

# Constitucionalismo: diálogos intergeneracionales entre España e Italia

Vol. I

Directores:

**Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano,  
Silvia Romboli, Giacomo Palombino**



Derecho Constitucional  
Europeo

|C|E|P|C|



CONSTITUCIONALISMO: DIÁLOGOS INTERGENERACIONALES  
ENTRE ESPAÑA E ITALIA

# COLECCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Directora

**Yolanda Gómez Sánchez**

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea

Consejo Asesor

**Eugeni Gay Montalvo**, abogado y exmagistrado del Tribunal Constitucional

**Elisa Pérez Vera**, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED y exmagistrada del Tribunal Constitucional

**Manuel Aragón Reyes**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y exmagistrado del Tribunal Constitucional

**Tania Groppi**, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena

**Nuno Piçarra**, professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa y juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

**Enrique Arnaldo Alcubilla**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos y magistrado del Tribunal Constitucional

**Francisco Balaguer Callejón**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE

**Teresa Freixes Sanjuán**, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, ad personam, de la UE

**José María Gil-Robles Gil-Delgado**, Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE y Presidente de la Fundación «Jean Monnet pour l'Europe»

**Miguel Recuerda Girela**, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada

**Juan Damián Moreno**, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid

**Fernando Martín Díz**, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca

**María José Cíaurriz Labiano**, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED

**Carlos Fernández de Casadevante Romani**, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos

**Miguel Ángel Collado Yurrita**, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

**Diego Manuel Luzón Peña**, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares

**Emilio Jiménez Aparicio**, abogado

**José Suay Rincón**, Catedrático de Derecho Administrativo y exmagistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

**Antonio Torres del Moral**, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED

**Andrés Betancor Rodríguez**, Catedrático de Derecho Administrativo de CUNEF Universidad

**Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense

# CONSTITUCIONALISMO: DIÁLOGOS INTERGENERACIONALES ENTRE ESPAÑA E ITALIA

VOLUMEN I

---

ANTONIO PÉREZ MIRAS, GERMÁN M. TERUEL LOZANO,  
SILVIA ROMBOLI, GIACOMO PALOMBINO (DIRS.)



---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES  
MADRID, 2025

Primera edición: mayo de 2025.

Esta publicación se ha realizado en el marco de las Acciones Jean Monnet EUCONS: The Constitutional Bases of Europe: «Towards the Citizens of Europe» (621157-EPP-1-2020-1-ES-EPPJMO-PROJECT) y The Constitutional Bases of Europe: «Towards a Sustainable Democracy» (101127701-ERASMUS-JMO-2023-HEI-TCH-RSCH).

El apoyo de la Comisión Europea para la producción de esta publicación no constituye una aprobación del contenido, el cual refleja únicamente las opiniones de los autores, y la Comisión no se hace responsable del uso que pueda hacerse de la información contenida en la misma.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, [www.boe.es](http://www.boe.es), apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

Todos los trabajos han sido sometidos a revisión por parte del Comité científico del Seminario Ítaloespañol.

Tutti i contributi sono stati sottoposti a valutazione da parte del Comitato scientifico del Seminario Italospagnolo

© De los trabajos, sus autores.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales para esta edición.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO BOE: 144-25-019-X (edición en papel)  
144-25-020-2 (edición en línea, PDF)  
144-25-021-8 (edición en línea, ePUB)

NIPO CEPC: 145-25-015-5 (edición en papel)  
145-25-016-0 (edición en línea, PDF)  
145-25-017-6 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3021-3

Depósito legal: M-28174-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

# ÍNDICE

Páginas

## VOLUMEN I

### ¿QUÉ CONSTITUCIONALISMO?

1. Le prospettive attuali del costituzionalismo, *Giuseppe de Vergottini* ..... 15
2. Sopravvivenza e adattamento del costituzionalismo: percorsi, innovazioni e limiti, *Roberto Toniatti* ..... 23
3. El constitucionalismo en tiempos difíciles, *Pablo Lucas Murillo de la Cueva* ..... 43
4. El futuro del constitucionalismo en el mundo reglobalizado: mediaciones negativas en la globalización fragmentada, *Francisco Balaguer Callejón* ..... 75
5. ¿Constitucionalismo?, ¿qué constitucionalismo? Por un constitucionalismo complejo y ponderado, *Juan Francisco Sánchez Barrilao* ..... 91
6. Dal costituzionalismo ambientale a un costituzionalismo per le generazioni future: le nuove dimensioni dell'art. 9 della Costituzione italiana, *Giacomo Palombino* ..... 107

### CONSTITUCIONALISMO, GLOBALIZACIÓN E INTEGRACIÓN EUROPEA

7. L'Europa dei diritti, fra luci e ombre, *Marilisa D'Amico* ..... 127
8. La constitución de la Unión Europea como respuesta del constitucionalismo a la autocracia, *Andrea Morrone* ..... 143

|                                                                                                                                                                                                             | Páginas |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 9. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte Constitucional italiana ante la protección de valores, principios y derechos fundamentales: ¿colaboración o disputa?, <i>Silvia Romboli</i> ..... | 149     |
| 10. La Sovranità attraverso (e dopo) la globalizzazione. Dalla piramide alla rete?, <i>Ivan Daldoss</i> .....                                                                                               | 171     |
| 11. Constitutional Pluralism and <i>Verfassungsgerichtsverbund</i> : the Progeny of European Constitutional Identity, <i>Nicola Abate</i> .....                                                             | 191     |
| 12. Luces y sombras de la Conferencia sobre el Futuro de Europa: ¿Un paso más en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea?, <i>Alejandro Villaluenga Garrido</i> .....                       | 217     |
| 13. L'Italia di fronte alla guerra in Ucraina. Tra principio pacifista e sistema delle «fonti belliche», <i>Antonello Lo Calzo</i> .....                                                                    | 237     |
| <b>FORMA DE ESTADO, FORMA DE GOBIERNO<br/>Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA</b>                                                                                                                                      |         |
| 14. ¿Están en crisis la democracia y el parlamentarismo?, <i>Gregorio Cámara Villar</i> .....                                                                                                               | 261     |
| 15. ¿Está el parlamentarismo en crisis?, <i>Juan Fernando López Aguilar</i> ....                                                                                                                            | 295     |
| 16. È in crisi il parlamentarismo? Riflessioni sullo stato attuale del parlamento italiano, <i>Paola Bilancia</i> .....                                                                                     | 319     |
| 17. Democrazia e responsabilità politica nel parlamentarismo europeo, tra Unione e Stati membri, <i>Nicola Lupo</i> .....                                                                                   | 331     |
| 18. La forma di Stato e di governo italiana alla prova del PNRR, <i>Carlo Colapietro</i> .....                                                                                                              | 343     |
| 19. La participación política de grupos vulnerables a través de cuotas electorales: el caso mexicano, <i>Yessica Esquivel Alonso</i> .....                                                                  | 349     |
| 20. Le istituzioni del futuro (e i c.d. <i>future studies</i> ) nei processi decisionali, <i>Luca Bartolucci</i> .....                                                                                      | 371     |
| 21. La partecipazione dei cittadini all'elaborazione delle politiche pubbliche: il caso italiano, <i>Valentina Capuozzo</i> .....                                                                           | 393     |
| 22. La partecipazione dei cittadini europei al processo legislativo: riflessioni e prospettive di un dialogo incompleto, <i>Claudio Di Maio – Giuseppe Laneve</i> .....                                     | 407     |



|     |                                                                                                                                                                                              |     |
|-----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 23. | Los problemas en la investidura del Presidente de Castilla y León tras las elecciones de febrero de 2022, <i>Andrés Iván Dueñas Castrillo</i> .....                                          | 427 |
| 24. | La forma de gobierno en los ayuntamientos, <i>Ángel Fernández Silva</i> ...                                                                                                                  | 439 |
| 25. | Forma di Governo e rappresentanza politica: modelli populistici e Governi di coalizione, <i>Luigi Sica</i> .....                                                                             | 461 |
| 26. | La dinamica coalizionale nell'evoluzione della forma di governo spagnola, <i>Alessandro Fricano</i> .....                                                                                    | 481 |
| 27. | La democracia interna de los partidos políticos en Italia: <i>il dolce far niente</i> , <i>Alicia González Moro</i> .....                                                                    | 499 |
| 28. | Un grave ilícito constitucional: La doctrina del TC en torno a la admisión de iniciativas parlamentarias por parte de la mesa de los parlamentos, <i>Francisco Ortega Candela</i> .....      | 521 |
| 29. | La erosión de la democracia salvadoreña y la pérdida de calidad en la representatividad, ante el discurso de reelección presidencial inmediata, <i>Karla Georgina Martínez Herrera</i> ..... | 539 |

## ESTADO DE DERECHO Y SUS MECANISMOS DE DEFENSA

|     |                                                                                                                                                                                                                                                               |     |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 30. | Cosa debba intendersi per <i>rule of law</i> e Stato di diritto nell'epoca della globalizzazione. Il tortuoso percorso semantico di due nozioni politico-giuridiche dallo Stato liberale allo Stato costituzional-democratico, <i>Emanuele Gabriele</i> ..... | 557 |
| 31. | El <i>continuum</i> de los criterios de Copenhague en un contexto de crisis del Estado de Derecho, <i>Bettina Steible</i> .....                                                                                                                               | 581 |
| 32. | Stato di diritto e condizionalità finanziaria. Spunti di riflessione per il futuro dell'Unione, <i>Carlo Alberto Ciaralli</i> .....                                                                                                                           | 603 |
| 33. | El Reglamento 2020/2092 como instrumento protector del presupuesto de la UE y del Estado de Derecho: ¿un verdadero avance en el proceso de integración?, <i>Andrea Garrido Raya</i> .....                                                                     | 623 |

## SISTEMA DE NORMAS Y REFORMA CONSTITUCIONAL

|     |                                                                                                                                                           |     |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 34. | El principio de eficacia de la Constitución y las relaciones de aplicabilidad/validez entre normas constitucionales, <i>Leonardo Álvarez Álvarez</i> .... | 647 |
| 35. | Le decisioni relative alla «sala de máquinas»: un fallimento della Costituzione cilena?, <i>Rosa Iannaccone</i> .....                                     | 671 |

|                                                                                                                                                                                                                                   | Páginas |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 36. Una concepción democrática de los límites al poder de reforma constitucional, <i>Iago Pacetti Blanco</i> .....                                                                                                                | 695     |
| <b>JUSTICIA CONSTITUCIONAL</b>                                                                                                                                                                                                    |         |
| 37. El uso de argumentos de oportunidad en la reciente jurisprudencia constitucional española, <i>Marta F. León Alonso</i> .....                                                                                                  | 709     |
| 38. El recurso de amparo contra decisiones judiciales: una propuesta de mejora, <i>Ana López Navío</i> .....                                                                                                                      | 731     |
| 39. Tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali: spunti di diritto costituzionale nel quadro europeo, <i>Ander Maglica Murua</i> .....                                                                                        | 747     |
| 40. Gli effetti negativi della mancata cooperazione tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia: riflessioni a partire dal caso rumeno (Corte di Giust., sent. 22/2/2022 RS, C-430/21), <i>Paolo Gambatesa</i> .....            | 767     |
| 41. Notas sobre el arbitraje en la doctrina del Tribunal Constitucional, <i>Antonio José Vélez Toro</i> .....                                                                                                                     | 789     |
| 42. La stabilità lavorativa nella giurisprudenza costituzionale. L'apporto del Giudice delle leggi all'individuazione, e alla garanzia, di un diritto costituzionale, <i>Cristina Luzzi</i> .....                                 | 807     |
| 43. La corsa al trilogio ovvero la prima parola è quella che conta (recenti tendenze a partire da Corte cost. sentt. nn. 54 e 67 del 2022), <i>Francesco Torre</i> ....                                                           | 823     |
| 44. Legalità penale e sentenze monito nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, <i>Ilaria Giugni</i> .....                                                                                                        | 839     |
| 45. Gli effetti delle ordinanze monitorie di rinvio della Corte costituzionale sull'Ordinamento penitenziario, <i>Valentina Mondello</i> .....                                                                                    | 857     |
| 46. Il (difficile) dialogo tra le Corti sull'ordine pubblico applicato alla filiazione da tecniche di procreazione vietate, <i>Stefania Pia Perrino</i> .....                                                                     | 875     |
| 47. Il mandato d'arresto europeo nella giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola. Integrazione interordinamentale e tutela dei diritti fondamentali in un <i>judge-made system</i> , <i>Angelo Raffaele Salerno</i> ..... | 897     |

**¿Qué constitucionalismo?**

## LE PROSPETTIVE ATTUALI DEL COSTITUZIONALISMO

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

*Professore emerito Università di Bologna*

SUMARIO: 1. *Quali sono oggi le prospettive del costituzionalismo?*–2. *Le origini.*–3. *Al di fuori del perimetro occidentale: nessuna universalizzazione.*–4. *In seno al perimetro: progressi e regressioni.*–5. *L'evidenza di una crisi del costituzionalismo.*–6. *La difesa del costituzionalismo dell'Unione: lo stato di diritto.*

### 1. QUALI SONO OGGI LE PROSPETTIVE DEL COSTITUZIONALISMO?

Credo che per rispondere a questo quesito occorra circoscrivere il campo delle nostre riflessioni. Quando ci interroghiamo sul futuro del costituzionalismo a quali ambiti geopolitici, prima ancora che giuridici, intendiamo riferirci? Abbiamo in mente il riferimento allo spazio globale seguendo in modo più o meno meditato un orientamento alla moda? Oppure in modo più attento ci orientiamo responsabilmente su un'area geopolitica predefinita? L'opzione da seguirsi condiziona in modo vistoso le conclusioni da raggiungere.

Definiamo il perimetro di questa riflessione.

### 2. LE ORIGINI

Dobbiamo tenere ben presente che costituzione e costituzionalismo nascono e si sviluppano storicamente in un preciso ambito spaziale che è quello della cultura che per semplicità possiamo definire occidentale o euroatlantica.

E' questa una semplificazione piuttosto rozza ma nella sua essenza fondata. Se partiamo dal richiamo al concetto consolidato del termine «costituzionalismo» possiamo verificare che è intimamente legato a una concezione garantista della costituzione in genere formalizzata in un solenne documento scritto, concezione che è tipica di un particolare momento storico. Alla base della concezione garantista che si trova nella costituzione nordamericana e in quelle francesi della Rivoluzione vi è la premessa del suo carattere razionale e normativo. La costituzione è una scelta ordinata e coerente dei principi fondamentali basati sulla ragione che offrono una giusta collocazione al ruolo dell'individuo e a quello del potere organizzato che viene alla stessa subordinato. La stessa forma scritta assicura una garanzia di razionalità e di certezza che non possedevano, al contrario, le costituzioni consuetudinarie tradizionali.

Quindi, mentre non si può contestare che ogni ordinamento politico abbia una sua costituzione sostanziale (ammetta o meno certe forme per la disciplina di istituti che lo caratterizzano), si deve riconoscere che soltanto in una determinata stagione storica si è affermata una ideologia (il «*costituzionalismo*») che ha visto nella formalizzazione della costituzione l'essenza stessa dell'ordinamento sociale e politico, disciplinando la forma di governo in modo che agli individui fossero riconosciuti e garantiti nei confronti del potere politico i diritti di libertà e in modo che la stessa organizzazione del potere fosse ripartita secondo un modulo che assicurasse le libertà fondamentali (c.d. *separazione dei poteri*). Valore emblematico assume in tal senso il noto articolo 16 della Dichiarazione dei diritti francese del 1789, secondo cui «ogni società nella quale non sia assicurata la garanzia dei diritti, né determinata la separazione dei poteri, non ha costituzione»: in tal modo si veniva a identificare il concetto stesso di costituzione con una costituzione formalizzata che avesse uno specifico contenuto garantista rispondente alla ideologia liberale. Il concetto di costituzione che si affermava allora tendeva ad essere assoluto, in quanto eventuali ordinamenti che si dessero costituzioni con ispirazione e contenuti diversi erano considerati «non costituzionali».

In conclusione, una impostazione tralatizia, che acriticamente tendiamo ad accogliere, lega profondamente il concetto di costituzione al profilo ideologico del costituzionalismo.

Ma siamo anche certi che la concezione della costituzione legata alla ideologia liberale non è la sola che si è sviluppata nella storia costituzionale. Pur avendo svolto un ruolo determinante negli ordinamenti europei e in quelli a questi collegati, la concezione garantista si è trovata e si trova in concorrenza con altre concezioni sia negli spazi diversi da quello occidentale che al suo interno.

Possiamo dividere le nostre brevi riflessioni in due parti: la situazione del costituzionalismo nell'ambito storico di riferimento (il c.d. mondo occidentale, cioè l'area euroatlantica per intenderci) e la situazione al di fuori dell'orbita occidentale.

Iniziamo dall'osservare questo secondo orizzonte.

### 3. AL DI FUORI DEL PERIMETRO OCCIDENTALE: NESSUNA UNIVERSALIZZAZIONE

Occorre assolutamente individuare dei confini entro cui ricondurre lo sviluppo della ideologia costituzionale, ideologia che ci deriva dall'affermarsi storico dello stato liberale, stato in cui insieme all'equilibrio dei poteri viene assicurato un regime di garanzia dei diritti.

Dare l'impressione che il costituzionalismo influenzi o condizioni la generalità degli ordinamenti che sono presenti al di fuori del mondo caratterizzato dalla cultura liberale è del tutto svitante in quanto finisce per deformare la realtà.

Quindi la prima cosa da fare è prendere atto della presenza della falsa rappresentazione di una sorta di *universalizzazione del costituzionalismo*. Questa risulterebbe comprovata dal diffondersi a livello veramente globale delle grandi convenzioni sui diritti fondamentali nel quadro della Dichiarazione Universale, convenzioni che nei loro principi fondamentali e nella generalità delle loro clausole sono state sicuramente influenzate dai principi costituzionali maturati in Occidente. Convenzioni, tra l'altro, sistematicamente ignorate nel mondo arabo e nella maggior parte dei paesi asiatici e africani e applicate in modo spesso inadeguato in altri.

Ma in opposizione a tale processo, la supposta universalizzazione deve fare i conti col *pluralismo delle culture* e con il variegato panorama degli ordinamenti costituzionali vigenti alle diverse latitudini. Un esame dei testi costituzionali varati nei diversi continenti e soprattutto una conoscenza delle prassi attuative seguite dimostra senza incertezze la distanza che intercorre fra questi regimi costituzionali e il costituzionalismo storicamente affermatosi. Quindi se è vero che la concezione liberale dei rapporti politici abbia avuto e abbia influenza nel condizionare ordinamenti lontani da quelli che possiamo definire occidentali è anche vero che le resistenze alla contaminazione fra culture spesso lontane fra loro sono molto forti.

#### 4. IN SENO AL PERIMETRO: PROGRESSI E REGRESSIONI

Ai fini di queste riflessioni è quindi giocoforza prendere in considerazione i principi - valori della *tradizione costituzionale propria dell'area euro atlantica* in cui si inserisce quella europea, principi che oggi sono, tra l'altro, condensati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella Carta di Nizza e nella Convenzione interamericana. Il che non è indifferente all'argomento qui considerato anche perché è proprio in questa area culturale –e quindi anche giuridica– che si sono affermati il costituzionalismo e gli studi comparativi che lo riguardano

Se la diffusione degli ideali del costituzionalismo ha vita difficile in spazi culturali lontani da quello occidentale - si pensi alla situazione cinese e in generale a quella di interi continenti quali Africa e Asia – anche in seno all'area occidentale si verificano incertezze e incidenti di percorso che dimostrano la precarietà di regimi costituzionali ancora non del tutto consolidati addirittura dentro i confini della attuale Unione europea.

L'attenzione si sposta quindi sul più recente affermarsi della *contrapposizione fra democrazie e autocrazie*, le prime con regimi caratterizzati dalla presenza di forme di governo assicuranti poteri bilanciati e garanzie dei diritti, le seconde caratterizzate da tendenziale concentrazione del potere politico e scarse garanzie dei diritti.

Il regime democratico non può che coincidere con la concezione ormai classica della costituzione garantista. Costituzionalismo e democrazia tendono a combaciare in quanto il potere legittimato dal consenso popolare tipico della democrazia non si presenta disgiunto dall'equilibrio dei poteri e dalla garanzia dei diritti.

Ma la democrazia non solo è qualcosa di remoto in vaste aree geopolitiche ma ad un tempo può rivelarsi debole o minacciata anche in aree che tradizionalmente le dovrebbero essere naturalmente vicine e famigliari.

A tal proposito l'attenzione può restringersi all'area continentale europea o meglio della stessa Unione europea.

#### 5. L'EVIDENZA DI UNA CRISI DEL COSTITUZIONALISMO

Se si osservano le realtà dei diversi ordinamenti sarà possibile verificare fasi successive di evoluzione/involuzione.

Prendendo a riferimento un modello di democrazia matura in cui ideali e principi del costituzionalismo appaiono consolidati, è stato possibile studiare

il processo di avvicinamento e consolidamento di regimi garantisti con *transizione* da situazioni di carenza dei presupposti teorici della democrazia (e del costituzionalismo) a forme progressivamente sempre più avanzate di ordinamento democratico. Quindi da una fase intermedia di imperfezione si aspirava al consolidamento di un ordinamento democratico (dottrina delle *democrazie imperfette o incerte*).

L'imperfezione era individuata procedendo da un preciso punto di partenza, quello di un sistema autoritario o socialista (o comunque non allineato ai canoni del costituzionalismo liberale), dal quale il paese veniva emancipandosi attraverso un cambio di regime. Il riferimento all'avvicinamento alla democrazia includeva che l'obiettivo da conseguire fosse quello della democrazia liberale e costituzionale.

L'odierno riferimento a forme diverse di democrazia rientranti fra le *democrazie «illiberali»*, viene effettuato in un contesto radicalmente diverso. Ci si riferisce non soltanto a paesi che storicamente hanno attraversato fasi alterne di concentrazione del potere e di maggiore pluralismo (come i paesi dell'America latina, la Turchia, la Russia) ma piuttosto a paesi di tradizione democratica o, più frequentemente, alle recenti democrazie che avevano visto un consolidamento democratico certificato dalle istituzioni europee. Tali ordinamenti hanno subito e stanno subendo una evidente regressione o degenerazione costituzionale.

In particolare è notorio che l'attenzione viene oggi rivolta a quelle situazioni di regressione che possono notarsi in ordinamenti che avevano in precedenza vissuto una affermazione – evidentemente precaria e non consolidata – di valori costituzionali caratterizzanti una democrazia liberale.

Vanno quindi sottolineati i sintomi in base ai quali poter parlare di un deterioramento democratico. Si tratta di una serie di indicatori in base ai quali individuare la perdita di tenuta del costituzionalismo: non soltanto modifiche del testo costituzionale, ma soprattutto la introduzione di deroghe in base alle quali neutralizzare il sistema di *checks and balances* intervenendo sui principi dello stato di diritto e della separazione dei poteri con l'indebolimento del sistema delle garanzie. In parallelo si riscontra un rafforzamento dell'esecutivo e una compressione della indipendenza del giudiziario e delle stesse corti costituzionali con evidente menomazione delle garanzie per i diritti costituzionali. E' ben noto che in seno alla Unione europea grande rilievo venga dato ai casi di Ungheria e Polonia. E a questo specifico proposito va notato che l'involuzione in senso illiberale avviene anche a costituzione invariata. E' questo il caso della Polonia, dove la costituzione del 1997 non è stata toccata dal Partito Diritto e Giustizia (PiS) poiché esso non ha mai goduto (perlomeno sino a questo



momento) della maggioranza necessaria in parlamento per modificare la costituzione. E' questa una delle maggiori differenze rispetto all'Ungheria di Orbán, dove invece il partito Fidesz, grazie alla maggioranza dei due terzi di cui gode in parlamento, ha potuto prima adottare una nuova costituzione e successivamente procedere a numerose modifiche della stessa.

Negli ordinamenti per ultimi citati –ma simile situazione appare presente anche se in modo più sfumato in altri paesi della Unione europea e in quelli che aspirano ad entrare nel recinto europeo– particolarmente forte è risultata la vocazione sovranista. E' emersa con durezza la aspirazione alla tutela senza riserve di principi identitari con la protezione delle piccole o grandi patrie contro l'omologazione derivante dai vincoli dei trattati europei.

E' in questa temperie politica che si è mossa in modo sempre più dirompente la trasformazione verificatasi tramite una progressiva delegittimazione della democrazia politico-rappresentativa, propria degli Stati nazionali.

La situazione appena accennata, su cui si concentra l'attenzione dei costituzionalisti, oltre che di politologi e analisti di varia estrazione, rende problematico chiarire in modo convincente fino a che punto la regressione di un ordinamento democratico comporti il passaggio in un ordinamento autoritario. I confini fra democrazia e autocrazia sono oggi labili e dovrebbero venire verificati caso per caso anche tenendo conto dell'incidenza del profilo temporale che comporta l'interrogativo che assilla il ricercatore circa la definitività o l'oscillare di un ordinamento fra polo democratico e polo autocratico. E' soltanto con la definitività dell'uscita dal campo democratico che si potrebbe riscontrare l'abbandono del patrimonio culturale del costituzionalismo.

## 6. LA DIFESA DEL COSTITUZIONALISMO DELL'UNIONE: LO STATO DI DIRITTO

A livello europeo il costituzionalismo viene protetto tramite la attenta reazione alla deriva antilegataria di paesi come quelli ricordati portando avanti la difesa dello *stato di diritto*. Sia a livello di Consiglio d'Europa che di Unione europea si manifesta la presa di coscienza di fenomeni degenerativi dei principi caratterizzanti il costituzionalismo.

La Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa si muove da tempo in questa direzione e la Corte EDU ha emanato negli ultimi anni diverse sentenze in cui è stata accertata la violazione di alcuni principi cardine del costituzionalismo (tra cui l'indipendenza della magistratura).

Nell'Unione europea viene evocato l'articolo 7 TUE che tuttavia alla prova dei fatti si è dimostrato un'arma spuntata a causa del requisito dell'unanimità per l'attuazione delle sanzioni, come pure il nuovo «Regime di condizionalità» introdotto dal Regolamento 2020/2092, del 16 dicembre 2020. Attualmente l'Unione si sta muovendo combattendo su più fronti, sia mirando alla prevenzione e al contrasto di attentati ai propri principi fondanti, sia portando alla Corte di Giustizia le più evidenti violazioni.

Nel lessico utilizzato nei documenti dell'Unione europea emerge una tendenziale coincidenza fra protezione del costituzionalismo e protezione dello stato di diritto. Emblematica è la sintesi che troviamo nella *Relazione sullo stato di diritto 2021. Comunicazione della Commissione (COM (2021) 700 final (20 luglio 2021))*:

*«Lo Stato di diritto non è soltanto parte integrante dell'identità democratica dell'Unione e degli Stati membri, è anche essenziale per il funzionamento dell'UE e per alimentare la fiducia delle imprese e dei cittadini nelle istituzioni pubbliche. Nonostante gli Stati membri abbiano tradizioni e ordinamenti giuridici diversi, il significato essenziale dello Stato di diritto è identico in tutta l'UE. I principi fondamentali dello Stato di diritto – legalità, certezza del diritto, divieto dell'esercizio arbitrario del potere esecutivo, tutela giurisdizionale effettiva da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, separazione dei poteri, assoggettamento permanente di tutte le autorità pubbliche a disposizioni legislative e procedurali consolidate, uguaglianza davanti alla legge – sono comuni a tutti gli Stati membri, sanciti dalle costituzioni nazionali e tradotti nella legislazione».*

# **SOPRAVVIVENZA E ADATTAMENTO DEL COSTITUZIONALISMO: PERCORSI, INNOVAZIONI E LIMITI**

ROBERTO TONIATTI

*Università di Trento*

SOMMARIO: 1. *Introduzione.*–2. *Le origini del costituzionalismo.*–3. *Sopravvivenza e adattamento del costituzionalismo originario.*–4. *Alcune criticità del costituzionalismo contemporaneo: nuove sfide per l'adattamento e la sopravvivenza.*–5. *Rilievi finali: il «fenomeno costituzionale mondiale» e il costituzionalismo euro-atlantico.*

## **1. INTRODUZIONE**

Una riflessione sull'evoluzione del costituzionalismo che non intenda avvalersi di improbabili tecniche di divinazione non potrebbe non affidarsi al rigore del metodo scientifico applicato a dati reali, sottoposti alle opportune valutazioni critiche, elaborate ed applicate nella prospettiva sia della sua sopravvivenza che dell'adattamento.

I dati rilevanti, accanto alle fonti formali di natura normativa, alla giurisprudenza e ai contributi della dottrina, sono costituiti anche dall'insieme dell'esperienza storica pregressa: quest'ultima, infatti, testimonia delle varie fasi di adattamento già maturate e che si pongono quali condizioni che hanno assicurato, nel tempo, la sopravvivenza del costituzionalismo e, come avremo modo di accennare, una certa sua espansione nel mondo, con le doverose precisazioni che si dovranno articolare.

Sulla base di tali premesse e del fondamento di relativa certezza che esse offrono alla riflessione critica del giurista e del comparatista, i dati giuridici e storici si prestano a valutazioni ulteriori, ricavate dal passato per essere proiettate non solo nel presente –del quale costituiscono una preziosa chiave interpretativa– ma anche nel futuro.

L'ipotesi di fondo è che l'adattamento sia funzionale alla sopravvivenza e, dunque, che il costituzionalismo sia riuscito a sopravvivere proprio in virtù della sua capacità di adattamento: ai fini tanto dell'uno quanto dell'altra, sarà opportuno osservare che entrambi i processi si sono svolti nella salvaguardia dei suoi tratti connotativi tipici e proprio in ragione di tale continuità ideale può fondatamente parlarsi di sopravvivenza, non come reliquia inerte del passato, pertanto, ma come patrimonio vivo e vitale.

Se le origini storiche e ideologiche del costituzionalismo possono agevolmente collocarsi tra la fine del '600 –con il consolidamento degli esiti politici e giuridici della *Glorious Revolution* inglese– e la fine del '700, con le rivoluzioni nordamericana e francese, è ben evidente che i suoi successivi sviluppi, sino al terzo millennio tuttora in corso, ne offrono una rappresentazione ben distinta oggettivamente apprezzabile; e tuttavia in essa si può cogliere la continuità con i tratti connotativi delle origini.

In tale prospettiva, occorre ricavare le opportune argomentazioni da una definizione critica del fenomeno «costituzionalismo» e dall'interpretazione della diffusione della prassi planetaria seguita da parte di pressoché ciascun ordinamento statale di dotarsi di una legge scritta, caratterizzata come fondamentale da parte dell'ordinamento stesso, idonea a rappresentare il parametro di validità di altre fonti del diritto.

Tuttavia, proprio la generalità della prassi in questione impone di qualificare il fenomeno alla luce della constatazione empirica delle profonde diversità dei contesti storici, politici, ideologici che si riscontrano nell'ambito della prassi generica, generale e generalizzata qui sopra richiamata. Ne consegue che la mera presenza di una costituzione non implica che essa sia necessariamente una manifestazione del costituzionalismo e che essa sia in grado di assicurare quella continuità con esso che permetta di individuare gli stessi profili tematici presenti in alcuni ordinamenti e assenti, invece, da altri.

In altre parole, l'allargamento mondiale dei confini geopolitici entro i quali porsi il problema della sopravvivenza e dell'adattamento del costituzionalismo richiede una operazione di selezione e qualificazione delle varie e distinte epifanie del fenomeno in questione.

In particolare, conviene osservare come la passata sopravvivenza del costituzionalismo abbia consentito di superare le potenti reazioni al suo avvio

originario e ai suoi sviluppi successivi ben avanti nel tempo: gli avversari del costituzionalismo, infatti, non sono da annoverare solo fra gli antichi sostenitori dell'*ancien régime* e della sua visione tradizionalista del mondo e della società ma debbano includere anche ogni scuola politica e ideologica di stampo premoderno che si ispiri ad una *weltanschauung* illiberale e autoritaria, come si verifica nelle contemporanee cosiddette democrazie illiberali. In tal senso, pertanto, la problematica della sopravvivenza del costituzionalismo è questione altamente rilevante anche ai giorni nostri.

Allo stesso modo, anche la capacità di adattamento, quale sperimentata nel corso dei secoli 19° e 20°, dopo due conflitti mondiali, la (prima) guerra fredda, la globalizzazione e gli straordinari sviluppi tecnologici non può non essere ritenuta altrettanto necessaria alla fine del primo ventennio del 21° secolo a fronte di sfide correnti di gravità non meno impegnativa.

Una riflessione collettiva in proposito s'impone, dunque, allo scopo di contribuire al governo razionale dei fenomeni di aggressione al costituzionalismo in atto.

## 2. LE ORIGINI DEL COSTITUZIONALISMO

Si è accennato all'esigenza di precisare il concetto espresso dal sostantivo «costituzionalismo» in conseguenza della diffusione mondiale del termine stesso e soprattutto di quello di «costituzione» ad esso correlato.

In tale contesto, giova impostare due ordini di considerazioni: in primo luogo, la riflessione dovrà indugiare sulle origini del costituzionalismo e sulla formalizzazione dei suoi contenuti nel testo delle prime costituzioni scritte; successivamente, sarà opportuno soffermarsi sulle implicazioni della vastissima circolazione della relativa terminologia.

Il costituzionalismo nasce come riflesso sul piano storico e politico del patrimonio ideale e ideologico elaborato dai filosofi del diritto nel corso dei secoli 17° e 18°: si è trattato di un movimento di contrasto agli assetti sociali e proprietari di natura cetuale e alla loro manifestazione sul piano della titolarità del potere, accentrato nella monarchia assoluta e articolato in una struttura istituzionale fondata sul clero, sull'aristocrazia e sulla borghesia mercantile, posta a fondamento del sistema assembleare degli «stati». Il sistema *d'ancien régime* era fondato su un corpo normativo differenziato in ragione del ceto di

appartenenza degli individui, corrispondente a privilegi e diritti speciali negoziati e concessi in base a valutazioni discrezionali del sovrano<sup>1</sup>.

Il costituzionalismo è, di per sé, un movimento politico intensamente ideologico, portatore dell'obiettivo di acquisire una costituzione quale strumento di limite e regolamentazione del potere pubblico e idoneo ad esprimere altresì i valori delle libertà individuali fondamentali sostenuti dal pensiero liberale. Il costituzionalismo liberale si fonda e si sviluppa lungo due assi essenziali: la protezione giurisdizionali dei diritti da parte di un giudice indipendente e la separazione dei poteri quale principio ordinatore della forma di governo, ossia dei criteri della separazione dei poteri della sovranità in tre organi distinti, integrato da una rete di *checks and balances*.

Nonostante la diversità delle circostanze storiche e soprattutto delle rispettive tradizioni giuridiche, il sistema inglese di *common law* e quelli dell'Europa continentale – a partire dalla Francia rivoluzionaria – convergono nella configurazione del *limited government* (lo stato originariamente limitato dal common law ovvero lo stato che autolimita la propria piena sovranità), dello stato legale, la cui volontà si esprime attraverso un atto tipico (la legge parlamentare che il monarca non ha il potere di sospendere) e dello stato di diritto, subordinato alle fonti legislative da esso prodotte la cui applicazione è assicurata dagli organi giurisdizionali cui sono destinate, peraltro, norme sull'interpretazione che ne limitano la discrezionalità ermeneutica<sup>2</sup>.

La forma di governo è di tipo duale, fondato sulla relazione dialettica fra il monarca - titolare del potere esecutivo – e il parlamento, che esercita la funzione legislativa. Lo stato e, per esso, il parlamento garantiscono ai propri atti normativi l'esclusività della giuridicità, ossia dell'attitudine del diritto di produzione statale ad essere sostenuto dall'apparato coercitivo pubblico, così sostituendo il pregresso pluralismo delle fonti con il moderno monismo giuridico. La legge esprime la fonte suprema ed esclusiva della volontà normativa dello stato in ossequio al principio del primato del parlamento rispetto al monarca<sup>3</sup>. Nel tempo, il rapporto di fiducia che lega il monarca e il

<sup>1</sup> In materia cfr. – quanto alle premesse medioevali («è impensabile un rimedio di regole 'sovrane' autoritarie, astratte, generali, rigide», p. 152) GROSSI (2017); e, sulla modernità giuridica (favorita dalla diffusione delle idee del giusnaturalismo e dell'illuminismo giuridico p. 115 ss.), cfr. GROSSI (2007); cfr. inoltre TILLY (1975); BERMAN (2003); FIORAVANTI (1991).

<sup>2</sup> In argomento lo Statuto Albertino del Regno di Sardegna del 1848 – esteso al Regno d'Italia dopo il 1861 – aveva stabilito (art. 73) che «L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo» (interpretazione autentica) e l'art. 56 menziona i «tre poteri legislativi», alludendo verosimilmente alla formula inglese di «*the King/Queen in Parliament*».

<sup>3</sup> Sin dalla fine della *Glorious Revolution*, con il venir meno delle aspirazioni monarchiche al riconoscimento del potere assoluto, il parlamento inglese e poi britannico afferma il concetto non solo della

suo esecutivo si trasferisce nella relazione intercorrente fra parlamento e governo, identificato con la figura individuale del primo ministro ovvero con un organo collegiale.

Il rilievo concreto di una costituzione scritta ha modo di manifestarsi anche in un contesto di cultura giuridica di common law, come avveratosi nel 1789 negli Stati Uniti – anche a causa del patto federale sottostante e del retaggio delle carte coloniali scritte concesse dalla Corona – e proseguito poi in altri ordinamenti del Commonwealth<sup>4</sup>.

### 3. SOPRAVVIVENZA E ADATTAMENTO DEL COSTITUZIONALISMO ORIGINARIO

La configurazione del costituzionalismo originario ha seguito un'evoluzione significativa in tutti i suoi contenuti essenziali, dimostrando però di essere stata in grado di seguire il senso della continuità con il passato nonostante mutamenti di contesto assai rilevanti. In tale prospettiva si rivela particolarmente utile richiamare la scansione di cicli costituzionali elaborata in dottrina<sup>5</sup>.

In massima sintesi, tuttavia, occorre concentrare l'attenzione sugli esiti contemporanei più significativi dei percorsi indicati, sottolineando, peraltro, come entrambi i conflitti mondiali abbiano profondamente inciso sugli assetti normativi e istituzionali sia all'interno degli ordinamenti statali sia anche nel contesto di diritto internazionale e sovranazionale<sup>6</sup>.

Ricordiamo, ad esempio, come la forma di governo dualista sopravviva in realtà solo nella forma di governo presidenziale degli Stati Uniti, dove la rispettiva investitura elettorale del Presidente e del Congresso ha luogo all'interno di circuiti di legittimazione politica indipendenti e separati l'uno dall'altro, senza sovrapposizioni ed interferenze; e dove l'esercizio delle fun-

---

*parliamentary supremacy* ma della *parliamentary sovereignty*, dal quale promana il principio sul quale si fonda il rigetto dell'idea di una costituzione rigida (ossia *entrenched*).

<sup>4</sup> Il principio di un atto normativo fondamentale scritto denominato «*constitution*» si consolida in altri ordinamenti ex-colonie britanniche adottati dal Parlamento di Westminster, quali il *New Zealand Constitution Act* (1852), il *British North America Act* (1867), il *Commonwealth of Australia Constitution Act* (1901), la *Irish Free State Constitution* (1922), il più recente *New Zealand Constitution Act* (1986), nonché numerose costituzioni di ex-colonie africane. Il medesimo principio si afferma anche in relazione a costituzioni adottate in autonomia, una volta acquisita l'indipendenza, come nel caso della *Constitution of Ireland* (1937), dell'India (1949), etc.

<sup>5</sup> Sui cicli costituzionali cfr. DE VERGOTTINI (2022).

<sup>6</sup> Per gli Stati Uniti, dove l'impatto della conduzione della guerra è stato particolarmente visibile, si veda, ad esempio, CORWIN (1947).

zioni richiede invece forme di coordinamento e condivisione, in conformità con la celebre formula di «*separated institutions sharing powers*»<sup>7</sup>.

La forma di governo parlamentare ha invece assunto un assetto di tipo monista, con un'unica e omogenea linea di legittimazione politica che parte dal corpo elettorale e, attraverso il parlamento, designa (per lo più) indirettamente il titolare dell'organo esecutivo. Il rapporto di fiducia fra parlamento e governo ha vissuto un'importante stagione di «razionalizzazione parlamentare» che ha portato nell'ambito del diritto costituzionale positivo determinati rapporti interistituzionali che nella seconda metà del secolo XIX erano invece regolati da consuetudini o prassi. Nell'ordinamento del Regno Unito, invece, questa operazione ha avuto luogo attraverso *conventions of the constitution* –ossia attraverso regole politiche non giustiziabili– le quali hanno dato stabilità ad una forma di governo ancora dualista nella forma, ma sicuramente monista nella sostanza.

L'omogeneità del circuito di legittimazione politica del legislativo e dell'esecutivo nella forma di governo parlamentare monista ha peraltro trovato una compensazione dialettica nell'emersione e nella valorizzazione del ruolo dell'opposizione: all'originario rapporto dialettico intercorrente fra parlamento ed esecutivo (monarchico) si è sostituita la contrapposizione fra governo e maggioranza parlamentare, da un lato, e, dall'altro, opposizione–, ossia minoranza (o minoranze)– parlamentare. Il consolidamento di tale assetto, confermato da innovazioni costituzionali e legislative nel solco della razionalizzazione parlamentare, ha determinato la configurazione di una «forma di governo ad opposizione garantita»<sup>8</sup>.

Nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, il costituzionalismo non solo ha conservato ma ha anzi perfezionato il fondamento liberale della sua ispirazione originaria: osserviamo come si sia passati dall'unicità della legge formale alla pluralità garantista delle forme<sup>9</sup>, dalla riserva di legge alla riserva di legge costituzionale o organica<sup>10</sup>, alla riserva di legge qualificata e rinforzata<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> La formula si deve a NEUSTADT (1964).

<sup>8</sup> Cfr. DE VERGOTTINI (*cit.*, 509 ss.).

<sup>9</sup> Ricordiamo che, in materia, la Costituzione francese del 1958 prevede la legge organica (art. 46 Cost.), la legge costituzionale di revisione (art. 89 Cost.), la legge referendaria (art. 11 Cost. che, dopo la revisione del 2008, corrisponde all'iniziativa legislativa scaturente dal c.d. *référéndum d'initiative partagée* basata sull'intervento congiunto di un quinto di parlamentari e un decimo degli elettori). La legge organica è prevista anche dalla Costituzione spagnola del 1978 (art. 81) e da quella della Romania del 2003 (art. 73, che enumera le numerose materie nelle quali si pone una riserva di legge organica).

<sup>10</sup> Così la Costituzione italiana all'art. 116, 1° comma («Il Friuli Venezia Giulia, la Sardegna, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige/Südtirol e la Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale»).

<sup>11</sup> Così, ad esempio, la Costituzione spagnola, art. 19 ult. comma («*Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos*»); e la Costituzione italiana del 1948, che vincola in parte la discrezionalità politica del legislatore ordinario (ad esempio la riserva di legge in materia di diritto a non



Inoltre, la previsione costituzionale di diritti civili e politici propri delle costituzioni liberali del secolo 19° si estende ai diritti economici e sociali –seguendo il modello della Costituzione di Weimar del 1919– e incidendo sulla forma di stato che non è più qualificata solo dall’ideologia liberale ma risente anche dell’attribuzione allo stato di obblighi positivi di intervento in favore dei settori più deboli della società<sup>12</sup>.

La forma di stato sociale non dà necessariamente origine alla giustiziabilità dei diritti sociali soprattutto negli ordinamenti di *common law*, nei quali, tuttavia, si manifesta una prassi importante e consolidata di elaborazione e attuazione di politiche sociali<sup>13</sup>.

Occorre evocare anche la trasformazione dello stato di diritto nella forma di stato costituzionale di diritto: i limiti funzionali già applicati al potere esecutivo vengono adottati anche nei confronti dell’assemblea rappresentativa (in prevalenza nelle costituzioni del secondo dopoguerra) anche come reazione all’uso nefasto del principio maggioritario nei regimi autoritari e totalitari del fascismo e del nazionalsocialismo nel periodo fra le due guerre ma anche oltre. Particolare rilievo, in tale contesto, assume il controllo di legittimità costituzionale delle leggi e di altri atti di esercizio del potere pubblico affidato ad una giurisdizione speciale di garanzia della costituzione rigida. Quest’ultimo organo conosce una diffusione ancora maggiore nell’Europa continentale dopo la caduta dei regimi comunisti dell’Europa centrale, orientale e sudorientale<sup>14</sup>.

#### 4. ALCUNE CRITICITÀ DEL COSTITUZIONALISMO CONTEMPORANEO: NUOVE SFIDE PER L’ADATTAMENTO E LA SOPRAVVIVENZA

Sin qui una descrizione –elaborata in massima sintesi per porre in evidenza i caratteri di fondo più significativi– dell’evoluzione nella continuità del costituzionalismo originario, a conferma della sua capacità di adattamento alle mutate condizioni del contesto e, pertanto, della sua forza di sopravvi-

---

essere sottoposti a trattamento sanitario obbligatorio stabilisce che «La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

<sup>12</sup> Cfr. BIFULCO (2003). Sulla forma di stato sociale cfr. in particolare DI GIOVINE (2017, 58 ss.); sullo «*Stato contemporaneo: pluriclasse, democratico, sociale*», cfr. BIFULCO (2020, 33 ss.).

