultimi riguardano richiedenti asilo che hanno già raggiunto il territorio europeo tramite percorsi non sicuri e ai quali viene offerta la possibilità di trasferimento da uno Stato membro a un altro; b) il regolamento sul reinsediamento (v. nota 18) non pregiudica l'esistenza di altre vie legali di accesso, come i corridoi umanitari. Questo perché, come specificato in nota 19, il reinsediamento è considerato una pratica statale e la sua complementarità riguarda esclusivamente tale ambito. Inoltre, i beneficiari del reinsediamento sono individui ai quali lo status di rifugiato è già stato riconosciuto dall'UNHCR e ratificato dallo Stato ospitante, viaggiando pertanto con un titolo già acquisito. I corridoi umanitari, invece, comportano un diverso e meno determinante coinvolgimento dell'UNHCR e sono rivolti a persone solo potenzialmente meritevoli di protezione, che presentano domanda di protezione una volta nel Paese di destinazione e sono soggetti alla procedura di riconoscimento "ordinaria".

grazie al rilascio, nel Paese di partenza, di un visto motivato da esigenze umanitarie (che verranno definitivamente esaminate in seguito, nel Paese di destinazione). Si tratta, più nello specifico, di una forma istituzionalizzata di cooperazione pubblico-privata che, seppur priva di una cornice normativa organica e attuata secondo semplici Protocolli d'Intesa, permette a un certo numero di individui particolarmente *vulnerabili* di ottenere un visto umanitario⁴⁴ (*ex art. 25 reg. 810/2009/CE*) direttamente nello Stato di origine o transito ove si trova, giungere in Italia attraverso un «percorso di migrazione sicuro, legale, ordinato, duraturo e praticabile»⁴⁵, presentare la propria domanda di protezione alle competenti autorità italiane e, in caso di accettazione della domanda, essere accolto sul territorio italiano attraverso percorsi individualizzati di integrazione.

Il primo progetto di questo genere, denominato «Apertura dei corridoi umanitari», è stato avviato a dicembre del 2015 a seguito della sottoscrizione di un Protocollo di intesa tra il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, il Ministero dell'interno, la Comunità di Sant'Egidio, la Federazione delle Chiese Evangeliche e la Tavola Valdese per corridoi da Libano, Marocco ed Etiopia (e rinnovato alla fine del 2017); il secondo, a gennaio 2017, da Etiopia, Niger e Giordania, facendo seguito ad un simile Protocollo tra gli stessi enti ministeriali, la Conferenza episcopale italiana (che agirà attraverso la Caritas italiana e la Fondazione Migrantes) e la Comunità di Sant'Egidio. Entrambi i Protocolli, così come gran parte di quelli successivi che ne hanno replicato il modello, prevedevano l'ingresso sicuro in Italia di un determinato numero di stranieri (in questo caso, 1000 provenienti principalmente dal Libano e 500 dai campi profughi in Etiopia o da altri Paesi della regione), la cui selezione e ammissione al progetto venivano gestite direttamente sul campo dagli enti promotori, che si occupavano sia del trasferimento dei rifugiati in Italia sia della

⁴⁴ In considerazione della necessità di agire tempestivamente, gli enti privati di matrice religiosa hanno ritenuto il visto umanitario lo strumento già disponibile più utile ad offrire una «soluzione percorribile», Sul punto v. MOROZZO DELLA ROCCA, (2023), 75 ss..

⁴⁵ GORI & KENDALL, (2020), 2-3, consultabile sul sito internet del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione internazionale.

loro accoglienza, distribuita e organizzata all'interno delle reti locali di solidarietà.