<sup>13</sup> Emblematico in tal senso l’art. 45 («*Directive principles of social policy*») della Costituzione irlandese: «*The principles of social policy set forth in this Article are intended for the general guidance of the Oireachtas. The application of those principles in the making of laws shall be the care of the Oireachtas exclusively, and shall not be cognisable by any Court under any of the provisions of this Constitution*».

<sup>14</sup> In argomento rinviamo a TONIATTI (2009); TONIATTI (2010); TONIATTI (2020, 1155 ss.).

venza. Occorre riconoscere che l'esito dei processi evolutivi sottostanti gli esiti attuali non (poteva e non) può essere dato per scontato a fronte dello spessore delle sfide che si sono frapposte alla sopravvivenza del contenuto essenziale del costituzionalismo.

Citiamo, in primo luogo, la reazione alla rivoluzione bolscevica espressa, agli inizi del secolo 20°, attraverso l'avvento dello stato pluriclasse, l'espansione del suffragio elettorale e della rappresentanza politica collegata alle esigenze di una democrazia di massa e delle trasformazioni del sistema dei partiti, l'avvio e il consolidamento dello stato sociale e dei costi di un sistema di welfare. Si è trattato della manifestazione di una notevole capacità di non-adattamento, a maggior ragione se si considera che in quello stesso periodo storico, a partire dagli ordinamenti italiano e tedesco –seguiti da molti altri in tutte le aree dell'Europa continentale–, era stato esperito il tentativo di governare la transizione verso una democrazia di massa con i metodi della demagogia populista e dell'autoritarismo illiberale.

È significativo che tutti gli Stati europei che sino ad oggi non hanno adottato forme di controllo giurisdizionale di costituzionalità –Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia, Paesi Bassi<sup>15</sup>, Svezia– sono ordinamenti che non hanno vissuto lo sviluppo dal proprio interno e il successo elettorale di forze politiche illiberali fasciste e comuniste, a testimonianza di una perdurante fiducia nelle istituzioni della democrazia rappresentativa<sup>16</sup>.

Si può rilevare, pertanto, che la vittoria della democrazia sui fascismi e sul comunismo non è circoscritta alla dimensione militare e bellica del 1945 ma si qualifica, in primo luogo, come una vittoria della democrazia costituzionale.

Un'altra sfida che occorre richiamare per sottolineare la rilevanza dell'insuccesso del suo potenziale distruttivo degli assetti politici e costituzionali è rappresentato dal fenomeno del terrorismo, che, per un periodo di decenni praticamente ininterrotto, si è articolato in ragione delle diverse motivazioni che lo hanno provocato: terrorismo politico e ideologico di estrema destra e di estrema sinistra (Germania, Italia, Spagna), terrorismo legato a movimenti secessionisti (Italia, Regno Unito, Spagna), terrorismo a sfondo islamico (Belgio, Francia, Germania, Regno Unito, Spagna), terrorismo connesso con la criminalità organizzata (Italia).

<sup>15</sup> La Costituzione dei Paesi Bassi prevede espressamente addirittura il divieto di controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi (art. 120): «*The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts*».

<sup>16</sup> Osserviamo che anche Belgio e Svizzera non hanno generato un proprio fascismo e però hanno adottato un sistema di controllo di costituzionalità (in Belgio con una successione di fasi e con l'istituzione di una Corte *ad hoc*) connesso alla propria struttura federale.

Anche in questa serie di circostanze, non solo gli apparati pubblici di sicurezza ma anche il vasto e determinato impegno della società civile ha dimostrato il radicamento sociale della democrazia costituzionale e il rifiuto delle forme più rigide e non solo transitorie di democrazia emergenziale. In altre parole, benché i singoli ordinamenti abbiano adottato strumenti differenziati di gestione del fenomeno, è agevole osservare come, di fatto, la democrazia costituzionale europea si sia rivelata idonea ad operare come una democrazia militante (o democrazia che si difende, *streitbare demokratie*).

Quest'ultimo rilievo stimola ad affrontare un ulteriore ordine di considerazioni, allo scopo di avviare una breve ricognizione di alcune criticità del costituzionalismo contemporaneo che, nel medio periodo, potrebbero incidere sull'integrità e sull'effettività del suo patrimonio storico ideale.

In argomento, occorre rilevare l'incertezza teorica e sistematica che circonda la definizione del ruolo appropriato della giurisdizione e, in particolare, della giurisdizione costituzionale. Giova ricordare che, tempo addietro, il tema era stato autorevolmente sollevato, senza che vi sia stata una risposta persuasiva, da parte di Francisco Rubio Llorente, il quale aveva osservato che «*the introduction of constitutional jurisdiction in Europe has not been the product of an evolution, but rather of a revolution*»; e aveva suggerito l'esigenza di «*a theory of jurisdiction more descriptive of its true nature than the theory of the automaton judge, a theory that would accentuate the creative moment*»<sup>17</sup>.

L'espansione materiale degli spazi di intervento della legislazione ha necessariamente implicato una corrispondente espansione dei margini di coinvolgimento della giurisdizione in tutti i settori dell'azione pubblica e della sfera di autonomia dei privati. E la subordinazione della discrezionalità politica al primato delle fonti di diritto costituzionale ha ampliato l'incidenza dell'interpretazione giurisdizionale sulla determinazione del contenuto prescrittivo delle disposizioni. La possibilità di un ricorso diretto di costituzionalità ovvero di un ricorso in via incidentale autorizza il giudice a dubitare della legittimità costituzionale delle leggi e degli altri atti pubblici sottoposti a scrutinio di costituzionalità. Lo stesso deve dirsi con talune fonti di diritto internazionale –ad esempio le norme della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come interpretate dalla Corte europea di Strasburgo– e con le fonti di diritto sovranazionale dell'Unione Europea come interpretate dalla Corte di Giustizia.

In altre parole, quando la Costituzione spagnola (art. 117, 1° comma) afferma che «*Jueces y Magistrados [...] sometidos únicamente al imperio de*

---

<sup>17</sup> RUBIO LLORENTE (1988).

la ley», ovvero quando la Costituzione italiana (art. 101, 2° comma) prescrive che «I giudici sono soggetti soltanto alla legge», si ricava un'implicita condizione in base alla quale la subordinazione del giudice alla legge va letta come se si dicesse «a condizione che la legge sia conforme alla Costituzione come interpretata dalla Corte costituzionale, alla Convenzione europea come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, alle fonti dell'Unione europea come interpretate dalla Corte di Giustizia. Ne consegue che occorre riconoscere che la configurazione oggettiva acquisita oggi dall'ordinamento altera in misura significativa l'equilibrio fra il legislatore politico e l'interprete giurisprudenziale delle fonti di diritto positivo<sup>18</sup>.

In proposito, occorre riconoscere, tuttavia, che non esistono le condizioni per l'obiettivo di un mero ripristino di un assetto coerente con le concezioni dogmatiche della scienza giuridica del 19° secolo e ri-costruire il ruolo del giudice quale *bouche de la loi* qualificabile come *the least dangerous branch*. Sia sufficiente richiamare, da un lato, la nozione di «pluralismo costituzionale» che esprime oggettivamente l'effettivo sistema delle fonti del diritto in tema di definizione e garanzia dei diritti fondamentali (e non solo) e, dall'altro, la circostanza dell'impotenza del legislatore politico nel precisare l'esistenza di una clausola di supremazia idonea a risolvere la mancata coincidenza fra le fonti interne di diritto costituzionale e quelle di diritto internazionale e sovranazionale; sicché è solo il «dialogo fra giudici» che funge da equivalente funzionale di un intervento di razionalizzazione normativa<sup>19</sup>.

Può ritenersi che, al fine di una ricostruzione sistematica del fenomeno, sia più appropriato rileggere realisticamente i profili costitutivi della funzione normativa e –riconosciuto che il principio di separazione dei poteri si applica alla separatezza del titolo di investitura dei titolari degli organi e non all'esercizio delle rispettive funzioni tipiche– individuare una funzione legislativa parlamentare in senso stretto e una funzione di individuazione giurisdizionale della norma. E riconoscere, nell'ambito della funzione normativa, un rapporto di collaborazione (non solo fra legislatore e organo esecutivo nell'esercizio della funzione di indirizzo politico, di iniziativa legislativa e di direzione politica della maggioranza parlamentare) anche fra legislazione e giurisdizione, fra produzione delle disposizioni e individuazione delle norme, fra indirizzo politico di maggioranza e indirizzo politico costituzionale, fra attuazione politica della Costituzione e sua garanzia attraverso la giurisprudenza.

<sup>18</sup> In argomento rinviamo a TONIATTI (2011a); TONIATTI (2011b); TONIATTI (2004).

<sup>19</sup> Nell'ampia letteratura in materia cfr. TORRES PÉREZ (2009).

Nel contesto –già richiamato– del pluralismo costituzionale, l'operazione intellettuale di rilettura dei profili costitutivi e costituzionali della funzione giurisdizionale (ordinaria e costituzionale) richiede di concentrarsi sull'obbligo di motivazione degli atti e sul metodo dell'interpretazione che non può non incorporare in sé, fisiologicamente, l'uso del metodo comparato, esteso alla giurisprudenza di altri ordinamenti statali così come dell'ordinamento internazionale e sovranazionale. In altre parole, in tale prospettiva si accentua la de-statalizzazione del diritto e la configurazione del diritto *tout court*, ossia de-statalizzato, ricostruito quale equivalente funzionale di un *common law* europeo continentale<sup>20</sup>.

La frantumazione del diritto europeo in tanti diritti statali e nazionali di stati «*like-minded*» (come precisato dal preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) e dotati di «tradizioni costituzionali comuni» (art. 6 del trattato UE) verrebbe gestita –non eliminata– dalla giurisprudenza espressa dal dialogo fra giudici.

Si tratta di una prospettiva che potremmo qualificare come «giurisprudenza cosmopolita».

Emblematica di questa prospettiva si rivela essere, a nostro avviso, la sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo n. 6 del 2012, che ha riconosciuto la legittimità costituzionale della riforma del codice civile che ha introdotto nell'ordinamento il matrimonio paritario. L'adozione della sentenza ha richiesto una riflessione molto approfondita e, come normalmente avviene con le innovazioni più significative, non è stata affatto agevole, come risulta non solo da molti commenti critici di dottrina ma anche dalle opinioni dissenzienti all'interno del *Tribunal Constitucional*.

Ciò che preme sottolineare della sentenza è soprattutto il metodo interpretativo applicato<sup>21</sup>: esso si basa, in primo luogo, sui dati normativi della Costituzione<sup>22</sup>, compresa la disposizione che prescrive l'interpretazione del diritto interno in conformità con il diritto internazionale<sup>23</sup>, circostanza che rende l'ordinamento giuridico del tutto autonomo nella predisposizione del fon-

<sup>20</sup> In argomento, si rinvia a TONIATTI (2002).

<sup>21</sup> Su questi profili cfr. IBRIDO (2013).

<sup>22</sup> Si veda l'art. 32, 1° comma che ribadisce il principio di eguaglianza nel matrimonio («*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*») e il secondo comma che prevede un'ampia riserva di legge al legislatore ordinario («*La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*»).

<sup>23</sup> Così l'art. 10, 2° comma: «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*». In argomento cfr. SÁIZ ARNAIZ (1999); e SÁIZ ARNAIZ (2008, 193 ss.); SANTOLAYA (2013, 447 ss.).

damento giuridico e costituzionale posto a motivazione del dispositivo. Il Tribunale è molto attento a precisare che la sentenza è basata e motivata all'interno dell'ordinamento spagnolo, dal quale si possono ricavare dati normativi che rendono la decisione compatibile e legittima e dal quale, invece, non discendono prescrizioni che la inibiscano, vincolando in senso contrario la discrezionalità politica del legislatore ordinario.

Ma il Tribunale va oltre, con l'obiettivo di integrare il fondamento giuridico interno con citazioni ricavate dall'ordinamento internazionale e sovranazionale, nonché dal diritto positivo e dalla giurisprudenza di altri ordinamenti che condividono con quello spagnolo il quadro dei valori essenziali di una comune civiltà giuridica europea. La Corte, infatti, ricostruisce tutto il quadro giuridico di riferimento che il diritto spagnolo contribuisce a formare e che esso è chiamato a riflettere, qualora non vi siano elementi chiaramente ostativi alla decisione<sup>24</sup>. Questo scenario permette al Tribunale la citazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, oltre che di altri precedenti giudiziari sia spagnoli che stranieri<sup>25</sup> e di fonti di *soft law* dell'Unione europea<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Il Tribunale precisa altresì che «*si se acude al Derecho comparado, en la balanza de la integración del matrimonio entre personas del mismo sexo en la imagen actual del matrimonio pesa el hecho de que la equiparación del matrimonio entre personas de distinto sexo y entre personas del mismo sexo se ha consolidado, en los últimos años, en el seno de varios ordenamientos jurídicos integrados en la cultura jurídica occidental [...] Ello nos lleva a afirmar que la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando, siendo prueba de ello la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho europeo de los derechos humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva «imagen» del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural*» (punto 9 dei Fundamentos jurídicos).

<sup>25</sup> Si veda (Antecedents, n. 5): «*Es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo Hawai Baehr v. Lewin, de 1993, donde se declaró que la prohibición de matrimonios entre personas del mismo sexo constituye una discriminación por razón de orientación sexual a menos que se demuestre que obedece a un fin público primordial. También se alude a la Sentencia del Tribunal Supremo de Alaska y a la ya citada del Tribunal Supremo de Massachussets, de 18 de noviembre de 2003, que ha considerado que la decisión de contraer matrimonio constituye uno de los momentos máximos de autodeterminación de la vida, por lo que la exclusión de las personas del mismo sexo sólo es admisible si cumple un objetivo público imprescindible y constituye un medio razonable para conseguir tal fin. Por último, se recuerda que la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 ha declarado la constitucionalidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo*».

<sup>26</sup> Queste le parole del Tribunale costituzionale: «*Por lo que respecta a la Unión Europea, se señala que el Parlamento Europeo ha instado desde su resolución de 8 de febrero de 1994 a que finalice la prohibición de contraer matrimonio a las parejas homosexuales o que se permita su acceso a regímenes jurídicos equivalentes. En su resolución de 15 de enero de 2003 se insta a la Unión Europea a incluir en la agenda política el reconocimiento de los matrimonios homosexuales. Finalmente, se recuerda que en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se incluye específicamente la orientación sexual como causa de discriminación expresamente prohibida (arts. II-81 y III-118)*».

Il Tribunale espone lucidamente il metodo impiegato e la concezione del diritto e della Costituzionale che di esso è la premessa sistematica e di spiegazione delle ragioni di una interpretazione evolutiva: «la Constitución es un «árbol vivo», –en expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo– que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta» (punto 9 dei Fundamentos jurídicos)<sup>27</sup>.

Le considerazioni sin qui svolte –che vanno lette in combinazione con i rilievi puntuali, molto interessanti e di alto profilo nell’ambito di una visione dogmatica tradizionale, dei *votos particulares*– rappresentano un adattamento del costituzionalismo alle mutate condizioni di contesto: fra queste, *in primis*, il processo di coordinamento internazionale regionale (inclusivo dell’ampia ed articolata sfera del Consiglio d’Europa) e di integrazione sovranazionale, in continuità con i caratteri costitutivi tipici del costituzionalismo, in sintonia con la corretta applicazione del principio di separazione degli organi e di *checks and balances* e collaborazione fra metodo politico e metodo giurisprudenziale di formazione del diritto (seguendo, del resto, la plurisecolare tradizione di *common law*).

---

<sup>27</sup> Il Tribunale precisa ulteriormente che «*Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa [...]. Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición*» (punto 9 dei Fundamentos jurídicos).

La sentenza spagnola de *qua può*, dunque, a nostro avviso, essere qualificata come indicativa di un inquadramento innovativo dei rapporti fra funzioni all'interno di un ordinamento statale –andando oltre la mera rilevazione critica circa i comportamenti di *judicial activism* o *judicial self-restraint* –ed altresì come paradigmatica della giurisprudenza cosmopolita europea in corso di evoluzione.

Giova richiamare, in questo contesto, la dottrina che ha elaborato il concetto di «*cosmopolitan constitutionalism*» nel cui ambito la sentenza del Tribunal constitucional del 2012 si colloca in modo del tutto appropriato: secondo tale dottrina, si è affermato che è necessaria una «*revised understanding of constitutionalism... [that] is both cosmopolitan and postpositivist*» e che «*constituent power is vested not only in the 'We the People,' but also in 'the international community [...]' The constitutional legitimacy of national law depends in part on being adequately integrated into an appropriately structured international legal system. And the legitimacy of the international legal system depends in part on states having an adequate constitutional structure. The standards of constitutional legitimacy are to be derived from an integrative conception of public law that spans the national/international divide*»<sup>28</sup>.

La prospettiva di una dimensione giuridica e costituzionale a vocazione cosmopolita –qui delineata, cogliendo l'importante spunto offerto dalla giurisprudenza costituzionale spagnola– corrisponde, a nostro avviso, alla necessità di un adattamento funzionale alla sopravvivenza dei profili tipici del costituzionalismo conforme allo *Zeitgesit* contemporaneo e alle appropriate innovazioni concettuali che, spesso, sono avvertite soprattutto dalla sensibilità giurisprudenziale<sup>29</sup>.

Questa dinamica appare tanto più produttiva di esiti costruttivi, inoltre, quanto più essa si dimostra virtualmente in grado di esprimere un correttivo di fronte al vasto fenomeno rappresentato dall'onda elettorale di partiti e movi-

<sup>28</sup> Così KUMM (2016, 698 ss.); in tale contesto cfr. anche PERJU (2013, 711 ss.); e SOMEK (2014).

<sup>29</sup> Ricordiamo anche le parole impiegate dal *Bundesverfassungsgericht* (almeno nella sua *pars cons-truens*) nella *Lissabon Urteil* del 2009: «la Legge fondamentale si congeda da un'idea autarchica e autoglorificante della condizione di Stato sovrano e torna a una visione del potere dello Stato singolo che concepisce la sovranità come «libertà ordinata e vincolata dal diritto internazionale». Essa rompe con ogni forma di machiavellismo politico e con un'idea rigida della sovranità che considerava ancora all'inizio del ventesimo secolo il diritto alla guerra –inclusa la guerra offensiva– un diritto autoevidente dello Stato sovrano [...] *Lo Stato non è né mito né fine in se stesso, bensì la forma di organizzazione, cresciuta storicamente e riconosciuta globalmente, di una comunità politica capace di agire*» (punti 223 e 224, i corsivi è aggiunto). Inoltre (punto 225), si è affermato che: «Il mandato costituzionale per la realizzazione di un'Europa unita [...] deducibile dall'art. 23 comma 1 Legge fondamentale e dal preambolo, significa, soprattutto per gli organi costituzionali tedeschi, che la scelta di partecipare all'Unione europea o meno non è rimessa alla libera discrezionalità. La Legge fondamentale vuole un'integrazione europea e un ordinamento di pace internazionale. Pertanto vige non solo il principio del favore per il diritto internazionale [*Völkerrechtsfreundlichkeit*], ma anche quello del favore per il diritto europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*)».



menti populistici, sovranisti, nazionalisti: il populismo si manifesta nell'orientamento volto a negare la complessità dei problemi e contestare, in relazione a questi ultimi, il contributo degli esperti, prospettando soluzioni iper-semplificate, allo stesso tempo tributarie (degli) e destinate agli umori diffusi della componente più emotiva della cittadinanza; il sovranismo si esprime, in Europa, nella irragionevole diffidenza nei confronti delle dinamiche post-sovrane di coordinamento internazionale e sovranazionale in nome della tutela di un generale e generico interesse nazionale individuato sulla base di prospettive che sono, ad un tempo, aggressive e difensive; il nazionalismo consiste nella esaltazione del primato di ciascuna nazione concepita come uniforme realtà morale, culturale e tradizionale suscettibile di ulteriore degrado in senso razzista e senza memoria degli orrori che il nazionalismo ha prodotto in Europa nel corso del secolo 20°.

Il fenomeno è ampiamente diffuso in ogni area del continente (ma anche la Brexit è agevolmente riconducibile ad una matrice quale qui sopra descritta), in qualche caso si è rivelata destinataria del consenso maggioritario dell'elettorato (ad esempio, in Israele, in Italia, in Polonia, in Ungheria, così come negli Stati Uniti, con il trumpismo), in altri la minaccia di un blocco populista, sovranista e nazionalista è molto alta.

Allo stato attuale, la configurazione costituzionale *mainstream* non è stata ancora inquinata da revisioni formali in grado di incidere sulla configurazione degli ordinamenti, fatta eccezione per alcuni ordinamenti (Polonia, Ungheria) e i relativi interventi volti a circoscrivere l'indipendenza della magistratura e della giurisdizione costituzionale in particolare, ovvero a condizionare la composizione delle corti e degli organi di garanzia dell'autonomia della magistratura.

Nella circostanza emerge il contributo alla stabilità offerto dalle garanzie non maggioritarie della rigidità della costituzione, ovvero da norme quali espresse dalle *eternity clauses*, ovvero dalla diffusione del potere negli ordinamenti federali nei quali la forma di governo poliarchica ha modo di dimostrare la propria efficacia<sup>30</sup>.

L'esito di questo scenario è ancora del tutto incerto nel momento attuale e la capacità di sopravvivenza senza adattamenti del costituzionalismo è messa duramente alla prova e solo con il passare del tempo potrà elaborarsi una valutazione appropriata.

---

<sup>30</sup> In argomento rinviamo a TONIATTI (2020); TONIATTI (2020a); TONIATTI (2021, 989 ss.); TONIATTI (2023).

## 5. RILIEVI FINALI: IL FENOMENO COSTITUZIONALE MONDIALE E IL COSTITUZIONALISMO EURO-ATLANTICO

La riflessione sin qui svolta ha richiesto un percorso lungo, che – sia pure per cenni essenziali – è dovuto risalire alle origini sia filosofiche che storiche del costituzionalismo. Quest’ultimo, infatti, si configura come una visione ideologica che ha comportato una *weltanschauung* nuova ed innovativa rispetto a quella dominante nell’era dell’*ancien régime* e che, verificatesi le condizioni favorevoli, si è trasformato in movimento politico organizzato e storicamente determinante.

Il percorso storico considerato ha spaziato nel tempo –richiamando la distinzione tra cicli costituzionali successivi nel segno dell’adattamento nella continuità con i motivi ispiratori del costituzionalismo originario sino alla valutazione critica di alcune criticità dell’epoca contemporanea– ma, in realtà, non ha spaziato altrettanto nello spazio: lo scenario geografico al quale si è fatto riferimento –esplicito o anche solo implicito– è, infatti, rimasto in gran prevalenza circoscritto ad un ambito europeo e nord-americano, con un’ulteriore espansione relativa a contesti di assoluta prossimità alla rispettiva matrice di cultura giuridica di *common law* (riproducendo in parte l’esperienza post-coloniale degli Stati Uniti e del Canada), ovvero a quella di *civil law* (con riguardo soprattutto all’America latina). In altre parole, quando in questa sede si è parlato di costituzionalismo si è trattato, in realtà, di costituzionalismo euro-atlantico, originario e protagonista dell’evoluzione di volta in volta indicata.

A questo punto della trattazione, però, occorre soffermarsi sui margini di ambiguità di questa impostazione: per un verso, infatti, è corretto –dal punto di vista storico e metodologico– ricostruire il costituzionalismo con riguardo esclusivo allo scenario euro-atlantico; ma, per altro verso, non può ignorarsi che l’espansione planetaria del termine «costituzione» –se non anche del concetto di «costituzionalismo»– è un dato oggettivo ormai acquisito. A questa rilevazione corrisponde un’alternativa ricostruttiva: o si circoscrive l’uso dei termini e dei concetti allo scenario euro-atlantico e si accetta di conseguenza un’impostazione euro-centrica orientata ad escludere dal *focus* di una disciplina scientifica una quota considerevole di materiali di analisi e riflessione concernenti il mondo; ovvero si respinge questa impostazione ristretta, si accetta che termini e concetti possano essere criticamente applicati a tutti i contesti geo-culturali e si rinuncia a fare riferimento ad un concetto di costituzionalismo tout court.

A nostro avviso, è preferibile adottare la seconda opzione, ciò che richiede che il giurista –soprattutto il comparatista– specifichi sempre di quale

costituzione e di quale –se esiste– costituzionalismo si tratti, con la consapevolezza che in contesti estranei allo scenario euro-atlantico vi possano essere costituzioni senza costituzionalismo, ovvero costituzionalismi distinti da quello euro-atlantico<sup>31</sup>.

In altre parole, occorre ragionare nella prospettiva del riconoscimento del «fenomeno costituzionale mondiale» quale realtà oggettiva in senso descrittivo, anziché in quella di un «costituzionalismo mondiale» quale condivisione di istituti e valori in un contesto prescrittivo<sup>32</sup>. E, di conseguenza, occorre altresì non esitare a connotare e qualificare di volta in volta di quale concezione di costituzione e costituzionalismo si stia ragionando<sup>33</sup>.

L'impostazione qui sostenuta presenta, a nostro avviso, un duplice motivo per essere presa in seria considerazione. In primo luogo, essa rappresenta un utile progresso metodologico nel campo del diritto costituzionale comparato: la comparazione è un metodo di analisi di fenomeni e, come ogni disciplina scientifica, assume a proprio oggetto tali fenomeni in una dimensione che necessariamente supera i confini di un unico ordinamento statale. Questa asserzione è valida in tutti i settori suscettibili di attenzione scientifica ed è vera –nonostante talune riserve a sfondo tendenzialmente positivista– anche per i fenomeni giuridici<sup>34</sup>.

Il diritto, d'altra parte, è uno strumento d'ordine sociale impiegato da ogni genere di società umana –dalle tribù indigene alle aggregazioni complesse di ordinamenti post-industriali– per qualificare e disciplinare le relazioni intersoggettive, comprese quelle intercorrenti fra i singoli e i gruppi, da un

<sup>31</sup> Per una interessante ricognizione in materia cfr. DOWDLE, WILKINSON (2017); e LOUGHLIN, WALKER (2008).

<sup>32</sup> Si veda ACKERMAN (1997, 771 ss.); per contrasto rinviamo a TONIATTI (2019, 693 ss.) dove si rileva che «*the deliberate choice of the phrase world constitutional phenomenon (instead of others, such as «world constitutionalism» that may be misleading), in fact, means employing a neutral, objective, value free acknowledgement that most countries in the world have adopted a document which roughly describes the polity, lists the institutions that act on behalf of its government, and spells out a number of expectations that citizens supposedly have on what those institutions of government are to do or not to do that will affect their freedom and welfare*».

<sup>33</sup> Si veda ancora TONIATTI (*op. ult. cit.*): «One of the inevitable consequences of such an approach is that it entails giving up any practice of using the words «constitutions» and «constitutionalism» without at the same time specifying what are the constitutions and constitutionalisms to which we are referring. According to the context, we may be adopting a geographical paradigm and be talking of European, Asian, or North-American constitutions; or an ideological one (liberal, socialist, or authoritarian constitutions); or a religious one (Christian, Islamic, or Buddhist constitutions); or a historical one (1700, 1800, 1900, or 2000 constitutions) or a combination of all of them. There is a need to qualify and be «precise»—for the sake of clarity and academic accountability—as to the specific constitutional text to which we are referring. This research aimed at establishing new qualified groupings of constitutions organized according to a wider set of their respective connotative paradigms would be a very important first step in the science of comparative constitutional law in the global era», 702.

<sup>34</sup> Si veda TONIATTI (2020).

lato, e chi detiene il potere effettivo di una determinata comunità. Ne consegue che il diritto è uno strumento quanto mai idoneo ad essere oggetto di attenzione da parte della comparazione giuridica. A maggior ragione quando la circolazione di nomi – benché non necessariamente di concetti – conosca una diffusione planetaria ormai consolidata.

In secondo luogo, l'impostazione contribuisce a garantire la continuità nella sopravvivenza del costituzionalismo euro-atlantico ed evitare che si possano avviare e consolidare forme di adattamento che siano in contrasto con i suoi contenuti connotativi tipici. In altre parole, è quanto mai opportuno che la dottrina sia quanto mai criticamente attenta e vigile nell'evitare che revisioni costituzionali di stampo populista, sovranista e nazionalista – proprie di una democrazia illiberale – siano surrettiziamente collocate nel contesto costituzionale euro-atlantico, con il quale gli ispiratori di quelle revisioni sostengano la compatibilità. Come già sopra sostenuto, la capacità di adattamento alle mutate condizioni di contesto è sì un valido indicatore della capacità di sopravvivenza del costituzionalismo e dei suoi contenuti tipici e indefettibili ma, allo stesso tempo, non è illimitata.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ACKERMAN, B. (1997). «The Rise of World Constitutionalism», *University of Virginia Law Review*, II, pp. 771 e ss.
- BERMAN, H. J. (2003), *Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge.
- BIFULCO, D. (2003). *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Associazione Done Insegnanti, Napoli.
- BIFULCO, R. (2020). *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Corwin, E. S. (1947). *Total War and the Constitution*, Oxford University Press, Oxford.
- DE VERGOTTINI, G. (2022). *Diritto costituzionale comparato*, CEDAM, Padova.
- DI GIOVINE, A. (2017). «Stato e forme di stato», in Di Giovine, Algostino, Lomgo, Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Mondadori, Firenze.
- DOWDLE, M. W.; WILKINSON, M. A. (eds.) (2017). *Constitutionalism Beyond Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FIORAVANTI, M. (1991). *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Giappichelli, Torino.
- GROSSI, P. (2007). *L'Europa del diritto*, Laterza, Bari.
- (2017). *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Bari.

- IBRIDO, R. (2013). «Ritorno alla comparazione». Note a margine della sentenza del Tribunal constitucional sul matrimonio omosessuale, *Nomos*, n. 3.
- KUMM, M. (2016). «Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-Positivist Law», *International Journal of Constitutional Law*, n. 2, pp. 698 e ss.
- LOUGHLIN, M.; WALKER N. (eds) (2008). *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford.
- NEUSTADT, R. (1964). *Presidential Power*, New York University Press, NY.
- PERJU, V. (2013). «Cosmopolitanism in Constitutional Law», *Cardozo Law Review*, IV, pp. 711 e ss.
- RUBIO LLORENTE, F. (1988). *Constitutional Jurisdiction as Law-Making*, in Pizzorusso (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Springer, Berlin.
- SAIZ ARNAIZ, A. (1999). *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, CEPC, Madrid.
- (2008). «Comentario del artículo 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», in Casas y Rodríguez-Piñero (dirs.), *Comentarios a la Constitución*, CEPC, Madrid, pp. 193 e ss.
- SANTOLAYA, P. (2013). «La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales», in Ferrer Mac Gregor, Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Ciudad de México, pp. 447 e ss.
- SOMEK, A. (2014). *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford.
- TILLY C. (ed.) (1975). *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton University Press, Princeton.
- TONIATTI, R. (2002). «Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione Europea», in Gambino (a cura di), *La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo. Principi e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffré, Milano.
- (2004). «Le interazioni della giurisdizione ordinaria con la giurisdizione costituzionale e con le giurisdizioni europee comunitaria e convenzionale», in Di Federico (cur.), *Manuale di ordinamento giudiziario*, CEDAM, Padova, 2004.
- (2009). «La democrazia costituzionale repubblicana», in Casonato (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione italiana*, Giappichelli, Torino, 2009.
- (2010). «La transizione costituzionale nei Balcani occidentali e il paradigma costituzionale europeo: il pluralismo delle fonti e delle identità», in Montanari, Toniatti, Woelk (a cura di), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: Diritti e garanzie*, Trento.
- (2011a). «Le forme e la cultura costituzionale dell'equilibrio istituzionale», in Toniatti e Magrassi (a cura di), *Magistratura, Giurisdizione ed Equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, CEDAM, Padova.

- TONIATTI, R. (2011b). «La giurisdizione costituzionale nel quadro degli equilibri istituzionali: il rilievo dei profili strutturali», in Calamò Specchia (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Giappichelli, Torino.
- (2019). «Comparing Constitutions in the Global Era: Opportunities, Purposes, Challenges», *Casad Comparative Law Lecture, Kansas Law Review*, n. 3, 2019, pp. 693 e ss.
- (2020). «Il principio non-maggioritario quale garanzia della forma di Stato costituzionale di diritto in Europa», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2020, pp. 1155 e ss.
- (2020a). «President Trump's Political Agenda Vis-à-vis the Supreme Court», in Ferrari (ed.), *The American Presidency Under Trump. The First Two Years*, The Hague, pp. 65 e ss.
- (2021). Democrazia illiberale e forma di stato costituzionale di diritto nel costituzionalismo euroatlantico: contingenze elettorali o cambio di paradigma?, in G. D'Ignazio, A. M. Russo (a cura di), *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato?*, in DPCE Online, N. 3-2020, 3945 ss.; Idem, Non-Deferential Judicial Checks and Balances and Presidential Policies, in DPCE online, 2021, 989 ss.;
- (2023). «La sfida di Dobbs al mainstream constitutionalism e il ruolo negli stati membri: prove di resilienza di una poliarchia», in *Gli Abortion Rights e il costituzionalismo contemporaneo*, *BioLaw Journal/Rivista di BioDiritto*, Special issue n. 1/2023.
- TORRES PÉREZ, A. (2009). *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford.

## EL CONSTITUCIONALISMO EN TIEMPOS DIFÍCILES

PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA  
*Magistrado del Tribunal Supremo*  
*Universidad de Córdoba*

**SUMARIO:** 1. *El constitucionalismo del que hablamos.*—2. *El escenario: fragmentación y polarización.*—3. *Los efectos sobre el sistema de gobierno.*—4. *Los efectos sobre la forma de Estado.*—5. *Los efectos sobre la forma de gobierno.*—6. *Los efectos sobre el sistema de garantías.* 6.1 El bloqueo de la renovación del Consejo General del Poder Judicial y las reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 6.2 La suspensión cautelar por el Tribunal Constitucional del procedimiento legislativo. 6.3 El Consejo General del Poder Judicial en funciones. 6.4 Las consecuencias.—7. *Los nuevos problemas.*—8. *El constitucionalismo del siglo XXI.—Post Scriptum.*

### 1. EL CONSTITUCIONALISMO DEL QUE HABLAMOS

Los tiempos actuales son difíciles por muchas razones. No es preciso un especial esfuerzo para ponerlo de manifiesto. Los obstáculos surgen en múltiples planos y, naturalmente, el del constitucionalismo no es una excepción. He de explicar inmediatamente que por constitucionalismo entiendo la técnica jurídica que se propone limitar el poder político para asegurar la libertad de quienes están sujetos a él. Es decir, el que expresa el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Es importante aclararlo para evitar confusiones ya que no es extraño que se hable de distintos tipos de constitucionalismo y que entre ellos se incluyan experiencias que poco o nada tienen que ver con la que me preocupa.

No basta, en efecto, que un Estado cuente con un instrumento jurídico fundamental que se llame Constitución para que nos encontremos en el seno del constitucionalismo al que me refiero. Esa diferencia entre distintos tipos de constitucionalismo es la que subyace a la clasificación –que llamó ontológica– de Constituciones entre normativas, nominales y semánticas que formuló Karl Loewenstein<sup>1</sup>. A partir de ella, se puede entender que solamente las primeras, las normativas, son las genuinas pues, además de proponerse la limitación del poder político y la garantía de los derechos de las personas, lo logran efectivamente. En cambio, las nominales, aunque digan pretenderlo, no lo consiguen porque no se cumplen, y las semánticas no buscan más que dar una mera cobertura a la dominación política de una persona, una élite o un partido. Tampoco pertenece al constitucionalismo genuino el de las formas políticas que se han venido a llamar iliberales porque eliminan los controles independientes sobre el ejercicio del poder por sus gobernantes y no respetan efectivamente los derechos de las minorías. Por eso, tampoco se les debería llamar democracias.

El constitucionalismo que vive tiempos difíciles es el normativo, el propio del que Giuseppe de Vergottini ha llamado y caracterizado como Estado de derivación liberal y se distingue por asumir el ideal del Estado de Derecho, fundamentarse en la democracia representativa y procurar el bienestar de los ciudadanos mediante la satisfacción de los derechos no sólo civiles y políticos sino también económicos y sociales<sup>2</sup>. En otras palabras, el constitucionalismo del que aspira a ser expresión nuestra Constitución y se vincula al Estado social y democrático de Derecho en que se constituyó España y rige efectivamente desde su entrada en vigor.

No es ningún secreto que es una excepción en el mundo. No existe en la mayor parte de los Estados que componen la llamada comunidad internacional. Bien porque, sencillamente, no lo reconocen y siguen otras pautas sobre la organización y el ejercicio del poder político, bien porque, aun admitiéndolo en todo o en parte en principio, no lo practican en la realidad. Por no haber, no hay ni siquiera una concepción común de los que nosotros tenemos por derechos fundamentales. Los comparatistas lo subrayan, entre ellos Giuseppe de Vergottini<sup>3</sup> lo ha puesto de relieve en diversas ocasiones. Debemos tener, pues, presente que hablamos de un tipo de régimen político que, fuera del ámbito euroatlántico, existe en algunos otros pocos países. Igual-

<sup>1</sup> LOEWENSTEIN (1965, 205 ss).

<sup>2</sup> DE VERGOTTINI (2019, 345 ss.).

<sup>3</sup> DE VERGOTTINI (1998, 210 ss.).



mente, es menester no olvidar que su conquista no es definitiva. La Historia, la nuestra incluida, muestra que las democracias constitucionales pueden sucumbir o degradarse hasta el punto de ser difícilmente reconocibles. Así, pues, importa estar especialmente atentos a los obstáculos que les salen al paso para identificar sus causas y ponerles remedio antes de llegar a situaciones de difícil o imposible retorno.

Las principales dificultades actuales provienen de los profundos cambios sobrevenidos a partir de 2008 y de las fracturas que han abierto en las sociedades, han afectado a su gobernabilidad y han puesto a prueba, mejor dicho, están poniendo a prueba a las Constituciones, al ordenamiento en ellas establecido y a su capacidad para encauzar las relaciones políticas de manera que se contengan dentro de los límites que trazan para el ejercicio del poder político y se aseguren los derechos de todos.

Es frecuente, por ello, preguntarse por el constitucionalismo de nuestros días y, concretamente, por su supervivencia y su adaptación<sup>4</sup>. Si hay que plantear estas preguntas es porque son evidentes los problemas a los que se enfrenta. Y, naturalmente, si el observador llega al punto de inquirir por su supervivencia es porque percibe el riesgo de que perezca. No menos tranquilizadora es la otra pregunta porque interrogar por su adaptación supone admitir que hay o puede haber desajustes importantes entre los presupuestos en los que descansan, sus preceptos y la realidad presente. O entre los objetivos que propugna y los que preocupan en la sociedad.

Conviene, pues, antes de responder a las preguntas anteriores, repasar brevemente cuáles son los rasgos principales del escenario o panorama que tenemos ante nosotros y cuáles son las consecuencias más destacadas que producen en el normal desenvolvimiento de nuestro régimen constitucional.

## 2. EL ESCENARIO: FRAGMENTACIÓN Y POLARIZACIÓN

El contexto en el que se plantean las dudas anteriores es el que resulta del conjunto de crisis surgidas desde finales de la primera década del siglo XXI.

En primer lugar, de la crisis económica iniciada en 2008 y de la orientación política seguida para afrontarla, impuesta principalmente por la Unión Europea. La política y el Derecho de la austeridad y de la estabilidad presupuestaria se tradujeron, entre otras manifestaciones, en desempleo y en dismi-

---

<sup>4</sup> Estas eran las preguntas formuladas en el *Seminario Italo-Español de Derecho Constitucional* celebrado en Granada el 5 y 6 de octubre de 2022 en el que presenté una primera versión de este trabajo.

nución de la protección social, con la consiguiente difusión del malestar en amplias capas de la sociedad y del sentimiento de que los gobernantes, les habían abandonado, no les representaban. Una de las consecuencias ha sido el desapego respecto de las instituciones y la aparición de nuevas formaciones políticas que se proponen hacerse eco de las demandas de quienes se vieron o sintieron perjudicados por aquella política y por las disposiciones normativas de las que se sirvió. El apoyo significativo que han recibido de los electores ha supuesto la mengua de las hasta ahora principales fuerzas políticas y la transformación del sistema de partidos. Tendencialmente bipolar desde la transición, a partir de 2015 ha pasado a ser multipartidista y con notable polarización, efecto este último de la quiebra de algunos de los consensos básicos que venían manteniendo por las fuerzas políticas.

No se habían restañado aun los principales efectos negativos debidos a la crisis económica, cuando sobrevino en 2020 la pandemia. Este es el segundo factor que se proyecta sobre el constitucionalismo. De un lado, porque impidió completar la recuperación y de otro porque hizo necesario acudir a respuestas de emergencia por parte de los gobiernos ante unas circunstancias que, por su magnitud, nadie había previsto y, tuvieron, por tanto, que afrontarse con instrumentos jurídicos pensados para necesidades menos exigentes. Aunque se aplicaron las mismas medidas en todas partes, no se recibieron del mismo modo. Ciertamente, ha sido común la presencia de discrepantes. Por las más variadas razones se ha discutido el recurso al confinamiento, la imposición de límites a la libertad de circulación, al derecho de reunión y a la actividad económica o la imposición de la obligación de llevar mascarilla. También ha habido controversia sobre la vacunación masiva<sup>5</sup> y sobre la exigencia del llamado pasaporte Covid para viajar o acceder a determinados establecimientos. No obstante, si en los primeros momentos pareció existir unanimidad, lo cierto es que con el paso del tiempo acabó surgiendo una creciente conflictividad política y jurídica sobre todas o sobre algunas de esas medidas. Y se han dado casos en los que la actuación contra la pandemia se convirtió en el centro de la confrontación parlamentaria y territorial. En ese contexto, se ha cuestionado el respeto al Estado de Derecho y a las libertades fundamentales<sup>6</sup>.

A diferencia de lo que sucedió con la crisis económica, la respuesta promovida desde la Unión Europea a la pandemia ha sido un programa de ingentes ayudas económicas. Esta circunstancia y la efectividad de la vacunación

<sup>5</sup> Cfr. al respecto LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2023).

<sup>6</sup> Sobre la conflictividad desatada y su respuesta judicial, véase LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2021, 61 ss.)

masiva han contribuido a normalizar en gran medida la vida económica y social, pero no se ha reducido la confrontación ni la polarización y, para empeorar las cosas, el 24 de febrero de 2022 Rusia invadió Ucrania y comenzó una guerra que continúa y que, además de la pérdida de vidas y de los destrozos que está causando, ha dado lugar a una profunda crisis energética con notables repercusiones económicas en todo el mundo. Así, este tercer factor ha supuesto que, al daño debido a la crisis económica, no del todo restañado y al causado por las medidas contra la propagación del COVID-19, se suma el que provocan los incrementos de los precios del gas y de la electricidad y su repercusión en la cadena de bienes y servicios y la consiguiente inflación. El efecto político principal no es el desacuerdo sobre la actuación frente a la invasión –en España, como en general en la Unión Europea, minoritario– pero sí respecto de la forma de afrontar sus consecuencias económicas. Es un nuevo frente que se añade a los ya existentes y complica la acción desde las instituciones por las profundas discrepancias existentes.

Los tres factores a los que acabo de aludir pueden considerarse coyunturales aunque su impacto sea de una dimensión extraordinaria. E, incluso, se podría decir que son externos a los países europeos, es decir, no resultan de actuaciones que se hayan producido en su seno o por motivos que, de un modo u otro, les fueran imputables en su origen. Ahora bien, además hay un conjunto de fenómenos de carácter estructural que influyen notablemente en todas las relaciones sociales y, por tanto, también en la actividad política que pretende encauzar y ordenar el Derecho Constitucional: se trata de los vinculados a las nuevas formas de comunicación y de relación social que ha propiciado el progreso tecnológico. Es decir, de las que operan en el ciberespacio o, si se prefiere, en el plano virtual y se desenvuelven sobre todo en las redes sociales.

Abiertas potencialmente a todos, en lo que toca a la comunicación política se están caracterizando, entre otros rasgos, por la inmediatez en la transmisión y recepción de mensajes y por promover la misma inmediatez en las respuestas y reacciones. Esto significa en lo que ahora importa que si, por un lado, hacen posible establecer debates entre o ante amplísimos colectivos, por el otro se prestan o incitan a las manifestaciones menos reflexivas y más extremas, precisamente por ser las que brotan como primera manifestación a los acontecimientos que las suscitan y porque, muy a menudo, con ellas se busca por quienes las emiten llamar la atención. Impulsividad y falta de reflexión facilitan las actitudes extremas y dificultan la búsqueda de entendimiento con la consecuencia de propiciar las posiciones y decisiones precipitadas o desproporcionadas que brotan con facilidad en los medios digitales y son difíciles de rectificar.

En este contexto, hemos de preguntarnos por cuáles están siendo las principales manifestaciones de la situación creada por estos factores en el funcionamiento de nuestro ordenamiento constitucional. Para responder iré distinguiendo las que se han producido en la organización y el funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho porque es donde son más visibles.

### 3. LOS EFECTOS SOBRE EL SISTEMA DE GOBIERNO

Mencionaré, en primer lugar, los que se han dado en el sistema parlamentario ya que son especialmente llamativos.

Sabemos que la racionalización de la vida parlamentaria que inspira a Constitución perseguía facilitar la formación de los gobiernos y dificultar su caída. Esos propósitos se plasman en la incorporación al texto fundamental de elementos del régimen electoral que corrigen significativamente la proporcionalidad de la fórmula con la que se han de transformar los votos en escaños del Congreso de los Diputados, cámara que es la llamada a investir al candidato a la presidencia del Gobierno. Así se quiso reducir el número de formaciones presentes en ella. Igualmente, se advierte la intención de allanar al máximo la formación del Gobierno en el artículo 99 que permite la investidura del candidato a presidente por mayoría simple en segunda votación. La misma que sirve para superar la cuestión de confianza prevista en el artículo 112. De otro lado, el artículo 113, que regula moción de censura, exige para proponerla la inclusión de un candidato a la Presidencia del Gobierno –que, de triunfar, se considerará investido– y para aprobarla la mayoría absoluta. Se explicó esta opción por la llamada censura constructiva, propuesta en tiempos de Weimar e importada de la Ley Fundamental de Bonn, con el propósito de evitar que mayorías coincidentes en derribar al Gobierno no lo fueran para sustituirle pues, si resulta fácil estar de acuerdo en lo negativo, no lo es que las oposiciones concuerden en quién haya de sustituir al censurado y en el programa que ha de llevar a cabo.

De este modo, la moción de censura es, sobre todo, un procedimiento extraordinario de formar Gobierno. Por eso, por su dificultad, en más de cuarenta años de experiencia constitucional ninguna de las presentadas prosperó. Ni la dirigida por Felipe González contra Adolfo Suárez en 1980, ni la intentada por Antonio Hernández Mancha contra Felipe González en 1987. Tampoco la de Pablo Iglesias contra Mariano Rajoy en 2017, ni la de Santiago Abascal contra Pedro Sánchez en 2020 tuvieron éxito. En cambio, la de este último contra Mariano Rajoy sí triunfó en junio de 2018 con lo que le sustituyó en la presidencia del Gobierno. La última, presentada en 2023 contra el presidente

Pedro Sánchez por diputados de Vox con la candidatura de Ramón Tamames, significativa por el contraste entre la personalidad de este último y la fuerza política que le propuso, fracasó.

Se ha de resaltar que la mayoría que estuvo detrás de la única moción de censura que ha sido aprobada se caracterizase, sobre todo, por los elementos negativos que la aglutinaban. En efecto, fueron el rechazo compartido al Gobierno presidido por Mariano Rajoy al que se le reprochó su política de austeridad y los episodios de corrupción los elementos principales que permitieron reunir detrás de la candidatura de Pedro Sánchez a partidos políticos con planteamientos heterogéneos, más que la identificación de una línea positiva de acción gubernamental. Con todo, la Constitución se cumplió ya que impuso el acuerdo sobre quién debía asumir la presidencia del Gobierno y también facilitó su mantenimiento hasta las elecciones del 28 de abril de 2019.

Si fue novedosa la aprobación de la moción de censura de 2018, no lo ha sido menos la formación en enero de 2020 de la coalición que ha gobernado a partir de entonces. Alumbrada después de las elecciones del 20 de noviembre de 2019 entre el PSOE y Unidas Podemos y apoyada desde fuera por formaciones nacionalistas y de izquierda, las mismas fuerzas que votaron a favor de la moción de censura, ha agotado la XIV Legislatura. Las prescripciones constitucionales facilitaron la formación de este Gobierno de coalición y su mantenimiento. Por tanto, el designio constitucional se ha cumplido también en el sentido de asegurar la formación y la permanencia del Gobierno.

Aunque las coaliciones son conocidas en los ejecutivos de varias Comunidades Autónomas, nunca hasta ahora las hubo en el Gobierno de España. Desde 1977 y hasta las elecciones generales de 2016 incluidas, siempre fue monocolor, bien porque un partido tuviera mayoría absoluta (1982, 1986, 1989, 2000, 2011) bien porque, pese a ser relativa (1979, 1993, 1996, 2004, 2008, 2016), fuera suficiente para que su candidato obtuviera la investidura con los votos propios o con los añadidos y las abstenciones necesarias, obtenidos, en general, sin excesiva dificultad. También hay que recordar que pudo lograrse otra coalición tras las elecciones del 28 de abril de 2019 pues PSOE y Ciudadanos reunían escaños suficientes para intentar con posibilidades de éxito la investidura<sup>7</sup>. Es sabido, sin embargo, que el dirigente de este último partido, Albert Rivera, se negó a formarla.

---

<sup>7</sup> Véase la resolución de 24 de mayo de 2019 de la Presidencia de la Junta Electoral Central por la que se publica el resumen de los resultados de esas elecciones en el *Boletín Oficial del Estado* del 30 de abril de 2019. De acuerdo con ellos, el PSOE obtuvo 111 escaños y Ciudadanos– Partido de la Ciudadanía 57. La mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados está en los 176 escaños.

Ahora bien, como el acuerdo político que ha sustentado a la mayoría gubernamental desde 2018 ha dependido más de elementos negativos –el mencionado rechazo al Partido Popular– que de los de carácter positivo, han sido frecuentes las discrepancias entre los socios dentro del Gobierno y fuera de él y se ha acentuado el grado de enfrentamiento entre adversarios. Unas y otros han supuesto tensiones importantes para las instituciones y se han manifestado en dificultades para legislar y sostener la acción del Gobierno hasta el punto de que en ocasiones las discrepancias de los coaligados o de sus socios externos han obligado a la parte mayoritaria de la coalición a buscar apoyos fuera de ella para sacar adelante diversas iniciativas. De este modo, según las cuestiones en juego, ha habido distintas conformaciones de la mayoría parlamentaria.

Por otra parte, en dos ocasiones, en 2015 y en 2019, el Congreso de los Diputados surgido de las elecciones generales fue incapaz de conceder la investidura a un candidato a la presidencia del Gobierno y tuvo que aplicarse la disolución automática de las cámaras prevista en el artículo 99 de la Constitución al transcurrir infructuosamente dos meses desde la primera votación de investidura. A esa singularidad se han de añadir los prolongados períodos de interinidad gubernamental debidos a la falta de formación de Gobierno. Y, dentro de ellos, surgió una ulterior novedad patológica: el Gobierno en funciones del presidente Rajoy sostuvo que no debía someterse al control ejercido por unas Cortes Generales en plenitud de atribuciones. Pretensión de exención de la fiscalización parlamentaria que el Tribunal Constitucional declaró contraria al texto fundamental al resolver el conflicto constitucional que planteó al respecto el Congreso de los Diputados (STC 124/2018).

No ha faltado ni siquiera el llamativo episodio de la negativa del candidato del partido más votado en las elecciones generales a ser propuesto como candidato por el Rey a la investidura como Presidente del Gobierno. Desde 1979 venía siendo un uso ininterrumpido que el Rey propusiera al designado como candidato a Presidente del partido con más escaños en el Congreso de los Diputados<sup>8</sup>. En las elecciones del 20 de diciembre de 2015 fue el Partido Popular, pero su candidato, Mariano Rajoy, no aceptó ser propuesto y se dio la igualmente singular sucesiva decisión del segundo en representación, Pedro Sánchez, candidato del Partido Socialista Obrero Español, de someterse al debate de investidura en 2016, no para recibirla, sino, dando por descontado que no la obtendría, para abrir el plazo de dos meses que, según el artículo 99 de la Constitución, lleva a la disolución automática de las cámaras legislativas, que fue lo que terminó ocurriendo.

---

<sup>8</sup> Por uso, también, el que encabezaba la lista de candidatos al Congreso de los Diputados por Madrid.

Si desde las vicisitudes de la relación de confianza pasamos la vista a la actividad legislativa, nos encontramos con que buena parte de las leyes que han aprobado las Cortes Generales proceden de la tramitación como proyectos de Ley de los reales decretos-leyes previamente convalidados y que estos superan en número a las leyes. El Gobierno ha hecho un amplísimo uso de ellos. Si en tiempos de crisis, en los que la urgencia se hace presente con toda intensidad, es lógico que se utilice esta fuente de Derecho –y, además, de la económica, hemos padecido la causada por la pandemia y, después, la originada por la guerra de Ucrania–, no sucede lo mismo cuando la razón de utilizarlo es la dificultad de encontrar apoyos para sacar adelante proyectos o proposiciones de ley. Es verdad que el recurso al real decreto-Ley tiene que enfrentarse al riesgo de que el Congreso de los Diputados no lo convalide, pero también lo es que su emanación crea una situación de hecho que, aún provisional, facilita o hace menos difícil conseguir los apoyos necesarios para convalidarlo<sup>9</sup>.

Otra práctica que se ha venido repitiendo en los últimos años ha sido la utilización por las fuerzas políticas que sostienen al Gobierno de coalición de las proposiciones de Ley como alternativa a los proyectos de ley. De este modo, evitan someter su iniciativa legislativa a los informes preceptivos previstos para los proyectos de ley, que son el cauce previsto para que el Gobierno promueva cambios en la legislación<sup>10</sup>. Y no se ha abandonado la utilización de leyes cuyo objeto está definido constitucionalmente, como la de Presupuestos Generales del Estado, para introducir regulaciones ajenas a la materia que le es propia. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 145/2022 ha declarado inconstitucional la disposición final vigésima de la Ley 22/2021, de 15 de noviembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2022, que introducía en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, una cláusula que excluía determinada materia de su conocimiento. Igualmente, la tendencia a aprovechar iniciativas legislativas en curso para colgar de ellas vía enmiendas modificaciones normativas, a veces sustanciales, no es ajena a ninguna mayoría a pesar de la jurisprudencia constitucional sobre las leyes de objeto diverso y sobre la observancia del procedimiento legislativo en garantía de los derechos de las minorías y de la correcta deliberación de las leyes.

---

<sup>9</sup> Sobre la utilización del Real Decreto-Ley en los últimos años, véase ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., *La vocación de nuestro tiempo por la legislación y los retos para el legislador*. Discurso leído el día 23 de noviembre de 2020 en el acto de su recepción pública como académico de número y contestación de Tomás Ramón Fernández Rodríguez. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2020.

<sup>10</sup> Las modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2021 para limitar las competencias del Consejo General del Poder Judicial en funciones y para devolverle en 2022 la de nombrar a dos Magistrados del Tribunal Constitucional, impulsadas desde el Gobierno fueron canalizadas mediante proposiciones de ley.

La vida parlamentaria, por otra parte, acusa el ambiente polarizado que se ha extendido en la dinámica política. Ni siquiera se apaciguó en el medio de la pandemia, salvo en los momentos iniciales. Los debates en las cámaras lo muestran con claridad. Se eleva el tono de las intervenciones y no es infrecuente ver y escuchar la descalificación o el insulto del adversario. Tal actitud se manifiesta igualmente en otros ámbitos institucionales, pero resulta significativo que traspase los umbrales del Congreso de los Diputados y del Senado pues en su seno cabe esperar una mayor contención de las intervenciones. En este contexto, sorprende relativamente que llegue, incluso, a los textos legales el reproche a los adversarios.

Es el caso del preámbulo de la Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315, apartado 3, del Código Penal. Dice así:

«Con la crisis como oportunidad, desde la llegada al Gobierno del Partido Popular en diciembre de 2011, se inició un proceso constante y sistemático de desmantelamiento de las libertades y especialmente de aquellas que afectan a la manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del Gobierno.

La reforma laboral, que prácticamente excluyó la negociación colectiva de los trabajadores y que devaluó o directamente eliminó otros muchos de sus derechos, no pareció suficiente y por ello se reforzaron, con ataques directos, todas las medidas que exteriorizaron el conflicto, utilizando la legislación en vigor, como la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y el artículo 315.3 del Código Penal, en el corto plazo, y trabajando, en el medio plazo, para desplegar un entramado de leyes que asfixian la capacidad de reacción, protesta o resistencia de la ciudadanía y de las organizaciones sindicales, hacia las políticas del Gobierno».

La Ley Orgánica 5/2021 despenalizó las coacciones ejercidas en grupo o individualmente para iniciar o continuar una huelga. Sorprendentemente, en el trámite legislativo no se presentaron enmiendas encaminadas a suprimir estos párrafos de la exposición de motivos que ya figuraban en el proyecto de ley. Una vez publicada en el Boletín Oficial del Estado, diputados del Partido Popular interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra esta Ley Orgánica, pero fue inadmitido por el auto 95/2021 del Tribunal Constitucional <sup>11</sup>.

De otro lado, la técnica legislativa se resiente en este clima. Una muestra significativa la encontramos en el artículo 16.1 del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. La modificación que introdujo en él la Ley 5/2023,

---

<sup>11</sup> Dicho auto fue dictado por el pleno del Tribunal Constitucional y la inadmisión se debió a que el recurso de inconstitucionalidad combatía únicamente las afirmaciones del preámbulo de esta Ley Orgánica y, conforme a su jurisprudencia, las exposiciones de motivos y preámbulos carecen de carácter normativo.



de 28 de febrero, incluyó un nuevo apartado c) y la Ley 4/2023, de la misma fecha ha añadido otro apartado c) de manera que ahora hay dos apartados con la misma letra que tipifican como infracción muy grave las siguientes:

«c) Solicitar datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación o colocación o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

c) Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado».

Más llamativa es la peripecia habida en torno a la modificación del delito de agresión sexual a la que ha puesto por ahora punto final la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril<sup>12</sup>. Su razón de ser, según su preámbulo, es evitar que la unificación de «los anteriores tipos de abuso y agresión sexual en un solo tipo, el de agresión sexual» operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, produzca «el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas (...)». Ha sido, precisamente, el efecto no deseado, traducido en centenares de reducciones de condenas que ya no podrán revertirse el que ha llevado a la Ley Orgánica 4/2023<sup>13</sup>.

#### 4. LOS EFECTOS SOBRE LA FORMA DE ESTADO

La crisis originada por el conjunto de acontecimientos que culminaron en la proclamación de la República catalana como Estado independiente el 27

<sup>12</sup> Su denominación completa es Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

<sup>13</sup> Véase al respecto GIMBERNAT ORDEIG (2023).

de octubre de 2017, la inmediata suspensión de tal declaración por el Presidente de la Generalidad que la efectuó y la aplicación posterior por el Gobierno, previa autorización por la mayoría absoluta del Senado, del artículo 155 de la Constitución con la consecuencia de la destitución del Gobierno de la Generalidad, la disolución del Parlamento de Cataluña y la intervención por el Estado de la Comunidad Autónoma, no se explica sin el clima de malestar creado por los efectos de la crisis económica y de la política de austeridad seguida para atajarla.

El descontento y la división que originaron en Cataluña, proyectados inicialmente contra el Consejo de Gobierno de la Generalidad, fueron hábilmente desviados hacia «España», hacia el «Estado». La eficacia de este mensaje en tiempos difíciles, facilitada por el impacto que en el seno del nacionalismo catalán produjo la sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucionales diversos preceptos del Estatuto de Autonomía de 2006 e interpretó a la baja buena parte de los demás, ayuda a entender la amplia movilización lograda por el independentismo.

El embate fue soportado por el Estado que, pese a todo, demostró su fortaleza<sup>14</sup> y fracasó, además, porque la propia sociedad catalana es plural y parte muy importante de ella no secundaba la secesión. Igualmente, contribuyó a que no prosperara la falta de apoyo exterior, sobre todo en la Unión Europea, a la independencia pretendida. No obstante, en el empeño se han resentido las costuras del Estado autonómico e, incluso, las del Estado social y democrático de Derecho. Es imprescindible la recomposición de uno y otro. Para ello, habrá que recuperar, ante todo, la confianza rota y buscar después un equilibrio aceptable por todos en la distribución territorial del poder, no sólo en Cataluña, sino en el conjunto de España. En este sentido, las cuestiones pendientes de resolver, como las relativas a la financiación de las Comunidades Autónomas y su participación efectiva en las decisiones políticas generales, se han de encuadrar en la búsqueda de un nuevo marco de relaciones y de la forma de articularlo. Dependiendo de sus contenidos, podrá ser la que ofrece la reforma estatutaria, la propia de la reforma constitucional o ambas.

---

<sup>14</sup> La aplicación del artículo 155 de la Constitución fue inmediata y pacífica. Y la intervención estatal de la Generalidad de Cataluña desde octubre de 2017 hasta que en junio de 2018 se formó el Gobierno surgido de las elecciones al Parlamento de Cataluña celebradas el 21 de diciembre de 2017, no originó incidencias. Es decir, durante el más de medio año en que la Generalidad de Cataluña fue dirigida por el Gobierno de España no hubo contratiempos dignos de mención, sino normalidad. Es significativo que ni siquiera mostraran prisa por formar el Gobierno de la Generalidad las fuerzas independentistas que acabaron integrándolo.

## 5. LOS EFECTOS SOBRE LA FORMA DE GOBIERNO

El rechazo de la monarquía es uno de los componentes más significativos de los planteamientos de ruptura de las fuerzas independentistas catalanas. Está en su diana porque reprochan al Rey Felipe VI falta de empatía con la sociedad catalana por los términos de su discurso del 3 de octubre de 2017 y, en particular, por el llamamiento que hizo en él «a los legítimos poderes del Estado a asegurar el orden constitucional, el normal funcionamiento de las instituciones, la vigencia del Estado de Derecho y el autogobierno de Cataluña, basado en la Constitución y en su Estatuto de Autonomía». Le responsabilizan así de la aplicación del artículo 155 de la Constitución y de sus consecuencias.

También diversas formaciones de izquierda pretenden hacer valer sus ideales republicanos. Los problemas que determinaron la sucesión en la Corona en 2014 han ayudado a impulsar estas posiciones del mismo modo que las han alimentado las incidencias surgidas posteriormente en torno al Rey Emérito y el hecho de que, para las nuevas generaciones, especialmente castigadas por la crisis económica, queden muy lejos los tiempos de la transición política y del golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 y la contribución decisiva de Juan Carlos I al buen éxito de aquélla y al fracaso de éste. Tampoco favorecen a la monarquía las reinterpretaciones de la historia que quieren presentar al Estado social y democrático de Derecho como mera apariencia que encubre el mantenimiento de las estructuras de poder del franquismo y a la monarquía parlamentaria como una imposición del pasado.

Esta reconstrucción, relativamente difundida, carece de fundamento. Quienes, por razones de edad, conocimos personalmente en qué consistía el franquismo, el que se llamaba entonces «el Régimen», no necesitamos de explicación ninguna para apreciar la profunda, esencial, incompatibilidad entre el sistema formalizado por las Leyes Fundamentales y el que descansa en la Constitución de 1978. Reescribir la historia desde presupuestos interesados puede ser eficaz en la contienda política, especialmente en tiempos de crisis y de malestar social, pero no sirve para alterar la naturaleza de las instituciones ni de los principios que las animan ni mucho menos la realidad vivida. El Estado y el monarca de aquellas Leyes Fundamentales no tienen nada que ver con el ordenamiento constitucional de España, ni con la Corona que lo encabeza y el hecho mismo de que algunos de los defensores de tales interpretaciones, no sólo estén presentes en las Cortes Generales, en parlamentos y gobiernos autonómicos y municipales e, incluso, en el Consejo de Ministros, es una buena prueba de la radical diferencia que, sin embargo, niegan.

En este contexto se comprende que la cuestión monárquica y la defensa de la república se planteen principalmente desde presupuestos ideológicos y que no se haya entablado un debate riguroso sobre las funciones de la Jefatura del Estado y sobre la manera más eficaz y menos costosa de realizarlas. De igual modo, es significativo que al suscitar este debate se silencie que las monarquías parlamentarias europeas, entre las que se incluye la española, reúnen los más altos índices de calidad democrática en el mundo <sup>15</sup>.

Con todo, al margen de cuál sea su fundamento y del apoyo con que puedan contar estas actitudes políticas, es lo cierto que se suman al conjunto, por lo demás minoritario, de las que pretenden cuestionar aspectos centrales de la Constitución y contribuyen a ponerla a prueba.

## 6. LOS EFECTOS SOBRE EL SISTEMA DE GARANTÍAS

### 6.1 El bloqueo de la renovación del Consejo General del Poder Judicial y las reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial

El Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, es decir los órganos de garantía de los derechos y de la propia Constitución, no se han quedado al margen de las transformaciones sociales y políticas de las que hemos hablado. Por el contrario, se están viendo afectados directamente por la omisión por el Congreso de los Diputados y por el Senado de su obligación de elegir los miembros del Consejo General del Poder Judicial.

Establecida por el artículo 122.3 de la Constitución la duración de su mandato en cinco años, han transcurrido más de cuatro desde que debieron ser sustituidos. A esta omisión y al propósito de forzar el imprescindible acuerdo parlamentario respondió la modificación en 2021 de la Ley Orgánica del Poder Judicial <sup>16</sup>. Consistió en impedir que el Consejo cuyo mandato haya vencido –como lo está el del actual desde el 3 de diciembre de 2018– pueda hacer los denominados nombramientos discrecionales –los de magistrados del Tribunal Supremo, de presidentes de sus Salas y de los distintos tribunales, así como la designación de los dos magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponde proponer según el artículo 159.1 de la Constitución– ni ejercer otras tareas relevantes. Esta regulación del Consejo en funciones, traslación no equi-

---

<sup>15</sup> Por ejemplo, el *Democracy Index* de la Unidad de Inteligencia de *The Economist*.

<sup>16</sup> Efectuada por la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, que introdujo en la del Poder Judicial los artículos 570 bis y 598 bis.

valente de la prevista por su artículo 101.2 para el Gobierno cesante, no ha logrado la elección de los vocales del órgano de gobierno de los jueces tantos años postergada. En cambio, sí ha provocado que, como consecuencia de la imposibilidad de efectuar esos nombramientos, haya cada vez más vacantes sin proveer en el Tribunal Supremo –llegan a un tercio en el momento de escribir estas líneas– y en las presidencias de los tribunales.

En 2022 se volvió a modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>17</sup> para que el Consejo General del Poder Judicial en funciones según la reforma del año anterior pudiera proponer a los dos magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponde designar ya que, de otro modo, no se podría producir la renovación de una tercera parte de sus miembros que debió tener lugar el 12 de junio y que incluía, además de a los dos propuestos por el Consejo, a los otros dos propuestos por el Gobierno.

La devolución al Consejo General del Poder Judicial de esa facultad, pero no de las demás de las que se vio privado en 2021 es incoherente con la razón que justificó dicha limitación y con la aducida para explicar esta devolución parcial. Si un Consejo en funciones no puede hacer nombramientos discrecionales por haber vencido su mandato, no se ve por qué razón esa regla debe tener la única excepción de la elección de los dos magistrados del Tribunal Constitucional. Y, si la excepción se justifica por la necesidad de renovar un tercio del Tribunal Constitucional, mucho más necesario es cubrir las vacantes en el Tribunal Supremo porque, mientras los magistrados del Tribunal Constitucional siguen ejerciendo su cometido más allá de los nueve años para los que son nombrados y no se ve afectada la actividad del órgano, las vacantes del Tribunal Supremo no se cubren por nadie con lo que el funcionamiento de sus Salas se resiente gravemente y los perjudicados son los ciudadanos cuyos pleitos no se resuelven o se resuelven mucho más tarde porque, al faltar cada vez más magistrados, la capacidad de resolución disminuye, aunque no lo haga en la misma medida por el esfuerzo que hacen los que permanecen en él.

La última modificación legislativa, la operada por la Ley Orgánica 8/2022, estableció que el Consejo General del Poder Judicial debía hacer su propuesta de magistrados del Tribunal Constitucional antes del 13 de septiembre de 2022. Es notorio que tampoco se cumplió este plazo pues hubo que esperar hasta el 27 de diciembre de ese año para que la hiciera finalmente.

---

<sup>17</sup> La Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, modificó los artículos 570 bis y 599 de la del Poder Judicial para que el Consejo en funciones pudiera hacer la designación de los dos magistrados del Tribunal Constitucional y fijó el plazo de tres meses a partir del día siguiente al del vencimiento del mandato anterior.

Ese postrer retraso se debió a la negativa de un grupo de vocales a proponer a los dos magistrados del Tribunal Constitucional ya que consideraban que se les debieron devolver todas las atribuciones de las que se les privó en 2021. Tal circunstancia y el mantenimiento del bloqueo a la elección del nuevo Consejo tuvieron como consecuencia la renuncia del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. Anunció su decisión el 9 de octubre de 2022 y su cese fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 12 siguiente. Ya había anticipado en el discurso pronunciado en el acto de apertura solemne del año judicial el 7 de septiembre de 2022 su intención de renunciar si en unas semanas las Cortes Generales no abordaban la renovación del Consejo. Comprobado un mes más tarde que nada había cambiado y añadida la incapacidad del que presidía para a su vez cumplir con su obligación de proponer a los magistrados del Tribunal Constitucional, resolvió abandonar el cargo. La renuncia de quien representa al Poder Judicial por el incumplimiento por las Cortes Generales de su obligación de renovar el Consejo General del Poder Judicial y por la negativa de parte de los vocales a cumplir con la suya es un hecho inédito, al igual que lo son las causas que la han motivado.

Esta circunstancia ha supuesto algo insólito: mientras el artículo 123.2 de la Constitución atribuye al Presidente del Tribunal Supremo la presidencia del Consejo General del Poder Judicial, este último ha decidido encomendársela al vocal de más edad. Mientras tanto, en el Tribunal Supremo, se ha aplicado el artículo 209 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y lo preside el presidente de Sala más antiguo. Se da, además, la circunstancia de que, no habiéndose elegido por el Consejo General del Poder Judicial vicepresidente del Tribunal Supremo al cesar por jubilación en octubre de 2019 el nombrado en 2013, ese cargo fue asumido entonces por el presidente de Sala más antiguo, el mismo que ejerce ahora las funciones de la presidencia. Y, puestos a señalar más anomalías, cabe decir que las presidencias de dos Salas: la Tercera y la Cuarta las están ejerciendo los magistrados más antiguos de una y otra al haber cesado sus titulares, respectivamente en enero de 2023 y octubre de 2022. Situaciones estas cuyo final no se puede ni siquiera vaticinar en el momento de escribir estas líneas.

## **6.2 La suspensión cautelar del procedimiento legislativo por el Tribunal Constitucional**

Aunque, como se ha dicho, el Consejo propuso finalmente el 27 de diciembre de 2022 los dos magistrados del Tribunal Constitucional que le correspondían y estos, junto a los dos propuestos por el Gobierno, fueron nom-

brados y tomaron posesión de sus cargos el 9 de enero de 2023, antes de esa fecha tuvo lugar otro episodio reseñable. En efecto, cuando no se sabía aún si el Consejo General del Poder Judicial haría o no esa propuesta, se introdujo en la proposición de Ley orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, en esos días en trámite, vía enmiendas<sup>18</sup> un cambio en las reglas a seguir por el pleno del Consejo General del Poder Judicial y por el Tribunal Constitucional.

En particular, las enmiendas se dirigían a modificar el artículo 599.1.1.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial para que, de no efectuar el Consejo la designación de los dos magistrados del Tribunal Constitucional en el plazo de tres meses por mayoría de tres quintos, se abriera un procedimiento en el que cada vocal podría proponer un candidato y el pleno elegiría a los dos más votados en el bien entendido de que cada vocal solamente podría votar a uno. Es decir, se prescindiría de la mayoría cualificada. Además, pretendían suprimir la facultad que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional atribuye a su pleno de verificar los nombramientos de sus miembros para comprobar que los nombrados efectivamente cumplen los requisitos constitucionales y legales.

Esta iniciativa desató una gran polémica. Se adujo en contra de ella la falta de relación de las enmiendas con el objeto de la proposición de Ley orgánica a la que se presentaron y su franca contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la necesidad de preservar la mayoría cualificada en la designación de magistrados constitucionales, la afectación de la independencia del Tribunal Constitucional y tratarse de una regulación de caso único. Asimismo, se le opuso que esa forma de legislar hurtaba a los diputados y senadores la posibilidad de debatir el contenido de las modificaciones. El debate llegó al Tribunal Constitucional, pues diputados del Grupo Popular presentaron un recurso de amparo contra el acuerdo del Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de 13 de diciembre de 2022 que admitió a trámite esas enmiendas y en él pidieron la suspensión cautelar *inaudita parte* de su tramitación.

El Congreso de los Diputados llegó a aprobar las enmiendas antes de que resolviera el Tribunal Constitucional pero su Pleno, que avocó a sí mismo el recurso de amparo, por auto 177/2022, de 19 de diciembre, suspendió cau-

---

<sup>18</sup> Cfr. las enmiendas n.º 61 y 62 presentadas por los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie B. n.º 295-4*, del 15 de diciembre de 2022, pp. 84 a 89.

telarmente la tramitación de los preceptos de la proposición de Ley orgánica que modificaban la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional conforme a las señaladas enmiendas. Y, por auto 178/2022, de 21 de diciembre, desestimó la solicitud de las Cortes Generales de alzar la suspensión.

El incidente cautelar se desarrolló en medio de un gran estruendo político y mediático, se personaron en él distintos grupos parlamentarios, además de las cámaras, hubo recusaciones, rechazadas por selectivas e infundadas, peticiones de planteamiento de cuestión prejudicial y votos particulares encendidos. Dentro y fuera del proceso constitucional se efectuaron múltiples apelaciones a la posición constitucional de las Cortes Generales y a su representatividad del pueblo español en quien reside la soberanía y, una vez conocido el auto 177/2022, declaraciones institucionales del Gobierno y de los presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado<sup>19</sup> que, si manifestaban acatamiento a la decisión del Tribunal Constitucional, contenían un duro reproche a la misma por impedir el desenvolvimiento del procedimiento legislativo.

El resultado de esta secuencia de acontecimientos no ha favorecido a nadie. Ni a las Cortes Generales, ni al Tribunal Constitucional, ni al Consejo General del Poder Judicial y tampoco al Gobierno que ha seguido con suma atención su desarrollo. No puede decirse, en consecuencia, que haya beneficiado a la Constitución.

### 6.3 El Consejo General del Poder Judicial en funciones

Hasta 2021 los Consejos cuyo mandato había expirado siguieron ejerciendo con normalidad la plenitud de sus atribuciones, ya fuera mayor o menor el retraso en la elección del que debía sustituirles, que en un caso fue casi de dos años<sup>20</sup>. No obstante, privar al Consejo que sobrepase los cinco años de mandato de sus facultades más importantes y, en especial, de la de efectuar los llamados nombramientos discrecionales, no es exigida por la Constitución. Más aún, esta novedad, además, de haberse demostrado inútil para promover la renovación del Consejo, convertirse en un obstáculo a la renovación del Tribunal Constitucional que ha debido remover, desdiciéndose, el legislador

---

<sup>19</sup> A los que sin embargo el artículo 568.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga a adoptar las medidas necesarias para que la renovación del Consejo General del Poder Judicial se produzca en plazo.

<sup>20</sup> El formado en octubre de 2001 pervivió hasta septiembre de 2008.



orgánico y estar deteriorando gravemente, sobre todo, al Tribunal Supremo, puede considerarse disconforme con el texto fundamental.

En efecto, la Constitución no habla de Consejo General del Poder Judicial en funciones.

No establece para él la regla que sí impone para el Gobierno en el artículo 101.2. Conviene reparar en que el gobierno del Poder Judicial del que habla el artículo 122.2 de la Constitución no se identifica con la actuación que contempla su artículo 97. Sin perjuicio de la dimensión política que es propia de todo órgano constitucional y que el Consejo General del Poder Judicial también posee, sucede que su labor tiene un carácter primordialmente técnico. Precisamente, por esa razón, el control que sobre ella se ha previsto es el de legalidad, que ejerce de forma efectiva la Sala Tercera del Tribunal Supremo. De ahí que no sea acertada la traslación a este ámbito de una regla que es propia del marco de las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales y que tiene sentido dentro de él, pues obedece al agotamiento del mandato electoral o a la pérdida de la confianza parlamentaria. En cambio, no hay una relación fiduciaria entre el Consejo General del Poder Judicial y las Cortes Generales.

Además, el examen de las funciones que el artículo 570 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial expresamente mantiene en el Consejo General del Poder Judicial que ha superado los cinco años de mandato pone de manifiesto que se le permite más que la mera administración o la atención de los asuntos de urgencia inaplazable. En particular, se le sigue debiendo oír en el nombramiento del Fiscal General del Estado porque lo exige el artículo 124 de la Constitución, buena muestra de que no está pensando en un Consejo menoscabado. También la Ley Orgánica 4/2021 le mantiene en plenitud la potestad disciplinaria en cuyo ejercicio puede multar, suspender, trasladar forzosamente o, incluso, separar de la Carrera Judicial a jueces y magistrados. Y le deja igualmente la potestad reglamentaria en diversos ámbitos relacionados con la organización y funcionamiento de los tribunales de justicia y la de informar anteproyectos de disposiciones generales. Es bastante más que la administración ordinaria y la resolución de las cuestiones urgentes propias del Gobierno en funciones<sup>21</sup>. Si a ello se une la devolución de la facultad de proponer dos magistrados del Tribunal Constitucional por la Ley Orgánica 8/2022, la figura del Consejo General del Poder Judicial en funciones se deshace por obra del mismo legislador que la ha creado. Por tanto, sin perjuicio de lo que diga el Tribunal Constitucional, ante el que está recurrida, creo, que debería derogarse

---

<sup>21</sup> Véase el artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

cuanto antes la limitación impuesta por la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por impropia aparte de inútil.

Podría sostenerse, desde luego, que no son precisas reglas específicas ni en un sentido ni en el otro porque contemplarían una situación que no debe darse: la de que no se renueve el Consejo General del Poder Judicial cuando dice la Constitución que se debe renovar. No obstante, sin llegar a episodios patológicos de la gravedad del que estamos padeciendo, es perfectamente posible que se produzcan desajustes temporales imprevistos –por ejemplo, los causados por la disolución anticipada de las Cortes Generales– que retrasen la elección parlamentaria de los vocales durante un tiempo significativo. Si cabe la posibilidad de que se abra un interregno de varios meses sin que se pueda renovar el Consejo General del Poder Judicial, conviene asegurar que durante él no vea disminuidas sus atribuciones dado que las razones que las justifican permanecen con toda su validez.

#### 6.4 Las consecuencias

Está claro que en el origen de todo este conjunto de sucesos se halla la negativa del Partido Popular a concluir el imprescindible acuerdo con el Partido Socialista Obrero Español, únicas fuerzas políticas representadas en las Cortes Generales que reúnen conjuntamente los tres quintos de los diputados y de los senadores imprescindibles para efectuar la propuesta de vocales. Argumentada a lo largo de los años con razones diferentes, la más reiterada, pero no única ni invocada en todas las ocasiones, es su desacuerdo con la regulación legal sobre la manera de designar a los doce vocales que han de ser escogidos entre jueces y magistrados en activo. La Constitución se remite en este punto a la Ley Orgánica del Poder Judicial y ésta desde 1985 confía al Congreso de los Diputados y al Senado esa elección por mayoría de tres quintos. La propia Constitución encomienda a las cámaras la elección de los otros ocho vocales entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional por esa misma mayoría. Tras las reformas de la Ley Orgánica de 2001 y de 2013 el Congreso de los Diputados y el Senado han de hacer su elección únicamente entre las candidaturas presentadas por los propios jueces y por las asociaciones judiciales.

Sea cual sea la posición defendida al respecto, carece de justificación negarse a cumplir la Ley Orgánica del Poder Judicial y la propia Constitución. No sólo se ha afirmado varias veces la constitucionalidad del régimen vigente para la formación del Consejo General del Poder Judicial, sino que, además, hasta

ahora se ha aplicado con normalidad, ya gobernara una u otra fuerza política. Hay que recordar, incluso, que la regulación actual, procede en buena medida del Pacto de Estado para la reforma de la Justicia suscrito en 2001 por el Partido Popular, entonces en el Gobierno con mayoría absoluta, y el Partido Socialista Obrero Español en la oposición en aquel momento. De ahí que no sea fácil entender la situación a la que se ha llegado. Esa misma dificultad de comprensión surge frente a las modificaciones legislativas dispuestas para forzar el levantamiento del bloqueo. Dejando aparte la última en intentarse mediante enmiendas, pues se califica a sí misma, las anteriores, en especial las que han dado carta de naturaleza al Consejo General del Poder Judicial en funciones, tal como se ha visto son en sí mismas incoherentes y carecen de justificación constitucional.

El incumplimiento de los plazos constitucionales y legales y la disputa y cambios legislativos consiguientes han facilitado la difusión de la idea de que los magistrados cesantes del Tribunal Constitucional –o parte de ellos– eran favorables a la anterior mayoría parlamentaria y los que se querían nombrar –o parte de ellos– lo son a la actual y, una vez efectuadas las designaciones e incorporados los nuevos, se ha insistido en esas adscripciones. Así se ha contribuido a deslegitimarlo, al igual que al Consejo General del Poder Judicial le deslegitima todo lo que le está sucediendo. Como efecto reflejo, el conjunto del Poder Judicial en su totalidad se ve perjudicado. De un lado, porque parece considerarse que los jueces y magistrados que administran justicia y, sobre todo, los que desempeñan las responsabilidades más altas en el ejercicio de la jurisdicción, se pliegan a las indicaciones o intereses de quienes se entiende que les habrían promovido a ellas. De otro, porque es inevitable la impresión de que el gobierno del Poder Judicial y la situación de los tribunales, en particular la del Tribunal Supremo, especialmente grave, no importan. O, al menos, no importan lo suficiente para poner remedio al grave deterioro cotidiano al que están sometidos como consecuencia de la situación creada.

Es más, se ha ofrecido la imagen de que es posible ignorar sin consecuencia alguna mandatos explícitos de la Constitución e intervenir legislativamente, mediante proposiciones de Ley no sometidas a filtro ni control alguno, en el régimen de órganos constitucionales de la máxima relevancia. Hay que pensar que lo han hecho posible las condiciones bajo las que se está desarrollando la actividad política. La incapacidad de entenderse con el principal adversario, no en aspectos particulares, sino en cuestiones tan importantes como lo son la formación del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, solamente se explica por el clima de contraposición que se ha creado entre los antagonistas políticos y su pugna por lograr la máxima influencia en los órganos constitucionales.

## 7. LOS NUEVOS PROBLEMAS

Los nuevos tiempos han traído también las grandes innovaciones en las comunicaciones y en el acceso a la información a las que me refería al principio. Han abierto, están abriendo, espacios antes desconocidos para las relaciones sociales y han adquirido una importancia determinante y beneficiosa en múltiples aspectos de las mismas. No obstante, las mejoras que aportan al desenvolvimiento de nuestra democracia representativa son limitadas y han de aplicarse con suma cautela porque, a la vez, entrañan serios riesgos de desnaturalizarla.

Hacen posible, desde luego establecer comunicación inmediata e interactiva entre innumerables personas en la que se ha llamado sociedad red<sup>22</sup>. Ahora bien, no permiten superar las dificultades que para el autogobierno existen fuera de las pequeñas unidades de convivencia<sup>23</sup>. En efecto, no cabe articular procedimientos de decisión política a partir de o mediante mecanismos digitales que comporten una solución referendaria. Se han arbitrado, ciertamente, cauces de esa naturaleza, pero no son idóneos para erigirse en alternativa supradadora de los procedimientos de la representación política mediante una suerte de democracia de la identidad.

Sin discutir, sino todo lo contrario, la utilidad de los instrumentos telemáticos y digitales en las actividades ordinarias públicas y privadas, hay ya suficientes indicios de las limitaciones que les aquejan y de los peligros que entraña su aplicación a los procesos de decisión democrática. De las primeras, se debe reiterar que la interacción que permiten y la rapidez que demandan implican la simplificación de las opciones y la pérdida o insuficiencia de las imprescindibles reflexión y deliberación sobre los problemas complejos propios de la convivencia antes de pasar a la fase de decisión. Los cauces digitales son útiles para que los llamados a resolver dispongan de la mayor información posible antes de hacerlo y para que, previamente, los interesados hayan podido hacer propuestas y conocer qué asuntos están planteados y las posibilidades que ofrecen a fin de, si lo desean, manifestar sus preferencias o sus preocupaciones y objeciones. También pueden servir los canales de comunicación digital interactivos para zanjar cuestiones singulares, de escasa entidad y limitado alcance. En cambio, remitir a ellos la resolución de problemas complejos o de proyección general es cuando menos arriesgado pues la carencia de reflexión y deliberación propician que se impongan los planteamientos populistas o extremos.

---

<sup>22</sup> CASTELLS (2006).

<sup>23</sup> Únicas para las que ROUSSEAU (1762), propugnó la democracia directa.

De estos peligros es buena muestra lo sucedido en recientes procesos electorales y referendarios en los que, pese a no haberse resuelto por procedimientos telemáticos, se han producido injerencias externas disfuncionales mediante medios digitales solamente conocidas con posterioridad. Me refiero a las elecciones presidenciales en Estados Unidos y al *Brexit*, ambos en 2016<sup>24</sup> y al fracaso del proyecto de Constitución de Chile en 2022.

En las elecciones presidenciales de 2016, la campaña del candidato vencedor se sirvió de datos personales obtenidos de *Facebook* de millones de electores sin su consentimiento para identificar su orientación política y así reforzar la predisposición de los que se consideraban favorables y desincentivar al tiempo a los inclinados a su contrincante.

En el *Brexit*, de un lado, se simplificaron en exceso las posiciones y, de otro, se buscó, en parte por agentes externos, pero sobre todo por los defensores del abandono por el Reino Unido de la Unión Europea, condicionar o alterar la opinión de los votantes con informaciones desviadas o falsas difundidas en gran medida a través de los medios digitales también adecuadas a la preferencia que se atribuía al elector para predisponerle en el sentido deseado. Se ha dicho que, de no haber sido por el impacto de la propaganda dirigida a los votantes por estos medios a partir de información obtenida de la manera indicada, no habría triunfado la opción que prosperó ya que la diferencia fue inferior a un 2%.

En el caso chileno, la apertura de los constituyentes a las más variadas posiciones expresadas desde las redes sociales y la insuficiente agregación y elaboración de los intereses a que respondían —es decir, la ausencia de las necesarias reflexión y deliberación en la Asamblea Constituyente— dieron lugar a un texto que provocó más repulsa que apoyo en el referéndum sobre su aprobación porque muchos electores vieron exceso y falta de equilibrio en muchas de sus cláusulas.

A lo dicho se pueden sumar, igualmente, la utilización sistemática de la desinformación y de la difusión de noticias falsas y las llamadas amenazas híbridas que planean sobre las consultas electorales y, en general, sobre las decisiones políticas y económicas de los Estados democráticos. La entidad del peligro que representan ha llevado a la Unión Europea a adoptar y a instar a los Estados miembros a que las adopten, prevenciones efectivas que lo conjuren<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> El conocido como escándalo de *Cambridge Analytica* se suscitó al revelarse posteriormente la utilización de los datos personales sin consentimiento de sus titulares y lleva el nombre de la empresa consultora británica que se hizo con ellos y los trató a fin de identificar sus preferencias políticas.

<sup>25</sup> Así, su *Plan de acción conjunto de 2018 contra la desinformación* y las actuaciones que se reflejan en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social*

Cabe pensar, por tanto, que, si en procedimientos convencionales se han dado tales incidencias, la probabilidad de que ocurran en los que se desarrollen únicamente de modo telemático es muy superior y no se conocen por ahora garantías eficaces para contrarrestar los efectos derivados de la manipulación de la opinión pública que pretenden y en buena medida consiguen. Es menester, pues, observar la máxima prudencia a la hora de trasladar aspectos del proceso de decisión propio de la democracia representativa al espacio digital.

Algo parecido ha de decirse respecto de las posibilidades de la inteligencia artificial<sup>26</sup>, por la que se ha desatado recientemente un gran entusiasmo. Son evidentes sus utilidades instrumentales, pero no puede sustituir a las personas a la hora de la adopción de decisiones que restrinjan derechos o resuelvan algún tipo de controversia o conflicto entre partes enfrentadas. Incluso en los aspectos meramente formales, debe ser objeto de supervisión directa el *modus operandi* de los sistemas que se sirvan de programas o aplicaciones o algoritmos en los que entre en juego alguna forma de decisión automatizada o artificial, así como los resultados obtenidos gracias a ellos desde el momento en que incidan en la posición jurídica de cualquier sujeto de derechos. Si las posibilidades de desviación o error se dan en la mera comprobación de datos susceptibles de objetivarse, cuando se trata de apreciar circunstancias o conductas y de hacer valoraciones, la virtualidad de las modalidades de inteligencia artificial, si no desaparece, sí se reduce a su mínima expresión, precisamente por las operaciones intelectuales que exige la apreciación del conjunto y la ponderación de las posiciones e intereses enfrentados.

El grado incipiente de desarrollo en que se hallan tanto las posibilidades de profundizar en la vida democrática gracias a las vías de información y participación digital, cuanto las de mejorar la administración mediante inteligencia artificial, aconsejan la mayor cautela en la utilización de unas y otra<sup>27</sup>. Por

---

*Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea* de 3 de diciembre de 2020. En este documento se hace referencia a injerencias rusas en las elecciones al Parlamento Europeo de 2019. El *Código reforzado de buenas prácticas en materia de desinformación* de 16 de junio de 2022 se inscribe en esta orientación.

<sup>26</sup> Es bien significativa la iniciativa «Pause Giant AI Experiments: An Open Letter» que propone una moratoria en el desarrollo de la inteligencia artificial. Al respecto, véase MARTÍNEZ (2023).