Come si accennava, a tali prime esperienze di sponsorizzazione pubblico-privata, efficaci in considerazione del numero di arrivi sicuri in Italia⁴⁶, ne hanno fatto seguito altre, sempre grazie alla sottoscrizione di Protocolli tra gli attori privati e pubblici di cui sopra⁴⁷. Tali Protocolli, diversi tra loro prevalentemente in termini di Paese da cui hanno origine i corridoi, nazionalità dei potenziali beneficiari e numero massimo di beneficiari coinvolti, e tutti con l'obiettivo ultimo di «favorire l'arrivo in Italia in modo legale ed in condizioni di sicurezza dei potenziali beneficiari di protezione internazionale, in specie dei soggetti più vulnerabili»⁴⁸, replicano a grandi linee lo stesso modello, disciplinando: *a*) i criteri di individuazione dei beneficiari del progetto; *b*) gli impegni delle Parti firmatarie; *c*) il Paese di attuazione e i tempi di realizzazione del progetto; *d*) la predisposizione di attività di monitoraggio e valutazione. Senza entrare nel merito di tali specifici aspetti e rimandando ad altra sede per una descrizione più dettagliata del contenuto dei singoli Protocolli, ciò che qui si intende esaminare è il contenuto degli stessi Protocolli in merito alla tre fasi principali individuabili sul piano applicativo, ossia: la fase di *pre-screening* per l'individuazione e selezione dei potenziali beneficiari; quella relativa all'organizzazione e all'espletamento del viaggio; e, da ultimo, quella inerente all'implementazione del progetto di integrazione per i benefi-

⁴⁶ Dal 2016 a ottobre 2024 tale programma ha consentito l'ingresso e l'inserimento sul territorio italiano di circa 6807 persone, in gran parte originarie di Siria, Afghanistan ed Eritrea. Sebbene la cifra sia modesta rispetto ai numeri di persone sulle rotte irregolari, resta significativa se confrontata con i quasi 4800 ingressi protetti in Italia nel *framework* del programma europeo di *resettlement* (v. UNHCR, *Global Trends*, cit.).

⁴⁷ L'Italia, dopo il primo Protocollo con il Libano, sembrerebbe aver firmato: altri due Protocolli facenti base nello stesso Paese, rispettivamente nel 2017 e nel 2019; un secondo Protocollo concernente l'Etiopia, nel 2019; un Protocollo sulla Grecia per i profughi di Lesbo, nel 2020; e due Protocolli per la realizzazione del progetto corridoi umanitari/ evacuazioni, uno per l'Afghanistan, sottoscritto a novembre 2021, e un altro dalla Libia, sottoscritto il 22 aprile 2021, cui ne ha fatto seguito un secondo, sempre dalla Libia, sottoscritto a dicembre 2023.

⁴⁸ Art. 2 del Protocollo di intesa per la realizzazione del progetto Apertura di corridoi umanitari, del 12 aprile 2017.

ciari. In breve, la prima fase, svolta nel Paese di provenienza o di transito, consiste nella selezione dei destinatari e impegna in particolar modo le associazioni religiose *sponsor*, coadiuvate da organizzazioni internazionali che operano nei rispettivi territori (UNHCR, OIM, CRI e altre incaricate); la seconda, solitamente finanziata dalle stesse associazioni, nell'invio dell'elenco dei potenziali beneficiari da loro selezionati al Ministero dell'Interno, per effettuare i controlli necessari al rilascio del visto e per ulteriori verifiche post-ingresso, e al Ministero degli Affari Esteri per il rilascio del visto umanitario ai sensi dell'art. 25 del Regolamento (CE) n. 810/2009, e nel trasferimento delle persone individuate; la terza, nel progetto di integrazione sul territorio della Repubblica, anch'esso a carico delle associazioni promotrici, quindi al di fuori del sistema di accoglienza statale⁴⁹, e generalmente attuato tramite percorsi individualizzati di inclusione, ispirati al modello di accoglienza diffuso o adozionale⁵⁰.

I benefici e le esternalità positive dell'implementazione dei corridoi umanitari sono stati ampiamente individuati, segnalati e riconosciuti in letteratura e da figure politiche nazionali e sovranazionali, come testimonia il riferimento, nei due Protocolli più recenti, all'obiettivo europeo di «consolidare una *best practice* italiana, anche in prospettiva di una sua estensione a livello europeo»⁵¹. In effetti, tale programma, che è ad oggi lo «schema di ammissione [...] di persone bisognose di pro-

⁴⁹ Fanno eccezione in tale distribuzione di oneri tra enti pubblici e privati i corridoi umanitari dalla Libia e dall'Afghanistan, ove l'impegno pubblico "diretto" va oltre le usuali operazioni di verifica e rilascio dei visti. In tali casi, l'ente pubblico prende in carico una parte dei beneficiari previsti, e gli stessi, differentemente dagli altri, vengono individuati e selezionati da personale UNHCR e, una volta trasferiti in Italia, affidati ai servizi del Sistema di accoglienza e integrazione (SAI) garantiti dai Comuni italiani, non usufruendo, quindi, dei tipici processi di accoglienza "ad hoc" gestiti dagli enti privati secondo il modello dell'accoglienza diffusa.

⁵⁰ A parlare di modello di accoglienza ed inclusione adozionale in riferimento ai corridoi umanitari, tra gli altri Sossai in SOSSAI, (2017), 88. Esplicativi sul punto i racconti delle storie di integrazione nelle pagine di Marazziti e Morozzo della Rocca, dove si evince la tipologia di accoglienza: un'accoglienza fatta di ascolto e attenzione ai bisogni della persona, che siano psicologici, affettivi, sanitari o occupazionali. MARAZZITI, (2019), MOROZZO DELLA ROCCA, (2023).

⁵¹ Ci si riferisce ai Protocolli per corridoi umanitari/evacuazioni dall'Afghanistan e dalla Libia.

tezione internazionale che totalizza», in Italia, «il maggior numero di arrivi», rappresenta «molto del poco che si fa»⁵².

Tuttavia, per quanto sia lodevole e nobile l'intento dei promotori di detti corridoi di assicurare l'ingresso sicuro in Italia a persone vulnerabili e bisognose di protezione internazionale, accogliere le stesse con percorsi di accoglienza individualizzati (tendenzialmente più efficaci in termini di integrazione socio-culturale e stabilizzazione sul territorio)⁵³, e valorizzare e rendere fruibile la normativa europea in tema di visti umanitari (*ex art. 25*, Codice dei visti), e per quanto sia vantaggioso in termini economici per lo Stato italiano sostenere tali programmi, finanziati quasi totalmente dagli enti privati, da un punto di vista giuridico emergono molteplici criticità, che necessitano di approfondite analisi. Tra queste, si intende qui guardare in special modo alle problematiche giuridiche che emergono in merito al processo di identificazione e selezione dei potenziali beneficiari, e alla forma di collaborazione pubblico-privata.

Il processo di identificazione e selezione dei *più vulnerabili* è uno dei profili più controversi e al contempo caratterizzanti del programma corridoi umanitari, frutto di un lungo e complesso negoziato tra le parti pubbliche e private firmatarie dei Protocolli. Da principio, infatti, i corridoi si distinguevano dai reinsediamenti proprio per l'eleggibilità dei beneficiari, i quali – nel caso dei corridoi – erano stati concepiti dagli sponsorizzatori quali «persone vulnerabili bisognose di protezione e prive di speranza di raggiungere l'Europa qualora non si fossero rivolte ai trafficanti»⁵⁴ e non come persone già inserite nelle liste di rifugiati UNHCR. Secondo le organizzazioni religiose i rifugiati presenti in tali liste, da cui i reinsediamenti attingono, «una speranza di partire già l'avevano»⁵⁵. Nondimeno, i primi problemi emergono proprio dalla (non) caratterizzazione del concetto di vulnerabilità. Il sistema dei criteri preferenziali previsto dall'art. 3 del primo Protocol-

⁵² MOROZZO DELLA ROCCA, (2023), 7-8.

⁵³ CARITAS ITALIANA (2021), 46 ss. Disponibile sul sito: <https://www.caritas.it/oltre-il-mare-primo-rapporto-sui-corridoi-umanitari/>.

⁵⁴ MOROZZO DELLA ROCCA, (2023), 86.