<sup>27</sup> Al tiempo que apunta las posibilidades de la inteligencia artificial en ámbitos específicos, alerta sobre sus riesgos la *resolución del Parlamento Europeo de 3 de mayo de 2022 sobre la inteligencia artificial en la era digital* [2020/2266 (IND)]. Por lo demás, la *propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión* (2021/0106(COD)) aplica pautas semejantes a las que sigue el Reglamento (UE) 2016/679, de Protección de Datos, es decir opta por la prevención, la transparencia, el fomento de buenas prácticas, la imposición de prohibiciones y deberes a quienes la manejan, además de crear una red de autoridades específicamente encargadas de la vigilancia y del cumplimiento de las reglas.

tanto, no se pueden preconizar ni esperar cambios sustanciales en los tiempos inmediatos gracias a ellas, pero sí será preciso seguir atentamente las nuevas opciones que la tecnología va ofreciendo en períodos cada vez más cortos. Todo esto significa que las ventajas y beneficios que aportan carecen por ahora de relevancia para remediar o corregir las disfunciones que en la aplicación del ordenamiento constitucional se han descrito. En cambio, abren un nuevo frente de problemas constitucionales que es preciso resolver.

## 8. SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO DEL SIGLO XXI

La necesidad a la que responde el constitucionalismo tal como lo venimos entendiendo pervive en nuestros días: consiste en limitar el poder para preservar los derechos fundamentales. Por eso, se ha dicho que es la técnica jurídica de la libertad. La idea de separar y limitar el poder político a fin de que quede asegurado el respeto a esos derechos es consustancial a una sociedad democrática avanzada como la que auspicia la Constitución desde su preámbulo. Las transformaciones económicas y sociales sobrevenidas en los últimos años no hacen que desaparezca tal demanda. La garantía de la libertad exige también hoy la limitación del poder, ahora no sólo el del Estado, y la manera de hacerla efectiva sigue siendo establecerla mediante el Derecho y, en particular, con la Constitución. No en vano es la que define el espacio de autodeterminación de las personas y fija el marco de la intervención de los poderes públicos, así como las restricciones que pueden imponerles para preservar la convivencia.

No creo que haya ni que deba haber cambios en este punto de partida esencial pues afecta a los fundamentos de la propia vida civil.

Sentada esta premisa elemental, a la hora de responder a la pregunta por el sentido actual del constitucionalismo, es decir, en el momento de identificar los problemas a los que se ha de enfrentar, es menester distinguir entre los creados por los actores políticos y los que resulten de la regulación constitucional. Es importante diferenciarlos porque no es infrecuente que las dificultades surgidas en el curso de la vida política en el seno de los órganos e instituciones lleven a imputar su causa, no a la concreta actuación de quienes se ven inmersos en ellas, sino al diseño de esos órganos e instituciones o a las reglas por las que deben regirse ellos mismos o sus relaciones respectivas. La fragmentación de la representación y la polarización recordadas, en la medida en que complican la consecución de acuerdos, facilitan la tendencia a desplazar a los órganos e instituciones y a su ordenación la causa de los problemas.

Así, el carácter coyuntural de las mayorías, las desavenencias en las coaliciones u otros fenómenos semejantes generadores de la consiguiente inestabilidad política pueden terminar achacándose a la regulación constitucional de órganos y procedimientos con lo que se contribuye a erosionarlos y a la misma Constitución. Evidentemente, la solución debe situarse en el mismo plano en el que surge el problema, o sea, en el político, de manera que la moderación de las actitudes y la valoración y reafirmación de las coincidencias deberían ser suficientes. De lo contrario, será difícil evitar el daño consiguiente a las instituciones. Así, pues, un primer reto del constitucionalismo de estos días es el de distinguir la raíz de los problemas e identificar dónde reside su remedio.

Si, a continuación, pasamos al campo de la ordenación hay que decir, ante todo, que la de los órganos constitucionales y de los procedimientos a través de los que actúan, sin duda, está, debe estar, permanentemente abierta a las mejoras. Otro tanto sucede con los mecanismos de protección de los derechos fundamentales: siempre cabrá perfeccionarlos para asegurar más intensamente su efectividad. A tales fines no hay ni debe haber impedimentos y se han avanzado ya numerosas propuestas técnicas bien argumentadas de diversas reformas que podrían contribuir a poner al día nuestra Constitución<sup>28</sup> adaptándola mejor a los cambios que se han producido a lo largo de los años transcurridos desde que entró en vigor.

Una de las razones por las que, salvo en 1992 y en 2011, en ambas ocasiones por exigencias –de distinta naturaleza– de la Unión Europea<sup>29</sup>, no se ha modificado es porque, en general, se ha venido aplicando con normalidad y cuenta con principios y cláusulas generales y remisiones que han hecho posibles interpretaciones y desarrollos ajustados a las nuevas circunstancias. Pues bien, entre los retos pendientes de nuestro constitucionalismo están los de encontrar el modo de sanar los efectos del *procés* en el sentido antes indicado y hallar la manera de prevenir eficazmente situaciones como la creada en torno al Consejo General del Poder Judicial en todo lo que no sea atribuible a las actitudes meramente políticas.

---

<sup>28</sup> Además de las avanzadas por el Consejo de Estado en su «Informe sobre modificaciones de la Constitución Española», de 16 de febrero de 2006, pueden destacarse GARCÍA ROCA (2014); y el documento *Ideas para una reforma de la Constitución*, presentado en noviembre de 2017 por los catedráticos Santiago Muñoz Machado, Eliseo Aja Fernández, Ana Carmona Contreras, Francesc de Carreras Serra, Enric Fossas Espadaler, Víctor Ferreres Comella, Javier García Roca, Alberto López Basaguren, José Antonio Montilla Martos y Joaquín Tornos Mas, en diversas sedes, entre ellas la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

<sup>29</sup> En la primera ocasión para reconocer a los extranjeros el derecho de sufragio pasivo en el artículo 13.2, requisito para ratificar el Tratado de Maastricht. En la segunda, la modificación del artículo 135 fue una de las condiciones a las que se sujetó la ayuda europea para afrontar los efectos en España de la crisis económica.



Ahora bien, conviene no ignorar que la técnica jurídica más perfecta es insuficiente si falta el presupuesto sobre el que descansan las Constituciones: la voluntad de observarlas y aplicarlas. La que Konrad Hesse, siguiendo al comentarista de la Constitución suiza Walter Burkhardt<sup>30</sup>, llamó voluntad de Constitución. Si no existe ese compromiso, si decae el propósito de regirse por ella, de poco servirán los mejores textos normativos.

Recordemos lo que dice Hesse:

«Cualesquiera objetivos coyunturales, incluso en el supuesto de que sean conseguidos, son incapaces de compensar la inmensa ganancia que conlleva el respeto a la Constitución incluso cuando ello resulta incómodo. Lo que se reconoce como voluntad suya debe ser, en frase de Walter Burkhardt "respetado incluso en el caso de que deban ser sacrificadas algunas ventajas, ventajas lícitas. Quien conscientemente sacrifique algún interés a un mandato constitucional refuerza el respeto a la Constitución, cuidando así de un bien imprescindible para todo Estado y en particular para el democrático". Quien rehúye este sacrificio "dilapida en calderilla un capital que supera todas las ventajas alcanzables y que, una vez dilapidado, resulta irrecuperable"».

Estas consideraciones se nos pueden aplicar. La idea de que la Constitución no obliga, latente en las actitudes que se apartan en mayor o menor medida de algunas de sus prescripciones, es demoledora. Ignorar o mediatizar su fuerza vinculante desarma frente a las amenazas a que se tiene que enfrentar porque difícilmente se puede apelar a los preceptos constitucionales en unos casos cuando no se aplican en otros. Tales comportamientos, cuando afectan a órganos constitucionales, que ocupan una posición central en la arquitectura del Estado de Derecho son una patología sumamente grave que puede acabar extendiéndose a todo el edificio. Y otro tanto puede decirse de aquellas actuaciones que llevan al límite los preceptos constitucionales al anteponer las formas al fondo o prescindir del equilibrio que ha de mantenerse entre los principios que informan a las instituciones.

En España pudimos ver cómo una Constitución abierta a las nuevas tendencias del Derecho Constitucional<sup>31</sup>, innovadora en muchos aspectos por los que influyó en las experiencias constitucionales de otros países, no fue capaz de encauzar la vida política de la II República. Más que a los defectos que se le achacaron<sup>32</sup> se debió a que no existió un verdadero consenso sobre el régimen político que expresaba ni, mucho menos, una voluntad de Constitución

---

<sup>30</sup> HESSE (1983, 71 ss.) y posterior edición ampliada del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

<sup>31</sup> Las que presentó en su día con esta denominación MIRKINE-GUETZEVICH (1934).

<sup>32</sup> Por ejemplo, por ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES (1981).

compartida. Carencias obviamente debidas a las condiciones económicas, sociales y políticas de entonces.

Está claro que no es comparable aquella situación con la actual desde ningún punto de vista. La fragmentación y la polarización políticas a las que me referido no han dado lugar a un enfrentamiento de carácter existencial como el que hubo entonces. La sociedad de hoy en día no está aquejada de la desigualdad extrema que existía hace cien años y sus conflictos no son de la naturaleza de los que atravesaban España y Europa en aquel tiempo. No obstante, salvadas las distancias y, situados en sus justos términos la contraposición política y el debate ideológico actuales, no muy diferentes de los que se dan en otros países europeos, me parece que sí se puede apreciar, no sólo falta de voluntad de Constitución en aspectos determinados pero muy importantes, sino, además, una tendencia a relativizar el carácter prescriptivo, vinculante, de muchas normas jurídicas.

Ambos fenómenos expresan la instalación en la sociedad española de lo que podríamos llamar un cierto déficit de normatividad que se traduce en la inaplicación de determinaciones legales expresas cuando no en su pérdida de efectividad. Seguramente, la prolongada etapa democrática transcurrida desde 1977 y la desaparición de los fenómenos terroristas internos y de las amenazas golpistas, ha propiciado cierta relajación en la observancia de reglas formales y matizado mucho la respuesta a sus incumplimientos, siempre a partir de la idea de que esas actitudes no tienen consecuencias negativas de relieve y, por tanto, no afectan a los fundamentos del ordenamiento constitucional que no estaría amenazado por ningún peligro.

Sin discutir que el mejor cumplimiento de las leyes exige a menudo la flexibilidad suficiente para evitar los efectos desproporcionados y contraproducentes que podrían seguirse de su aplicación estricta, rigurosa, ajena a las circunstancias realmente concurrentes, me parece que, cuando de la Constitución se trata, ha de evitarse toda separación de sus mandatos, incluso de los meramente formales. Su observancia en todo momento redundaría en su preservación y en el fortalecimiento de su imprescindible supremacía y evita que, so pretexto de la aceptación de desviaciones respecto de sus determinaciones en lo accidental, se pretenda alterar, cuestionar o ignorar las de carácter sustancial. Y, si siempre es importante preservar su posición, mucho más lo es cuando existen fuerzas políticas y movimientos que, aún minoritarios, la discuten o rechazan.

Por otra parte, vistas las diferencias que han aflorado en los últimos tiempos entre los partidos políticos que se identifican con la Constitución y la manera estruendosa en que se manifiestan, sería bueno que intentaran reconstruir sus relaciones a partir de acuerdos sociales, económicos y políticos básicos.

Sobre ellos, restablecida una comunicación fluida y permanente desde las respectivas diferencias, no sería difícil sino todo lo contrario poner al día en lo que resulte imprescindible la Constitución o sus desarrollos, ya sea en los aspectos orgánicos y funcionales ya sea en los de tipo material. Y, en especial, permitiría afrontar con seriedad los problemas derivados de la expansión exponencial de la tecnología digital, entre ellos el control de las grandes corporaciones tecnológicas<sup>33</sup> y el establecimiento de garantías efectivas en la utilización de inteligencia artificial en los procedimientos políticos y administrativos. Asimismo, la normalización, junto a los efectos estabilizadores de la vida política que le resulta inherente, seguramente brindaría la posibilidad de atraer a sectores sociales hoy fuera del consenso constitucional y así ampliarlo de nuevo. Objetivos unos y otro del constitucionalismo actual.

Servirá recordar que en 1977, antes de que hubiera ni siquiera un anteproyecto de Constitución, se alcanzaron los llamados Pactos de La Moncloa: fueron amplios acuerdos políticos, económicos y sociales en los que se comprometieron los partidos representados en las primeras Cortes Generales democráticas y las principales organizaciones empresariales y sindicales<sup>34</sup>. Esos pactos se lograron en un contexto económico muy adverso, mucho más que el actual, en un país más pobre, con altas tasas de inflación y de desempleo, y bajo la amenaza del terrorismo de varios signos y de la involución. A pesar de las dificultades, fue posible identificar entonces los puntos de acuerdo, levantar sobre ellos el Estado social y democrático de Derecho y descentralizar intensamente el poder político.

Hoy no tendría que ser más arduo porque el punto de partida es mucho más amplio y sólido, aunque es verdad que no contamos en la actualidad con lo que sí sabían por propia experiencia los protagonistas de entonces: qué es lo que supone carecer de democracia y de Estado de Derecho, inseparables tal como nos lo dice el artículo 1.1 de la Constitución<sup>35</sup>.

Aquí está el reto principal: explicar la diferencia. Ejemplos no faltan en el panorama internacional próximo para mostrarla.

---

<sup>33</sup> BALAGUER CALLEJÓN (2023), propugna la constitucionalización del algoritmo y la digitalización de la Constitución para hacer frente a los problemas derivados del control por unas pocas empresas tecnológicas situadas fuera de la Unión Europea de las redes a través de las cuales discurre cada vez más la vida social, económica y política.

<sup>34</sup> *Los Pactos de La Moncloa. Texto completo del acuerdo económico y del acuerdo político. Madrid, 8-27 de octubre de 1977.* Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977. Sobre ellos, véase CABRERA (2011, 81 ss.)

<sup>35</sup> MILLER (2023, 64 ss.) concluye que la polarización existente en la actualidad, cuyas causas profundas sitúa en la desigualdad económica y en la precariedad laboral, no hace imposible el entendimiento entre las fuerzas políticas, siempre que no pretendan partir de imposiciones disfrazadas de consenso. Deben reconocer las diferencias que les separan y negocien con disposición a hacer renuncias.

## POST SCRIPTUM

Estas páginas se entregaron en mayo de 2023. Desde entonces han sucedido acontecimientos muy importantes que, me parece, agravan el panorama descrito en las páginas anteriores. La XV Legislatura a la que condujeron las elecciones del 23 de julio de ese año arrancó su andadura sobre los pactos de investidura del PSOE con ERC; Junts, Sumar, PNV, Bildu y Coalición Canaria. Su cumplimiento, en un clima de contraposición agudizada, está poniendo a prueba casi a diario las costuras de la Constitución y la estabilidad del Gobierno, ya sea por desacuerdos internos o externos, se ve permanentemente comprometida y ha impedido que se aprueben los Presupuestos Generales del Estado de los últimos dos años. De otra parte, la amnistía, cuya constitucionalidad niegan la mayoría de los juristas no comprometidos que se han manifestado sobre ella, al igual que la negaban firmemente en vísperas de las últimas elecciones generales quienes la han concedido después, ha causado un profundo impacto negativo en la sociedad española sin que se perciban efectos pacificadores en sus beneficiados. De la mano de esos pactos han entrado en escena el lawfare como pretensión de someter a juicio político a jueces que han tenido que juzgar a los gobernantes y demandas de difícil encaje como las relativas a la financiación y a los tributos en Cataluña y a la Seguridad Social en el País Vasco, entre otras.

No todo ha sido negativo, sin embargo. La Unión Europea se ha dotado de mejores instrumentos para intervenir en los mercados y en los servicios digitales y ha dispuesto de medios para limitar los riesgos de la Inteligencia Artificial. En nuestro país, ha habido acuerdo para reformar de manera casi unánime el artículo 49 de la Constitución y para aprobar la Ley Orgánica del derecho de defensa o la que protege a los enfermos de ELA. Asimismo, se ha renovado el Consejo General del Poder Judicial y se han cubierto las vacantes del Tribunal Supremo y de otros órganos judiciales. Cabe la duda de si estas novedades son la muestra de que cabe recomponer relaciones y abrir espacios de cooperación o, simplemente, excepciones puntuales a la incapacidad de entenderse.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, N. (1981). *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*. Civitas. Madrid.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2023). *La Constitución del algoritmo*. Fundación Manuel Giménez Abad. Madrid.

- CABRERA, M. (2011). «Los Pactos de La Moncloa: acuerdos políticos frente a la crisis». *Historia y Política*, 26, pp. 81 ss.
- CASTELLS, M. (coord.) (2006). *La sociedad red: una visión global*. Alianza. Madrid.
- de Vergottini, G. (1998). *Le transizioni costituzionali*. Il Mulino. Bologna, pp. 210 ss.
- de Vergottini, G. (2019). *Diritto costituzionale comparato*. Cedam. Padua, pp. 345 ss.
- GARCÍA ROCA, J. (editor) (2014). *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2023). «No es violación: ¿Es abuso!». *ABC*.
- HESSE, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*. Introducción y traducción de P. Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, pp. 71 ss.
- LOEWENSTEIN, K. (1965). *Teoría de la Constitución (traducción y estudio preliminar de Alfredo Gallego Anabitarte)*. Ariel. Barcelona, pp. 205 ss.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E. (2023). *Aspectos constitucionales de la vacunación a la luz de la pandemia de Covid-19*. Iustel. Madrid, 2023.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2021). «La pandemia, el estado de alarma y los jueces». *Revista Vasca de Administración Pública*, 121, pp. 61 ss.
- MARTÍNEZ, R. (2023), «¿Y si paramos de romper cosas con la IA?». *Agenda Pública. El País*.
- MILLER, L. (2023). *Polarizados. La política que nos divide*. Ediciones Deusto. Barcelona, pp. 64 ss.
- MIRKINE-GUETZEVICH, B. (1934). *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*. Traducción de Sabino Álvarez Gendín. Editorial Reus. Madrid.
- ROUSSEAU, J. J. (1762). *El contrato social*. Libro III, Capítulo IV.

# **EL FUTURO DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL MUNDO REGLOBALIZADO: MEDIACIONES NEGATIVAS EN LA GLOBALIZACIÓN FRAGMENTADA**

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN  
*Universidad de Granada*

SUMARIO: 1. *El futuro de la globalización.*–2. *La ruptura de la unidad de poder del Estado en la globalización.*–3. *La transformación de los paradigmas del constitucionalismo.*–4. *Conclusiones.*

## **1. EL FUTURO DE LA GLOBALIZACIÓN**

La reflexión sobre el futuro del constitucionalismo frente a la globalización ha sido constante y se ha intensificado con la tercera globalización y con los desafíos que plantea al Estado, en cuanto el Estado nacional ha sido el entorno natural de desarrollo del constitucionalismo moderno<sup>1</sup>. Sin embargo, en esta ocasión, atendiendo a la temática de la «reglobalización», resulta necesario referirse no solo al futuro del constitucionalismo sino también al futuro de la globalización ya que debemos partir de la constatación de que el proceso de globalización está experimentando una evolución incierta cuyo resultado no podemos prever. Dedicaremos, por tanto, este primer apartado del texto a analizar la dimensión de esta evolución y su incidencia posible sobre la globalización que hemos conocido hasta ahora y, por tanto, sobre el futuro del constitucionalismo.

---

<sup>1</sup> Me permito remitirme a algunos de mis trabajos recientes: BALAGUER CALLEJÓN (2019a) y (2023b).

Mantengo una posición escéptica sobre las posibilidades de involución de la globalización sea en el sentido de un proceso de «desglobalización» sea en el sentido de una «fragmentación» y regionalización del proceso. Tampoco creo que debamos definir a la alternativa a esa modulación «fragmentada» de la globalización como una «reglobalización»<sup>2</sup>. Desde mi punto de vista, la globalización terminará imponiéndose en el futuro, como habría sido su tendencia natural, por más que la historia la someta a fuertes pruebas tales como las crisis pandémicas o las guerras. No hay ninguna «reglobalización», hay simplemente globalización que puede estar siendo modulada en sentido fragmentario en este período de crisis, pero que mantiene su fuerza y su capacidad de imponerse en el futuro. Estamos todavía en la fase de la tercera globalización, que se define sobre todo por las grandes transformaciones tecnológicas que están configurando la sociedad digital.

Las modulaciones que se están produciendo en los últimos años no tienen su origen en la pandemia o en la guerra de Ucrania, por más que estas desdichadas circunstancias puedan influir coyunturalmente en el desarrollo de la globalización o servir de excusa para que las tendencias previas se puedan intensificar. Las tensiones entre Estados Unidos y Rusia eran previas a la crisis sanitaria y tienen que ver con la rivalidad por la hegemonía global. La posición de China como primera potencia económica, si medimos el PIB en términos de paridad de poder adquisitivo, se produjo ya en 2014<sup>3</sup> y marcaría una evolución negativa en sus relaciones con Estados Unidos que alcanzaría un nuevo hito con el desarrollo tecnológico de China y la incidencia que podrían tener sus compañías en el ámbito de la seguridad nacional estadounidense, lo que dio lugar al veto a la compañía Huawei, especialmente por lo que se refiere a la tecnología 5G<sup>4</sup>, así como a la red social TikTok, de la empresa china ByteDance<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Como hace la WTO en su informe «Re-globalization for a secure, inclusive and sustainable future. World Trade Report 2023»: [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/wtr23\\_e/wtr23\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/wtr23_e/wtr23_e.pdf)

<sup>3</sup> Cfr. FRAY (2014).

<sup>4</sup> Las tensiones comenzaron en el año 2018 nada menos que con la detención en Canadá de la directora financiera de la compañía e hija del fundador de Huawei a instancias de EE. UU., que la acusaba de «fraude bancario». A esta detención siguieron una serie de restricciones a los productos de la compañía, así como la presión de otros países para que no instalarán el 5G de Huawei. La directora financiera fue liberada en septiembre de 2021, pero las restricciones se mantienen, aunque su eficacia es discutible. Cfr. información sintetizada de este proceso en *BBCnews* de 13 de abril de 2023: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65245352>. Sobre la evolución económica de la compañía en 2023, cfr. ТОН (2023).

<sup>5</sup> La larga historia de prohibiciones en relación con Tik Tok comenzó ya con la Administración Trump. Cfr. «Un juez impide al Gobierno de Trump vetar a TikTok en Estados Unidos», *El País*, 28 de septiembre de 2020. Por su parte, la Administración Biden levantó la prohibición, aunque la tensión ha continuado después, como evidenció la petición de la FCC a Apple y a Google para que retiren la aplicación de TikTok. Cfr. BRACERO (2022). En diciembre de 2022 Estados Unidos prohibió el uso de TikTok en dispositivos gubernamentales, en febrero de 2023 la Unión Europea aplicó la misma medida para sus funcionarios y otros países han adoptado medidas similares ante la preocupación de que el uso de Tik Tok por parte de sus funcionarios pueda afectar a su seguridad. Cfr. MAHESHWARI, HOLPUCH (2023).

La guerra de Ucrania ha provocado, entre otras muchas desgracias, una reorientación por bloques geopolíticos liderada por Estados Unidos que ha potenciado su rivalidad con China, en la medida en que China no ha asumido las posiciones norteamericanas respecto del invasor ruso. Tampoco las ha asumido la India, por ejemplo, pero Estados Unidos no mantiene una rivalidad geoestratégica con ese país. Este tipo de incoherencias se han visto incrementadas con el conflicto en Oriente Medio, que ha debilitado mucho la posición de Estados Unidos en cuanto defensor de valores que no se ven representados en la actividad bélica de Israel. Todas estas tensiones están incidiendo fuertemente sobre la globalización<sup>6</sup>. La desconfianza se ha instalado en las relaciones internacionales y con ella la preocupación por las cadenas de suministro y por la interdependencia actual a nivel global.

Sobre lo que signifique «reglobalización» no parece haber consenso. Se utiliza tanto para hacer referencia a la modulación «fragmentada» de la globalización cuanto para hacer referencia a lo contrario: a una propuesta de dar nuevo impulso a la globalización evitando la fragmentación y la regionalización que se están produciendo actualmente. La WTO afirma que es un término acuñado por ella con este último significado<sup>7</sup>. Pero también es habitual encontrar la apelación a este término para hacer referencia a lo que la WTO denomina «fragmentación»<sup>8</sup> y que refleja la tendencia a modular la globalización mediante el recurso a cadenas de suministro más cercanas, sea desde el punto de vista geográfico sea desde el punto de vista geoestratégico, que no se caracteriza siempre como «desglobalización» sino también como «reglobalización»<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Prefigurando su reconsideración, como indica F. Lanchester, al límite del conflicto general debido al retorno a la contraposición entre «nosotros» y ellos». Cfr. LANCHESTER (2023).

<sup>7</sup> «Globalization needs to evolve in response to new challenges, and it needs to be accompanied by appropriate domestic policies. Technological developments provide new opportunities to expand trade to more economies, people and sectors – helping to contribute solutions to global environmental, social and security concerns. To reap these benefits, international cooperation needs to be strengthened – on trade and a wide range of other issues. The WTO has coined the term «re-globalization» in this regard, with a re-invigorated and reformed WTO playing a central role in this effort», *Re-globalization for a secure, inclusive and sustainable future. World Trade Report 2023*», cit., p. 110.

<sup>8</sup> En particular, se afirma por la WTO: «there are the first signs of trade reorientation along geopolitical lines, indicating a shift towards friend-shoring. Empirical analysis shows that since the onset of the war in Ukraine, international trade has become more sensitive to geopolitical distance», *World Trade Report 2023*, cit., p. 32. Sin embargo, «fragmentation would hurt security and stability. It would come at a substantial cost, particularly for poorer countries, including more inequality and poverty. And it would make it harder, if not impossible, to cooperate on other global issues, such as climate change, and to secure the necessary technology diffusion to achieve sustainability goals», *ibidem*, pp. 110-111.

<sup>9</sup> «‘Reglobalization’ – rather than deglobalization – best describes the current and likely future pattern of economic integration and fracturing across different economies and sectors. Globalization is far from finished, but will increasingly emphasize greater regional links and the formation of economic blocs for sensitive and strategically important sectors», SCHNEIDER-PETSINGER (2023).



Desde mi punto de vista, sea en el sentido de globalización fragmentada, sea en el sentido de un nuevo impulso a la globalización –que, en realidad es sencillamente «globalización»– la llamada «reglobalización» no define las transformaciones más importantes de nuestra época, que tienen que ver con el desarrollo tecnológico y la implantación de la sociedad digital <sup>10</sup>. Este desarrollo se ha visto impulsado por la globalización y no parece que se vaya a ver frenado por la globalización fragmentada. Los grandes agentes globales en este terreno seguirán siendo en los próximos años Estados Unidos y China. Los intentos de limitar los avances por parte de Estados Unidos con las sanciones a China o a sus empresas no parece que vayan a tener mucho éxito <sup>11</sup>. Sin embargo, esto no impide que podamos analizar, como haremos seguidamente, la incidencia que la evolución de la globalización y su actual orientación geopolítica pueden tener en el futuro del constitucionalismo.

## 2. LA RUPTURA DE LA UNIDAD DE PODER DEL ESTADO EN LA GLOBALIZACIÓN

Si los problemas actuales se superaran y se siguiera desarrollando la globalización, se mantendría una tendencia que, en realidad, tiene su origen en el mundo moderno e iba unida al nacimiento del constitucionalismo. Frente al mundo estamental, que entorpecía las relaciones económicas dentro del Estado, el constitucionalismo moderno creará los instrumentos políticos y jurídicos que hicieron posible la liberación de las trabas al capital y al trabajo, los dos grandes factores de producción del capitalismo. Lo que entonces se transformó en el interior del Estado después lo haría a nivel mundial como consecuencia del desarrollo de la globalización. Pero mientras el constitucionalismo estatal contribuyó decisivamente a las revoluciones que dieron lugar al mundo moderno, la globalización no tiene esa vinculación con el constitucionalismo. No es un mundo sin ley, pero las leyes que lo rigen ahora son leyes económicas, que tienen como finalidad el beneficio. La palabra clave aquí no es «constitución» sino «mercado». La implantación de la globalización no ha ido acompañada de una narrativa constitucional.

Aunque las revoluciones burguesas, si bien en clave eurocéntrica, partían de un concepto universal de razón y de un sujeto universal –el ciudadano–, se articularon en clave nacional. La unidad de poder del Estado fue un elemento

<sup>10</sup> Sobre las cuales me permito remitirme de nuevo BALAGUER CALLEJÓN (2022) y (2023b).

<sup>11</sup> El último ejemplo lo hemos tenido precisamente con Huawei. Cfr. MURRAY (2023).

esencial en la construcción del nuevo mundo y para remover los obstáculos que procedían del mundo estamental, los privilegios, las costumbres y los particularismos, sustituyéndolos en el nombre de la ley, expresión de la soberanía nacional y concebida como unidad de poder frente a la fragmentación del mundo estamental. El sistema de interdependencias mutuas que se desarrolla con la globalización, especialmente con la tercera globalización, hace imposible esa unidad de poder. Ningún Estado tiene ya el poder necesario para controlar la globalización. Otra cosa es que tenga el poder para destruirla, pero posiblemente esa destrucción conllevaría también la de la propia humanidad porque solo es pensable en un contexto de guerra nuclear.

La ruptura de la unidad del poder estatal tiene vertientes negativas y positivas. Entre estas últimas está la dificultad que supone para las derivas totalitarias de los Estados democráticos, justamente por la propia debilidad del Estado frente a la globalización<sup>12</sup>. El contraste entre los Estados miembros de la Unión Europea y las «potencias» europeas de hace cien años es evidente<sup>13</sup>. También es importante resaltar cómo el factor de la interdependencia dificulta los conflictos<sup>14</sup>. Las guerras no son buenas para el comercio y para el desarrollo económico. Los recientes conflictos de Ucrania y Oriente Medio lo atestiguan. Desde el punto de vista humanitario son un retroceso terrible en el progreso civilizatorio y están causando un sufrimiento inmenso. Desde el punto de vista económico están generando dificultades en muchos países y están incentivando una modulación fragmentada de la globalización que puede terminar por generar conflictos globales cuyo alcance sería imprevisible.

La modulación de la globalización que se está produciendo actualmente puede ser analizada también desde una perspectiva constitucional y en relación con la posición del Estado nacional. La reordenación del comercio en grandes bloques más o menos afines no significa una recuperación de la unidad de poder del Estado nacional. Al contrario, la debilidad de los Estados se potencia y su dependencia de los líderes regionales también. No hay más que pensar en la dependencia actual de Rusia respecto de China y la de la Unión Europea respecto de Estados Unidos para darse cuenta de que ni siquiera las estructuras supranacionales pueden actuar con autonomía en un marco global fragmenta-

<sup>12</sup> Cfr. BALAGUER CALLEJÓN (2020b).

<sup>13</sup> Cfr. BALAGUER CALLEJÓN (2020c). También lo es la propia posición de Europa. Como dice Fulco Lanchester, «Oggi ci ritroviamo in un tornante che assomiglia (come ho già messo in evidenza) per certi aspetti a quello degli anni Venti, ma nell'ambito di uno *spazio geopolitico* dove l'Europa risulta *oramai periferica*», LANCHESTER (2023).

<sup>14</sup> «Intricately formed supply chains bind economies together in complex ways, maximizing the gains from trade but also the costs of severing trade relationships» World Trade Report 2023», cit., p. 11.

do. Existía más autonomía con la globalización pese a la pérdida generalizada de poder del Estado nacional.

El espejismo de la recuperación del poder estatal y de la desglobalización ya lo vivimos cuando comenzó la pandemia y el Estado tuvo que intervenir haciendo uso de sus facultades excepcionales para proteger la vida y la salud de las personas. Ya en ese momento era previsible que la crisis sanitaria no iba a reforzar al Estado sino a los grandes agentes globales<sup>15</sup>. La perspectiva equivocada procedía del fracaso inicial de las instancias internacionales y supranacionales en el control de la pandemia, olvidando que en el contexto de la globalización los Estados no compite con las instancias internacionales y supranacionales (que están configuradas a la medida de sus intereses) sino con los grandes agentes globales. El Estado fue el último recurso precisamente porque era la única institución capaz de ejercitar poder directamente sobre la población, pero la crisis evidenció la incapacidad del Estado para afrontar problemas globales<sup>16</sup>.

El Estado convive ahora con grandes agentes globales cuyo valor bursátil supera el PIB de países como Italia o Brasil<sup>17</sup>. Compañías que por sí solas superan el valor bursátil del conjunto de las compañías de la Bolsa de Londres, París o Frankfurt<sup>18</sup>. Estas compañías se han desarrollado gracias a la globalización y difícilmente van a tener un entorno más favorable si se consolida la orientación fragmentada actual. Las tensiones entre Estados Unidos y China no han favorecido a las tecnológicas de ninguno de los dos países. Si la globalización siguiera su curso normal algunas de ellas ganarían más y otras ganarían menos. Pero si la fragmentación se consolida perderán todas. Pese a ello, no será el Estado quién ocupe su lugar. Lo más que pueden hacer los Estados en los que esas compañías tienen sus sedes (como ha hecho China y está comenzando a hacer Estados Unidos) es controlarlas para evitar que tengan demasiado poder (en el caso de China) o que sus aplicaciones puedan provocar daños sistémicos (en el caso de Estados Unidos frente al desarrollo de la Inteligencia Artificial Generativa).

Una fragmentación de la globalización no amplía el poder de los Estados más allá de la capacidad de liderazgo geopolítico que, en sus respectivos blo-

---

<sup>15</sup> Así me permití afirmarlo en ese momento, indicando que «i principali attori di queste due crisi saranno, presumibilmente, i beneficiari della crisi sanitaria: mi riferisco, in particolare, ai grandi fondi speculativi e alle grandi compagnie tecnologiche che – ad esempio in Cina – stanno già godendo notevoli vantaggi e vedono aumentare il proprio potere economico e politico in conseguenza della propagazione pandemica del *coronavirus*». Cfr. BALAGUER CALLEJÓN (2019) y (2020b).

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 811.

<sup>17</sup> Ya desde 2020. Cfr. GARCÍA VEGA (2020). Cfr. También CORONA, FARIZA (2020).

<sup>18</sup> Cfr. PISANI (2023).

ques de influencia, puedan tener los dos grandes Estados que representan las dos primeras economías del mundo, Estados Unidos y China. Pero incluso estos Estados tienen limitaciones en sus estructuras económicas que los siguen haciendo interdependientes en el contexto de la globalización y que limitan sus posibilidades de utilización del poder y de modulación de la globalización. El constitucionalismo no tiene mucho que aportar en esta tensión que pasa de la economía a la geopolítica sin detenerse en la constitución. Se trata de relaciones de poder que no atienden a principios y valores constitucionales. La retórica de la defensa de los derechos humanos frente a un país dictatorial como China nunca ha sido un impedimento para el comercio ni para la inversión económica.

El futuro de la globalización, por tanto, sea este el de un avance pleno de sus potencialidades o el de una modulación determinada por condiciones geopolíticas que se impongan a la economía, no va a cambiar sustancialmente el paradigma de la ruptura de la unidad del poder estatal. Todo lo más que puede hacer es introducir mediaciones negativas (a diferencia de las mediaciones positivas de la integración supranacional) entre las dinámicas globales y el poder estatal. Mediaciones que no dependerán ya de instituciones supranacionales sobre las que los Estados tienen capacidad de influencia y que cuentan, al menos, con una limitada legitimidad democrática. En su lugar esas posiciones de intermediación estarán ocupadas por los dos grandes Estados con capacidad de generar bloques globales. El poder estatal no se recuperará ni se proyectará a nivel supranacional, sino que se someterá a la hegemonía de los líderes de cada uno de esos bloques globales. La peor situación posible para el constitucionalismo porque se definirán las relaciones globales en términos de poder sin ninguna racionalidad, ni siquiera la económica, y sin ninguna legitimación democrática, aunque sea indirecta.

### 3. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS PARADIGMAS DEL CONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo moderno ha experimentado diversas etapas de desarrollo y de crisis, comenzando por el constitucionalismo oligárquico<sup>19</sup> del sufragio censitario y el Estado legal de Derecho, siguiendo por el constitucionalismo antagónico del período de entreguerras<sup>20</sup> y finalmente por el constitu-

---

<sup>19</sup> Según la expresión de ZAGREBELSKY (1988).

<sup>20</sup> BALAGUER CALLEJÓN (2019b) y (2013).

cionalismo pluralista en el que se basa el Estado constitucional. En todas esas etapas la cuestión central que ordena el debate académico y político tiene que ver con el control del poder del Estado. Es un debate que adquiere plenitud de sentido hasta el desarrollo de la globalización y mientras sigue existiendo la unidad del poder estatal. Pero los paradigmas en que se basa entran en crisis inevitablemente cuando se pone en cuestión la unidad del poder estatal.

Muestra evidente de esa crisis han sido justamente las tres crisis del constitucionalismo del siglo XXI, que se verán precedidas por la gran crisis terrorista del atentado del 11 de septiembre de 2001. Un terrorismo híbrido que desafió al Estado más poderoso del mundo utilizando sus propios aviones comerciales para conseguir el mismo efecto que un bombardeo masivo propio de una guerra convencional. Una pesadilla con la que se despertó la humanidad en el umbral del nuevo siglo y milenio y que avanzaba ya que no iba a ser un siglo tranquilo. Las tres crisis que siguieron después pondrían en evidencia la incapacidad del Estado y de la propia constitución para resolver los problemas globales que se plantearon en ellas.

La crisis financiera de 2008 provocó, especialmente en la zona euro, una externalización del poder económico del Estado, la ruptura de la constitución económica estatal y la suspensión del sistema constitucional mientras duró. La crisis democrática de 2016, con el Brexit y las elecciones presidenciales norteamericanas de ese mismo año, demostró la capacidad de manipulación electoral de las compañías tecnológicas y su influencia sobre los procesos de decisión y de elección de las autoridades estatales. La crisis sanitaria de 2020 reforzó a las compañías tecnológicas, aumentó la digitalización e impulsó la sociedad digital desvinculando una gran parte de la realidad de la constitución y del poder estatal, sometiéndola a las reglas de los grandes agentes tecnológicos por medio del derecho privado<sup>21</sup>.

En todas estas crisis se evidenció algo que no es más que el reflejo de la incapacidad del Estado en el contexto de la globalización: la incapacidad de la ciudadanía para encontrar alternativas dentro del Estado. Alternativas que son la esencia misma de la democracia pluralista, pero que los procesos electorales para la formación de la voluntad estatal no podían ofrecer. Como tampoco las habrían podido ofrecer en un contexto autoritario o dictatorial en el que la ciudadanía pudiera sublevarse contra el dictador y derrocarlo abriendo así la posibilidad de establecer nuevas líneas políticas o económicas del poder estatal. Esas posibilidades alternativas tampoco habrían existido frente a los agentes globales.

---

<sup>21</sup> Cfr. BALAGUER CALLEJÓN (2019a) y (2020a).

Desde el punto de vista del constitucionalismo, estas crisis se situaron también fuera de la zona de confort del jurista en la medida en que en ellas se imponían los criterios de economistas o tecnólogos no necesariamente justificados y, en este caso con plena justificación, de los epidemiólogos. Los constitucionalistas tuvimos que aprender nuevos vocabularios técnicos y aceptar que los procesos democráticos fueran sustituidos por esos criterios, que ofrecían un resultado generalmente ajeno a los requerimientos de la constitución en materia de protección de los derechos, de garantía de la legalidad o de calidad de la democracia.

Si analizamos algunos de los paradigmas sobre los que se construyó el constitucionalismo vemos como el desgaste del tiempo ha hecho mella en ellos como consecuencia del avance del proceso de globalización y de la ruptura de la unidad de poder estatal. El propio Estado constitucional supuso una revisión de esos paradigmas, como por ejemplo el dogma de la soberanía nacional, que tanto en su vertiente subjetiva como en su vertiente objetiva va a entrar en crisis con la democracia pluralista y con el control de constitucionalidad, las grandes aportaciones kelsenianas. Si ya el propio Kelsen señalara (en cuanto a la dimensión subjetiva) el carácter ficticio de la unidad atribuida al pueblo, que sólo puede considerarse como tal en sentido normativo<sup>22</sup>, posteriormente Martin Kriele afirmaría (en cuanto a la dimensión objetiva) que en el Estado constitucional no cabe ningún poder sin límites, no es posible ningún poder soberano, porque todos los poderes del Estado están sometidos a la constitución<sup>23</sup>.

En el Estado constitucional la soberanía se refugiará en el proceso constituyente, a través de la teoría del poder constituyente, como expresión de un poder sin límites jurídicos que refleja el consenso social y político que da lugar a la constitución en una democracia pluralista. Pero incluso este paradigma se transformaría en el contexto de la integración europea ya que los Estados miembros de la UE, por mucha reserva de soberanía que puedan tener para abandonarla, no pueden aprobar constituciones que vayan en contra de las limitaciones establecidas por el Derecho europeo, con lo que se produce una fragmentación del poder constituyente que diluye la línea divisoria entre poder constituyente y poder de revisión constitucional<sup>24</sup>.

En condiciones de pluralismo constitucional<sup>25</sup>, de constitucionalismo multinivel<sup>26</sup> o de constituciones parciales<sup>27</sup> se rompe el paradigma kelseniano

---

<sup>22</sup> Kelsen (1934).

<sup>23</sup> Kriele (1990).

<sup>24</sup> Cfr. Balaguer Callejón (2017).

<sup>25</sup> Cfr. MacCormick (1995).

<sup>26</sup> Cfr. Pernice (2002).

<sup>27</sup> Cfr. Häberle (2004). Cfr., igualmente, Häberle (1999), (2004) y (2008).

sobre la unidad del ordenamiento basada en cadenas de validez estructuradas en torno a la idea de constitución material –las normas que regulan la producción de otras normas<sup>28</sup>– que hace posible el control de validez pleno de las normas<sup>29</sup>. Es ruptura se produce por la inexistencia de una norma que reconduzca a unidad el sistema, otorgando validez tanto al ordenamiento europeo como a los estatales. La estructura dual tratados/constitución genera así una conflictividad potencial que influye en el control de validez de las normas. Para evitar un conflicto existencial, propio del control pleno de validez de las normas asistimos a un nuevo paradigma basado en procesos de mediación normativa y en la limitación del control a ámbitos específicos de validez de las normas, modulando su aplicación territorial o determinando su inaplicación e ineficacia temporal<sup>30</sup>. Un paradigma que se puede aplicar también en el ámbito global al conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno<sup>31</sup>.

Este es solo un ejemplo de cómo la ruptura de la unidad del poder estatal plantea problemas de aplicación de teorías que fueron pensadas en torno al Estado y que no encuentran un terreno firme en el ámbito supranacional y menos todavía en el ámbito global. Sin embargo, seguimos encontrando en esas teorías muchos elementos de carácter sustantivo y también metodológico que nos sirven de base para analizar el constitucionalismo de nuestra época.

Podemos encontrar la misma dificultad en teorías tales como la de la constitución económica, asentada también sobre esa unidad de poder<sup>32</sup> y en otros muchos ámbitos. En particular, en la propia configuración de los derechos constitucionales en el contexto de la globalización con una progresiva desustanciación que tiene que ver con la transformación de las condiciones económicas<sup>33</sup>.

En general, podríamos decir que el constitucionalismo está experimentando un doble proceso de transformación que tiene que ver con los cambios en las variables espacio y tiempo producidos por la globalización. Por un lado, la pérdida de sustancia de los valores, principios y derechos constitucionales, en favor de una ordenación orientada al mercado, que va penetrando progresivamente en el espacio público. Por otro lado, una creciente desatención de los aspectos pro-

<sup>28</sup> Kelsen (1967).

<sup>29</sup> Aunque los paradigmas kelsenianos serían reformulados en el Estado constitucional a través de aportaciones esenciales de la doctrina italiana, en particular de T. Perassi en este punto. Cfr. BALAGUER CALLEJÓN (2021).

<sup>30</sup> Cfr. BALAGUER CALLEJÓN (2022a).

<sup>31</sup> En el caso de España, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC 140/2018, de 20 de diciembre.

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, con la idea de que «al Estado le corresponde el poder de dirección ilimitado en el ámbito del derecho económico en virtud de su soberanía», NEUMANN (2008).

<sup>33</sup> Cfr. BALAGUER CALLEJÓN (2023a).

cesales de la democracia pluralista y de la participación de la ciudadanía en las decisiones, algo que tiene que ver con la aceleración del tiempo y la necesidad de adoptar decisiones con rapidez y que se ve impulsado también por la permanente sensación de crisis que impregna los procesos políticos en este siglo XXI.

En la sociedad digital, la gran criatura de la globalización, esta transformación alcanza mayores niveles como consecuencia de dos factores. Por un lado, la incorporación al mercado de los propios derechos, ya que la economía de datos integra los datos personales como una mercancía más dentro del proceso económico. Por otro lado, la creciente utilización de la Inteligencia Artificial y en particular de los algoritmos, que sustituyen a los procesos participativos y desvirtúan la vertiente formal de la democracia pluralista y de la configuración plural del sistema jurídico. Al sustituir a los procesos y ofrecer resultados que se basan en operaciones matemáticas, cambian también la percepción cultural del derecho que se había desarrollado en el Estado constitucional, para volver a concepciones propias del Estado legal de Derecho en las que la razón es única y se expresa en términos de verdad y no de argumentación abierta a respuestas plurales a los problemas jurídicos<sup>34</sup>.