⁵⁵ MOROZZO DELLA ROCCA, (2023), 87. Per giunta, se fossero stati assunti gli stessi criteri di eleggibilità per reinsediamenti e corridoi, si sarebbe perso il carattere complementare dei corridoi.

lo del 2015, utilizzato come riferimento anche nei successivi⁵⁶, identifica, infatti, quali criteri preferenziali per i beneficiari “non-UNHCR”⁵⁷: a) la comprovata condizione di vulnerabilità degli individui, che si declina solamente attraverso il richiamo a circostanze che attengono alle situazioni personali, l’età e le condizioni di salute; b) in forma complementare, reti familiari o sociali stabili e di sostegno in Italia. Tale formulazione risulterebbe dunque caratterizzata da una notevole genericità e “flessibilità” applicativa, che parrebbe, a sua volta, risultare in una significativa discrezionalità in capo agli operatori degli enti promotori *in loco* nell’espletamento delle loro valutazioni in merito ai potenziali destinatari del progetto. In questi termini, il processo in esame, per altro anch’esso non meglio determinato nei Protocolli⁵⁸, risulterebbe dunque opaco e arbitrario⁵⁹, soggetto ad un’ampia discrezionalità amministrativa, nonché in contrasto con alcuni principi generali dell’agire pubblico, incluso, come si diceva, il principio di imparzialità. Il rischio è che, all’atto pratico, a parità di esigenze di protezione si neghi l’accesso al territorio ad alcuni potenzialmente meritevoli rifugiati in considerazione di terzi fattori, quali sesso, età, etnia, religione, o

⁵⁶ Per una dettagliata disamina sull’evoluzione della “normativizzazione” dei criteri selettivi dei corridoi umanitari, si rimanda a ORSO, (2024), 376-379. Tuttavia, si segnala che gli ultimi due Protocolli, relativi ai corridoi/evacuazioni da Afghanistan e Libia, si ritengono qui *sui generis* per molteplici motivi, tra cui urgenza e modalità attuative. Pertanto, non si è certi che quanto contenuto in questi ultimi possa considerarsi indicativo di un cambiamento del programma corridoi umanitari (in senso lato) riguardo alla normativizzazione dei criteri selettivi.

⁵⁷ L’eleggibilità prescinde dal riconoscimento di meritevolezza di protezione internazionale da parte dell’UNHCR.

⁵⁸ Secondo quanto riportato nel “manuale” dei corridoi umanitari, tale processo prevederebbe: la segnalazione dei potenziali beneficiari, effettuata da UNHCR, OIM e altre associazioni; la conduzione delle interviste (generalmente tre) da parte degli operatori e dei coordinatori del progetto al fine di verificare la veridicità dei racconti; la sottoscrizione della “dichiarazione di impegno” contenente i punti chiave del progetto; il controllo delle situazioni giudiziarie dei potenziali beneficiari e l’inserimento dei dati dei destinatari nella banca dati Eurodac (Cfr. il “manuale” *Humanitarian Corridor, Corridoi Umanitari: le procedure di implementazione per la loro estensione su scala europea*, 2021, 11 ss.). Una volta completata la fase di selezione, si procede con quella volta a preparare il trasferimento nel Paese di destinazione.

⁵⁹ Così anche SICCARDI, (2022).

perché giudicati “meno vulnerabili” e/o con una meno fitta rete di supporto nel Paese di destinazione⁶⁰.

Eppure, pur riconoscendo la valenza e il significato di tali criticità, ampiamente esaminate in dottrina, nel caso di specie si ritiene vadano considerati anche altri fattori, quali *in primis* uno degli obiettivi dei corridoi: «la chance d'integrare presto e bene», ossia la proposta di un modello “virtuoso” di accoglienza e integrazione. La “libera scelta” dei beneficiari da parte degli operatori consente infatti, almeno in potenza, di pianificare sin dall'inizio dei percorsi di accoglienza efficaci, attraverso una particolare attenzione alle storie personali, ai bisogni e alle richieste del migrante ma anche alle condizioni dell'ambiente di destinazione e alle esigenze della comunità ospitante, quindi «la disponibilità all'accoglienza in Italia»⁶¹. Maggiore rigidità e normativizzazione dei criteri di individuazione, quindi anche minore autonomia decisionale degli operatori, in nome del principio di imparzialità sono veramente necessari e opportuni in vista di un perfezionamento di tale pratica? Non si rischierebbe, invece, di compromettere il raggiungimento di un'integrazione efficace, oltre che di privare i corridoi, una forma di *sponsorship*, dei loro tratti distintivi? L'argomento è particolarmente delicato, perché impatta sì sui principi generali del diritto pubblico, ma anche su una delle cifre essenziali della pratica dei corridoi umanitari. Ciò premesso, per completare l'analisi della fase *pre-screening*, pare opportuno riconoscere che quelle fin qui esposte non siano le uniche problematicità. Al contrario, bisogna guardare attentamente anche al fatto che i migranti non selezionati e non inclusi nelle liste delle organizzazioni non ricevono alcun provvedimento di diniego, rimanendo pertanto privi di qualsivoglia rimedio giurisdizionale. Ne deriva che dette organizzazioni, attraverso i processi di individuazione e selezione, acquisiscano un ruolo determinante nel filtrare irrimediabilmente l'accesso al diritto di asilo di detti potenziali rifugiati. E inoltre, in termini generali, che gli stessi non godano delle «garanzie

⁶⁰ Tali circostanze alimenterebbero discriminazione, stereotipi e, talvolta, tentativi disperati da parte dei migranti stessi di rendersi più vulnerabili. V. sul punto TROTTA, (2017), 1-35.

⁶¹ MOROZZO DELLA ROCCA, (2023), 88-93.

tipiche del giusto procedimento amministrativo»⁶², ma sul punto si rinvia ad attenta dottrina⁶³.

D'altra parte, la tipologia di *partnership* pubblico-privata presenta, come accennato, ulteriori criticità. La distribuzione dei compiti tra enti pubblici e privati, ispirata in parte al modello di *sponsorship* canadese⁶⁴, risulta fortemente sbilanciata a favore degli enti privati promotori, i quali curano – nelle modalità analizzate – la fase selettiva dei beneficiari, e si assumono la quasi totale responsabilità degli oneri burocratici, organizzativi e logistici legati al trasferimento, all'accoglienza e all'integrazione dei beneficiari. In linea con quest'impostazione, che assegna centralità agli *sponsor* nell'attuazione di tutte le fasi del programma, specialmente quella selettiva e di accoglienza e integrazione nei territori, tutti i Protocolli dichiarano che «il progetto risulta totalmente autofinanziato e non comporta [...] alcun onere a carico dello Stato italiano», quasi a voler “spogliare” lo Stato di ogni responsabilità in merito. In realtà, come già evidenziato, l'implementazione dei corridoi implica l'esercizio di incisive e determinanti funzioni pubbliche e amministrative, quali *in primis* il rilascio del visto per motivi umanitari, di cui responsabili i soggetti pubblici. In aggiunta, come previsto dall'art. 4 del Protocollo del 2015, «il Ministero dell'Interno si impegna a portare a conoscenza delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e della Commissione nazionale le finalità e le modalità operative del presente progetto, con particolare riferimento ai criteri adottati nell'ammissione delle persone al progetto e all'attività di predisposizione dei dossier individuali e familiari effettuata nella fase iniziale e preliminare alla concessione del visto per motivi umanitari». Questo impegno, di fatto, mira a ovviare ad una delle maggiori criticità legate al processo selettivo gestito dalle parti

⁶² TUOZZO, (2024).

⁶³ Sul punto, si veda in particolare TUOZZO, (2024). A quanto sostenuto dall'autrice si aggiunge quanto evidenziato da CRISTIANO, (2024), la quale in un'analisi sul tema in ambito euro-unitario sottolinea come i corridoi umanitari non si svolgono in un contesto di totale vuoto normativo poiché l'applicazione extraterritoriale dell'art. 3 CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE richiedono il rispetto di una serie di garanzie procedurali minime.

⁶⁴ In merito alla comparazione tra il modello dei corridoi umanitari e il sistema delle sponsorizzazioni canadesi, v. GALLI, (2022), 134 ss.

private e non dall' UNHCR: l'eventualità che i destinatari individuati dagli enti promotori non ottengano, una volta formalizzata la richiesta di asilo in Italia, il riconoscimento della protezione internazionale da parte della Commissione territoriale competente (ulteriore ente pubblico coinvolto nel programma). Ne consegue che, pur riconoscendo il significativo impegno finanziario e di personale in capo agli *sponsors*, pare chiaro che l'implementazione di corridoi umanitari preveda, comunque, un significativo intervento e "costo" pubblico, sia diretto che indiretto. Ciò detto, l'aspetto che appare più critico nel rapporto tra competenze pubbliche e private – e in generale tra i più problematici del programma dei corridoi umanitari – è la totale assenza di intervento pubblico in tema di controllo, monitoraggio e vigilanza sugli enti privati e sulle operazioni da essi condotte⁶⁵, inclusa l'erogazione di servizi di integrazione e accoglienza, che rivestono un evidente interesse pubblico.