Estas transformaciones no implican que haya una incompatibilidad radical entre constitucionalismo y globalización<sup>35</sup>. Lo que define al constitucionalismo históricamente es su vocación de controlar el poder, de garantizar los derechos y de contribuir a la solución pacífica de los conflictos sociales y políticos fundamentales por medio del derecho. Aunque esas funciones se hayan realizado históricamente a través del Estado esto no quiere decir que no puedan realizarse también en el contexto de la globalización en las dos vertientes en que debe ser considerado su papel: en la preservación de la democracia y los derechos en el ámbito interno y en la proyección global del patrimonio constitucional<sup>36</sup>.

El Estado ya no tiene la capacidad de ejercer un poder unitario ni internamente, ni en el ámbito de la integración supranacional, ni el ámbito global. Pero sigue teniendo una capacidad de actuación sobre su territorio y sobre sus ciudadanos que puede ser utilizada para controlar los efectos más disfuncionales de la globalización sobre los derechos de la ciudadanía y sobre el sistema democrático. En el caso de los Estados miembros de la Unión Europea, tienen un instrumento de mediación entre el nivel global y el estatal que puede con-

---

<sup>34</sup> Cfr. BALAGUER CALLEJÓN (2023a). Cfr. igualmente, BALAGUER CALLEJÓN, BALAGUER CALLEJÓN (2023c).

<sup>35</sup> Como indica Fulco Lanchester «*teoricamente* il costituzionalismo come contropotere è applicabile in profondità anche nelle istituzioni della (ri)globalizzazione, mentre quello specifico dello Stato di diritto costituzionale democratico di massa suggerisce, invece, un salto di qualità per gli ambiti sopranazionali e la riproposta approfondimento per quelle nazionali», LANCHESTER (2023).

<sup>36</sup> Sobre este último extremo, cfr. HÄBERLE (2013).



tribuir también a ampliar la proyección global del constitucionalismo. Se trata de una mediación positiva en este caso, que puede basarse en el patrimonio constitucional europeo.

## CONCLUSIONES

Puesto que tenemos que analizar el futuro del constitucionalismo en un contexto global que está sometido a tensiones y a modulaciones recientes, es necesario analizar también el futuro de la globalización. De las dos tendencias que se pueden observar actualmente, una de ellas hacia la modulación de la globalización condicionada por los intereses geoestratégicos de los dos grandes países que se están disputando la hegemonía global, y la otra definida por la evolución natural de la globalización hacia su expansión y profundización, lo normal es que se imponga la última porque camina en el sentido de la historia.

Por lo que se refiere al futuro del constitucionalismo, sus posibilidades de proyectarse a nivel global y de recuperar en lo posible la capacidad de ordenación de la constitución estatal en el ámbito interno se verían disminuidas con una globalización modulada o fragmentada. En una evolución de este tipo, el sistema global de interdependencias se vería alterado por China y Estados Unidos que actuarían como *mediadores negativos* entre la globalización y los Estados, produciendo así un sometimiento a condiciones de poder que rompería la mínima racionalización –aunque sea de naturaleza económica– que la globalización conlleva, neutralizando también la *mediación positiva* que supone la integración supranacional.

Si la globalización avanza en el sentido de su desarrollo histórico, la debilidad de los Estados se continuará acrecentando. Sin embargo, el sistema de interdependencias entre ellos puede facilitar un proceso de racionalización y de control del poder que está en el espíritu del constitucionalismo. Por otro lado, aunque los paradigmas del constitucionalismo se ven alterados por el proceso de globalización, sigue estando abierta la posibilidad de realizar las funciones que le han caracterizado siempre como movimiento civilizatorio y que se manifiestan actualmente en la garantía de los derechos y la articulación de una estructura del poder basada en la democracia pluralista. Preservar el legado del constitucionalismo es fundamental para hacer posible que se mantenga la calidad de la democracia y que se amplíe la base de los derechos constitucionales.

Las funciones del constitucionalismo moderno han tenido como referencia al Estado y, en su última etapa de desarrollo, al Estado constitucional. Sin

embargo, nada impide que se puedan proyectar también a escala global, esencialmente a través del Estado, pero también por medio de la integración supranacional (en particular mediante las instituciones europeas, en el caso de los Estados miembros de la UE) a través de una mediación que ahora no sería negativa sino positiva porque en lugar de manifestarse mediante la imposición del poder serviría como instrumento de control del poder.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2013). «La interacción entre democracia y derechos en el constitucionalismo y su proyección supranacional y global». En AAVV, *Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica ¿Cómo argumentar los derechos humanos?.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 53 y ss.
- (2017). «Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna». En F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale.* Cedam. Padova, pp. 85-112.
- (2019a) «Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte alla globalizzazione nel XXI secolo». En F. Lanchester (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa.* CEDAM. Milano. 2019, pp. 59-82
- (2019b). «Costituzione economica e globalizzazione». *federalismi.it*, numero speciale, 5, p. 46
- (2020a). «Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale». *Scritti in onore di Paolo Ridola, Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 10, p. 795.
- (2020b). «Interpretacion constitucional y populismo». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 33.
- (2020c). «La crisis de la democracia en la época de Weimar y en el siglo XXI». *Cuadernos Constitucionales*, 1.
- (2021). «La teoria delle fonti del diritto nello Stato costituzionale». En AAVV, *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- (2022a). «Controllo di costituzionalità e relazioni tra ordinamenti». *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: Scritti in onore di Paola Bilancia*, *federalismi.it*, 4.
- (2022b). «Prospettive del costituzionalismo e dell'Europa. La Costituzione dell'algoritmo e la crisi decisiva del progetto di integrazione europea». *Nomos*, 2.
- (2023a). «I contesti ordinamentali della tutela multilivello dei diritti». *La cittadinanza europea*, 2.
- (2023b). *La costituzione dell'algoritmo.* Le Monnier Università/Mondadori Education. Milano.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.; BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (2023c). *Verdad e interpretación en la sociedad digital.* Aranzadi. Cizur Menor.

- BRACERO, F. (2022). «El regulador de EE. UU. pide a Apple y Google que retiren la app de TikTok». La Vanguardia.
- CORONA, S.; FARIZA, I. (2020). «Las tecnológicas agigantan su dominio en plena pandemia». El País.
- FRAY, K. (2014). «China's leap forward: overtaking the US as world's biggest economy». Financial Times. Disponible en: <https://www.ft.com/content/166230a2-a18c-38f1-bcac-cbbdd495503a>.
- GARCÍA VEGA, M. A. (2020). «FAANG: el acrónimo más caro de la historia». El País.
- HÄBERLE, P. (1999a). ¿Tienen España y Europa una Constitución?. Versión española de M. Azpitarte Sánchez, con Prólogo de A. López y López, Fundación El monte, Sevilla, 2004.
- (1999b). «Europa—eine Verfassungsgemeinschaft?». En P. Häberle, Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien. Baden-Baden. Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 84 y ss.
- (2004). «Europa como comunidad constitucional en desarrollo». Versión española de F. Balaguer Callejón, Revista de Derecho Constitucional Europeo, 1, pp. 11-24. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/>.
- (2008). Europäische Verfassungslehre, 5. Auflage, Baden-Baden-Zürich-St. Gallen, Nomos/Dike.
- (2013). «El constitucionalismo universal desde las constituciones parciales nacionales e internacionales. Siete Tesis». Versión española de F. Balaguer Callejón, Revista de Direito Público, 54.
- KELSEN, H. (1934). Vom Wesen und Wert der Demokratie. Versión española de la segunda edición de 1929, Esencia y valor de la democracia. Editorial Labor. Barcelona, pp. 30-31.
- (1967). Reine Rechtslehre. Verlag Franz Deuticke. Viena, p. 228.
- (1990). Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates. Westdeutscher. Opladen.
- LANCHESTER, F. (2023). Il costituzionalismo contemporaneo e l'incubo di Weimar. CEDAM. Milano.
- MACCORMICK, N. (1995). «The Maastricht Urteil: Sovereignty Now». European Law Journal, Vol. I, 3, pp. 259-266.
- MAHESHWARI, S.; Holpuch, A. (2023). «Why Countries Are Trying to Ban TikTok». The New York Times.
- MURRAY, W. (2023). «China dodges western 5G chip embargo with new Huawei Mate 60 phone». The Guardian.
- NEUMANN, F. (1931). Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung. Versión española en Revista de Derecho Constitucional Europeo, n. 9/2008. Disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/11FranzNeumann.htm>.
- PERNICE, I. (2002). «Multilevel constitutionalism in the European Union». European law review, 5, pp. 511-529.

- PISANI, B. (2023). «Apple versus the world: The iPhone maker is bigger than almost any stock market in the world». CNBC. Disponible en: <https://www.cnn.com/2023/05/10/apple-vs-the-world-apples-bigger-than-entire-overseas-stock-markets-.html>.
- SCHNEIDER-PETSINGER, M. (2023). «Global trade in 2023: What's driving reglobalization?». The Royal Institute of International Affairs Chatham House. Disponible en: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/2023-02/2023-01-30-global-trade-2023-schneider-petsinger.pdf>.
- TOH, M. (2023). «Huawei was once fighting for its survival. It is back to nearly \$100 billion in revenue in 2023». CNN. Disponible en: <https://edition.cnn.com/2023/12/29/tech/huawei-revenue-rebound-china-intl-hnk/index.html>.
- ZAGREBELSKY, G. (1988). *Manuale di Diritto costituzionale, I. Il sistema delle fonti del diritto*. Giappichelli. Torino.

# ¿CONSTITUCIONALISMO?, ¿QUÉ CONSTITUCIONALISMO? POR UN CONSTITUCIONALISMO COMPLEJO Y PONDERADO

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO  
*Universidad de Granada*

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social.*–3. *Del constitucionalismo analógico al constitucionalismo digital.*–4. *Del constitucionalismo estatal al constitucionalismo global.*–5. *Del constitucionalismo vigente al constitucionalismo intergeneracional.*–6. *Consideraciones finales: por un constitucionalismo complejo y ponderado.*–7. *Bibliografía.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Un consuelo, al menos, por no haber podido participar tan activamente en este VI Congreso Internacional del Seminario Ítaloespañol, celebrado precisamente en Granada (los días 5, 6 y 7 de octubre de 2022)<sup>1</sup>, ha sido haber disfrutado de manera más atenta a sus sesiones y en particular empaparme de la controversia suscitada en ellas (y del consiguiente debate luego) en torno a su título: «¿Constitucionalismo?». Y es que los signos de interrogación que acompañan al término «constitucionalismo» fueron puestos en cuestión desde la primera jornada, sugiriéndose mejor por algunos de los intervinientes unos signos de exclamación.

---

<sup>1</sup> Después de estar con diversos roles bastante activos en los anteriores cuatro congresos (Madrid, 2014; Catania, 2016; Murcia, 2018; y Milán, 2020), y de participar en sus ulteriores publicaciones (SÁNCHEZ BARRILAO, 2017, 2021a, 2020e y 2022a, respectivamente). Por otra parte, indicar que este trabajo se hace al amparo del Proyecto de Investigación: «La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la Democracia pluralista y la Constitución» (PID2019-106118GB-I00).

mación con los que aupar y renovar el espíritu constitucionalista en estos tiempos tan difíciles para la Constitución y el Derecho Constitucional (algo así como «¡Constitucionalismo!»)<sup>2</sup>. Pero es que de eso se trataba en este Congreso (entendiendo); de preguntarnos del porqué de estos tiempos tan complejos y convulsos para el constitucionalismo, para así poder, en su caso, reflexionar sobre cómo reforzarlo de manera adecuada y eficiente. Y al hilo de esto, y de otro lado ahora, discutir entonces sobre qué tipo de constitucionalismo habríamos de incidir en estos momentos y en el futuro. A ello vamos a dedicar estas páginas.

Pero antes, permítasenos volver a la actual crisis del constitucionalismo; y decimos volver no solo porque ya hemos abordado el tema en otros trabajos (Sánchez Barrilao, 2011, 2012a, 2017 y 2020a), sino porque no hacerlo supone desconocer las razones de las dificultades que debilitan al constitucionalismo como movimiento político y jurídico hoy, y con esto abocarlo a una catarsis, aquí sí, exclamativa. Y es que limitarnos a glosar la bondades del constitucionalismo de poco sirve si no somos auténticamente conscientes de sus problemas en la actualidad, a fin de articular respuestas adecuadas con las que contrarrestar su crisis. Una crisis, por lo demás, que arrastra al constitucionalismo desde hace ya más de una década, al punto de que quepa preguntarnos si, tal vez, dicha crisis, en su acepción de cambio, no sea sino una característica del constitucionalismo en estos años de tantas transformaciones sociales, culturales, tecnológicas, económicas y políticas.

A los anteriores efectos es la globalización, en su dimensión más económica, la razón principal, entendemos, de la referida crisis del constitucionalismo; y ello no solo al venir a debilitar al Estado como unidad territorial, política y jurídica sobre la que se ha venido construyendo el constitucionalismo históricamente (Balaguer Callejón, 2015), sino a tenor del cambio que sobre lo político y lo jurídico ha ejercido un entendimiento tecnocrático del mercado y lo económico, al punto de que el debate y la opción política casi desaparecen ante la supuesta suprema y más científica racionalidad económica (Guillén López, 2013). A esto, claro, vienen también a influir otros aspectos, como son las contradicciones dialécticas que se dan con ocasión de la globalización y las disrupciones políticas que ella genera (Sánchez Barrilao, 2004 y 2019), y el modelo económico y tecnológico que del progreso digital hoy prospera a la

---

<sup>2</sup> Al momento de escribir estas páginas, escucho las noticias de la toma del Congreso brasileño por los seguidores del Bolsonaro, en una especie de deja vu de los hechos ocurridos en Washington hace dos años; sobre esto último, ya, SÁNCHEZ BARRILAO (2021b).

Y al momento de revisar estas páginas ahora, leo sobre las últimas «ocurrencias» de Trump y Musk en un intento, pareciera, de dinamitar los valores constitucionales que se han desarrollado desde la II Guerra Mundial en occidente.

sombra de las compañías que dominan dicho desarrollo desde Silicon Valley (Balaguer Callejón, 2020). Así, de poco sirve advertir de la arribada del populismo y de neautoritarismos en forma de *democracia iliberal*, como se viene haciendo desde hace años (p.e., y magníficamente, Morelli, 2019), si a la par seguimos sin actuar de manera eficiente sobre las causas que impulsan tal movimiento ademocrático (Sánchez Barrilao, 2020b).

De lo anterior, entonces, la importancia de preguntarnos en este trabajo sobre qué constitucionalismo postular, pues, rechazando la propuesta de una pluralidad de constitucionalismos independientes según sectores materiales<sup>3</sup>, aun teniéndose estos en cuenta (ya, Sánchez Barrilao, 2022b), habremos de indagar sobre qué constitucionalismo se aviene mejor a los problemas actuales que hemos comentado y que habremos de atender si queremos seguir reflexionando sobre el constitucionalismo mañana.

## 2. DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL AL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Sin duda alguna, de la anterior referencia a la globalización económica y de los nuevos poderes privados que surgen y progresan a su sombra, poniendo en duda y debilitando a los propios Estados (que se ven desplazados en su soberanía por dichos nuevos poderes), se infiere una nueva forma de entender las relaciones de poder, en tanto que tradicional objeto propio del Derecho Constitucional, así como de la garantía de la libertad ante aquellos ahora (Gambino, 2017); y es que si el constitucionalismo asume, como presupuesto esencial (casi a modo de ADN de este), la limitación del poder público como instrumento de la libertad (p.e., Pace, 2004), de poco sirve limitarnos a loar el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y de Ciudadano cuando hoy el poder que restringe nuestra libertad no es fundamentalmente público, sino de origen privado. Por supuesto que el conflicto entre libertad y unos y otros sujetos siempre ha existido, de modo que el Estado se planteara históricamente como respuesta a fin de procurar cierto control en tal conflicto mediante la garantía del ejercicio de la fuerza en manos de un poder público fuerte (el Leviatán de Hobbes), si bien, luego, surgiría la necesidad de limitarlo no ya dada su supuesta concentración durante el Antiguo Régimen (al mantenerse los poderes intermedios), sino por la que efectivamente vendría después tras los procesos revolucionarios (al desaparecer aquellos), de forma que

---

<sup>3</sup> También desde una perspectiva más dogmática que sustantiva, véase GOMES CANOTILHO (2010).

se alcanzara una distinción entre el poder público y lo privado o sociedad civil (el Estado liberal). Y de esta forma, y en tal momento, que bastara con una Constitución de naturaleza meramente política, en cuanto que instrumento de conformación de un poder controlado democráticamente por una clase económicamente dominante y que venía a expresarse jurídicamente a través de una ley, por lo demás soberana y conformadora de la libertad y de los derechos de los ciudadanos ante otros y frente al propio Estado (la Democracia liberal)<sup>4</sup>.

Aunque en este momento constitucional el conflicto horizontal entre particulares existe, incluso de manera muy intensa (recuérdese que durante este periodo vino a desarrollarse la Segunda Revolución Industrial), es que se desarrollara jurídicamente una idea de libertad y de garantía de los derechos del individuo que finalmente acaba por prosperar en el siglo xx, aun en manos de la ley. Y de esta forma que, a pesar de las limitaciones del Estado liberal se alcanzara cierta ordenación jurídica de las relaciones y conflictos entre particulares (García de Enterría, 1999). Otra cosa es que dicha ordenación fuera considerada suficiente o justa, como se demostraría con ocasión de la sublimación que del conflicto de clases vendría a aflorar a nivel democrático al hilo del sufragio universal, y en particular al respecto de la representación parlamentaria dado el pluralismo político resultante; así, la crisis del parlamentarismo liberal de la primera parte del siglo pasado (Aragón Reyes, 1996). Pero también las respuestas constitucionales promovidas durante el periodo de entreguerras, y finalmente desarrolladas y consolidadas ya tras la II Guerra Mundial, a través de una normatividad constitucional suprema en garantía de una Democracia pluralista y en promoción del progreso social: al tiempo, el conocido como Estado social y democrático de Derecho (p.e., art. 1.1 CE de 1978)<sup>5</sup>.

Ahora el constitucionalismo deja de ser solo limitación del poder público, para postularse (como pasara durante los procesos revolucionarios) como instrumento de cambio y transformación jurídica, política, económica y social (art. 9.2 CE), al venir a demandar una mayor intervención pública en las relaciones entre privados a fin de procurar una mayor igualdad material y libertad efectiva. El Estado, como manifestación principal de poder público, pasaría a delimitar el mercado y la economía ante una declarada y garantizada dignidad de la persona, a la vez que provee de recursos públicos nuevas y distintas prestaciones sociales con las que no solo apaciguar el referido conflicto de clases, sino con las que promover una mayor participación pública de los individuos y de los colectivos menos favorecidos (De Cabo Martín, 1993).

<sup>4</sup> Por todos, para esta construcción histórica, véase FIORAVANTI (2001).

<sup>5</sup> P.e., véase GARRORENA MORALES (1984).



Sin perjuicio de la debilidad con la que, con todo, este constitucionalismo social se ha desarrollado (dada su mayor dependencia de factores extrajurídicos, a la par que la deficiente garantía jurídica con la que se le ha arropado)<sup>6</sup>, de modo que terminará entrando en una serie de crisis al tiempo (por todas, las de la década de los setenta del siglo xx y la que se inicia luego en 2007), por no hablar de crisis sistémica del mismo<sup>7</sup>, lo cierto es que resultará en un modelo referente del progreso social en Europa ante el resto del mundo (Pérez Domínguez, 2017)<sup>8</sup>; un modelo que, aun con tales deficiencias, atrae a miles de personas de otros lugares en busca de mejores condiciones de vida, y que sigue postulando respuestas sociales ante las otras crisis (sanitaria, securitaria, energética y nuevamente económica) que vienen afectando a Europa<sup>9</sup>.

### 3. DEL CONSTITUCIONALISMO ANALÓGICO AL CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

El referido constitucionalismo se ha desenvuelto, por otra parte, en un intenso momento tecnológico, de forma que el progreso constitucional en el siglo pasado vino a coincidir, ya, con un tiempo de imponente desarrollo científico-técnico (Sánchez Barrilao, 2005). Sin embargo, tal conjunción entre tecnología y constitucionalismo comienza a resquebrajarse a la sombra del progreso tecnológico-digital de finales del siglo xx, pues, sin perjuicio de que este pronto comenzara a ser tenido en cuenta constitucionalmente (p.e., art. 18.4 CE)<sup>10</sup>, finalmente venía a superar ampliamente el marco constitucional referido dadas las transformaciones que de la realidad estaban ya generándose a golpe de *bytes*<sup>11</sup>. Y es que, como apunta Balaguer Callejón, el constitucionalismo todavía vigente responde, esencialmente, a una realidad analógica que se advierte cada vez más superada por una tecnología digital (2022a):

Frente unas libertades y derechos fundamentalmente físicos en el constitucionalismo liberal, es que en el siglo xx pasara ya a hablarse de telefonía, de televisión y radio, de ciencia, de educación, de salud, de progreso incluso; de unas libertades y derechos, así, conectados con un desarrollo científico y tec-

<sup>6</sup> Por todos, cfr. GARCÍA HERRERA (1994).

<sup>7</sup> Así, DE CABO DE LA VEGA (2014).

<sup>8</sup> Con todo, para una perspectiva crítica, DE CABO MARTÍN (2009).

<sup>9</sup> Sobre las dos primeras crisis, más la anterior económica (la de la década pasada), véase AZPITARTE SÁNCHEZ (2020).

<sup>10</sup> Sobre el mismo, véase PÉREZ LUÑO (1981).

<sup>11</sup> SÁNCHEZ BARRILAO (2016a).

nológico que interactuaba con el poder público y económico, además de con la misma ciudadanía. Y ello, desde cierto equilibrio, a pesar de cómo la relación entre lo público y lo tecnológico progresivamente entra en creciente tensión ante una dependencia económico-privada cada vez mayor. Pero tal equilibrio comienza a romperse con el desarrollo digital. Y no solo porque la referida dependencia tecnológico-pública sea todavía y progresivamente superior y aun más veloz, sino por cómo: de un lado, tal dependencia llega también a la ciudadanía, ahora a modo de usuarios y consumidores de productos digitales; de otro, los poderes públicos pierden capacidad para relacionarse directamente con dichos usuarios y consumidores, incluso al momento del ejercicio de potestades públicas; y, finalmente, la propia transformación jurídica que de los mismos derechos y libertades se da, puesto que ahora dominados por su vertiente digital<sup>12</sup>. Por último está, claro, cómo tal desarrollo tecnológico-digital a nivel social no es, sin embargo, mera expresión del progreso informático como tal, sino, y ya en este siglo, del modelo de explotación económica que sobre lo digital se ha venido produciendo; un modelo controlado, en gran medida, por unas cuantas empresas que actúan a nivel global imponiendo no solo sus productos y servicios, sino nuevas formas de dependencias culturales, sociales, económicas y de poder tanto a otros privados, como a los propios poderes públicos (Balaguer Callejón, 2022b).

De esto, entonces, la necesidad de recomponer el constitucionalismo al hilo de dicha realidad digital (Guillén López, 2022). Y para ello acudiendo a nuevos principios políticos y jurídicos con los atender las novedades digitales, a la par que reformulando los principios constitucionales heredados del siglo xx ante la transformación de la realidad analógica que venía enmarcando constitucionalmente a aquellos. Sin más, piénsese en la transformación de la composición de la opinión pública se ha dado en un par de décadas, y de cómo ello afecta al funcionamiento y a la crisis de la Democracia pluralista, además de al resurgir de movimientos populistas y nacionalistas de diversa índole iliberal (Sánchez Barrilao, 2021).

#### 4. DEL CONSTITUCIONALISMO ESTATAL AL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Y ante dicha realidad económico-digital y global reinante, es que los viejos Estados, como receptores del constitucionalismo construido históricamen-

---

<sup>12</sup> SÁNCHEZ BARRILAO (2016b).

te, se vean incapaces de controlar su propio espacio, en cuanto que marco físico de realización de políticas públicas y de normas jurídicas propias al quedar estas limitadas por los nuevos poderes privados que prosperan en el contexto global. Una vez controlados constitucionalmente los Estados y al servicio democrático de las personas, estos van a verse superados al tiempo por una globalización que reduce su capacidad política y jurídica, costándoles cada vez más desarrollar los fines sobre los que constitucionalmente giran y legitiman. Y con ello, claro, que la normatividad constitucional acabe por quedar afectada, redundando tanto a la hora de ordenar el poder estatal, como al respecto del reconocimiento y la garantía de los derechos y las libertades constitucionales (Sánchez Barrilao, 2004).

Por otra parte crecen riesgos y nuevos retos constitucionales a nivel mundial, para los que el Derecho Constitucional de los Estados resulta insuficiente; el cambio climático, las pandemias, la tecnología informática, las migraciones, la seguridad internacional, el hambre, entre otras cuestiones, afectan a los fines de unos Estados que, por sí solos (en su gran mayoría), son incapaces de desarrollar adecuadas y eficientes políticas y regulaciones, de forma que, cada vez más se reclamen mecanismos internacionales efectivamente capaces de afrontarlos (p.e., Gutiérrez Gutiérrez, 2020). Y a su luz, con Ferrajoli, quepa hoy reclamarse un *constitucionalismo para la Tierra* con el que promover un nuevo orden constitucional a nivel global, a fin no solo de dar respuestas eficientes a dichos riesgos y retos, sino de insuflar valores propiamente constitucionales a las mismas y que la entera humanidad progrese así (2022).

Por último, y a medio camino del constitucionalismo estatal y la propuesta de otro global, está cierto constitucionalismo de integración supraestatal como el desarrollado en Europa al hilo del Consejo de Europa y de la Unión Europea (Häberle, 2012). Sin perjuicio de que la Unión Europea pueda considerarse como un factor clave en la limitación de la soberanía de los Estados europeos que la integran, lo cierto es que esta permite a dichos Estados, aun contradictoriamente, una forma o base con la que posicionarse ante las limitaciones que la globalización conlleva para aquellos (Sánchez Barrilao, 2009). No obstante, esta percepción contradictoria de la integración europea denota ya buena parte de sus déficits constitucionales actuales, por cuanto que incapaz aun de actuar con la unidad y contundencia propia de los Estados, a la par que estos carecen ya de instrumentos clásicos a tales efectos. Ello se advirtió de manera evidente con ocasión de la pasada crisis económica (en la que ni los Estados ni la Unión eran capaces de tomar medidas eficientes, lo que vino a

transformar y a agravar la crisis en Europa)<sup>13</sup>, sin perjuicio de que con la ulterior pandemia se consiguiera solventar algunos de los problemas detectados (en especial, y aun con graves conflictos y divergencias, al respecto de garantizar un flujo ordenado mercancías y suministros sanitarios)<sup>14</sup>; otra cosa es la política medioambiental en la que estaba implicándose Europa, con el «Pacto Verde Europeo» (Comunicación de la Comisión de 11 de diciembre de 2019), al momento de la Covid y de la posterior (y todavía activa) guerra de Ucrania, en cuanto que especialmente ambiciosa en sus presupuestos y alcance frente al tradicional mercado único como eje principal del Derecho de la Unión<sup>15</sup>, para verse así al tiempo dramáticamente rebajada por ambos avatares (en mayo de 2022 el REPowerEU Plan)<sup>16</sup>.

## 5. DEL CONSTITUCIONALISMO VIGENTE AL CONSTITUCIONALISMO INTERGENERACIONAL

La anterior referencia al cambio climático y al medio ambiente nos lleva a su vez a nuevas formas de entender el constitucionalismo al respecto de su diseño y proyección temporal. Y es que, aunque el constitucionalismo siempre se ha mostrado abierto al futuro (en especial el más revolucionario y social, dada su propensión al cambio y a la transformación), ciertamente lo ha hecho desde una perspectiva fundamentalmente sincrónica al ser el presente el objeto temporal principal del mismo. Es de decir, y aun desde el referente del pasado (de la historia y de sus calamidades y horrores), el constitucionalismo ha venido principalmente a inspirar un modo constitucional de ordenar el poder vigente, a la par que reconocer y garantizar un espacio de libertad a los individuos del momento vivo.

No obstante, y desde una perspectiva económica en relación al endeudamiento público, es que el constitucionalismo comenzara en este siglo también a afrontar directamente el futuro y la posición política y jurídica de los individuos al tiempo, e incluso de los aun por nacer (p.e., Guerrein, 2008); no es que antes las generaciones venideras no hubieran sido ya objeto de reflexión<sup>17</sup>, sino que no habían sido vistas con tan intensidad constitucional como comenzaron a respetarse a la sombra de un potencial e inasumible endeudamiento público

---

<sup>13</sup> Cfr. SÁNCHEZ BARRILAO (2012b).

<sup>14</sup> En tal sentido, véase GUILLÉN LÓPEZ (2021).

<sup>15</sup> Cfr. SÁNCHEZ BARRILAO (2022c).

<sup>16</sup> Acerca del mismo, SANAHUJA PERALES (2022).

<sup>17</sup> Para tales antecedentes, véase PALOMBINO (2020).

futuro. Más allá de las limitaciones constitucionales de este entendimiento del futuro, dadas las restricciones sociales que asumía al tener como referencia la sostenibilidad económica del sistema constitucional (Sánchez Barrilao, 2013), lo cierto es que planteaba una relación, si no de fraternidad, sí que de solidaridad y responsabilidad entre generaciones presentes y futuras, por cuanto que las primeras pueden comprometer considerablemente el destino, las posibilidades y la libertad de opciones de las segundas; por ello, y al margen de esta dimensión economicista del futuro, que sea oportuno y adecuado deducir limitaciones constitucionales a las primeras en garantía de las segundas cuando aquellas pueden con sus acciones y decisiones presentes comprometer intensamente las posibilidades de estas en el futuro (Palombino, 2022).

De este modo se está planteando en la actualidad al respecto del cambio climático y la protección del medio ambiente (por cierto, y al presente ya bastante perjudicado y con evidentes muestras y daños), al restringir las generaciones presentes las posibilidades de vida y progreso de las generaciones que están por venir en razón a la degradación alcanzada y prevista de aquel; y de esta forma que, de no comenzar a modificar muy pronto nuestra forma de actuar ante el medio ambiente, las próximas generaciones vengan a ver reducidas no ya su capacidad de supervivencia, sino su propia libertad a la hora de optar por unas u otras medidas con las que afrontar esta (ya, en tal sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021)<sup>18</sup>. En este modo, precisamente, lo estaba propugnando e intentando la Unión Europea a la luz del referido «Pacto Verde Europeo»<sup>19</sup>, hasta las modificaciones introducidas al respecto a tenor de las crisis de la Covid y de la guerra de Ucrania (nuevamente el REPowerEU Plan y el resurgimiento de la energía nuclear junto con las renovables).

Para finalizar, esta tensión entre la protección del medio ambiente y el contexto de crisis en el que nos encontramos nos lleva a su vez al conflicto intergeneracional como eje sobre el que giraría esta nueva manifestación del constitucionalismo; en este caso, el conflicto entre las necesidades y aspiraciones de las generaciones presentes, frente a la hipótesis del futuro y de unas personas que sin existir todavía vendrían a marcar limitaciones a las gentes de hoy. Porque de eso se trata al fin y al cabo, de fijar límites razonables de unos

<sup>18</sup> Sobre esta Sentencia, véase PALOMBINO y SÁNCHEZ BARRILAO (2021).

<sup>19</sup> También, en mayo de 2020, Comunicación de la Comisión con la Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030: «Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas». Y ya en febrero de 2021, Comunicación de la Comisión «Construyendo un futuro resiliente con respecto al clima» (Nueva Estrategia de la UE sobre adaptación al cambio climático).

respetos de otros a fin de garantizar la libertad ponderada de todos; y ello, ante un *cortoplacismo* tan peligroso como el *largoplacismo* más radical<sup>20</sup>.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES: POR UN CONSTITUCIONALISMO COMPLEJO Y PONDERADO

Y es que el conflicto, no olvidemos, es la clave del constitucionalismo, pues allí donde hay relaciones de poder, hay conflicto; y más para el caso del Derecho Constitucional contemporáneo, pues el conflicto es expresamente asumido al ser inherente al pluralismo (De Cabo Martín, 2019). Pero también está, añadimos, el conflicto al respecto de las propias relaciones entre las diversas perspectivas del constitucionalismo cuando entran en acción; y por eso hablamos, para terminar este apartado, de un constitucionalismo complejo y ponderado (que no de meros *constitucionalismos*), al advertirse cómo sus distintas perspectivas lejos de negarse, se realimentan en contacto dialéctico. Así, y empezando por el constitucionalismo intergeneracional, la protección de las generaciones futuras no puede negar el constitucionalismo social en el presente, a no ser que, simplemente, entendamos estas generaciones como ya condenadas por las pasadas (lo que sería contrario a la lógica del reconocimiento de la protección de las generaciones futuras), y quedando entonces en tierra de nadie. Por supuesto que la garantía a un futuro pasa por la limitación de las opciones en el presente, pero ello sin desconocer, ponderadamente, nuestra propia protección hoy<sup>21</sup>; otra cosa será, claro, cómo distribuir las cargas y el coste entre nosotros, con el consiguiente conflicto en el ahora.

Naturalmente este último conflicto social, y su gestión política y jurídica, nos lleva de lleno a la creciente debilidad del poder público frente a unos crecientes poderes privados que proliferan en el contexto global, según se ha referido ya al comienzo de estas páginas, y sus dificultades para responder adecuada y efectivamente al mismo. Y como respuesta a ello, no bastando con volver a reforzar al Estado, sino, y desde la esencia del constitucionalismo, ideando nuevas formas de limitar esos poderes privados globales que nos imponen sus formas de entender cómo hayamos de relacionarnos, además de, y

---

<sup>20</sup> En este último sentido, GREAVES y MACASKILL (2021).

<sup>21</sup> Sin más, recuérdese la posición de desprotección social y económica en la que quedó buena parte de la población europea durante la anterior crisis económica, mientras se defendía desde Europa la sostenibilidad del sistema social en la Unión, y como esta, finalmente, acabaría reculando con ocasión del reconocimiento del fracaso anterior y la aprobación del Cuarto Pilar social de la Unión Europea (SÁNCHEZ BARRILAO, 2020e).

directamente, violar nuestros derechos y libertades fundamentales. En esta dimensión operan, en efecto (y desdichadamente), buena parte de las compañías digitales en eso que ha venido a llamarse *capitalismo de la vigilancia* (Zuboff, 2020), por no hablar las intromisiones que en el desarrollo de procesos electorales y en la conformación de las relaciones democráticas se advierten (nuevamente Balaguer Callejón, 2022a). Y a tales efectos que no baste con digitalizar nuestro Derecho Constitucional nacional, pues tanto los sujetos partícipes, como el propio proceso tecnológico implicado, requiere de un constitucionalismo global con el que ordenar adecuada y eficientemente la nueva sociedad digital en curso.

Sin embargo lo anterior encuentra dos reparos. El primero es que dicho constitucionalismo digital debe compaginarse aun con una realidad parcialmente analógica, por no decir que híbrida; y es que más allá de que lo digital no haya llegado todavía a toda la realidad, a quien no ha llegado es a toda la población, permaneciendo grandes bolsas de personas al margen del mundo digital. Así se ha advertido a la sombra del salto digital dado con ocasión de la Covid, cuando el confinamiento cogió por sorpresa a miles de personas sin recursos y formación digital, de forma que las respuestas digitales ofrecidas por poderes públicos y particulares no fueron tales para ellas; o al respecto de la despoblación y la consiguiente reducción de servicios públicos y privados en inmensas zonas geográficas, cuando las asimismo respuestas digitales ofrecidas no terminan de llegar efectivamente a grandes colectivos no digitalizados. Y es que la silenciosa transición que de tiempo viene advirtiéndose entre ciudadanía y usuario/consumidor (Aguilar Calahorro, 2016) no solo relega del debate y del interés público a aquellos y aquellas que no usan o consumen, sino que dentro de los que usan o consumen distingue según el grado de su uso y consumo; sin duda, una nueva forma, esta, de *neociudadanía censitaria*<sup>22</sup>.

Y por otra parte, como segundo reparo, está el que dicha perspectiva global del constitucionalismo digital choca directamente de frente con las dificultades que todavía se advierten para alcanzar un auténtico constitucionalismo global, dada la diversidad de situaciones, culturas, valores e intereses en juego a nivel mundial; no en vano, la propia posición de los Estados y su desgaste por la globalización no es igual en todos los casos, de modo que es muy distinta la situación de China a la de España. Esto, obviamente, dificulta muchísimo un auténtico movimiento constitucional global, aun cuando su necesidad nos resulte del todo evidente (nuevamente, Ferrajoli, 2022). Otra cosa es que, y como hemos adelantado, aquellos Estados en una posición menos ventajosa se

---

<sup>22</sup> Así, SÁNCHEZ BARRILAO (2020c).

integren en organizaciones regionales superiores, como es el caso de la Unión Europea, y entonces que su mayor afinidad (que no uniformidad) permita, más fácilmente, un cierto constitucionalismo regional, como es también el caso europeo y a pesar de todas sus deficiencias y flancos abiertos. Y es que, sin perjuicio de la necesidad de una auténtica Constitución para una Unión Europea fuerte (con la que poder progresar constitucionalmente en la integración y contrarrestar la globalización)<sup>23</sup>, el que podamos contar con un constitucionalismo compartido a nivel europeo bien puede, además de solventar parte de la desconstitucionalización que ha supuesto el proceso globalizador (reforzando constitucionalmente a los Estados miembros ante derivas iliberales de los mismos, como es el caso de Polonia y Hungría), insuflar valores constitucionales a nivel global tanto en su perspectiva pública como privada<sup>24</sup>; no en vano el mercado europeo, como su dimensión más territorial o física, pueden actuar como ariete de un constitucionalismo global en cuanto que basado en valores universales en torno a la persona ante el poder<sup>25</sup>, independientemente del tipo que sea. Y esto sin caer, claro, en un mero paternalismo y/o supremacismo occidental y europeo, sino desde la conciencia, insistimos, de la universalidad de unos valores que en torno a la dignidad de la persona se han construido, desarrollado y extendido constitucional fundamentalmente en y desde Europa (Häberle, 1998). Por tanto, que un constitucionalismo europeo, en tales términos, no solo refuerce a la Unión Europea, sino el constitucionalismo de sus Estados miembros, además de potenciar la construcción de un constitucionalismo global; y a la vez, que tal constitucionalismo estatal, como ese global en potencia, retroalimenten de forma dialéctica dicho constitucionalismo regional y de integración en Europa<sup>26</sup>.

Por todo es por lo que, insistimos, hablamos de un constitucionalismo complejo y ponderado. Porque siendo posible reconocer diversas perspectivas al respecto del constitucionalismo hoy, ninguna de ella acaba por desplazar o predominar a las otras, sino que todas en su conjunto, y en relación dialéctica, acaban por conformar, o al menos potenciar, un constitucionalismo plural. Otra cosa es, obviamente, cómo articular, ponderadamente, las distintas perspectivas que sobre el constitucionalismo se advierten, dados los diversos presupuestos a las que estas obedecen, así como sus consiguientes rasgos. Y esto, finalmente (y según señalábamos al principios de estas páginas), para conseguir responder constitucional y adecuadamente tanto a los nuevos retos que plantea este siglo,

<sup>23</sup> Otra vez SÁNCHEZ BARRILAO (2020e).

<sup>24</sup> También SÁNCHEZ BARRILAO (2021c).

<sup>25</sup> Cfr. SÁNCHEZ BARRILAO (2020d).

<sup>26</sup> Nuevamente véase SÁNCHEZ BARRILAO (2021c).



como, y sin olvidar, a las concretas causas que están poniendo en riesgo el vigente constitucionalismo. Ello es fundamental, no se olvide, para evitar un ocaso del mismo, pues de poco sirve arengar al mundo con las bondades del constitucionalismo, o reflexionar sobre su crisis y futuro, si no se atiende, finalmente, a los problemas que ponen el peligro los sistemas constitucionales vigentes. Limitarnos a buscar y denunciar enemigos del constitucionalismo (que los hay, y no son pocos, además de poderosos), mientras no se atiende adecuadamente a las personas (cuando estas son su objeto al final de aquel), de poco vale.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CALAHORRO, A. (2016). «El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor», en AA.VV. *Constitucionalismo crítico: liber amicorum*, 2 ed., vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 489-534.
- ARAGÓN REYES, M. (1996). «Parlamentarismo y antiparlamentarismo en el primer tercio del siglo XX: La proyección actual de aquella polémica», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 93, pp. 39-57.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2020). «Tres crisis europeas», en AA.VV. *Los derechos fundamentales ante la crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 43-64.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2015). «Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización», en AA.VV. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 4, tomo 1, UNAM, México, pp. 197-211.
- (2020). «Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia», en AA.VV. *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 107-128.
- (2022a). *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.
- (2022b). «O impacto dos novos mediadores da era digital na liberdade de expressão», *Espaço Jurídico: Journal of Law*, vol. 23, núm. 1, 2022, pp. 179-204.
- DE CABO DE LA VEGA, A. (2014). «La crisis del Estado social», en AA.VV. *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 59-79.
- DE CABO MARTÍN, C. (1993). *Teoría histórica del estado y del derecho constitucional: vol. II, Estado y derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, PPU, Barcelona.
- (2009). «Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, pp. 17-48.
- (2019). *Conflicto y constitución desde el constitucionalismo crítico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- FERRAJOLI, L. (2022). *Por una Constitución de la Tierra*, Andrés Ibáñez, P. (trad.), Trotta, Madrid.
- FIORAVANTI, M. (2011). *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Martínez Neira, M. (trad.), Trotta, Madrid.
- GAMBINO, S. (2017). «Estado social y crisis económica. Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo», Falbo, A. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 28.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999). *La lengua de los derechos: la formación del Derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza, Madrid.
- GARCÍA HERRERA, M.A. (1994). «El estado de bienestar en la crisis del estado social», *El Socialismo del futuro: Revista de Debate Político*, núms. 9-10, pp. 85-98.
- GARRORENA MORALES, A. (1984). *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid.
- GOMES CANOTILHO, J.J. (2010). «Principios y "nuevos constitucionalismos". El problema de los nuevos principios», Rodrigues Canotilho, M. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14.
- GREAVES, H. y MACASKILL, W. (2021). «The case for strong longtermism», *GPI Working Paper*, núm. 5-2021.
- GUERREEN, B. (2008). «El endeudamiento público es la carga de las generaciones futuras», *Los econoclastas: breviario de ideas generales sobre economía*, Popular, Madrid, pp. 163-171.
- GUILLÉN LÓPEZ, E. (2013). «La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 20, pp. 431-446.
- (2021). «Un pequeño ensayo sobre un gobierno de coalición gobernando en tiempos de incertidumbre», en AA.VV. *División de poderes en el Estado de partidos*, Marcial Pons, Madrid, pp. 93-122.
- (2022). «Definición y redefinición del constitucionalismo en la era digital», en AA.VV. *La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 97-117.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (2020). «Estado de Derecho y democracia más allá del Estado», en AA.VV. *Derecho público global: fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid.
- HÄBERLE, P. (1998). *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Gutiérrez Gutiérrez, I. (trad.), Trotta, Madrid.
- (2012). «Algunas tesis sobre el presente y el futuro de Europa: una aportación al debate», Balaguer Callejón, F. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 18, pp. 423-427.
- MORELLI, A. (2019). «El reduccionismo populista y sus efectos en la representación política y en la jurisdicción», Sánchez Barrilao, J.F. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 31.

- PACE, A. (2004). «Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI», De La Iglesia Chamarro, A. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, pp. 161-180.
- PALOMBINO, G. (2020). «La construcción del principio de equidad generacional: ¿Hacia una democracia sostenible?», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 33.
- (2022). *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Mondadori, Milano.
- PALOMBINO, G. y 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*, núm. 36, 2021.
- PÉREZ DOMÍNGUEZ, F. (2017). «Unión Europea y Estado social: más allá de las Cartas de Derechos», en AA.VV. *Constitución e integración europea: forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Dykinson, Madrid, pp. 191-212.
- PÉREZ LUÑO, A.E. (1981). «Informática y libertad: Comentario al artículo 18.4 de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 24, pp. 31-54.
- SANAHUJA PERALES, J.A. (2022). «El Pacto Verde, NextGenerationEU y la nueva Europa geopolítica», *Documentos de trabajo (Fundación Carolina)*, núm. 63.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2004). «Sobre la Constitución normativa y la globalización», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 241-261.
- (2005). «Sobre la Constitución normativa y la tecnología», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005, pp. 257-278.
- (2009). «Derecho europeo y globalización mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, pp. 115-150.
- (2011). «Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea», *Videtur quod. Anuario del Pensamiento Crítico*, vol. 2010, pp. 184-201.
- (2012a). «Europa entre crisis económica y crisis constitucional: Constitución, Derecho constitucional y globalización», en AA.VV. *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Fausto Vecchio (ed.), CEDAM, Italia, pp. 371-382.
- (2012b). «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*, vol. 60, núm. 2, pp. 71-110.
- (2013). «La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución española», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 137, pp. 679-712.
- (2016a). «El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional», *Estudios Deusto*, 2016, vol. 64, núm. 2, pp. 225-228.
- (2016b). «El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 26.

- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2017). «Constitucionalismo, (neo)crisis del Estado social e integración europea», en AAVV *Constitución e integración europea: forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Dykinson / Istituto Italiano di Cultura, Madrid, pp. 143-157.
- (2019). «Fundamentalismo, identidades e integración en Europa», en AA.VV. *Perspectivas actuales del proceso de integración europea*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 113-142.
- (2020a). «La crisis del Derecho constitucional multinivel», en AA.VV. *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: Libro homenaje a Jörg Luther*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 181-195.
- (2020b). «Sociedad del miedo y desafección constitucional», *Revista de Derecho Político*, núm. 108, 2020, pp. 97-126.
- (2020c). «El Internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad», *Revista Direito Público*, vol. 17, núm. 92, pp. 157-186.
- (2020d). «La delimitación por el TEDH de líneas rojas en un Derecho global sobre derechos humanos», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. especial «El TEDH en su sesenta aniversario», 2020.
- (2020e). «Globalización y Europa: pasado y presente», en AA.VV. *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, vol. 1, BOE / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 347-374.
- (2021a). «Seguridad y terrorismo como factor de integración constitucional en Europa», en AA.VV. *Sovranità e rappresentanza nell'era della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 283-304.
- (2021b). «La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione», Giacomo Palombino (trad.), *MediaLaws: Rivista di diritto dei media*, 2/2021, pp. 44-66.
- (2021c). *Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: El derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
- (2022a). «Innovación digital, ciudadanía e integración europea», en AA.VV. *Europa, società aperta (I. Problemi attuali e prospettive future)*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 419-443.
- (2022b). «Constitucionalismo digital: entre realidad digital, prospectiva tecnológica y mera distopía constitucional», *Revista da AJURIS*, vol. 49, núm. 152, pp. 395-418.
- (2022c). «European constitutional law and protection of the environment», en AA.VV. *Encyclopedia of contemporary constitutionalism*, Springer, Luxemburgo.
- ZUBOFF, S. (2020). *La era del capitalismo de la vigilancia: la lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Santos, A. (trad.), Paidós Ibérica, Barcelona.

**DAL COSTITUZIONALISMO AMBIENTALE  
A UN COSTITUZIONALISMO PER LE GENERAZIONI FUTURE:  
LE NUOVE DIMENSIONI DELL'ART. 9  
DELLA COSTITUZIONE ITALIANA**

GIACOMO PALOMBINO  
*Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*

**SOMMARIO:** 1. *Quale costituzionalismo? Anche il costituzionalismo ambientale.*—2. *L'ambiente, un (ex) grande assente?*—3. *La revisione costituzionale dei principi.*—4. *Il nuovo art. 9, comma 3, Cost.: opportunità, vocabolario e grandi assenti.* 4.1 *L'opportunità: «cristallizzare» al passo con l'Europa.* 4.2 *Il vocabolario: ambiente, biodiversità, ecosistemi, future generazioni e animali.* 4.3 *Grandi assenti: che fine hanno fatto i cambiamenti climatici?*—5. *Quale costituzionalismo? Anche un costituzionalismo per le generazioni future.*

**1. QUALE COSTITUZIONALISMO? ANCHE IL  
COSTITUZIONALISMO AMBIENTALE**

La parola *ambiente* costituisce ormai una risposta corretta, e chissà necessaria, alla domanda «quale costituzionalismo?». La riflessione sullo stesso, infatti, ha acquisito, nel corso degli ultimi anni, una rilevanza sempre più evidente nel dibattito pubblico e giuridico. Ciò è dipeso da vari fattori, non tutti (o non del tutto) riconducibili alle dinamiche interne agli ordinamenti nazionali. La preoccupazione per le questioni ambientali, infatti, sembra aver occupato una dimensione pienamente costituzionale grazie ad un vero e proprio processo osmotico, ovvero essersi conformata anzitutto a livello internazionale, poi sovranazionale e, solo «in chiusura», nazionale.

Questa è la dinamica cui si è assistito anche nell'ordinamento italiano, dove la Costituzione del '48, nella sua formulazione originaria, non conteneva alcun riferimento testuale all'ambiente e, a ben vedere, neppure implicito. Il concetto di *paesaggio*, infatti, considerato per anni un vero e proprio «supplemente» di quello di ambiente, ovvero interpretato in modo tale da ricomprendere la salvaguardia di quest'ultimo, fu richiamato dai Costituenti alla luce di ben altra accezione: la natura circostante come bene esclusivamente visivo, tant'è che la sua tutela venne abbinata, non accidentalmente, a quella del patrimonio storico e artistico della Nazione.

Ciò era valido nella formulazione originaria dell'art. 9 Cost., appunto, e cioè solo fino a poco tempo fa. Se un primo timido riferimento all'ambiente, infatti, fece il suo esordio nella Costituzione italiana con la revisione del Titolo V nel 2001<sup>1</sup>, è del 2022 l'approvazione di una modifica più incisiva del testo volta a riconoscere piena dimensione costituzionale all'ambiente e ad altri beni oggetto di tutela ad esso collegati. Ci si riferisce alla legge di revisione costituzionale n. 1 del 2022, la quale ha modificato gli artt. 9 e 41 Cost. Nel primo, appare oggi un terzo comma dove si legge che la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»; nel secondo, l'ambiente è ora annoverato come uno dei limiti alla libertà di iniziativa economica privata<sup>2</sup>.

Nelle pagine che seguono, si concentrerà l'attenzione sul solo art. 9 Cost., poiché, per tutta una serie di ragioni che si avrà modo di approfondire, la sua modifica sembra meritare una particolare attenzione da parte dell'interprete. E ciò a partire da un dato, e cioè che la revisione del 2022 è la prima, nella storia repubblicana, ad aver assunto ad oggetto uno dei principi fondamentali. Si tenterà, allora, di evidenziare le opportunità, perseguite o mancate, di una decisione di questo tipo, ma anche rintracciare gli scenari possibili, e potenzialmente critici, che le nuove dimensioni di tutela dell'articolo in parola potrebbero aprire.

## 2. L'AMBIENTE, UN (EX) GRANDE ASSENTE?

Prima del 2022, quella italiana era una delle poche Costituzioni vigenti a non riconoscere dimensione costituzionale alla tutela dell'ambiente. In realtà, questa constatazione non lascia emergere alcuni elementi che meritano di essere analizzati.

<sup>1</sup> Si veda l'art. 117, c. 1, lett. s), Cost. Sul punto, si tornerà *infra*.

<sup>2</sup> Insieme a salute, sicurezza, libertà e dignità umana. Sulla revisione dell'art. 41 Cost., si veda CASSETTI (2022).

In primo luogo, quanto affermato mette da parte il già menzionato art. 117 Cost., così come modificato nel 2001, il cui comma 1, lett. s), include la «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali» tra le materie di competenza esclusiva dello Stato. Ebbene, risulta opportuno spiegare perché questa disposizione, che pure offre spunti interessanti di riflessione, venga tralasciata al momento di riflettere sull'esordio, nel vocabolario costituzionale, della parola «ambiente».

Si inizi dagli spunti di interesse. L'art. 117 Cost. permette di confermare che la configurazione della tutela costituzionale dell'ambiente sia avvenuta attraverso un processo di osmosi. In tal senso, si ricordi che proprio quest'articolo ha rappresentato l'occasione, in sede di revisione del Titolo V, per dare piena copertura costituzionale (fino a quel momento, come noto, comunque rintracciata in via giurisprudenziale) ai «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario», ovvero dalla futura Unione europea (art. 117, co. 1). L'ambiente, dunque, sembra fare ingresso in Costituzione quale riflesso di un'esigenza di conformità delle disposizioni costituzionali con le politiche europee che, già allora, facevano riferimento alle questioni in oggetto, nonché al principio di sostenibilità<sup>3</sup>.

Tuttavia, è da ritenersi che l'art. 117 Cost. detenga, almeno per quanto riguarda l'indagine qui proposta, un ruolo marginale. Il riferimento all'ambiente è lì operato esclusivamente sul piano del riparto di competenze tra Stato e Regioni, così confondendosi nel complesso di un intervento molto più ampio e che fa riferimento, come noto, a un elevato numero di materie (d'altronde, si parla qui della lettera s) del solo comma 1). Di conseguenza, la disposizione richiamata non può considerarsi neanche il preludio della futura conformazione di un vero e proprio principio costituzionale, e quindi elemento irrinunciabile di potenziali schemi di bilanciamento tra interessi.

Oltre all'art. 117 Cost., però, dirigere i meriti della configurazione della dimensione costituzionale dell'ambiente esclusivamente alla revisione del 2022 mette da parte un altro dato, questo non affatto marginale, ovvero il ruolo svolto dalla giurisprudenza costituzionale. Già a partire dagli anni Settanta, che sanciscono il sorgere di una preoccupazione per le politiche ambientali sempre più rilevante a livello internazionale, la Consulta ha infatti

---

<sup>3</sup> L'attenzione europea alle problematiche ambientali si registra a partire dal 1973, con il Primo Programma d'azione, dove si affermava che lo sviluppo delle attività economiche (richiamato dall'art. 2 del Trattato quale uno dei principali compiti della CEE) non poteva più essere programmato in assenza di una lotta efficace all'inquinamento e senza il miglioramento delle generali condizioni ambientali. Da lì, come noto, l'ambiente ha acquisito una rilevanza sempre più evidente nelle politiche europee, fino a trovare piena espressione nei Trattati istitutivi dell'Unione.

posto in essere una vera e propria opera di manutenzione dell'art. 9 Cost., volta soprattutto a renderne gli oggetti di tutela compatibili con le nuove esigenze che andavano delineandosi.

Ciò è stato possibile interpretando il concetto di *paesaggio* in maniera più ampia di come lo intese l'Assemblea Costituente, soprattutto intercettando, tramite quella che è stata definita una vera e propria «sineddoche»<sup>4</sup>, lo stretto legame che esiste tra l'art. 9 e l'art. 32 Cost. Invero, osservando la forte connessione che esiste tra ambiente e diritti fondamentali, sulla scorta di una visione del tutto antropocentrica, la Consulta ha affermato come la tutela della salute obblighi a garantire «situazioni varie e complesse, aventi come denominatore comune gli effetti negativi che determinate attività esplicano sulla natura»<sup>5</sup>.

Seguendo quest'orientamento, la Consulta è giunta a qualificare la tutela dell'ambiente quale «valore costituzionale»<sup>6</sup>. Il Giudice delle Leggi ha sottolineato, infatti, che «l'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita» e che «la sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto»<sup>7</sup>.

Tra l'altro, la giurisprudenza costituzionale sul punto è di grande interesse anche per una ragione ulteriore, e cioè perché si caratterizza per molteplici elementi di giustizia intergenerazionale, così anticipando, sostanzialmente, l'ulteriore inciso del nuovo art. 9, c. 3, Cost. D'altronde, non poteva essere diversamente, vista la connessione strettissima tra la tutela dell'ambiente e quella delle future generazioni, questioni emerse nel dibattito giuridico, e da allora sempre trattate, parallelamente. La tutela dell'ambiente, infatti, deve necessariamente ispirarsi a un principio di equità generazionale, considerato che, manifestandosi il danno ambientale, normalmente, durante archi temporali più o meno estesi, sono principalmente coloro che ancora non esistono che potrebbero risentire di decisioni (non) adottate in passato.

Tutto ciò dimostra, in definitiva, come, ben prima della modifica dell'art. 9 Cost., la giurisprudenza costituzionale, a dimostrazione del suo ruolo di interprete in una società in continua evoluzione e dunque di trasformatore di nuove

<sup>4</sup> Cit. MENGONI (1996).

<sup>5</sup> Cit. PATTI (1979).

<sup>6</sup> «Il patrimonio paesaggistico e ambientale costituisce eminente valore cui la Costituzione ha conferito spiccato rilievo (art. 9, secondo comma), imponendo alla Repubblica – a livello di tutti i soggetti che vi operano e nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali – di perseguirne il fine precipuo di tutela», cit. sentenza della Corte costituzionale n. 167 del 1987.

<sup>7</sup> Cit. sentenza della Corte costituzionale n. 641 del 1987.



esigenze o pretese in beni giuridici di rilevanza costituzionale, avesse già pienamente configurato la dimensione costituzionale della tutela dell'ambiente e delle generazioni future<sup>8</sup>. La Corte, infatti, ha captato quel «processo evolutivo diretto a riconoscere una nuova relazione tra la comunità territoriale e l'ambiente che la circonda, all'interno della quale si è consolidata la consapevolezza del suolo quale risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell'equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale»<sup>9</sup>.

### 3. LA REVISIONE COSTITUZIONALE DEI PRINCIPI

È nel quadro appena descritto che si inserisce la legge di revisione costituzionale n. 1 del 2022, volta sostanzialmente a cristallizzare quanto già affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Rispetto alla revisione, ci si vuole anzitutto concentrare, seppur brevemente, sulla sua ammissibilità sul piano procedurale. Per quanto, infatti, non sembrino esserci profili di contrasto con i limiti (espressi e non) posti al procedimento *ex art.* 138 Cost., la modifica di un principio costituzionale non poteva che suscitare l'attenzione degli interpreti, soprattutto considerato, come si evidenziava nelle premesse, che questa è stata la prima volta che il legislatore è giunto ad approvare una modifica di uno dei primi dodici articoli della Carta.

Sul punto, è noto come la Corte costituzionale si sia in passato espressa sulla configurabilità di limiti impliciti al potere di revisione, da affiancare all'unico esplicito, corrispondente alla forma repubblicana e previsto dall'art. 139 Cost. La Consulta, in particolare, ha affermato come non possano essere modificati quei principi che «appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana», i quali «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale»<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> In generale, D'ALOIA (2016).

<sup>9</sup> Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 179 del 2019. In questo stesso senso, cfr. anche sentenza della Corte costituzionale n. 71 del 2020.

<sup>10</sup> In particolare, la Consulta ha in passato affermato che non possa ricorrersi all'art. 138 Cost. per modificare «i principi supremi», che in quanto tali «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale». Allo stesso tempo, secondo la Corte, questi ultimi sono da considerarsi sia «i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana», cit. sentenza della Corte costituzionale n. 1146 del 1988.

Ebbene, la revisione dell'art. 9 Cost., così come approvata dal Parlamento italiano, non sembra potersi considerare «sovversiva»<sup>11</sup> del contenuto essenziale dei principi fondamentali, e ciò per due ordini di ragioni. La prima è che quella in oggetto sarebbe da qualificarsi come una «revisione bilancio»<sup>12</sup>, e cioè volta non ad aggiungere o modificare garanzie all'interno della Carta, bensì a cristallizzare, come evidenziato, un'evoluzione della stessa che si è già registrata e consolidata attraverso la giurisprudenza costituzionale. La seconda è che il revisore costituzionale è stato attento a non intervenire direttamente sul testo originario dell'articolo (i primi due commi, per intendersi), bensì ha scelto di aggiungerne *ex novo* un terzo, non deformando così la «traiettoria circolare»<sup>13</sup> disegnata dal Costituente attorno ai beni originariamente tutelati dal medesimo articolo.

Tra l'altro, proprio sulla base di questi elementi, può confermarsi l'intento «migliorativo» della revisione, non solo in quanto diretta ad ampliare le garanzie della Carta, ma anche perché idonea a ricondurre l'interpretazione del testo originario dell'articolo sui binari tracciati dall'Assemblea Costituente. Infatti, rivolgere le tutele dell'art. 9 anche espressamente all'ambiente annulla la necessità di praticare uno sforzo interpretativo dinanzi al concetto di paesaggio, il quale riacquista il suo valore «visivo», da doversi leggere (come indicato dal Costituente e in virtù di un profilo sistematico) in maniera strettamente connessa con il riferimento al patrimonio culturale della Nazione<sup>14</sup>.

In realtà, proprio in questa direzione alcuni ravvisano un'incongruenza della revisione con il disposto originario della Carta, o comunque paventano rischi in punto di bilanciamento alla luce di eventuali contrasti, in concreto, tra paesaggio e ambiente, la cui protezione potrebbe, effettivamente, entrare in conflitto<sup>15</sup>. Ad avviso di chi scrive, il problema non sussiste: in primo luogo, tale bilanciamento, in concreto, si proporrebbe comunque, a prescindere da un riferimento testuale all'ambiente, la cui tutela già trovava copertura costituzionale proprio sulla base di una lettura più ampia del concetto di paesaggio; in secondo luogo, ritenere che la legge di revisione abbia dato vita a un «rischio» di questo tipo non fa altro che confermarne la necessaria approvazione, perché finirebbe con l'ammettere, in altri termini, che l'ambiente è carente di una copertura costituzionale proprio come il paesaggio; infine, scopo ultimo della

<sup>11</sup> Si rinvia ancora alla sentenza della Corte costituzionale n. 1146 del 1988.

<sup>12</sup> Si veda CECCHETTI (2021).

<sup>13</sup> Cit. AINIS, FIORILLO (2015).

<sup>14</sup> Su questi temi, si rinvia a CATALDI, PAPA (2007).

<sup>15</sup> Solo per intendersi, si pensi al caso dell'installazione di pale eoliche, che se per un lato tutelano l'ambiente, grazie all'energia rinnovabile che alimentano, dall'altro lato incidono negativamente sul paesaggio.

revisione è stato proprio quello di porre l'ambiente al centro del bilanciamento costituzionale, che non costituisce mai un «difetto» delle garanzie della Carta, bensì il suo principale scopo, perseguito tramite i meccanismi (un giudizio di costituzionalità accentrato, *in primis*) da essa stessa previsti.

Alla luce di questi elementi, allora, sembra potersi ritenere che non vi siano ostacoli relativamente all'ammissibilità della revisione di un principio fondamentale, almeno nei termini qui esposti: non esistono limiti formali, il procedimento è stato pienamente rispettato e, pur volendo intendere i primi dodici articoli come parte essenziale di un nucleo sottratto all'opera del legislatore, ciò non varrebbe in presenza di una modifica migliorativa. Ammesso, naturalmente, che quella introdotta dalla legge di revisione n. 1 del 2022 lo sia. Per quanto, infatti, almeno a una prima lettura, sembrano esservi tutti gli elementi idonei a reputarla tale, alcuni dubbi, in tal senso, non mancano. Per analizzarli, però, è necessario passare al piano sostanziale, ovvero analizzare il testo del nuovo comma 3 dell'art. 9 Cost.

#### 4. IL NUOVO ART. 9, COMMA 3, COST.: OPPORTUNITÀ, VOCABOLARIO E GRANDI ASSENTI

##### 4.1 L'opportunità: «cristallizzare» al passo con l'Europa

Quello del 2022 non costituisce il primo tentativo di revisione costituzionale dell'art. 9. Anche nel 2004, per esempio, si tentò di aggiungere un terzo comma all'articolo, nel quale voleva affermarsi che la Repubblica «tutela l'ambiente e gli ecosistemi, anche negli interessi delle future generazioni. Protegge la biodiversità e promuove il rispetto degli animali» (A. C. 4307, 23 ottobre 2004).

In seguito, nel 2008, si propose di riunire i due commi dell'articolo vigente e aggiungere un nuovo secondo comma che affermasse che la Repubblica «riconosce l'ecosistema come bene inviolabile della Nazione e del pianeta, appartenente a tutto il genere umano, e ne incentiva la protezione dalle alterazioni e dalle contaminazioni ambientali. Garantisce il rispetto degli animali e delle biodiversità» (proposta di Legge costituzionale n. 228 del 2008).

Più articolata fu la proposta di revisione del 2012, diretta ad aggiungere quattro commi all'art. 9, dove voleva specificarsi a cosa fosse diretta la tutela dell'ambiente (conservazione, gestione razionale e condizioni di aria, acque e suolo) e affermarsi i doveri dei cittadini nei confronti delle generazioni future. Nella proposta di Legge costituzionale n. 5660 del 2012 si proponeva di ag-

giungere all'art. 9 i seguenti quattro commi: «Riconosce a tutti i cittadini il diritto alla tutela dell'ambiente e promuove le condizioni che rendono effettivo questo diritto»; «Il diritto alla tutela dell'ambiente è esercitato individualmente o collettivamente nell'ambito delle leggi che lo regolano»; «Ogni cittadino ha il dovere di rispettare e di conservare le risorse culturali e naturali, in adempimento del principio di solidarietà sociale, anche per tutelare il diritto alla tutela dell'ambiente delle generazioni future»; «Il diritto alla tutela dell'ambiente è inteso come diritto alla conservazione, alla gestione razionale e al miglioramento delle condizioni naturali dell'aria, delle acque e del suolo».

Nessuna di queste proposte, ognuna caratterizzata da elementi di interesse, raggiunse le maggioranze necessarie per essere approvata. Proprio questo aspetto, allora, porta a riflettere sul perché, nel 2022, il Parlamento abbia raggiunto la maggioranza qualificata necessaria, tra l'altro al termine di un dibattito poco vivace all'interno delle due Camere.

La ragione di ciò sembra potersi riassumere nella volontà di dare seguito alle politiche europee che negli ultimi anni hanno posto al centro dei loro obiettivi la salvaguardia dell'ambiente e specifici temi alla stessa connessi, su tutti la lotta ai cambiamenti climatici. Il riferimento, come è evidente, è al *Green New Deal* e, ancora di più, al *Next Generation EU*, il quale ha destinato gran parte dei fondi che finanziano i progetti europei di ripresa proprio alla transizione ecologica<sup>16</sup>. La revisione costituzionale, in questo senso, sembra avere come principale obiettivo quello di confermare e rendere evidente l'impegno dell'Italia relativamente alle sfide ambientali<sup>17</sup>, come peraltro si evince dal PNRR<sup>18</sup>.

Al momento, in realtà, non è ancora chiaro come il nuovo comma dell'art. 9 Cost. possa realmente promuovere una maggiore attenzione alle politiche ambientali. D'altronde, l'adesione dell'Italia alle sfide europee sul punto, come dimostra lo stesso PNRR, è antecedente all'intervento di riforma. Da questo punto di vista, può di certo affermarsi che il riferimento testuale all'ambiente e agli altri beni ad esso connessi dovrebbe costituire, quantomeno, una buona «carta di presentazione», rimanendo quella italiana, prima della modifica, una delle poche costituzioni, europee ma non solo, a non contenere alcun riferimento preciso allo stesso (almeno nei termini precedentemente delineati).

<sup>16</sup> Le conseguenze della crisi pandemica si stanno rilevando un momento importante per riflettere sugli stili di vita della società contemporanea e in particolare sui modelli economico-produttivi promossi finora, tanto che la transizione verde e la connessa transizione digitale costituiscono gli elementi principali delle strategie di ripresa dei paesi membri dell'Unione europea.

<sup>17</sup> Cfr. SALVEMINI (2021).

<sup>18</sup> Sul punto, si consenta un rinvio a PALOMBINO (2022b).

Non vi è dubbio, questo è certo, che la Costituzione italiana, prima del 2022, avesse comunque tenuto il passo dell'evoluzione europea in materia ambientale grazie agli interventi della Corte, la quale ha sostanzialmente tradotto sul piano costituzionale, e proprio ricorrendo all'art. 9 Cost., l'esigenza di riconoscere rilevanza alla salvaguardia ambientale, accanto a quella paesaggistica.

Tuttavia, sempre in questa direzione, bisogna evidenziare come la scelta di cristallizzare la tutela dell'ambiente all'interno dell'art. 9 Cost. annulli, in qualche modo, il rischio che, in futuro, possano prevalere interpretazioni giurisprudenziali diverse da quelle conosciute sino ad oggi. Il bilanciamento è, di per sé, dinamico, e questo comporta che, a seconda del concreto periodo storico in cui viene posto in essere, alcuni beni possano non resistere a un maggiore interesse contrapposto, soprattutto quando gli stessi non godono di un riferimento esplicito. D'altronde, lo stesso Costituente italiano non prevede in alcun modo (ma tra quelli del secondo dopoguerra non è l'unico, sia chiaro) un riferimento all'ambiente.

Insomma, il fatto che l'orientamento prevalente durante anni sia stato quello di ampliare l'interpretazione dell'art. 9 Cost., includendovi la tutela dell'ambiente, non escludeva il rischio che tale orientamento potesse invertirsi nuovamente, a favore di una lettura più restrittiva del concetto di *paesaggio*; al contrario, dunque, che vi sia un riferimento testuale ha un significato preciso, soprattutto perché obbliga il giudice costituzionale a tenerne conto, ferma restando, naturalmente, la natura dinamica del bilanciamento<sup>19</sup> e quindi la possibilità, a seconda dei casi concreti, che lo stesso possa propendere, talvolta, per la prevalenza di interessi distinti da quelli connessi alla salvaguardia dell'ambiente<sup>20</sup>.

Ciò che la modifica del 2022 assicura, allora, non è la prevalenza dei nuovi beni oggetto di tutela su quelli già previsti dal testo costituzionale (naturalmente), bensì proprio il bilanciamento delle tutele già previste dal testo costituzionale con quelle contenute nella nuova disposizione. Una volta principio costituzionale, principio costituzionale per sempre: anche l'ambiente, e gli altri beni ad esso testualmente collegati, rientrano ormai in quel nucleo duro escluso dalla possibilità di revisione. A meno che, naturalmente, non sia necessario accrescerne le garanzie (o migliorarne la formulazione).

<sup>19</sup> Sul punto, MORRONE (2008).

<sup>20</sup> Ciò vale anche per il riferimento alle generazioni future, essendo evidente che «la presenza di riferimenti alle generazioni future all'interno di disposizioni costituzionali che mirano alla disciplina di un oggetto determinato rafforza l'obbligo dei destinatari di quella disposizione di tenere in conto, nel momento del bilanciamento, gli interessi degli uomini che verranno», BIFULCO (2008, 127).

#### 4.2 Il vocabolario: *ambiente, biodiversità, ecosistemi, future generazioni e animali*

È proprio ripartendo da quest'ultima considerazione che ci si vuole chiedere se i termini a cui ha fatto ricorso il revisore soddisfino l'esigenza (ammesso che vi fosse) di dedicare all'ambiente e alle generazioni future un espresso riferimento in Costituzione e se ciò sia avvenuto in sintonia con le politiche europee e, più in generale, con la costruzione che in Europa stanno vivendo i temi in oggetto.

In tal senso, si registra innanzitutto una confusione di fondo sul piano strettamente lessicale, dovuta alla scelta del legislatore costituzionale di fare espressamente riferimento a tre diversi beni, ovvero *ambiente, biodiversità* ed *ecosistemi* (questi ultimi, tra l'altro, indicati al singolare nell'art. 117 Cost., non lasciando bene intendere quanti siano). Infatti, sulla base sia del linguaggio delle scienze ecologiche e biologiche, sia di quello normativo e giurisprudenziale, una scelta di questo tipo si dimostra, almeno parzialmente, ingiustificata. Come rilevato da alcuni, «il lemma «ambiente» (...) è considerato solitamente idoneo di per sé a comprendere (...) anche la pluralità di tutti gli «ecosistemi», all'interno dei quali si sviluppano gli elementi della «biodiversità» che sono frutto (oltre che fattore) degli equilibri di coesistenza tra le varie specie biotiche, in relazione con il clima e le risorse naturali abiotiche»<sup>21</sup>.

Ma al di là della questione strettamente terminologica, dal punto di vista costituzionalistico questa sovrapposizione lessicale (a cui si aggiungono, tra l'altro, ulteriori cortocircuiti dovuti al riferimento agli *animali*) è potenzialmente idonea a generare criticità in punto di bilanciamento, non potendosi dare per scontata, in concreto, una piena coincidenza tra la salvaguardia dell'ambiente, nel suo complesso, e le sue specificazioni.

Avrebbe forse risolto queste problematiche, restituendo omogeneità alla nuova formulazione dell'art. 9 Cost., il riferimento espresso al principio di sostenibilità, che di fatto appariva nella proposta originariamente presentata in Senato<sup>22</sup>. Inoltre, declinare l'esigenza di dare una copertura costituzionale testuale alla salvaguardia dell'ambiente in termini di sostenibilità avrebbe, da un lato, giustificato ulteriormente l'intento di revisione, considerato che ad oggi il concetto di sostenibilità si legge solo all'interno dell'art. 97 Cost.<sup>23</sup>, e, dall'altro lato, avrebbe dimostrato una maggiore sintonia con la dimensione

<sup>21</sup> Cit. CECCHETTI (2021, 299).

<sup>22</sup> Si rinvia al seguente link: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/344113.pdf>.

<sup>23</sup> Su questo aspetto si avrà modo di tornare nel paragrafo successivo.

europea della tutela. Quest'ultima, infatti, vede i criteri della sostenibilità come il tramite, e non il frutto, che ha portato alla configurazione di una maggiore attenzione alle questioni ambientali.

A questa considerazione potrebbe però opporsi l'idea per cui, in realtà, il principio di sostenibilità sarebbe da considerarsi assorbito nel riferimento all'«interesse delle future generazioni». Genera alcune perplessità, tuttavia, il ricorso al concetto di *interesse*, laddove non è chiaro se vi si faccia riferimento in senso tecnico, cioè richiamando una vera e propria situazione giuridica soggettiva, o a-tecnico, ovvero quale mero collante all'interno della costruzione della disposizione.

Ebbene, per quanto probabilmente, in sede deliberativa, sia prevalsa la seconda delle due opzioni proposte, non può negarsi come soprattutto all'interno di una Costituzione, e ancor di più dei suoi principi fondamentali, i termini vadano letti (e utilizzati) alla luce di uno specifico vocabolario, di cui tra l'altro proprio la Carta è la principale espressione. Il riferimento operato dal legislatore potrebbe dunque essere all'interesse legittimo<sup>24</sup> ma, ancora più nello specifico, all'interesse diffuso che proprio in materia di salvaguardia dell'ambiente rintraccia gran parte della sua costruzione<sup>25</sup>.

Una scelta di questo tipo genera, però, varie conseguenze: innanzitutto, il legislatore ammetterebbe la possibilità di riferirsi a chi ancora non esiste in termini di soggetti, considerandoli titolari di una specifica situazione soggettiva, che coincide con una lettura interessante ma senza dubbio problematica; in questa medesima direzione, si escluderebbe la possibilità, anch'essa di non agevole accesso, di rivolgersi al futuro in chiave di diritti, linea di indagine da alcuni non del tutto esclusa, almeno secondo precise impostazioni; e infine, parallelamente, escluderebbe la possibilità di considerare sottesa alla tutela dell'ambiente la garanzia di diritti in generale, cioè avendo riguardo anche alle generazioni presenti. A creare quest'ultimo equivoco, in particolare, è proprio l'avverbio *anche*, che sembra legare la tutela dei beni oggi richiamati dall'art. 9, co. 3, Cost., agli *interessi* sia di chi già esiste sia di chi esisterà. Si è avuto modo di osservare, però, come la salvaguardia dell'ambiente si diriga alla tu-

<sup>24</sup> In generale, cfr. SCOCA (2017).

<sup>25</sup> Sul punto, cfr. GIANNINI (1976); NIGRO (1987). In particolare, si ricordi che per interessi diffusi si intendono quelle «posizioni soggettive giuridicamente rilevanti, la cui peculiarità è data dal fatto che la titolarità di essi è vantata in proprio da organizzazioni di tipo associativo, legittimate ad agire per la tutela non già di interessi particolaristici dei singoli componenti, bensì di interessi comuni agli iscritti, riferibili alla sfera categoriale complessivamente ed unitariamente considerata», cit. CARINGELLA (2022, 28). A ben vedere, una configurazione di questo tipo, che tra l'altro trova in materia ambientale la sua principale declinazione, come ricorda lo stesso Autore (v. op. ult. cit., 36) potrebbe risultare interessante in funzione del fatto che è diretta proprio alla deducibilità in giudizio di interessi superindividuali.

tela di una sfera di situazioni più complessa e articolata, che coinvolge la persona (del presente e del futuro) in tutte le sue dimensioni<sup>26</sup>. In altri termini, pur volendo escludere la possibilità di ragionare in termini di diritti con riferimento a chi ancora non esiste, la stessa lettura non può proporsi con le generazioni presenti, i cui diritti sono invece senza dubbio legati alla conservazione di un ambiente sano, come d'altronde evidenziato dalla stessa Corte costituzionale (ritorna la «sineddoche» tra artt. 9 e 32 Cost.).

### 4.3 Grandi assenti: che fine hanno fatto i cambiamenti climatici?

Alle criticità appena evidenziate se ne aggiunge un'altra, di non poca rilevanza, ovvero non aver fatto nessuna menzione ai cambiamenti climatici. Infatti, una volta maturata la decisione, tra l'altro largamente condivisa dalle rappresentanze, di intervenire sui principi fondamentali, avrebbe avuto senso formulare il testo del nuovo comma (già ricco di incongruenze) facendo almeno esplicito riferimento a una delle sfide cruciali di questo secolo: ridurre l'emissione dei gas a effetto serra e mantenere il riscaldamento globale sotto le soglie indicate dagli Accordi di Parigi<sup>27</sup>.

Questa posizione potrebbe sembrare poco condivisibile per una serie di ragioni: la Costituzione non può trasformarsi nell'elenco di tutte le questioni che interessano, nel corso del tempo, la società cui rivolge le sue garanzie, considerato che queste ultime sono anche il risultato di una giurisprudenza che può ricavarne la dimensione costituzionale a prescindere da riferimenti espressi, come di fatto avvenuto per anni con l'ambiente; ma soprattutto, potrebbe ritenersi che un riferimento al clima sarebbe stato del tutto irrilevante perché quanto previsto dal nuovo comma già include, anche se non espressamente, l'impegno della Repubblica nella sfida climatica.

Per ragionare su questi punti, è necessario partire da due constatazioni in particolare: l'ordinamento italiano è tra i pochissimi, in Europa, a non aver ancora adottato una legge in materia di lotta ai cambiamenti climatici; la giustizia climatica non vede, per ora, nessun esempio nella giurisprudenza italiana (ordinaria, di legittimità o costituzionale), almeno in attesa della conclusione, dinanzi al Tribunale civile di Roma, della prima causa climatica,

---

<sup>26</sup> Non vi è dubbio, infatti, che in materia di ambiente sia il legislatore che la giurisprudenza abbiano parlato di interessi legittimi e interessi diffusi, ma allo stesso tempo, soprattutto il giudice costituzionale, ha dimostrato come alla salvaguardia dell'ambiente corrispondano veri e propri diritti, in particolare quello alla salute.

<sup>27</sup> In generale, SALVEMINI (2021).



nota come «Giudizio Universale»<sup>28</sup>. Ebbene, queste constatazioni sono da considerarsi il sintomo di un dibattito giuridico, in generale, ma legislativo e giurisprudenziale, nello specifico, ancora scarso; o addirittura deludente, se si pratica un rapido confronto con gli altri paesi membri dell'Unione<sup>29</sup>.

Tra l'altro, se ragioniamo proprio tenendo conto del contesto europeo, può ritenersi che, nonostante l'intento di stare al passo con le politiche dell'Unione, come si affermava prima, l'ordinamento italiano rappresenti un «fanalino di coda», sul piano delle politiche interne, rispetto alla sfida climatica. Si ricordi, infatti, che l'Ue si è posta l'obiettivo, a partire dall'adozione del *Green new deal*, di convertirsi nel primo continente a emissioni zero di anidride carbonica, traguardo ancora lontano dal compiersi ma che di certo assiste a un impegno evidente, sul piano legislativo e giurisprudenziale, da parte degli altri paesi europei. L'Italia, per le ragioni già evidenziate, costituisce un'eccezione.

La domanda è dunque se un riferimento espresso al clima nel testo della Carta costituzionale sarebbe risultato utile in questa direzione o se, al contrario, parlare di ambiente, biodiversità ed ecosistemi possa considerarsi una strada comunque sufficiente ad affrontare la sfida climatica. Sul punto, è necessario fare una precisazione: ambiente e clima non sono beni sovrapponibili, o almeno non del tutto. La salvaguardia dell'ambiente e i rischi ambientali, in termini generali, sono il più delle volte circoscrivibili da un punto di vista territoriale, essendo la relativa responsabilità riconducibile, quasi sempre, al singolo Stato. Insomma, la tutela dell'ambiente può essere letta e declinata rispettando i tradizionali criteri della sovranità<sup>30</sup>.

Al contrario, la sfida climatica rappresenta una questione intrinsecamente globale, motivo per cui non coincide del tutto con i riferimenti testuali all'ambiente (e i suoi «annessi»). La relativa responsabilità, infatti, non può essere circoscritta all'interno dei confini di un singolo territorio, per quanto, naturalmente, possa verificarsi chi rispetta o meno, o a che livello siano rispettati, i criteri individuati dagli Accordi di Parigi per favorire un abbassamento delle temperature globali. È per queste ragioni che quella climatica, così come altre sfide contemporanee<sup>31</sup>, richiede di rileggere sotto una luce nuova quel binomio che vede il concetto di costituzionalismo strettamente legato a quello di sovranità. Pensare o affermare che la Costituzione non possa fornire risposte a sfide globali è, al giorno d'oggi, da considerarsi non solo errato ma anche rischioso,

<sup>28</sup> Si rinvia a CAMPEGGIO (2022).

<sup>29</sup> In materia di giustizia climatica, in generale, si veda ZAMORA CABOT, SALES PALLARÉS, MARULLO (2021).

<sup>30</sup> In generale, si veda GÓMEZ SÁNCHEZ (2023).

<sup>31</sup> In particolare, ci si riferisce a quella tecnologica, su cui si rinvia a BALAGUER CALLEJÓN (2023b).

perché sostanzialmente non si farebbe altro che professare una sostanziale impotenza delle garanzie costituzionali in un mondo globalizzato, dove la maggior parte delle minacce alla tutela dei diritti maturano fuori dallo Stato<sup>32</sup>.

A tutto ciò, si aggiunge una considerazione ulteriore, e cioè che la questione climatica non possa, o non dovrebbe, considerarsi una vera e propria crisi, assimilabile a quelle cui si è assistito negli ultimi anni<sup>33</sup>. Se così fosse, auspicarne un richiamo in Costituzione sarebbe una pretesa eccessiva, perché appunto ci troveremmo dinanzi a una situazione straordinaria e destinata, in un certo senso, a concludersi<sup>34</sup>. Il clima, al contrario, è divenuto una questione sistemica, o forse lo è sempre stato ma solo oggi se ne conosce l'entità. Ciò richiede di invertire le regole di un modello economico consolidato, basato sullo sfruttamento dei combustibili fossili, e non più sostenibile, ammesso che lo sia mai stato. Insomma, come affermato da alcuni, si tratta di una vera e propria transizione costituzionale, non di un'emergenza<sup>35</sup>.

In definitiva, un richiamo al clima, visto il vocabolario impreciso e in un certo senso contraddittorio della legge di revisione, avrebbe costituito almeno un elemento di reale novità e di impulso, utile a porre l'ordinamento italiano al passo con una sfida globale che, giova ribadirlo, costituisce un tassello fondamentale dei più recenti interventi europei; o comunque, senza dubbio, il tema attorno a cui l'Ue sta cercando di imporsi quale leader a livello mondiale. Inoltre, avrebbe offerto uno spunto alla giurisprudenza, costituzionale ma non solo, per accertare eventuali responsabilità dello Stato in termini di adempimento degli obiettivi climatici, come avvenuto, e la casistica sempre più ampia lo dimostra<sup>36</sup>, in altri paesi membri dell'Unione. Un'occasione mancata, forse, o semplicemente rimandata.

## 5. QUALE COSTITUZIONALISMO? ANCHE UN COSTITUZIONALISMO PER LE GENERAZIONI FUTURE

Le opinioni, talvolta contrastanti, espresse nel corso di queste pagine fanno sorgere una domanda, e cioè se una revisione imperfetta sia comunque da preferirsi al silenzio del legislatore e di riflesso, in questo caso, del medesimo

<sup>32</sup> Sul punto, sono note le posizioni di FERRAJOLI (2022).

<sup>33</sup> (quella finanziaria del 2008 e quella sanitaria del 2020)

<sup>34</sup> Per una riflessione generale, si rinvia a BILANCIA (2020).

<sup>35</sup> Sul punto, di veda il capitolo di GALLARATI, contenuto in questa medesima opera.

<sup>36</sup> Tra le più rilevanti, si pensa alla sentenza della Corte federale costituzionale tedesca del 2021. Per un commento, si rinvia a PALOMBINO, SÁNCHEZ BARRILAO (2021) e a PORTOCARRERO QUISPE (2022). Per un'analisi più ampia, v. GALLARATI (2022) e (2023).

testo costituzionale<sup>37</sup>. Insomma, la trattazione sembra quasi richiedere un conclusivo confronto tra i meriti e i difetti di una legge di revisione costituzionale apparentemente «innocua», ma che, tuttavia, sarebbe un errore ritenere tale. E non tanto (o non solo) per il suo specifico contenuto, ma perché, in fondo, negare l'utilità «pratica» di una revisione costituzionale, soprattutto quando ha riguardo a uno dei principi fondamentali, rischierebbe di svuotare di senso e contenuto normativo la medesima Costituzione<sup>38</sup>. Al contrario, modificarne il testo ha sempre un significato e comporta necessariamente degli effetti; o almeno, proprio dimostrare ciò dovrebbe costituire il ruolo del costituzionalista, quello di affermare la validità e l'efficacia del testo costituzionale quale Legge fondamentale dell'ordinamento, per quanto possano condividersi o meno il vocabolario e i risvolti pratici di alcune sue disposizioni.

Anche nel caso della legge di revisione n. 1 del 2022, pertanto, un risvolto pratico esiste ed è quello di cristallizzare non tanto, o non solo, i beni oggetto delle tutele di cui al nuovo comma dell'art. 9 Cost., bensì il loro stesso bilanciamento. Ovvero obbligare il legislatore a tener conto di tutte le dimensioni di tutela che si rinvergono nel disposto e, quando ciò non avviene, a consentire alla Corte di farne valere l'efficacia, nelle forme che si conoscono. La domanda che ci si poneva, dunque, non deve vertere tanto sul dubbio che la revisione in parola detenga realmente la capacità di innovare l'ordinamento giuridico, poiché tale capacità è intrinseca al significato stesso della Costituzione rigida; il quesito deve vertere, al contrario, proprio sulla scelta di praticare tale cristallizzazione, alla luce del testo che ne risulta.

Al momento, è difficile fornire una risposta chiara, che potrà emergere solo monitorando l'attività legislativa e la giurisprudenza costituzionale. Certo, l'art. 9 Cost. ha sempre costituito un chiaro esempio di quella «presbiopia» del Costituente cui faceva cenno Calamandrei<sup>39</sup>, considerato che «sin dalla sua stesura ne appariva chiara la natura elastica, la saggezza di una previsione normativa aperta in grado di guardare lontano», essendo riuscito a svolgere «una vera e propria funzione pedagogica, offrendo una copertura costituzionale ad evoluzioni socio-culturali di spessore, come è stato per la mutata attenzione verso le problematiche ambientali»<sup>40</sup>. Il timore, allora, è che ampliarne il contenuto possa, paradossalmente, limitarne l'elasticità, ovvero renderne l'architettura più articolata e complessa, riducendo, di conseguenza, gli spazi di manovra dell'interprete, non più così ampi come originariamente formulati dal Costituente. A questa considera-

<sup>37</sup> Per una riflessione critica, si legga FROSINI (2021).

<sup>38</sup> Sul concetto di Costituzione normativa cfr., tra gli altri, BALAGUER CALLEJÓN (2023a).

<sup>39</sup> Seduta dell'Assemblea Costituente di martedì 4 marzo 1947.

<sup>40</sup> Cit. BETZU (2008, 79).

zione, inoltre, si aggiungono tutti i dubbi, espressi in queste pagine, sul vocabolario adottato dal Costituente. Tra questi, forse il più significativo rimane la scelta di rivolgersi alle generazioni future in termini di *interessi*.

Tuttavia, ferme restando queste perplessità, è forse proprio la volontà di riferirsi espressamente a coloro che ancora non esistono a determinare il vero punto di interesse della modifica. Nonostante la cura del futuro, infatti, possa considerarsi un elemento intrinseco a qualsiasi Carta costituzionale, che nasce per l'avvenire<sup>41</sup> e si fonda su un patto anche intergenerazionale<sup>42</sup>, leggerne oggi un richiamo in Costituzione ne è la prova tangibile. Il futuro gode di una sua dimensione giuridica e merita di essere oggetto di una specifica protezione sul piano delle garanzie costituzionali: merito del nuovo art. 9, c. 3, Cost., dunque, è proprio quello di rendere l'avvenire e coloro che lo vivranno espressione di un principio di equità generazionale<sup>43</sup>, ormai da intendersi pienamente quale parametro di legittimità<sup>44</sup>.

E ciò non ha nulla a che vedere, si badi bene, con la possibilità di attribuire ad esseri futuri qualsiasi tipo di situazione soggettiva: chi non esiste non può considerarsi titolare né di diritti né di interessi. Ciò, tuttavia, non esclude affatto l'obbligo delle generazioni presenti, e in particolare del decisore politico, di tener conto del futuro al momento di adottare decisioni che potrebbero comprometterne o aggravarne l'esistenza, in particolare in punto di politiche ambientali. Anche rispetto a questo aspetto, naturalmente, vi è un certo grado di incertezza rispetto a come l'attività legislativa si conformerà a questo principio. Fa ben sperare, però, la giurisprudenza costituzionale, già ricca di riferimenti alla tutela dell'avvenire<sup>45</sup>.

In definitiva, quella del 2022 rimane una revisione imperfetta: innecessaria, per alcuni aspetti, lacunosa (o migliorabile, a seconda dei punti di vista), per altri. Ciononostante, è una riforma che fa sperare, quantomeno, perché riflette precise preoccupazioni che il Parlamento ha espresso attraverso la sua stessa approvazione<sup>46</sup>. Su tutte, quella di riaffermare come l'ambiente rappresenti un prerequisito della tutela dei diritti, essendo condizione necessaria dell'esistenza stessa dell'essere umano. Garantirne e custodirne l'integrità, dunque, è un obbligo nei confronti di chi già esiste e, soprattutto, di coloro che esisteranno.

<sup>41</sup> Tra gli altri, KIRCHHEIMER (1982).