4. *Considerazioni conclusive*

I corridoi umanitari, nati su intuizione di enti privati di matrice religiosa in risposta alla drammaticità della realtà migratoria⁶⁶, rappresentano uno strumento utile a creare dei percorsi migratori dignitosi, ordinati e sicuri e dei progetti di integrazione funzionali a limitare i c.d. movimenti secondari, conciliando la necessità (pubblica) di controllare i migranti in entrata e la, seppur migliorabile, necessità (individuale) di tutelare i diritti umani, incluso il diritto d'asilo. Da qui, un certo *favor* politico all'implementazione della pratica⁶⁷.

Ciononostante, i corridoi umanitari si configurano come una misura di accesso residuale, interamente dipendente dalla volontà degli Stati e che si concretizza sulla base di protocolli amministrativi e prassi,

⁶⁵ La comparazione con il caso canadese suggerisce, oltre ciò, un particolare impegno dell'ente pubblico nella formazione dei *private sponsors*, oltre che proprio nel monitoraggio. Cfr. GALLI, (2022).

⁶⁶ In questi termini MOROZZO DELLA ROCCA, (2023), 55- 59.

⁶⁷ Lo testimonia anche il riferimento ai corridoi umanitari nella recente legge 5 maggio 2023, n. 50, art. 1.

quindi in uno scenario di indeterminatezza giuridica che, come noto, mal si concilia con la tutela dei diritti della persona.

Perché il modello italiano di *sponsorship* possa realmente elevarsi a strumento ordinario di gestione del fenomeno migratorio, è sicuramente anzitutto necessario un intervento legislativo organico⁶⁸, che definisca in special modo le competenze e i limiti degli attori coinvolti, favorendo un migliore bilanciamento tra l'autonomia degli *sponsors* e l'irrinunciabile ruolo pubblico di monitoraggio, vigilanza e regolazione. D'altro canto, l'adozione di una normativa di rango primario, definitiva delle varie "zone grigie" emerse, è imprescindibile anche sul piano costituzionale, qualora si voglia considerare tale pratica uno strumento in qualche modo valido per rendere effettivo il diritto costituzionale d'asilo *ex art. 10, comma 3, Cost.*, che si ricorda essere coperto da riserva di legge.

Tuttavia, se pure l'auspicato intervento legislativo dovesse avvenire, resta il fatto che i presupposti per l'inserimento nel programma corridoi umanitari siano altri e più numerosi rispetto a quanto si richiede allo straniero per poter ricevere asilo in Italia *ex art. 10, comma 3* e che, in ogni caso, l'accesso al territorio e all'asilo, per come voluto dai Costituenti, resterebbe, anche attraverso tale pratica, esclusivo e fruibile solo per un numero ristretto di persone migranti potenzialmente meritevoli di asilo, provenienti da specifici Paesi.

In definitiva si ritiene che i corridoi umanitari, con le opportune e dovute modifiche, potrebbero fattivamente contribuire a restituire significato all'istituto dell'asilo nel sistema multilivello di protezione, calibrando con maggior opportunità i principi solidaristici di accoglienza e protezione con la cura e la difesa degli interessi economici e sociali nazionali. Cionondimeno, il programma in esame, per sua stessa natura e conformazione, appare, da solo, scarsamente adeguato a rispondere alla (non) attuazione dell'asilo costituzionale, così come delineato in questa sede.

⁶⁸ Si specifica che, limitandosi ad introdurre misure volte a permettere l'ingresso sul territorio nazionale di potenziali richiedenti asilo e non intervenendo in alcun modo né sulla domanda di protezione né sulla procedura di riconoscimento, una legge in materia non rischierebbe di creare problemi di compatibilità con la normativa euro-unitaria di riferimento (SECA).

Riferimenti bibliografici

- Benvenuti, M. (2018). La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità. *Questione Giustizia.*, 2.
- Bonetti, P. (2021). La crisi afghana come spunto per risolvere i nodi strutturali del diritto di asilo. *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, Editoriale, 3.
- CARITAS italiana. (2021). *Oltre il mare. Primo rapporto sui Corridoi Umanitari in Italia e altre vie legali e sicure d'ingresso.*
- Carrera, S. & Cortinovis, R. (2019). *The EU Role in Implementing the Global Compact on Refugees. Contained Mobility vs International Protection.* Disponibile su: www.ceps.eu/ceps-publications/eus-role-implementing-un-global-compact-refugees/
- ECRE. (2017). Protection in Europe: Safe and Legal Access Channels ECRE's Vision of Europe's Role. *The Global Refugee Protection Regime: Policy Paper*, 1.
- Forte, M. V. (2026). L'accesso all'asilo nell'Unione europea. Sterilizzazione di un diritto costituzionale e pratiche compensative. Milano: FrancoAngeli.
- Galli, L. (2022). Quale ruolo degli attori pubblici nella sponsorship privata dei rifugiati? Una riflessione sull'esperienza italiana alla luce di quella canadese. *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2.
- Gori, G. & Kendall, F. (2020). Documento programmatico per i corridoi umanitari europei. AA.VV., *Corridoi umanitari, una pratica replicabile. Atti della conferenza.*
- Marazziti, M. (2019). *Porte aperte. Viaggio nell'Italia che non ha paura.* Milano.
- Morozzo Della Rocca, R. (2023). *Corridoi umanitari*, Roma: Edizioni San Paolo R.
- Panzerà, C. (2020). *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali.* Napoli: Editoriale scientifica.
- Panzerà, C. (2023). L'accesso al Diritto di Asilo: Problemi E Prospettive. *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3.
- Rescigno, F. (2020). Il diritto all'asilo e la sua multiforme (non) attuazione. *Dir., Imm., Citt.*, 2.
- Salazar, C. (2021). Lo "statuto costituzionale dello straniero" e il diritto d'asilo. *Consulta online*, II.
- Siccardi, C. (2022). Quali vie di accesso legale per i richiedenti protezione in Europa? Contesto europeo e costituzionale. *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, 74-132.
- Tuozzo, M. (2024). Corridoi umanitari: chiaroscuri del processo selettivo e della tutela dei diritti. *ADiM Blog, Editoriale*, febbraio

Gli Autori e i Curatori

Anna Papa, Università degli Studi di Napoli Parthenope

Antonio Pérez Miras, Universidad de Granada

Silvia Romboli, Esade Ramon LLULL University

Giacomo Palombino, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales

Daniela Messina, Università degli Studi di Napoli Parthenope

VOLUME I

Miguel Fernandez-Palacios, Ambasciatore di Spagna presso la Repubblica italiana

PARTE I

QUO VADIS, CONSTITUTIO?