<sup>42</sup> In tal senso, si legga HÄBERLE (2009).

<sup>43</sup> Si consenta un rinvio a PALOMBINO (2022).

<sup>44</sup> In generale, BROWN WEISS (2013).

<sup>45</sup> In generale, BIFULCO, D'ALOIA (2008). Interessante, in questa prospettiva, l'indagine in materia di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito, di cui parla LUCIANI (2016).

<sup>46</sup> Si rinvia a THOMPSON (2010) per quanto riguarda il dibattito circa il «presentismo» della democrazia. In materia di rappresentanza, si veda anche PAPA (1998).

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AINIS M.-FIORILLO M. (2015). *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*. Giuffrè. Milano.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2023a). *Fuentes del Derecho*. CEPC: Madrid.
- (2023b). *La costituzione dell'algoritmo*. Traduzione dallo spagnolo di G. Palombino. Mondadori-Le Monnier. Milano.
- BETZU, M. (2008). «Art. 9». In S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*. Milano.
- BIFULCO, R. (2008). *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*. Franco Angeli. Milano.
- BIFULCO, R., D'ALOIA A. (2008). *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*. Jovene, Napoli, 2008.
- 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*, in *Consulta online*
- BROWN WEISS, E. (2013). «Intergenerational equity». *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press. Oxford.
- CAMPEGGIO, G. (2022). «La causa 'Giudizio Universale' e il problema della verità». *Diritti comparati*.
- CARINGELLA, F. (2022). *Manuale di diritto amministrativo*. DIKE, Roma.
- CASSETTI, L. (2022). *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di «nuovi» equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*. In *federalismi.it*, n. 4, 2022.
- CATALDI, G.; Papa, A. (a cura di) (2007). *Ambiente, diritti ed identità culturale*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- CECCHETTI, M. (2021). *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, p. 298.
- D'ALOIA, A. (2016). *Generazioni future (diritto costituzionale)*. In *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano.
- FERRAJOLI, L. (2022). *Per una Costituzione della terra*. Feltrinelli. Milano.
- FROSINI, T.E. (2021). La Costituzione in senso ambientale. Una critica. *federalismi.it*, 16, 202.
- GALLARATI, F. (2022). «Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne». *DPCE online*, 2, 1085-1110.
- (2023). «Generazioni a processo: modelli teorici di responsabilità intergenerazionale alla prova del contenzioso climatico». *BioLaw Journal*, 2, 159-177.
- GIANNINI, M. S. (1976). *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*. In *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*. CEDAM, Padova, 1976
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2023). *Constitucionalismo multinivel*. Sanz y Torres. Madrid.
- HÄBERLE, P. (2009). *Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional*. In *Lecciones y Ensayos*. N. 87, pp. 17-37.

- KIRCHHEIMER, O. (1982). *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*. De Donato. Bari.
- LUCIANI, M. (2016). *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*. In R. Bifulco - A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*. Jovene, Napoli, p. 423-441.
- MENGONI, L. (1996). *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*. Giuffrè. Milano.
- MORRONE, A. (2008). «Bilanciamento (giustizia costituzionale)». *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè. Milano, p. 185.
- NIGRO, M. (1987). *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula*. In *Foro it.*, V, p. 7
- PALOMBINO, G. (2022a). *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*. Mondadori-Le Monnier. Milano.
- (2022b). *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e gli enti territoriali*. Report pubblicato sul sito internet del Centro Studi sul federalismo.
- 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*. In *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 36.
- PAPA, A. (1998). *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*. Editoriale Scientifica. Napoli, 1998.
- PATTI, S. (1979). *La tutela civile dell'ambiente*. CEDAM. Padova.
- PORTOCARRERO QUISPE, J. A. (2022). «La proporcionalidad en la protección anticipada de las libertades fundamentales: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 24 de marzo de 2021 sobre la Ley federal de protección del clima». *Teoría y Realidad Constitucional*, 49, 387-407.
- SALVEMINI, L. (2021). *Dal cambiamento climatico alla modifica della Costituzione*. In *federalismi.it*, n. 20, 2021, pp. 81 ss.
- SCOCA, F. G. (2017). *L'interesse legittimo. Storia e teoria*. Giappichelli. Torino.
- THOMPSON, D. F. (2010). *Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship*, in *Critical review of international and political philosophy*.
- ZAMORA CABOT, F. J., Sales Pallarés, L. y Marullo, M. C. (2021). *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*. Cizur menor. Aranzadi.

# **Constitucionalismo, globalización e integración europea**

## L'EUROPA DEI DIRITTI, FRA LUCI E OMBRE

MARILISA D'AMICO<sup>1</sup>  
Università degli Studi di Milano

**SOMMARIO:** 1. *Un'integrazione europea ancora in fase di costruzione.*–2. *Le «coordinate» – non solo geografiche – dello spazio giudiziario europeo e le sue implicazioni sul piano costituzionale.*–3. *La leale cooperazione delle Corti per superare le tensioni tra primato e identità costituzionali.*–4. *Verso uno spazio giudiziario e politico europeo?*

### 1. UN'INTEGRAZIONE EUROPEA ANCORA IN FASE DI COSTRUZIONE<sup>2</sup>

La volontà degli Stati europei di ricostruire il tessuto economico e sociale, lacerato a seguito dei due conflitti mondiali, si è sviluppata di pari passo con l'intento di creare al livello sovranazionale una sempre più stretta unione fra i popoli europei.

Già nei Preamboli dei Trattati istitutivi della CECA e della CEE emergeva, infatti, la consapevolezza che l'Europa non si sarebbe potuta costruire se non «mediante concrete realizzazioni che cre[assero] innanzitutto una *solidarietà di fatto*, e mediante l'instaurazione di basi comuni di sviluppo economico»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Professoressa ordinaria in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano.

<sup>2</sup> Il presente lavoro riprende parzialmente le riflessioni riprodotte nel saggio «Riflettendo sullo spazio giudiziario europeo: al crocevia tra diritti, Carte e Corti» destinato alla raccolta degli Scritti in onore del Professor Antonio Padoa Schioppa.

<sup>3</sup> Preambolo del Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), corsivo aggiunto. Il Trattato CECA è stato firmato a Parigi il 18 aprile 1951 da Belgio, Francia, Italia, Repubblica Federale Tedesca, Lussemburgo e Paesi Bassi, è entrato in vigore il 23 luglio 1952 e ha cessa-



Solidarietà, dunque, che costituiva nell'idea dei padri fondatori e delle madri fondatrici il perno dell'intero sistema, nato con il fine originario di assicurare la pace tra le nazioni, anche attraverso l'impegno a migliorare le «condizioni di vita e occupazione dei loro popoli» e a ridurre «le disparità fra le differenti regioni e il ritardo di quelle meno favorite»<sup>4</sup>.

Ha preso così avvio un processo di integrazione<sup>5</sup> nell'ambito di un ordinamento internazionale «inedito» (poi definito *di nuovo genere*<sup>6</sup>), che opera(va) attraverso la condivisione e applicazione di un patrimonio comune di norme giuridiche. Lungimiranti sul punto sono state le parole del Primo Presidente della Commissione, Walter Hallstein, il quale nel 1962 affermava che «[t]he European Economic Community is a community of law [...] because it serves to realize the idea of law» (HALLSTEIN, 1962, p. 341, trad. in inglese di VON DANWITZ, 2014, p. 1313).

Una *comunità di diritto* che ancora oggi la sua essenza non più solo nell'integrazione *through law*, ma anche (e soprattutto) nell'integrazione attraverso la piena garanzia dei *diritti fondamentali*. È questa probabilmente una delle svolte che ha maggiormente inciso sulla costruzione del progetto unionale, che fin dalle sue origini muoveva dal presupposto di creare forme di cittadinanza condivisa tra i cittadini e le cittadine<sup>7</sup>.

Le tappe che hanno favorito questa evoluzione sono note e qui mi limito solo a ricordare la copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia, sviluppata a partire dal caso *Stauder* del 1969, e il ruolo *essenzialmente costituzionale* svolto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, la quale nasce come documento politico e diviene poi uno strumento giuridico vincolante per effetto dell'art. 6 del Trattato di Lisbona<sup>8</sup>.

---

to i suoi effetti il 23 luglio 2002. Similmente, nel Preambolo del Trattato CEE (v. nt. successiva) si legge che l'obiettivo da perseguire è quello di «assicurare mediante un'azione comune il progresso economico e sociale dei loro paesi, eliminando le barriere che dividono l'Europa»; ciò nella consapevolezza che «l'eliminazione degli ostacoli esistenti impone una azione concertata intesa a garantire la stabilità nella espansione, l'equilibrio negli scambi e la lealtà nella concorrenza».

<sup>4</sup> Preambolo del Trattato che istituisce la Comunità economica europea (CEE), il quale è stato firmato a Roma il 25 marzo 1957 da parte dei medesimi Stati che avevano siglato il Trattato CECA ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1958.

<sup>5</sup> Per più ampie riflessioni sul tema si v. GROSSI, 2007; e di PADOA SCHIOPPA, 2002.

<sup>6</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sent. del 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, C-26/62, ECLI: EU: C:1963:1, pt. II, lett. B (*nel merito*), quarto cpv, ove si legge che «la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini».

<sup>7</sup> Sul «silenzio» dei Trattati istitutivi in merito alla tutela dei diritti da parte delle stesse istituzioni delle tre Comunità, si v. le riflessioni di WEILER, 1986, e DE BÚRCA, 2019.

<sup>8</sup> Sulle origini e le tappe dell'*Europa dei diritti*, per tutti, si v. M. CARTABIA, 2007.

Nonostante però i notevoli progressi che si sono registrati negli anni, il progetto europeo non può ancora dirsi pienamente realizzato. Milita in tal senso la parentesi negativa della Brexit, i cui effetti negativi non sono ancora del tutto evidenti e che verosimilmente ricadranno sulle future generazioni. Resta ancora attuale, sebbene sembri passato sotto traccia, il tema della pandemia che ha interessato l'intero globo e che ha messo in serio pericolo il principio solidaristico, architrave dell'intera struttura eurolunitaria. Ma vi sono anche le ripetute e continue violazioni dei valori comuni, sanciti solennemente all'art. 2 TUE, a cui sempre più a fatica corrispondono risposte efficaci, specie sul piano politico europeo.

Svolte queste premesse, svilupperò le mie riflessioni sullo *stato di salute* dei diritti in Europa ed esplicito sin da subito la prospettiva che adotterò: l'integrazione, sempre più stretta, tra gli ordinamenti costituzionali nazionali e quelli sovranazionali agevola l'ampliamento dei «confini» della tutela dei diritti che in un mondo globalizzato risulta tanto utile quanto necessaria.

Ciò mi porterà ad occuparmi per la precisione di quello che già in precedenti scritti ho definito *lo spazio giudiziario europeo*<sup>9</sup>. Uno spazio complesso, non perfettamente ordinato, caratterizzato da molteplici Carte dei diritti, a cui si ricollegano altrettante sedi di tutela, in cui il ruolo dell'interprete si fa ancora più incisivo perché chiamato a fare uso di strumenti di connessione tra i diversi piani di protezione.

## 2. LE «COORDINATE» – NON SOLO GEOGRAFICHE – DELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO E LE SUE IMPLICAZIONI SUL PIANO COSTITUZIONALE

Il primo dato da considerare riguarda la pluralità di strumenti giuridici che si rinvencono al livello europeo. Qui non ci si riferisce evidentemente solo allo spazio delineato, nei suoi contorni, dal diritto dell'Unione europea con la sua Carta dei diritti fondamentali, ma più in generale a quello, molto più articolato, che è definito dalla coesistenza (e dal reciproco condizionamento) delle diverse Costituzioni nazionali con le Carte sovranazionali di diritti, quali la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la Carta sociale europea (v. BALAGUER CALLEJÓN 2004).

In particolare, quest'ultima negli anni più recenti è stata protagonista di una rivitalizzazione non trascurabile, grazie anzitutto ai reclami collettivi che

---

<sup>9</sup> Sia consentito fare rinvio ad alcuni dei miei più recenti contributi sul tema oggetto di studio, D'AMICO, 2023, EAD. 2020, EAD. 2017.

hanno portato il Comitato europeo dei diritti sociali a pronunce assai significative sul piano dei diritti connessi, ad esempio, alla salute delle persone o alla protezione dei lavoratori (D'AMICO, 2013).

Si pensi, per limitarci a questioni che hanno riguardato l'Italia, al noto caso relativo alle ripercussioni dell'obiezione di coscienza esercitata dai sanitari sul diritto all'interruzione volontaria di gravidanza<sup>10</sup>, ma anche, più di recente, a quello della (dis)parità retributiva tra uomini e donne, problema enorme, che persiste a dispetto dell'uguaglianza giuridicamente sancita<sup>11</sup>.

Peraltro, la Carta sociale europea ha ricevuto negli ultimi anni anche un significativo riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale italiana: con la sentenza della Corte costituzionale n. 120/2018<sup>12</sup>, infatti, è stata per la prima volta affermato che una legge nazionale in contrasto con una norma della Carta sociale europea può essere dichiarata illegittima sulla base dello stesso meccanismo delineato dalle c.d. sentenze gemelle nn. 347 e 348 del 2007<sup>13</sup>. Vi si legge infatti che la Carta sociale europea «*presenta spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU*», e che per queste sue caratteristiche «*deve qualificarsi fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.*»<sup>14</sup>.

Non c'è dubbio che in questo composito sistema, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha per parte sua favorito la costruzione di uno spazio giudiziario europeo. D'altra parte, si potrebbe dire, l'art. 47 della Carta di Nizza fu pensato con l'obiettivo di creare istituti comuni e maggiori convergenze<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. Comitato europeo dei diritti sociali, reclami collettivi n. 87 del 2012, *International Planned Parenthood Federation European Network c. Italia*, e n. 91 del 2013, *Confederazione generale Italiana del Lavoro c. Italia*. Su cui LIBERALI, 2016.

<sup>11</sup> Su tale questione anche la Corte di Giustizia ha avuto occasione di pronunciarsi con una decisione molto rilevante. Il Giudice europeo si è in particolare pronunciato sul significato della clausola «pari valore» contenuta nell'art. 157 TFUE (ai sensi del quale «ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore»), affermandone la natura di previsione ad effetto diretto. Così Corte di Giustizia., sent. del 3 giugno 2021, *K e a. contro Tesco Stores Ltd*, C-624/19, ECLI: EU: C:2021:429, spec. par. nn. 18-39.

<sup>12</sup> Nella stessa pronuncia, però, la Corte non ha, come noto, riconosciuto alle decisioni del Comitato sociale europeo carattere vincolante, in questo discostandosi dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si v., inoltre, la successiva sentenza n. 194/2018, sulla quale POLIZZI, 2018.

<sup>13</sup> A testimonianza del vivace dibattito avutosi in seguito alle pronunce del 2007, tra gli studiosi di diritto costituzionale si v. SORRENTINO, 2009; PINELLI, 2007; RUGGERI, 2008; più recentemente, anche alla luce della sent. 49 del 2015, DONATI, 2018. Mentre tra i contributi forniti dalla dottrina internazionalistica si v. CANNIZZARO, 2012.

<sup>14</sup> *Ivi*, *Considerando in diritto*, pt. 10.1, primo cpv.

<sup>15</sup> A commento della citata disposizione della Carta di Nizza sia consentito il rinvio a D'AMICO, 2010.

È poi utile sempre ricordare che già nel corso della sua «prima vita», quando la Carta è stata priva di vincolatività giuridica, essa è stata ciò non di meno capace di condizionare, sia pur silenziosamente, le decisioni dei giudici, tanto nazionali quanto quello europeo. Nelle sue Conclusioni presentate nel caso *Bectu*, l'Avvocato generale Antonio Tizzano affermava che certo la Carta «non si è vista riconoscere autentica portata normativa, è rimasta cioè priva, dal punto di vista formale, di autonomo valore vincolante», eppure, «resta il fatto che essa racchiude enunciazioni che appaiono in gran parte come ricognitive di diritti già altrove sanciti»<sup>16</sup>. Di conseguenza, «in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale non si [possono] ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne [può] ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori – Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche – della scena comunitaria»<sup>17</sup>.

Ma la stessa Corte costituzionale italiana ha valorizzato i contenuti della Carta nella propria giurisprudenza anteriore al 2009, affermando, in modo non dissimile, che «ancorché priva di efficacia giuridica» questa esibisce «carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei»<sup>18</sup>.

Il Preambolo della Carta rievoca espressamente, d'altra parte, i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni, dai Trattati e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come dalle relative giurisprudenze.

Inutile dire che con il Trattato di Lisbona, questo processo di integrazione ha subito una ulteriore accelerazione. La Carta di Nizza, assieme alle altre Carte dei diritti, sia pur ciascuna dotata di un proprio ambito applicativo, di proprie peculiarità, di propri sistemi di funzionamento e di attivazione, di propri organi di interpretazione e di decisione, ha indubbiamente concorso ad ampliare e a potenziare la tutela offerta ai diritti fondamentali. In questa prospettiva, la Corte costituzionale italiana non ha mancato di evidenziare l'«impronta tipicamente costituzionale» della Carta dei diritti<sup>19</sup>.

Sull'applicazione della Carta si è via via instaurato un *dialogo* tra le Corti – un dialogo talvolta indiretto, praticato attraverso impliciti richiami alle rispettive giurisprudenze o, nella prospettiva del giudice nazionale, nella for-

<sup>16</sup> Conclusioni Avv. Generale A. Tizzano, 8 febbraio 2001, *Bectu*, C-173/99, par. n. 27. Sulla fase intercorrente tra la proclamazione della Carta e Lisbona, fase definita però «ambivalente» con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, si rinvia alle riflessioni di O. POLLICINO, 2015.

<sup>17</sup> *Ivi*, par. n. 28.

<sup>18</sup> Corte cost., sent. n. 135 del 2002, *Considerato in diritto*, pt. 2.1., ult. cpv. Sul diverso impatto che tale fonte dell'Unione ha prodotto nell'ordinamento spagnolo, si v. AGUILAR CALAHORRO 2021.

<sup>19</sup> Corte cost., sent. n. 269 del 2017, *Considerato in diritto*, pt. 5.2., secondo cpv.

ma non meno pregnante dell'interpretazione conforme – anche se non è sempre stato un *dialogo disteso*.

Tuttavia, se si considera la recente «svolta» della Corte costituzionale sulla c.d. doppia pregiudizialità<sup>20</sup>, il dialogo tra Giudice costituzionale e Giudice europeo si è mostrato proficuo, il quale va sempre più strutturandosi grazie agli ormai numerosi rinvii pregiudiziali operati dalla Corte costituzionale italiana.

Si pensi, proprio in questa prospettiva, all'ordinanza n. 117 del 2019 (caso Consob)<sup>21</sup>, con la quale la Corte costituzionale, su una questione posta dalla Corte di cassazione, ha deciso di sospendere il giudizio e di attivare un rinvio pregiudiziale inerente l'interpretazione ed eventualmente la validità di una fonte europea in materia di diritto al silenzio. La Corte di Giustizia ha evidentemente compreso il problema sostanziale posto dal Giudice costituzionale italiano, e ha infatti affermato che le disposizioni della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 dovessero essere lette conformemente agli artt. 47 e 48 della Carta, non imponendo la sanzione a carico di una persona fisica che si rifiuti di fornire risposte dalle quali potrebbero emergere responsabilità per un illecito passibile di sanzione penale o di una sanzione amministrativa avente carattere penale. Riassunto il giudizio, la Corte costituzionale ha potuto quindi concludere nel senso che l'interpretazione della Corte di Lussemburgo «*collima [...] con la ricostruzione offerta da questa Corte della portata del diritto al silenzio*»<sup>22</sup>.

Questa, ma anche altre vicende, attestano come la Corte costituzionale non intenda affatto chiudersi al contributo dell'Unione europea nella tutela dei diritti<sup>23</sup>. Investita di questioni di legittimità costituzionale in casi di doppia pregiudizialità, ha infatti dimostrato di essere disponibile essa stessa ad instaurare un dialogo con la Corte di Giustizia per poter arricchire le proprie decisioni con il contributo interpretativo di questa.

In definitiva, sollecitando una cooperazione sempre più effettiva con il Giudice di Lussemburgo, e dimostrando di voler solo essere tra gli interlocutori di questo dialogo, la Corte costituzionale potrà evitare che i cambiamenti profondi

<sup>20</sup> Per tutti, ZANON, 2022; RUGGERI, 2021; AMALFITANO, 2020; SCACCIA, 2022; REPETTO, 2022; LEONE, 2019.

<sup>21</sup> A commento sull'intera vicenda si v. SARMIENTO, 2021; CODUTI, 2021; GAMBATESA, 2021.

<sup>22</sup> Corte cost, sent. n. 84 del 2021, *Considerato in diritto*, pt. 3.5., primo cpv.

<sup>23</sup> In seguito al caso Consob la Corte ha esperito il rinvio pregiudiziale anche nel caso del c.d. bonus bebè (cfr. ord. n. 182/2020), deciso dalla Corte di Giustizia con la sent. del 2 settembre 2021, *O. D. e a. contro INPS*, C-350/20, ECLI: EU: C:2021:659. La Corte costituzionale ha di conseguenza accolto le questioni di legittimità costituzionale sollevate, con sentenza n. 54 del 2022. A commento si v. NASCIMBENE, ANRÒ, 2022; PISTORIO, 2022.

Ancor più recentemente, vi sono state altre due ordinanze di rinvio in materia di mandato di arresto europeo, nn. 216 e 217 del 2022; su cui si v. AMALFITANO, ARANCI, 2022.

cui si sta assistendo nel rapporto tra Corti nazionali e sovranazionali sfoci in silenzi o, peggio, in conflitti, che non possono che nuocere ai diritti fondamentali.

### 3. LA LEALE COOPERAZIONE DELLE CORTI PER SUPERARE LE TENSIONI TRA *PRIMATO E IDENTITÀ COSTITUZIONALI*

Dall'esperienza italiana emerge in maniera chiara che il *dialogo* muove da premesse teoriche quali la leale cooperazione tra gli attori istituzionali, da un lato, e «la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico»<sup>24</sup>, dall'altro.

In tale prospettiva, quindi, l'utilizzo dello strumento pregiudiziale da parte della Corte costituzionale consente di contemperare le eventuali tensioni che potrebbero crearsi tra primato e identità costituzionali.

Il caso Taricco rappresenta il *leading case* di questo ragionamento<sup>25</sup>. In questo caso, infatti, la Corte ha rinunciato – sia pur momentaneamente – ad attivare subito il freno dei controlimiti e ha cercato di ottenere lei stessa maggiori «chiarimenti» da Lussemburgo.

Per dirla in altre parole, questo «dialogo» rafforza i rapporti interistituzionali che si coltivano nello spazio giudiziario.

Al contrario, l'assenza di un dialogo tra le Corti costituzionali nazionali e la Corte di Giustizia rischia di creare profonde fratture di sistema, che rendono sempre più precaria una corretta articolazione dello spazio giudiziario *comune*<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Così Corte cost., sent. n. 269 del 2017, *Considerato in diritto*, pt. 5.2., quarto cpv. Sul punto anche si v. l'ord. n. 182 del 2020, ove al pt. 3.2. del *Considerato in diritto* si afferma che «[q]uesta Corte ravvisa, infatti, una connessione inscindibile tra i principi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di cassazione e quelli riconosciuti dalla Carta, arricchiti dal diritto secondario, tra loro complementari e armonici. Spetta dunque a questa Corte salvaguardarli in una prospettiva di massima espansione».

Il principio di massimizzazione delle tutele è stato anche oggetto di autorevoli riflessioni scientifiche, in particolare si v. SILVESTRI, 2006. L'A. (p. 16) sostiene che «[i]l giudice deve orientarsi – come già fa attualmente – tra una pluralità di tutele, scegliendo quella che, a suo argomentato avviso, sia la più ampia per il caso specifico, procedendo in tal modo all'allineamento verso l'alto del livello di protezione. Se questo criterio di scelta diventasse *communis opinio* di tutti i giudici, nazionali ed europei, si potrebbe dire che nell'ordinamento europeo – così come in quelli nazionali – il tradizionale principio della certezza del diritto tenderebbe ad evolversi in un più adeguato principio di certezza e massimizzazione della tutela». In senso concorde, RUGGERI 2020, il quale (p. 135) ritiene che in capo ad ogni operatore vi sia «il vincolo a dare la massima salvaguardia possibile, alle condizioni oggettive di contesto, ai diritti costituzionali, anche – se del caso – attingendo a materiali normativi di origine esterna, quali appunto sono le Carte, resi efficaci in ambito interno».

<sup>25</sup> La letteratura scientifica sul caso Taricco è particolarmente ampia, ci si limita qui a richiamare le opere collettane di AMALFITANO (a cura di), 2018, e BERNARDI, CUPELLI (a cura di), 2017.

<sup>26</sup> Sui legami che intercorrono tra le giurisdizioni costituzionali e il Giudice dell'Ue, per tutti, v. BALAGUER CALLEJÓN, 2006.

È questo il caso che investe gli accadimenti in Ungheria e Polonia in tema di stato di diritto, uno dei valori cardine su cui l'Unione affonda le sue radici (art. 2 TUE).

La materia tocca profili nevralgici del costituzionalismo, primi fra tutti, l'indipendenza della magistratura e l'effettività della tutela giurisdizionale, che finisce per avere un diretto impatto sul sistema dell'Unione. Basti solo pensare al mutuo riconoscimento delle sentenze emesse in uno Stato, le quali devono (o meglio dovrebbero) trovare applicazione anche in altri Stati dell'Unione.

Sono note le due sentenze della Corte costituzionale polacca<sup>27</sup>, con le quali viene posto un freno arbitrario all'applicazione del diritto dell'UE in luogo di quello nazionale con il primo confliggente. Si noti che la «tensione» evidenziata dal Giudice costituzionale polacco è stata risolta *unilateralmente* senza che venisse prima esperito un tentativo di composizione del conflitto con la Corte di Giustizia. Tuttavia, il tema non è passato del tutto sotto traccia, perché la Commissione europea in data 22 dicembre 2021 ha avviato una procedura di infrazione<sup>28</sup> in relazione alle due pronunce del Giudice costituzionale polacco citate, con l'art. 19 TUE.

Sullo stesso solco si colloca il caso rumeno, su cui però la Corte di Giustizia è stata chiamata ad esprimersi – per altro verso –, grazie al rinvio pregiudiziale effettuato dai giudici comuni rumeni.

È questo il caso della sentenza RS<sup>29</sup>, resa dal Giudice dell'Unione a seguito del «rifiuto» esplicito della Corte costituzionale rumena di conformarsi a un precedente della Corte di Giustizia<sup>30</sup>.

La vicenda in esame ha ad oggetto il tema dell'indipendenza della Sezione per le indagini sui reati commessi all'interno del sistema giudiziario (*Secția pentru investigarea infracțiunilor din justiție*, in seguito anche «SIRG») istituita presso l'Alta Corte di Cassazione e di Giustizia rumena (*Înalta Curte de Casație și Justiție*), su cui si è di recente espressa la Corte di Giustizia con la sentenza *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* poc'anzi richiama-

<sup>27</sup> Ci si riferisce alle sentenze del 14 luglio 2021 (P 7/20) e del 7 ottobre 2021 (K 3/21). In argomento, si v. TROILO, 2022.

<sup>28</sup> Commissione Europea, procedura di infrazione attivata il 22 dicembre 2021, INFR(2021)2261, *Violation of EU law, in particular Art 19(1), second subparagraph, TEU and the general principles of EU law, by the Polish Constitutional Tribunal*.

<sup>29</sup> Corte di Giustizia, sent. del 22 febbraio 2022, RS, causa C-430/21, ECLI: EU: C:2022:99. A commento della decisione si v. GALLO, 2022; si v. anche FARAGUNA, 2022; GAMBATESA, 2024.

<sup>30</sup> Corte di Giustizia, sent. del 18 maggio 2021, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, ECLI: EU: C:2021:393, a margine della quale si v. MORARU, BERCEA, 2022.

ta, ritenendo sussistente la violazione del diritto UE da parte della disciplina nazionale sulla Sezione specializzata.

L'interesse dell'Unione si rintraccia nella circostanza secondo cui la disciplina in questione rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in forza di specifici obblighi assunti dalla Romania al momento dell'adesione all'UE<sup>31</sup>.

I motivi legati a tale esito si rintracciano sia nel fatto che l'istituzione della SIRC non sarebbe giustificata da esigenze oggettive e verificabili di buona amministrazione della giustizia, ma anche nell'assenza in capo ai membri della Sezione delle garanzie proprie della magistratura. Ad essere violate, sarebbero le previsioni di cui agli artt. 2 e 19 TUE, nonché di quelle inserite nella decisione della Commissione 2006/928, che esigono il rispetto del medesimo principio proprio da parte delle Autorità statali rumene.

Pertanto, anche in forza della decisione della Commissione, il Giudice nazionale sarà abilitato a disapplicare la normativa sulla SIRC anche nell'eventualità in cui tale normativa abbia superato positivamente il vaglio di costituzionalità da parte della Corte costituzionale nazionale<sup>32</sup>.

A questa sentenza, come anticipato, segue quella della Corte costituzionale rumena, sent. n. 390, resa l'8 giugno 2021, ove si afferma che non possa accordarsi il primato del diritto dell'Unione quando questo impatta su aspetti che incidono direttamente sull'identità costituzionale rumena.

Infatti, la materia del contendere, riprendendo le parole esatte della Corte costituzionale rumena, «*do not constitute rules of EU law, which the court should apply as a matter of priority, removing the national rule. Therefore, the national judge cannot be asked to decide that recommendations should be applied as a matter of priority to the detriment of national law [...]*»<sup>33</sup>.

Pertanto, nella prospettiva della Corte costituzionale rumena prevale il diritto nazionale su quello europeo. Il fatto che il Giudice costituzionale abbia rigettato la questione – confermando la compatibilità della norma con la Costituzione rumena – impedisce al giudice comune di procedere alla disapplicazione, pena l'avvio di un procedimento disciplinare a carico di tale giudice.

La Corte di Giustizia, sollecitata nuovamente a giudicare la questione nel caso *RS*, ha ribadito la sua posizione e – in aggiunta – ha ritenuto il sistema

<sup>31</sup> Cfr. artt. 37 e 38 del *Protocollo relativo alle condizioni e modalità d'ammissione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all'Unione europea*, GUUE L 157 del 21 giugno 2005, pag. 29 ss., e Decisione della Commissione 2006/928/CE, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione, GUUE L 354 del 14 dicembre 2006, p. 56 ss.

<sup>32</sup> Così Corte di Giustizia, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»*, cit., spec. pt. 7 del dispositivo.

<sup>33</sup> Corte costituzionale della Romania, sent. dell'8 giugno 2021, n. 390, pt. 78.



delineato non conforme al diritto dell'UE, che a tutta evidenza pone «ostacoli» insormontabili al *dialogo* tra giudice comune e Corte di Giustizia.

Ma quel che è meritevole di evidenziazione è che la Corte di Giustizia, oltre ad affermare che non è possibile invocare unilateralmente l'*identità costituzionale* per evitare la primazia del diritto UE, fa leva anche sugli effetti del mancato dialogo tra la Corte costituzionale rumena e la Corte di Giustizia teorizzando, sia pur incidentalmente, l'obbligo di rinvio pregiudiziale in simili ipotesi<sup>34</sup>. Ciò quasi a voler rimarcare la rilevanza che le stesse identità costituzionali hanno nello spazio giudiziario dell'Unione, che meritano pertanto di essere «condivise» anche a mezzo del rinvio pregiudiziale sollecitato dallo stesso Giudice costituzionale.

#### 4. VERSO UNO SPAZIO GIUDIZIARIO E POLITICO EUROPEO?

*Non di soli giudici è fatta l'Europa!* Sulla base di questa premessa occorre svolgere alcune considerazioni finali su ciò che accade sul versante della politica europea in tema di protezione dei valori comuni. Tale versante costituisce una delle due facce dell'*Europa dei diritti*.

Infatti, Europa dei giudici e Europa politica concorrono a costruire l'*Europa dei diritti*. Pur essendo ciascuna autonoma nel proprio ambito di afferenza, esse risultano profondamente legate, sicché è lo stesso ordinamento che necessita di un loro equilibrio. Ciò al fine di evitare che a prevalere sia la sola «strategia di integrazione basata essenzialmente [...] sul *judge-made system*» (AZZARITI, 2009, p. 7).

Con riguardo allo «spazio politico europeo» profili di problematicità emergono con riferimento ai recenti accadimenti in Polonia ed Ungheria circa la sistematica violazione dello stato di diritto. Entrambi i Paesi sono guidati da governi anti-europei<sup>35</sup> che nel corso degli ultimi anni hanno approvato una

<sup>34</sup> Così Corte di Giustizia, *RS*, cit., spec. pt. 71 («Qualora la Corte costituzionale di uno Stato membro ritenga che una disposizione del diritto derivato dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia, violi l'obbligo di rispettare l'identità nazionale di detto Stato membro, tale Corte costituzionale *deve* sospendere la decisione e investire la Corte di giustizia di una domanda di pronuncia pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, al fine di accertare la validità di tale disposizione alla luce dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, essendo la Corte di giustizia la sola competente a dichiarare l'invalidità di un atto dell'Unione»; corsivo nostro).

<sup>35</sup> Le riflessioni svolte nel presente contributo sono antecedente rispetto alle ultime elezioni politiche tenutesi. In Polonia, i cui risultati elettorali hanno invece premiato partiti europeisti. L'attuale Capo del Governo, Donald Tusk, è, infatti, stato in passato Presidente del Consiglio europeo. Questa svolta potrebbe ricollocare la Polonia stessa in un ambito più vicino ai valori che da sempre hanno contraddistinto l'Europa.

serie di riforme in diversi settori dell'ordinamento. Solo per fare alcuni esempi: si considerino le numerose riforme del settore della giustizia, sia in Polonia sia in Ungheria, che hanno prodotto come effetto l'aumento dell'influenza del Governo sul potere giudiziario, minando così il principio di indipendenza dei giudici; ma anche le leggi sull'anti-corruzione e sul finanziamento dei partiti che hanno favorito un sistema clientelare e senza precise norme sul conflitto d'interesse; a questi si aggiungano, le politiche in spregio ai diritti delle persone che appartengono alla comunità LGBTQI+, le forti restrizioni al diritto delle donne di abortire, ma anche le riforme ungheresi sull'università che stanno riducendo l'autonomia dell'accademia.

Queste sistematiche violazioni dei diritti fondamentali, sebbene siano formalmente «confinare» nei territori nazionali, finiscono poi per incidere direttamente nell'ambito delle politiche dell'Unione. Di qui la necessità di riflettere nella prospettiva del diritto costituzionale europeo a soluzioni efficaci sui valori *comuni* dell'Unione (PITRUZZELLA 2022), anche per far fronte alle sfide che pone l'intelligenza artificiale (v. BALAGUER CALLEJÓN 2023).

Le risposte che si sono avute sino ad ora nell'ambito dei processi decisionali sono state insoddisfacenti e hanno creato una ulteriore situazione di stallo al livello europeo.

Penso, in particolare, alla procedura politica di cui all'art. 7 TUE, che risulta ancora ferma al suo primo stadio. Essa è l'unica procedura prevista dai Trattati per sanzionare uno Stato membro che dovesse violare sistematicamente i valori comuni europei e, quindi, i diritti fondamentali dei suoi cittadini e delle sue cittadine.

Ancora tutte da verificare sono le conseguenze che comporterà l'applicazione del nuovo meccanismo (politico) sulla condizionalità, introdotto con il regolamento 2020/2092, che la Corte di Giustizia ha ritenuto conforme al diritto UE nelle due ormai note decisioni sollecitate nell'ambito di un ricorso per annullamento (proprio) da Ungheria e Polonia<sup>36</sup>.

Occorre, dunque, pensare con maggiore impegno e coerenza a come i nostri *valori* comuni intessono la trama culturale dell'Unione, attraverso processi decisionali maggiormente *condivisi* e che partano «dal basso» e non vengano imposti «dall'alto» dai membri degli esecutivi nazionali. D'altronde, proprio questa scelta metodologica è mancata nel Trattato costituzionale, progetto poi naufragato a seguito dei referendum in Francia e nei Paesi Bassi.

---

<sup>36</sup> Corte di Giustizia, sentenze del 16 febbraio 2022, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, C-156/21, ECLI: EU: C:2022:97 e *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, C-157/21, ECLI: EU: C:2022:98. Sul tema, v. A. BARAGGIA, 2022.

In definitiva, resta ferma la responsabilità *anche* delle costituzionaliste e dei costituzionalisti di continuare a credere e a costruire nuovi tasselli nel progetto di integrazione europea, affinché possa davvero compiersi quell'*Unita nella diversità*: motto dell'Unione che rappresenta ancora oggi una delle sfide più importanti del nostro secolo.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AGUILAR CALAHORRO, A. (2021), *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Union Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- AMALFITANO, C., ARANCI, M. (2022), *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Sistema Penale*, fasc. n. 1, p. 5 ss.
- AMALFITANO, C. (2020), *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza «comunitaria» e costituzionale*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 1, p. 296 ss.
- (a cura di) (2018), *Primato dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della «Saga Taricco»*, Giuffrè, Milano.
- AZZARITI, G. (2009), *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, p. 3 ss.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2023), *La Costituzione dell'algoritmo*, Mondadori, Milano, 2023.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2006), *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, in *Rivista AIC*.
- (2004), *Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, p. 25 ss.
- BARAGGIA, A. (2022), *La condizionalità a difesa dei valori fondamentali dell'Unione nel cono di luce delle sentenze C-156/21 e C-157/21*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. n. 2, p. 371 ss.
- BERNARDI, B., Cupelli C. (a cura di) (2017), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli.
- CANNIZZARO, E. (2012), *Diritti «diretti» e diritti «indiretti»: i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, fasc. n. 1, p. 21 ss.
- CARTABIA, M. (2007), *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in Ead. (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, p. 13 ss.
- CODUTI, D. (2021), *Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D. B. c. CONSOB*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 22, p. 121 ss.

- D'AMICO, M. (2023), *Comunità di diritti*, in G. Amato, N. Verola (a cura di), *Europa tra presente e futuro*, Treccani, Roma, p. 110 ss.
- (2020), *L'Europa dei diritti: tra «aperture» e «chiusure»*, in A. Pérez Miras, G. M. Teruel Lozano, E. Raffiotta, M. P. Iadicicco (a cura di), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, BOE, Madrid, p. 403 ss.
- (2013), *La Carta sociale europea e la tutela dei diritti sociali*, in M. D'Amico, G. Guiglia, B. Liberali (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali. Atti del convegno del 18 gennaio 2013 Università degli Studi di Milano*, ESI, Napoli, p. 9 ss.
- (2010), *Article 47: Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*, in W. T. B. Mock, G. Demuro (a cura di), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Carolina Academic Press, Durham, p. 289 ss.
- D'AMICO, M. E. (2017), *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, fasc. n. 3, p. 1 ss.
- DE BÚRCA, G. (2011), *The road not taken: the European Union as a Global Human Rights Actor*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 105, Issue 3, p. 649 ss.
- DONATI, F. (2018), *Il rilievo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. n. 1, p. 2 ss.
- FARAGUNA, P. (2022), *La Corte di giustizia alle prese con identità costituzionali incostituzionali*, fasc. n. 3, p. 634 ss.
- GAMBATESA, P. (2024), *Gli effetti negativi della mancata cooperazione tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia: riflessioni a partire dal caso rumeno (Corte di Giust., sent. 22/2/2022 RS, C-430/21)*, in questo volume.
- (2021), *Riflessioni sulla prima occasione di «dialogo» tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 23, p. 64 ss.
- GROSSI, P. (2007), *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- HALLSTEIN, W. (1962), *Die EWG—Eine Rechtsgemeinschaft. Rede anlässlich der Ehrenpromotion (Universität Padua, 12. März 1962)*, in *Europäische Reden*, 1979, p. 341 ss.
- LEONE, S. (2019), *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3, p. 642 ss.
- LIBERALI, B. (2016), *Le problematiche applicative della legge n. 194 del 1978 relative al diritto di obiezione di coscienza ancora a giudizio (Prime osservazioni alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali nel caso CGIL contro Italia)*, in *BioLaw Journal*, fasc. n. 2, p. 417 ss.

- MORARU, M., BERCEA, R. (2022), *The First Episode in the Romanian Rule of Law Saga: Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, Asociația 'Forumul Judecătorilor din România, and their follow-up at the national level*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 18, Issue 1, p. 82 ss.
- NASCIMBENE, B., I. ANRÒ, I. (2022), *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, online in *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022.
- PADOA SCHIOPPA, A. (2002), *Note su ordine giuridico europeo e identità europea in prospettiva storico-costituzionale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 31, p. 61 ss.
- PINELLI, C. (2007), *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 52, fasc. n. 5, p. 3518 ss.;
- PISTORIO, G. (2022), *Il diritto integrato, «figlio» del dialogo tra Corti. Nota alla sentenza n. 54 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, fasc. n. 1, p. 1. ss.
- PITRUZZELLA, G. (2022), *L'integrazione tramite il valore dello «Stato di diritto»*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 27, p. iv ss.
- POLIZZI, G. E. (2018), *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale alla luce delle sentenze Corte costituzionale nn. 120 e 194 del 2018*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 4, p. 2 ss.
- POLLICINO, O. (2015), *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il moto ascendente, ovvero sia l'incidenza delle tradizioni costituzionali comuni nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Giurcost.org.*, fasc. n. 1, p. 242 ss.
- REPETTO, R. (2022), *Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Eurojus*, fasc. n. 2, p. 312 ss.
- RUGGERI, A. (2008), *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. n. 1, p. 215 ss.
- (2020), *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3, p. 130 ss.
- (2021), *Il giudice e la 'doppia pregiudizialità': istituzioni per l'uso*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 6, p. 211 ss.
- SARMIENTO, D. (2021), *The Consob Way – Or how the Corte Costituzionale Taught Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, in *EU Law Live*, fasc. n. 54, p. 2. ss.
- SCACCIA, G. (2022), *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 147 ss.
- SILVESTRI, G. (2006), *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. n. 1, p. 7 ss.

- SORRENTINO, F. (2009), *Apologia delle «sentenze gemelle»*(*Brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale*), in *Diritto e Società*, fasc. n. 2, p. 213 ss.
- TROILO, S. (2022), *Controlimiti versus Stato di diritto? Gli esiti della giurisdizionalizzazione dello scontro fra Unione europea e Polonia sull'indipendenza della magistratura*, in *Giurcost.org*, fasc. n. 1, p. 115 ss.
- WEILER, J. H. H. (1986), *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, Vol. 61, Issue 3, p. 1103 ss.
- VON DANWITZ, T. (2014), *The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 37, Issue 5, p. 1313 ss.
- ZANON, N. (2022), *Ancora in tema di doppia pregiudizialità: le permanenti ragioni della «precisazione» contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 rispetto alla «grande regola» Simmenthal-Granital*, in *Giornata di studio su «Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione Europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali»*, Roma, Palazzo della Consulta, 5 Settembre 2022, disponibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

## LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA COMO RESPUESTA DEL CONSTITUCIONALISMO A LA AUTOCRACIA

ANDREA MORRONE

*Alma Mater Studiorum Università di Bologna*

El constitucionalismo como doctrina jurídica del poder conlleva la existencia de la constitución. Su función coincide con la de la constitución escrita y es contextualmente fundar el poder, limitar el poder, y finalizar el poder hacia un proyecto de sociedad que en el modelo democrático liberal consiste en la libertad igualitaria.

No cualquier concepto de constitución brinda tal función. Hay al menos dos ideas generales en las que se pueden rastrear nuestros textos constitucionales. En mis estudios desarrollé dos conceptos: la constitución en sentido reflexivo y la constitución en sentido performativo. En su sentido «reflexivo», una constitución expresa las relaciones de fuerza existentes y, por lo tanto, las normas jurídicas que el desarrollo de una comunidad política manifiesta. La constitución en este sentido contiene el «ser» y se identifica con él. Su prescriptividad es indirecta, no es otra cosa que la reproducción del «deber ser» en el «ser». Sin embargo, en un sentido «performativo», la constitución tiene un valor completamente diferente: a pesar de que cualquier texto constitucional expresa una cierta forma de ser de la sociedad, una constitución sirve para transformarla, para dar al ser una forma diferente, que es, un ser específico, según las trayectorias definidas por el texto. Una constitución es performativa porque pretende organizar jurídicamente el ser según un proyecto que quiere llevar a cabo en concreto. La normatividad no se deriva sino que es propia, en sí misma. El Estado y la sociedad están conformadas por la constitución y no

al revés. También podemos decir, usando otra oposición conceptual, que la relación entre constitución y estado cambia: en la perspectiva de la constitución reflexiva el estado «es» una constitución, en la perspectiva diferente de la constitución performativa el estado «tiene» una constitución.

La Unión Europea (UE) no «tiene» una constitución, pero puede ser considerada como una entidad política que «es» una constitución. El significado es muy cercano a la concepción de *politeia* de los atenienses: si queremos usar el concepto de constitución para calificar su orden, debemos hacerlo en el sentido de que su constitución reproduce el «ser» de su organización política y social. La integración europea es un proceso histórico-constitucional de matriz liberal-democrática en continua evolución, que aún no ha concluido su destino, en el sentido de la completa racionalización y estabilización del poder: por tanto encaja con la idea de una constitución reflexiva. Los tratados internacionales son su fundamento, presuponen una soberanía política estatal que no ha fallado, aunque haya sido limitada (mediante una decisión nacional de autolimitación), conforme a los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad. Tal arquitectura, que hace del orden europeo un híbrido, puede alimentar tanto la tesis de la supremacía del derecho de la UE como la opuesta, según la cual los Estados son los dueños de los tratados.