Luigi Ferrajoli, Università Roma Tre

Francisco Balaguer Callejón, Universidad de Granada

Vasco Pereira da Silva, Universidade de Lisboa

Miguel Ángel Presno Linera, Universidad de Oviedo

Tanja Cerruti, Università degli Studi di Torino

Germán M. Teruel Lozano, Universidad de Murcia

Giovanni Cavaggion, Università degli Studi di Milano

Federica Fabrizzi, Sapienza Università di Roma

Laura Frosina, Sapienza Università di Roma

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, Università degli Studi di Milano
Filippo Scuto, Università degli Studi di Milano
Leonardo Álvarez Álvarez, Universidad de Oviedo
Luigi Ferraro, Università degli Studi di Napoli Parthenope
Claudia de Partearroyo Francés, Universidad Autónoma de Madrid
Antonello Lo Calzo, Università degli Studi di Pisa
Lucía Álvarez Albarenga, Universidade de Vigo
Miguel Ángel Sevilla Duro, Universidad de Castilla-La Mancha
Gloria Marchetti, Università degli Studi di Milano
Ester Ferriello, Università di Napoli Federico II
Antonio Mariconda, Università degli studi di Napoli Federico II
María Moreno Serrano, Universidad Complutense de Madrid
Ignazio Spadaro, Università degli studi di Catania
Giuseppe Rigobello, Università degli studi di Verona
Sandra Lopes Luis, Universidade de Lisboa
Simonetta Trozzi, Università degli studi di Perugia
Ángel Barredo Artiguez, Universidad del País Vasco
Amir Al Hasani Maturano, Universitat de les Illes Balears
Maria Romana Allegri, Sapienza Università di Roma
Omar Caramaschi, Università degli Studi di Genova
Enrico Mantovani, Sapienza Università di Roma
Borja Sánchez Barroso, Universidad Católica de Valencia
Erika La Fauci, Università degli Studi di Messina
Bárbara Cortés Cabrera, Universidad Complutense de Madrid
Eloisa Maria Benedicta Bellucci, Università degli Studi Napoli Federico II
Juan Francisco Barroso Márquez, Universidad de Extremadura
Konstantinos Mourtopallas, Democritus University of Thrace

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, Università degli Studi di Messina

Daniele Porena, Università degli Studi di Perugia

Giuliaserena Stegher, Università degli Studi di Urbino

Corrado Antonucci, Sapienza Università di Roma

Marco Benedetti, Università degli Studi di Pisa - **Gerard Plazas**, Universidad Complutense de Madrid

Paolo Giovarruscio, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Federico Micari, Università degli Studi Guglielmo Marconi

Maria Elena Mariano, Università degli Studi del Molise

Matteo Caldironi, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Viviana Di Capua, Università degli Studi di Napoli Federico II

Carlos González Tormo, CEU Universidad Cardenal Herrera

Raffaele Prettato, Università degli Studi di Udine

Laura Daniela Useche Acevedo, Universidad Carlos III de Madrid

Andrés Vilas Villamarín, Universidade de Vigo

Alberto Gutiérrez Alberca, Universidad Complutense de Madrid

Giovanni Matteo Centore, Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli

Amalia Lozano España, Universidad de Granada

Gesualdo Della Corte, Università degli Studi di Napoli Federico II

Stefano Rotolo, Università degli Studi di Perugia

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

Juan Francisco Sánchez Barrilao, Universidad de Granada
Diego Fernandes Guimarães, Universidade Federal da Paraíba
Sara Orabona, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli
Elena Riviaccio, Università degli Studi di Napoli Federico II
Massimiliano Baroni, Università degli Studi di Parma
Marco Camilleri, Università degli Studi di Napoli Parthenope
Andrea Napolitano, Università degli Studi di Napoli Parthenope
Alejandro Villaluenga Garrido, Universidad Complutense de Madrid
Luis Fernando Martínez Quevedo, Universidad de Granada
Marianna Cuomo, Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli
Leandra Abbruzzo, Università degli studi di Napoli Parthenope
Marta Barranco Dos Santos, Universidad de Málaga
Stella Nacca, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli
Rafael Deyongh Cedeño, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli
Chiara Sagone, Università degli Studi di Catania
Gemma Alberico, Università degli Studi di Milano
Aurora Maggi, Sapienza Università di Roma
Valentina Capuozzo, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
Francisco Ortega Candela, Universidad de Murcia
Emilio Ferrero García, Universidad de Salamanca
Francesca Alicino, Università degli studi di Bari Aldo Moro
Salvador Martínez Rompeltien, Universidad Nacional de Educación a Distancia
Francisco Javier Moreno Ordoño, Universitat de Barcelona
Andrea Garrido Raya, Universidad de Granada
Jokin Babaze Aizpurua, Universidad del País Vasco
Franco Trubiani, Università degli Studi di Napoli Parthenope
Demelsa Covisa López, Universidad Nacional de Educación a Distancia
Maria Vittoria Forte, Università degli studi di Napoli Federico II

Finito di stampare nel mese di luglio 2026
presso Grafica Elettronica, Napoli

DUE TOMI INDIVISIBILI

euro 150,00

ISBN 979-12-235-0691-2