En este contexto, donde falta el poder performativo de una constitución, la relación entre poder y derecho se resuelve esencialmente en la primacía del primero sobre el segundo. Podríamos decir que el constitucionalismo es y sigue siendo una doctrina de la constitución *statu nascenti* [*del estado que va naciendo*], confiada en sus formas a las decisiones tomadas en cada momento por los sujetos de la historia de la integración (Estados miembros, instituciones europeas, partidos, grupos de presión, ciudadanos, etc.). Las contradicciones que caracterizan continuamente el asunto europeo pueden explicarse precisamente a través de este enfoque.

El asunto acerca del respeto del estado de derecho por parte de Polonia y Hungría es ejemplar. El diferente trato reservado a los dos países por las instituciones de la UE se explica por el hecho de que la política prevaleció sobre la ley. Este tema, sin embargo, representa la punta de un iceberg que debería revelar los verdaderos desafíos del proceso de integración en las crisis de nuestro tiempo y en vista de los horizontes que se abren.

Las necesidades de la *realpolitik* han llevado a las instituciones europeas a hacer la vista gorda con Polonia que, tras el conflicto ruso-ucraniano, se ha convertido en el país más castigado por la presión de los refugiados que huyen de la guerra y, por tanto, cumple una función fundamental de mitigación de problemas que de otro modo se extenderían mucho más allá de sus límites. Se



confirma que se han utilizado el doble rasero a este respecto el hecho que haya sido aprobada en septiembre la resolución del Parlamento de la UE con respecto únicamente a Hungría.

En ambos casos, sin embargo, hemos visto una palpable violación de los principios del estado de derecho. El tribunal constitucional de Polonia, que se supone debe proteger esos principios, justificó las leyes nacionales contrarias al derecho europeo con el argumento de que la participación en la UE no había llevado a una inversión de la soberanía estatal en beneficio de la europea. Se proclamó que la constitución nacional prevalecía sobre el derecho europeo.

Fue una situación sin precedentes. Por primera vez en la historia de la integración europea, se ha hecho uso de la doctrina de los contralímites constitucionales en un sentido inverso a su significado esencial. Que los estados hayan limitado su soberanía y no hayan renunciado a ella nadie lo ha cuestionado hasta ahora. La primacía del derecho de la UE encuentra un límite, en todos los estados, en los principios constitucionales fundamentales: un «residuo de soberanía política» no disponible por el derecho europeo hasta que los estados miembros hayan decidido cerrar el proceso en el sentido de remitir la *kompetenze kompetenz* a la UE. Esa soberanía residual, a la luz de la experiencia de la jurisprudencia alemana e italiana, se ha utilizado hasta ahora como un freno a la fuerza de la primacía del derecho europeo en casos extremos en los que la UE contradice los principios del estado de derecho o la garantía de los derechos enunciados en las constituciones estatales. En otras palabras: una soberanía residual estatal para una Europa que desarrolle el constitucionalismo, no al revés, que vaya contradiciendo su esencia.

Sin embargo, en el caso de Polonia y Hungría, invocar la primacía de la Constitución sobre el derecho de la UE sirvió para encubrir las violaciones de los principios del estado de derecho por parte del gobierno y de su mayoría política hegemónica en los dos contextos. Un régimen inconstitucional que protege sus propios fines haciendo un uso político de su Constitución contra la integración y el derecho de la UE.

Déjame ser claro. Cada estado miembro es libre en principio para determinar su propio destino y los contenidos de su propia constitución y, por lo tanto, sus alianzas internacionales. El caso polaco y húngaro, sin embargo, es una excepción obvia. Los respectivos gobiernos no han cambiado su propia constitución, pero tampoco han activado la salida de la UE: es decir las dos vías legítimas para mantenerse al margen de los principios del constitucionalismo liberal democrático y del proceso de integración europea que esos principios quieren perseguir. Simplemente reclamaron un privilegio: permanecer en la UE pero en sus propios términos, impuestos unilateralmente a todos los

demás estados miembros en violación del derecho de los Tratados y también de los principios de sus propias constituciones. Por un lado, se violó el principio *pacta sunt servanda*, que exige observar el contenido de los tratados europeos a los que se adhirieron en las condiciones aceptadas por todas las partes, incluidas Polonia y Hungría cuando ingresaron a la UE. En el segundo lado, también han violado su propia Constitución que, al menos formalmente, se inspira en los principios del estado de derecho, doblegándola a los contenidos de leyes subversivas también del orden constitucional interno.

Lo que destaca más, sin embargo, no es esto: es, más bien, la indulgencia oportunista otorgada a Polonia por la necesidad de la guerra a las puertas de Europa. Es probable que en este caso solo se tratara de una suspensión temporal de la iniciativa europea a la espera de que cesase el conflicto bélico y con ello las consecuencias sobre los procesos migratorios que ha puesto en marcha (además de los que ya están en marcha desde hace tiempo que la UE aún no ha demostrado saber gestionar de forma común y responsable). Pero incluso si ese fuera el caso, el hecho indiscutible sigue siendo que la política prevaleció sobre el derecho. Y, esta vez, se cuestionan los principios básicos de integración que representan la esencia del constitucionalismo democrático liberal, que debe ser tutelado tanto por las constituciones de los estados miembros como por el proceso de integración europea.

Se está escribiendo una página negra en la historia europea que alimenta la soberanía nacional. Italia acaba de expresar en las elecciones nacionales una mayoría de derecha en la que el partido hegemónico hunde sus raíces en la tradición autoritaria de los herederos políticos del fascismo y los otros dos socios gobernantes son un partido populista ubicado en el Norte productivo que nunca ha abandonado el horizonte de la secesión del resto del país y un partido personal dirigido por un hombre que tiene medios económicos y de comunicación mucho más poderosos que todos los demás. A pesar del maquillaje realizado para tapar los extremos de las respectivas *constituency* y necesario para ganar el consentimiento de la mayoría de los ciudadanos, el partido de mayoría relativa (que pasó del 4% al 27% en cuatro años) reiteró su intención a cambiar la Constitución para anular el principio de la primacía del derecho de la UE en su opuesto. Todo ello ha puesto en marcha el debate sobre el sentido de esta propuesta. Cualquiera que sea la respuesta, los partidarios del constitucionalismo y de la integración europea se encuentran en desventaja frente a los soberanistas (italianos y de otros países europeos). ¿Cómo podemos defender la constitución europea y la integración, cómo podemos luchar por el constitucionalismo liberal democrático, si las instituciones europeas no

pueden hacerlo cediendo a la *realpolitik* cuando en cambio son el derecho y sus valores los que habría que poner delante de todo?

Europa representa el destino de los estados miembros y, al contrario, ya no es el momento de un retorno al pasado del estado nacional introvertido, ni de una huida hacia el futuro de nuevas formas de soberanía étnico-territorial o popular, reivindicadas tanto por partidos de derecha o de izquierda frente a los fracasos de la segunda globalización económica. La historia nos enseña y debemos usarla para inspeccionar nuestros problemas.

En el caso de los Estados Unidos de América, desde su fundación no se había aclarado ni la situación ni la relación de los sujetos constituyentes. La Federación y los estados miembros tenían varias razones históricas, políticas y culturales de su lado que justificaban sus respectivas pretensiones de hegemonía. Fue necesaria una guerra civil, entre federalistas y unionistas, para sacar definitivamente a la luz la decisión constitucional relativa a la primacía de la unión sobre los estados miembros. Lo relevante es que este proceso histórico fue acompañado por la constitución. Las doctrinas políticas pudieron disputar el sentido de la Constitución, hasta el punto en que se impuso por la fuerza una interpretación que prevaleció frente a todos. La de 1787 [*mil setecientos ochenta y siete*] dejó de ser una constitución en sentido reflexivo, cuya normatividad se había quedado en manos de la forma de ser de las relaciones de poder, para convertirse en una constitución en sentido prescriptivo, que consolidó el principio de supremacía del derecho federal sobre el derecho estatal.

Ninguno de nosotros quiere una guerra civil en Europa. Por ahora nos vemos obligados a enfrentarnos con una guerra externa. No pretendamos que no entendemos el significado de esta guerra. Nos afecta directamente y podemos decir que es un acontecimiento aún más relevante que una guerra civil. El conflicto actual es un conflicto que trasciende la cuestión ucraniana. La guerra es propiamente entre dos modelos de gobierno de la sociedad: entre la autocracia y la democracia. La soberanía nacionalista al desafiar la UE está flanqueando a una de las partes del conflicto. Los que defienden Europa han tomado posición por la otra parte. ¿De qué lado han decidido ponerse los gobiernos de los estados miembros y las instituciones europeas?

Para sobrevivir, el constitucionalismo liberal democrático en Europa necesita de una constitución en un sentido performativo. El proceso europeo tiene que quedar definido por la constitución de los Estados Unidos de Europa. Hoy el contexto y las razones ya no son las mismas de su origen: han cambiado profundamente de significado porque ya no se trata simplemente de superar una cuestión interna (el conflicto franco-alemán), de importancia económica (por el reparto de los recursos energéticos y del mercado), considerada una condición

previa para evitar una repetición de la guerra. Hoy en día, la unificación europea es la única manera para salvar el constitucionalismo liberal democrático de la amenaza autocrática que procede de fuera de las fronteras de Europa pero que, cada vez más, se ha ido propagando dentro de nuestros países.

Tras la crisis económica, la pandemia y la guerra, intentamos todo lo necesario para darnos cuenta que la unión federal en Europa es una necesidad a la que los estados miembros deben adaptarse si quieren sobrevivir como liberal democracias. En todas esas circunstancias, se buscaron soluciones más orientadas a unir que a dividir. La lista es larga y conocida y no hace falta repetirla. Pero, ¿cómo explicar medidas completamente ajenas a la integración antes de esos eventos críticos como *whatever it takes* [*que se haga todo lo posible*] y el *quantitative easing* [*plan de flexibilización cuantitativa*], o la mutualización de la deuda y Next Generation Eu, o la cuestión aún no resuelta relacionada con la política energética común y el problema relacionado del *price cap* [*límite de precios*]?

Todo esto, sin embargo, no es suficiente. Cada medida concreta respondió a la lógica típica del proceso de integración europea seguida desde sus orígenes hasta ahora: el derecho europeo es el derecho de las crisis, es decir, una Ley del caso concreto, una Ley que surge de contextos excepcionales y está destinada a estabilizarse a la espera de nuevos desgarros que surgen de nuevas emergencias y así sucesivamente. También en este sentido, el derecho europeo es una constitución en sentido reflexivo: su normatividad depende del hecho y de la fuerza que en cada caso se desprende. Nuestro horizonte tiene que convertirse pues en el decisivo proceso constituyente que forje la constitución de una federación de estados europeos en la que la Unión tiene competencias sobre los intereses generales de los ciudadanos europeos que, es decir, ya no podrán quedar a merced de las jurisdicciones nacionales, y que puedan reafirmar los principios de la democracia liberal readaptándolos a los desafíos del presente (incluida la cuestión del mundo digital y el medio ambiente).

La constitución europea ya no sirve sólo para cerrar un proceso de integración vacilante. Es necesario también para reafirmar que Europa se funda en los principios del constitucionalismo liberal democrático y que, por tanto, su destino es la democracia y su enemigo la autocracia. Acerca de este asunto hay que plantear el debate entre ciudadanos europeos y sobre ella deben converger las fuerzas hegemónicas de la sociedad europea si quieren salvar la civilización que los estados miembros del viejo continente contribuyeron, más que otros, a formar.

# **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA ANTE LA PROTECCIÓN DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿COLABORACIÓN O DISPUTA?<sup>1</sup>**

SILVIA ROMBOLI  
*ESADE - Universidad Ramon Llull*

SUMARIO: 1. *Consideraciones introductorias.*—2. *Un excursus respecto de las relaciones entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*—3. *Las problemáticas más actuales a las que se enfrenta la Corte Constitucional italiana en la protección de los valores y principios fundamentales del ordenamiento.* I. La solución a los primeros interrogantes: la teoría de los contra-límites y el caso *Taricco*. II. La solución a los segundos interrogantes: la problemática de la «doble prejudicialidad». III. Las actuaciones más recientes de la Corte Constitucional italiana en materia de relaciones entre el juez nacional y el TJUE en la protección de los derechos fundamentales europeos.—4. *Reflexiones conclusivas.*

## **1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS**

El análisis de las relaciones entre las fuentes del Derecho de la Unión Europea (UE) y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros ha sido uno de los ámbitos de investigación más apasionante en las últimas décadas para los estudiosos del Derecho en general, y del Derecho Constitucional en particular. Esto se debe a la revolución que ha supuesto la adhesión de los Es-

---

<sup>1</sup> El presente trabajo ha sido entregado para su publicación en 2022 y analiza, por tanto, los acontecimientos hasta la fecha.

tados a una organización supranacional que predica y obliga a sus miembros al respeto de principios que influyen en los sistemas de ordenación de las fuentes normativas como el principio de primacía del Derecho de la Unión respecto del Derecho nacional, o los principios de efectos directos y vinculantes de algunas fuentes del Derecho que provienen de un ordenamiento externo al nacional; principios, estos, que terminan por invalidar, en muchas ocasiones, los criterios clásicos de ordenación de las fuentes normativas.

A esta revolución que ha involucrado el sistema de fuentes, se ha añadido la necesidad de implementar una colaboración fructífera y virtuosa entre, de un lado, los órganos nacionales encargados de la aplicación e interpretación de esas fuentes normativas (las jurisdicciones ordinarias y la Constitucional) y, de otro, el máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea (el Tribunal de justicia de la Unión Europea). Esta problemática alcanza, probablemente, su máxima intensidad si las fuentes en conflicto reconocen derechos fundamentales o humanos, al tratarse de una materia que ostenta rango constitucional en los ordenamientos nacionales y que, por tanto, su interpretación siempre ha sido monopolio de las jurisdicciones estatales, en particular de las constitucionales.

Justo por esta razón, la reciente entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en 2009, que ha adquirido la misma fuerza de los Tratados de la UE, ha intensificado las problemáticas ahora descritas.

Desde el punto de vista doctrinal, y también práctico, resulta a todas luces de gran interés el estudio de los remedios que los Estados han encontrado o propuesto para no convertir el que debería ser un diálogo o colaboración entre tribunales nacionales y supranacionales en la que muchos autores han definido una «guerra entre tribunales».

El propósito de este trabajo será, por todo lo dicho, analizar las soluciones que el ordenamiento italiano ha encontrado a las problemáticas que han surgido en Italia (que, en muchos casos, son las mismas que se han presentado en otros ordenamientos como el español, el alemán, etc.) respecto de las relaciones entre los jueces nacionales (ordinarios y constitucionales) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación e interpretación de valores y principios fundamentales (entre los cuales se encuentran, por supuesto, también los derechos fundamentales) propios tanto de la identidad y las tradiciones nacionales como de las tradiciones comunes europeas.

## 2. UN *EXCURSUS* RESPECTO DE LAS RELACIONES ENTRE LAS JURISDICCIONES NACIONALES Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La experiencia italiana respecto de las relaciones entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia, Tribunal de Luxemburgo o TJUE, en adelante) en la protección de los principios y derechos presupone adentrarse en un tema bastante complejo.

Evidentemente, hoy en día y desde hace varios años, el ordenamiento italiano reconoce la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal de Justicia y de los contenidos de los Tratados, y por tanto de la Carta de los DFUE. También reconoce los principios fundamentales de la UE ya citados, el de primacía del Derecho de la Unión respecto del derecho interno, y la exigencia de homogeneidad en la aplicación de este mismo Derecho en todos los Estados miembros de la Unión.

Por tanto, en Italia se aplican las mismas reglas establecidas en los Tratados de la UE y reiteradas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que se aplican también en los demás países miembros: la inaplicación, por parte de las jurisdicciones ordinarias, de la norma en conflicto con la norma de la Unión Europea. O, en el caso en el que el juez o tribunal nacional albergue dudas sobre esa contradicción, el órgano jurisdiccional podrá optar por el planteamiento de una cuestión prejudicial (posibilidad que se convierte en una obligación para los jueces de última instancia).

No obstante, como es notorio, Italia se caracterizó por ser uno de los Estados que con más reticencias aceptó estas reglas y que más ha cuestionado (y sigue cuestionando) la aplicación de estos principios, para proteger su sistema de fuentes, el principio de soberanía nacional y los principios supremos del ordenamiento constitucional (entre los cuales los derechos fundamentales contenidos en la Constitución italiana), en particular a través de las actuaciones de la Corte Constitucional.

A la Corte Constitucional italiana le ha costado mucho aceptar el principio de primacía y de efectos directos del Derecho de la UE, en particular la posibilidad de que sean las jurisdicciones ordinarias las encargadas de decidir sobre la inaplicación de una norma interna en conflicto con el derecho «eurounitario»<sup>2</sup>, reivindicando la naturaleza concentrada del sistema de control de las leyes.

Se tuvo que recorrer el denominado «camino comunitario», que duró unos 20 años, para que la Corte Constitucional aceptara la doctrina *Simmenthal*<sup>3</sup> y la pos-

<sup>2</sup> Este término ha sido plasmado por la doctrina italiana y es comúnmente utilizado por los autores italianos, para sustituir la más antigua expresión «comunitario».

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77.

terior doctrina *Cilfit*<sup>4</sup>. Finalmente, en 1984, la Corte se alineó con esta doctrina y cedió completamente ante el principio de primacía del Derecho UE. Esto ocurrió precisamente desde la emisión de dos decisiones, la famosísima (por lo menos en Italia) Sentencia *La Pergola* (por el nombre del ponente)<sup>5</sup> y la Sentencia *Granital* (la n. 170 del 1984)<sup>6</sup>, en la que el Constitucional italiano afirmó aceptar que los jueces ordinarios inaplicasen directamente el derecho interno que entrara evidentemente en conflicto con el Derecho de la UE, o plantearan una cuestión prejudicial ante la Corte de Luxemburgo en caso de duda.

No obstante, la Corte cerró la decisión recordando que ella es la única jurisdicción legitimada para comprobar el conflicto entre los Tratados de la Unión y los principios constitucionales; si se detectara un problema semejante, correspondería a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad de la norma que ratifica el Tratado. Estas declaraciones sembraron las semillas de lo que creció años después, como se verá más adelante.

De todos modos, pese a la exteriorización de algunas reticencias, este orden o configuración ha funcionado tendencialmente bien más o menos por tres décadas: los jueces ordinarios inaplicaban las reglas puntuales internas (que tuvieran rango de ley) en conflicto con otras reglas puntuales contenidas en el Derecho eurounitario. Si no se trataba de reglas claras o precisas de Derecho de la UE, los jueces italianos planteaban sus dudas ante el Tribunal de Justicia.

La Corte Constitucional italiana se quedó por muchos años al margen de este dialogo entre cortes nacionales y corte supranacional; y esto porque, al fin y al cabo, se trataba de incompatibilidades entre una norma con rango legal y una norma de la UE.

Tanto que, la misma Corte Constitucional, en 1995 afirmó de forma tajante que ella no podía calificarse como «órgano jurisdiccional» *ex art.* 267 TFUE y que, por tanto, no podía plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo<sup>7</sup>.

Esta postura se modificó en 2008, cuando la Corte Constitucional italiana decidió dirigir por primera vez al Tribunal de Luxemburgo una cuestión prejudicial, al ser ella misma la única jurisdicción competente para resolver el caso (se trataba de un recurso de inconstitucionalidad), y por tanto era la única jurisdicción que podía plantear al Tribunal de Justicia la duda respecto de la interpretación o validez del Derecho de la UE<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81.

<sup>5</sup> Sentencia de la Corte Constitucional 113/1985, de 19 de abril.

<sup>6</sup> Sentencia de la Corte Constitucional 170/1984, de 5 de junio.

<sup>7</sup> Auto de la Corte Constitucional 536/1995, de 29 de diciembre.

<sup>8</sup> Auto de la Corte Constitucional 103/2008, de 15 de abril.



Posteriormente, desde 2013, la Corte empezará a plantear cuestiones prejudiciales también al recibir cuestiones de inconstitucionalidad por parte de las jurisdicciones ordinarias, si para emitir su decisión precisaba de la interpretación del Derecho de la Unión por parte del órgano más competente para ello, el Tribunal de Justicia.

La decisión de la Corte Constitucional de entrar en el dialogo entre tribunales nacionales y tribunal de justicia, según la mayoría de los comentaristas, no llegó por casualidad justo en 2008. En efecto, como es notorio, en 2007 se aprobó el Tratado de Lisboa, que contenía la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que luego entrarán en vigor en 2009.

Las Cortes constitucionales de algunos países de la Unión, incluida la italiana, empezaron a preocuparse por la posibilidad de perder su monopolio en la interpretación de los principios supremos de sus respectivos ordenamientos, entre los cuales se encuentran también los derechos fundamentales.

Nunca sabremos si esta fue realmente o no una de las razones por las cuales los actores del dialogo entre tribunales crecieron, complicando sin duda el panorama (incluso se empezó a hablar de «guerra entre tribunales»).

Lo que es seguro es que la participación de la Corte Constitucional italiana en el dialogo con el Tribunal de Justicia fue fundamental por el tema que nos concierne en estas páginas, esto es, conocer y analizar la experiencia italiana respecto de la relación entre jueces (ordinarios y constitucional) y derechos, valores y principios tanto nacionales como europeos.

Es posible sostener esta tesis por la razón que sigue: la Corte Constitucional italiana se encontró en la situación de tener, de un lado, que proporcionar una solución de equilibrio entre la protección de los principios internos de rango constitucional y el respeto de los principios de la Unión Europea, y, de otro, a buscar la forma de ordenar las vías disponibles para el juez ordinario en caso de violación de los principios supremos del ordenamiento constitucional que aparecían también en el listado de derechos de la Unión.

### 3. LAS PROBLEMÁTICAS MÁS ACTUALES A LAS QUE SE ENFRENTA LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA EN LA PROTECCIÓN DE LOS VALORES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ORDENAMIENTO

La Corte Constitucional italiana, a raíz, como se ha dicho, de la entrada en vigor de la Carta de los DFUE, a su primacía respecto del derecho nacional

y a su fuerza directa y vinculante, tuvo que enfrentarse principalmente a dos clases de interrogantes.

En primer lugar: ¿Qué hacer si la inaplicación de una norma interna para aplicar la norma eurounitaria tiene como consecuencia la violación de un principio constitucional o un derecho fundamental? O más banalmente: ¿qué hacer si una norma de la Unión entra en conflicto con una norma de rango constitucional? ¿En estos casos también tiene que prevalecer, tiene que primar el Derecho de la UE? ¿O las normas constitucionales siguen siendo supremas también respecto del Derecho de la Unión? Este es el tema que el Tribunal Constitucional español ha ido analizando a raíz del célebre caso *Melloni*<sup>9</sup>.

En segundo lugar, entre los interrogantes del segundo tipo: ¿Qué hacer si la duda de compatibilidad entre el Derecho interno y el Derecho de la Unión Europea tiene que ver con el alcance y la interpretación de un derecho fundamental incluido en la Constitución nacional y también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? ¿A qué jurisdicción tienen que dirigirse los jueces ordinarios italianos para resolver el presunto conflicto?

## **I. La solución a los primeros interrogantes: la teoría de los contra-límites y el caso *Taricco***

Los primeros interrogantes a los que se acaba de hacer mención se refieren a un conjunto de casos que podemos ordenar bajo el denominador común de la aplicación de la teoría de los contra-límites. Dicha teoría tiene una estrecha conexión con el tema de la protección de la identidad nacional o identidad constitucional nacional.

El Tribunal de Justicia sigue reiterando desde su sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, que el Derecho interno de los Estados miembros en ningún caso podrá afectar a la primacía del Derecho de la Unión y a su eficacia en el ordenamiento jurídico nacional, tampoco en el caso de conflicto entre este último y una norma o principio constitucional. Incluso (y esto es especialmente interesante en relación con el objeto del análisis desarrollado en este trabajo) cuando se vean perjudicados derechos fundamentales.

Pese a estas afirmaciones tan rotundas, también es notorio que el Tribunal de Justicia tiene la obligación de respetar la identidad nacional o identidad

---

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*, C-399/11; Sentencia del Tribunal Constitucional español 23/2014, de 13 de febrero.

constitucional nacional, principio, este, afirmado ya desde los tiempos del Tratado de Maastricht e incorporado por el Tratado de Lisboa en el actual art. 4.2 TUE. Este constituye sin dudas un elemento en las manos de los Estados miembros para mantener o reforzar su soberanía respeto de la primacía del Derecho de la Unión. La necesaria integración europea encontraría así un límite en la preservación de los elementos esenciales de la estructura constitucional de cada país.

De todo ello derivaría la teoría afirmada y defendida, en su nacimiento, por las Cortes constitucionales italiana y alemana y hoy adoptada también por otras Cortes: la teoría de los contra-límites. Según esta, sería posible identificar unos principios fundamentales (entre los cuales se incluirían también a los derechos fundamentales e inviolables de la persona) que constituyen unos límites a la penetración y, en particular, a la injerencia excesiva del Derecho de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el ordenamiento jurídico nacional.

Pese a lo dicho, el deber prescrito en el art. 4.2 TUE debe conciliarse con la exigencia de homogeneidad en la aplicación del Derecho de la Unión y no puede ser utilizado por los Estados para «*esquivar el cumplimiento del Derecho de la Unión*». Si el Tribunal de Luxemburgo sigue manteniendo la prevalencia del Derecho de la UE sobre el nacional, el Estado debe acatar esa decisión.

Muy pronto llegó la ocasión para poner a prueba todas estas afirmaciones de principio en un conflicto real entre los contenidos de la Constitución italiana y el Derecho de la Unión.

En concreto, a la Corte Constitucional italiana se le planteó una cuestión de inconstitucionalidad en la que la duda concernía a la posibilidad de que, en aras de la protección de la homogénea aplicación del Derecho de la Unión Europea, se terminara por afectar a uno de los principios constitucionales y a los derechos fundamentales de los italianos. En dicha ocasión, la Corte italiana decidió no acatar una precedente interpretación del Derecho UE proporcionada por el Tribunal de Justicia y abrir un diálogo directo con este, bajo la invocación de la teoría de los contra-límites y con la finalidad de garantizar la tutela de los derechos fundamentales, así como interpretados por el ordenamiento interno, frente a su interpretación por parte del ordenamiento eurounitario.

El supuesto es el famosísimo caso *Taricco*, sobre el que me limitaré a hablar de las consecuencias respecto de las relaciones entre jurisdicciones nacionales y jurisdicción europea en la protección de los derechos.

El caso surgió de la siguiente controversia: después de que un juez ordinario italiano planteara una cuestión prejudicial para obtener la correcta interpretación del Derecho de la UE en tema de delitos fiscales, el Tribunal de Luxem-

burgo en septiembre de 2015 emitió una primera sentencia<sup>10</sup> que contenía indicaciones poco precisas sobre los casos en los que los jueces nacionales hubieran tenido que inaplicar la normativa nacional en atención a las obligaciones de la Unión, en particular para tutelar los intereses financieros de la misma.

Estas imprecisiones, determinaron la intervención de la Corte Constitucional italiana, que eligió abrir un dialogo con el Tribunal de Justicia y plantear una cuestión prejudicial sobre la interpretación del Derecho de la UE. La peculiaridad del caso fue que con este planteamiento se requería una aclaración de la anterior interpretación de la normativa UE emitida en la sentencia *Taricco I* del Tribunal de Justicia, y no una interpretación del Derecho de la Unión.

La Corte Constitucional, redactó un Auto de planteamiento<sup>11</sup> en el que, de un lado, afirmaba reconocer la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho nacional; pero, de otro, sostenía con contundencia que una de las condiciones necesarias para que el Derecho de la Unión se aplicase en Italia es que su contenido respete los principios supremos del orden constitucional italiano y los derechos inalienables y fundamentales de la persona.

De no ser así, habría sido necesario activar los contra-límites, y «*declarar la ilegitimidad constitucional de la Ley nacional que ha autorizado la ratificación y la efectividad del Tratado*», si bien solo con respecto a la norma que provoque la vulneración de los principios o derechos constitucionales.

En concreto, el Derecho eurounitario así como interpretado por el Tribunal de Luxemburgo en su sentencia de 2015, vulneraba varios principios supremos del ordenamiento constitucional italiano y los derechos fundamentales de los particulares. Entre estos, la Corte Constitucional citó:

- El principio de legalidad en materia penal, que tiene como finalidad la protección de los derechos inviolables y debe considerarse un principio fundamental y supremo.
- La necesidad de que las personas que realizan una conducta puedan razonablemente esperarse la aplicación de la normativa del código penal así como ha sido interpretado por el TJUE.
- El principio de separación de poderes (jueces ordinarios vs legislador).

Además de todo lo dicho, y aún más conexo con las finalidades de este ensayo, es necesario mencionar las afirmaciones que el Constitucional italiano

---

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2015, asunto C-105/14, *Taricco I*.

<sup>11</sup> Auto de la Corte Constitucional 24/2017, de 26 de enero.

proporcionó respecto de «*su rol*» y del rol que la misma Corte cree que debe tener el Tribunal de Justicia en la defensa de los derechos y principios supremos que caracterizan la identidad nacional de un país miembro de la Unión Europea.

La Corte Constitucional declaró que el Tribunal de Justicia tiene la tarea de establecer la interpretación del Derecho de la Unión, pero que no puede ser «*cargada*» con el peso de valorar en el detalle si el Derecho de la Unión y su interpretación son compatibles con la identidad nacional de un Estado. Por ende, tiene que remitir a las autoridades nacionales la comprobación última sobre la observancia de los principios supremos del Estado.

La Corte Constitucional italiana fundó sus afirmaciones en que, en un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, la valoración de la compatibilidad de la regla de la UE con los principios supremos del ordenamiento y los derechos inalienables de la persona como elementos que caracterizan la identidad y las tradiciones del país, es tarea de las Cortes constitucionales, instadas por los jueces ordinarios a través del planteamiento de una cuestión de constitucionalidad.

Con estas afirmaciones, el Constitucional italiano reafirmó, con fuerza, su papel de interlocutor privilegiado con el Tribunal de Justicia, cuando se trate de identificar y defender los principios supremos del ordenamiento nacional y los derechos fundamentales.

Por esta razón entró en diálogo con el Tribunal de Justicia, pidiendo que reconsiderase su interpretación y proporcionara una lectura del Tratado que no vulnerase los principios y derechos internos, a través de un auto educado, cortés y diplomático, pero también valiente, claro y firme.

Esto, como es conocido, llevó a que efectivamente el Tribunal de Luxemburgo revisara en 2017<sup>12</sup> su interpretación del Derecho de la Unión contenida en la decisión *Taricco I* de 2015, a la luz de unas consideraciones e interrogantes propuestos por la Corte Constitucional italiana que, como afirmó el mismo Tribunal de Justicia, «*no habían sido señalados al Tribunal de Justicia en el procedimiento que dio lugar a la sentencia Taricco*».

Si bien es cierto que hay que proteger los intereses financieros de la Unión Europea a través de la lucha frente a la evasión fiscal, es igualmente cierto que los tribunales nacionales tienen que garantizar los derechos de los encausados que deriven del principio de legalidad de los delitos y las penas, reconocidos en el art. 49 de la Carta.

---

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de diciembre de 2017, C-42/17 - M. A. S. y M. B. (*Taricco II*).

El TJUE terminó, por lo tanto, reconociendo que, si los jueces nacionales verificasen que la aplicación de la interpretación proporcionada por la sentencia *Taricco I* entrara en conflicto con el principio de determinación de la Ley aplicable, no estarían obligados a inaplicar la normativa nacional, tampoco cuando esto significara aplicar una Ley nacional incompatible con el Derecho de la Unión.

Una gran victoria, a todas luces, para la Corte Constitucional y para la supremacía de los derechos constitucionales.

El caso *Taricco* se cerró en 2018 con una última sentencia de la Corte Constitucional <sup>13</sup>, en la que, en realidad, esta se alejó del espíritu colaborativo que había caracterizado el planteamiento de la cuestión prejudicial.

En la sentencia *Taricco II*, el Tribunal de Justicia asignó un rol fundamental a los jueces ordinarios nacionales, que aparecen como los destinatarios más directos de la nueva interpretación del Derecho de la UE. Sin embargo, la Corte Constitucional se reservó para sí misma esta tarea que el Tribunal de Justicia había asignado a los tribunales nacionales ordinarios, y declaró que la denominada «*regla Taricco I*» no ofrece posibilidad de salvarse, porque entra en un conflicto irreparable con el principio de legalidad y, por tanto, es inconstitucional con efecto *erga omnes*. Así que, con su última intervención, el Constitucional italiano no dejó ningún espacio interpretativo para los jueces ordinarios.

## II. La solución a los segundos interrogantes: la problemática de la «doble prejudicialidad»

Después de este dialogo a través de la cuestión prejudicial, la Corte Constitucional ha vuelto en varias ocasiones a utilizar este instrumento, cada vez de una forma más colaborativa. Se trata de casos que siguieron cronológicamente a otro momento fundamental y de gran preocupación en la doctrina jurídica, por la aparente actitud algo demasiado «envalentonada» o «atrevida» de la Corte Constitucional italiana.

Este momento se refiere al segundo tema o interrogante al que me he referido unas líneas más arriba y al que se enfrentaron (y siguen enfrentándose) los jueces italianos respecto de los derechos de la UE, esto es: el problema de la denominada «doble prejudicialidad».

La doble prejudicialidad, como es notorio, se refiere a la posibilidad de que el juez ordinario estatal tenga, en el seno de un mismo proceso, una duda respecto de la norma aplicable y relevante para resolver el caso tanto en relación con la

---

<sup>13</sup> Sentencia de la Corte Constitucional 115/2018, de 31 de mayo.

conformidad de esta con la Constitución nacional, como respecto de su validez según el Derecho eurounitario (o la correcta interpretación de este último).

En estos casos, el juez ordinario tiene que resolver el problema de qué criterio seguir y a cuál de los dos instrumentos (cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial eurounitaria) dar la prioridad, o si utilizar los dos de forma simultánea.

La Corte Constitucional italiana ha querido proporcionar su propia interpretación y solución a estas preguntas, solución que ha ido evolucionando en el tiempo y que ha tenido unos momentos fundamentales en los últimos años.

Durante una larga etapa, la Corte Constitucional negó su competencia para apreciar la conformidad del Derecho comunitario con los principios constitucionales. Su postura era la siguiente: los jueces ordinarios tienen la obligación de resolver antes la duda sobre la compatibilidad del Derecho interno con el Derecho de la UE. Y esto porque, si el Tribunal de Justicia declarara que la norma interna entra en conflicto con el Derecho supranacional, el Derecho interno se debe inaplicar. Y si se debe inaplicar, la consecuencia es la inmediata pérdida del objeto de la supuesta cuestión de legitimidad constitucional, así como del requisito de la aplicabilidad y relevancia; por tanto, la Corte Constitucional no podría intervenir y admitir la cuestión de constitucionalidad. Los jueces deben, por ende, dirigirse antes al TJUE.

Sin embargo, las cosas cambiarán desde la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En efecto, la mayoría de los derechos de la CDFUE están reconocidos también por las Constituciones nacionales de los países miembros de la Unión, y esta circunstancia puede llevar a que el mismo juez nacional se encuentre ante una duda en relación con la conformidad de la norma relevante para resolver el caso concreto tanto con la Constitución de su país como con la Carta de los DFUE.

Ante casos de una «doble prejudicialidad» como el ahora descrito, la Corte constitucional italiana ha proporcionado una jurisprudencia, inaugurada con la sentencia 269/2017, que tiene unas importantes consecuencias en el diálogo entre tribunales y que refleja un cambio de postura trascendente por parte del Constitucional italiano.

Dicho cambio de postura se debe a que la utilización de la cuestión prejudicial o eurounitaria y, por consiguiente, la estrecha y frecuente relación entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales, había comportado la reducción del papel ejercido en ese mismo ámbito por la Corte Constitucional a través del control de las leyes. Todo ello conllevó una suerte de apartamiento de la misma Corte en la protección de

los derechos fundamentales, debido también al hecho de que el sistema de justicia constitucional italiano no contempla el recurso de amparo constitucional entre las vías de acceso a la jurisdicción constitucional.

Por todo lo dicho, hacía falta que la Corte Constitucional encontrara la forma de entrar en el debate, en el dialogo entre Cortes en los casos relacionados con la protección de los derechos, al ser la máxima intérprete de los derechos fundamentales en el sistema nacional.

Aprovechando un caso en el que recibió una cuestión de inconstitucionalidad de una Ley que supuestamente entraba en conflicto tanto con la Constitución italiana como con una normativa de la Unión, la Corte proporcionó ciertas aclaraciones sobre los casos de doble prejudicialidad en la sentencia antes citada<sup>14</sup>.

En primer lugar, la Corte reiteró su doctrina anterior: que los jueces ordinarios acudan antes a Luxemburgo, so pena la declaración de inadmisibilidad. A menos que el Derecho de la Unión no tenga efectos directos, y entonces hay que plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

No obstante, y en segundo lugar, añadió una excepción cuando el conflicto sea entre Derecho interno y la Carta de los DFUE, porque este «*tiene características peculiares debido a su contenido típicamente constitucional*». Los principios y derechos establecidos en la Carta se entrelazan en gran medida con los principios y derechos garantizados por la Constitución. Por consiguiente, es posible que el juez se enfrente a una violación conjunta de ambos textos.

En estos casos, afirmó el Constitucional, es preferible obtener una decisión que tenga efectos *erga omnes*, más que una inaplicación de la norma, y por tanto plantear en primer lugar la cuestión ante la Corte Constitucional.

La Corte no perdió la ocasión para asegurar que juzgará los casos de esta naturaleza a la luz de los parámetros constitucionales, pero también de los europeos, garantizando así tanto la identidad constitucional como el respeto de las obligaciones supranacionales.

Prioridad entonces a la cuestión ante ella misma, aunque, evidentemente, la Corte aseguró también que el juez ordinario tendrá la posibilidad de dirigirse al TJUE con una cuestión de interpretación o validez en caso de que tenga una duda sobre el Derecho de la Unión. Asimismo, el juez nacional mantendrá la facultad de «*inaplicar, una vez que haya acabado el juicio incidental de constitucionalidad de la ley, la disposición legislativa nacional en cuestión que haya superado el control de constitucionalidad*», pero añadió que podrá hacerlo solo si, «*por otras razones, la consideran contraria al DUE*».

---

<sup>14</sup> Sentencia de la Corte Constitucional 269/2017, de 14 de diciembre.



En sus sentencias posteriores, la Corte añadió algunas aclaraciones que redujeron mucho las preocupaciones de la doctrina y de las jurisdicciones ordinarias<sup>15</sup>.

En efecto, la Corte afirmó que la doctrina sentada en la decisión 269/2017 reconoce una oportunidad que tiene que considerarse una sugerencia a los jueces, y no una imposición; el Constitucional deja la elección al juez, que habrá de dar prioridad al control de constitucionalidad solo en el caso de estar convencido de la verdadera utilidad de este «orden de aparición en la escena».

La Corte, también, aclarará la afirmación «por otras razones», especificando que el juez puede someter al Tribunal de Justicia «sobre la misma normativa, cualquier prejudicial que considere necesaria», negando cualquier impedimento que pueda derivarse del previo planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. El juez ordinario puede, por tanto, plantear una cuestión prejudicial al TJUE «también después del control incidental de constitucionalidad de la ley»; es más: el órgano jurisdiccional podrá incluso no aplicar la norma nacional que considere contraria a la Carta después de la declaración de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, si considerase que concurren los presupuestos necesarios.

Asimismo, la Corte afirmó su competencia para declarar la inconstitucionalidad de una Ley por violación de las disposiciones de la Carta que tengan los mismos contenidos que la Constitución; todo ello después de plantear, si fuera necesario, una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para preguntar la correcta interpretación y el alcance de la norma en cuestión. Esta circunstancia, es importante recalcarlo, denota la voluntad del Constitucional de entrar en el diálogo, y no de tener la última palabra en todo el proceso.

La Corte Italiana explicará, además, que su intervención de manera prioritaria sobre la eventual lesión de un parámetro constitucional tiene la finalidad de contribuir a que los derechos fundamentales garantizados por el Derecho de la Unión Europea y, en particular, por la Carta, se interpreten en armonía con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, tal y como prescribe el art. 52.4 de la Carta.

Finalmente, la Corte sostuvo que la «conurrencia de remedios», a saber, la existencia simultánea de diferentes y variados instrumentos jurisdiccionales (aquellos nacionales y la cuestión prejudicial), permite que la Corte Constitucional misma interprete los derechos fundamentales de la Carta, que corresponden a los de la Constitución, en armonía con las tradiciones consti-

---

<sup>15</sup> Pueden verse, a este propósito las siguientes decisiones: Sentencia de la Corte Constitucional 20/2019, de 21 de febrero; Sentencia de la Corte Constitucional 63/2019, de 21 de marzo; Sentencia de la Corte Constitucional 112/2019, de 10 de mayo; Auto de la Corte Constitucional 117/2019, de 10 mayo.

tucionales comunes a los Estados miembros, todo en un clima de leal colaboración, para garantizar la máxima protección de los derechos en un contexto de tutela multinivel.

### **III. Las actuaciones más recientes de la Corte Constitucional italiana en materia de relaciones entre el juez nacional y el TJUE en la protección de los derechos fundamentales europeos**

Antes de pasar a las consideraciones conclusivas, quisiera referirme a algunos casos muy recientes que describen el estado actual de las relaciones entre jurisdicciones nacionales (ordinarias y constitucional) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea <sup>16</sup>.

Varios casos resueltos en los últimos años demuestran que la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana ha creado un círculo virtuoso de colaboración entre todos los niveles de jurisdicción.

En particular, merecería la pena mencionar dos casos muy recientes que demuestran la voluntad de la Corte Constitucional de insertarse en ese diálogo constructivo con el Tribunal de Justicia, sin que su participación en el debate sobre derechos se convierta en un pulso o guerra entre jurisdicciones. Estos dos supuestos son muy relevantes porque conciernen a la aplicación de la misma normativa europea, pero en cada caso los tribunales ordinarios eligieron un orden de prioridad diferente. Esta circunstancia ha conllevado efectos muy diferentes en el ordenamiento italiano, que merecen la pena ser examinados.

Se trata de dos casos relativos ambos a determinados subsidios (subsidios por maternidad y por natalidad en el primero y para núcleos familiares en el segundo) que la Ley italiana asignaba a determinados tipos de extranjeros (los residentes legalmente con permiso de larga duración), pero no a otros (aque-llos residentes legalmente, pero con permiso único de trabajo). La regulación italiana entraba en conflicto con la Constitución nacional (principio de igualdad y protección de la familia y de la infancia), con la Carta de los DFUE (igualdad en general e igualdad en temas de seguridad social) y con algunas directivas de la Unión.

En el primer de los supuestos, siguiendo las indicaciones contenidas en la sentencia 269/2017, el Tribunal Supremo italiano consideró oportuno plantear

---

<sup>16</sup> Como ya se ha recordado, el presente trabajo ha sido entregado para su publicación en 2022, y deja constancia de los casos hasta esa fecha.

una duda de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, para que esta pudiera emitir una decisión con efectos *erga omnes*.

La Corte Constitucional, siguiendo con su actitud colaborativa y dialógica, al constatar la presencia de una clara conexión entre los principios contenidos en la Constitución y los contenidos en la Carta y en las directivas UE, decidió solicitar al Tribunal de Luxemburgo la correcta interpretación del derecho eurounitario.

No es necesario, en este contexto, aclarar todos los detalles de la resolución del caso, porque el propósito de este ensayo es analizar cómo se desenvuelven las relaciones entre jurisdicciones. Por ello, resulta de especial interés evidenciar que el Tribunal de Luxemburgo consideró que la regulación italiana entraba en conflicto con la Carta y con las directivas de la Unión<sup>17</sup>. La Corte Constitucional acató completamente esa lectura y la decisión, y declaró inconstitucional la normativa italiana que aplicaba un trato diferente sin ninguna justificación a diferentes clases de extranjeros residentes legalmente en Italia.

En el segundo caso (el sobre los subsidios a los núcleos familiares), sin embargo, la misma Corte de Casación italiana (Tribunal Supremo) planteó antes la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, que en este caso también, evidentemente, afirmó que la normativa italiana entraba en conflicto con la Carta y tenía, por tanto, que ser inaplicada.

La Corte de Casación, una vez recibida esta respuesta, se dirigió a la Corte Constitucional solicitando también una declaración de inconstitucionalidad, dado que, en su opinión, las directivas y los principios enunciados por el Tribunal de Justicia no constituían normas directamente aplicables en Italia.

A la vista de los hechos, la Corte Constitucional no admitió la cuestión<sup>18</sup>, informando el juez ordinario de que, una vez tomada la decisión de emprender en primer lugar la vía del control difuso, ésta debe ser seguida por el juez remitente en todas sus consecuencias. Estas incluyen la aplicación de principios como el efecto vinculante de la interpretación del Tribunal de Justicia, el efecto directo del Derecho de la Unión y el principio de la primacía del Derecho de la Unión que el juez nacional debe respetar. Ya no había espacio para una posterior intervención del Juez Constitucional, dado que la norma interna tenía que ser inaplicada y el juicio de legitimidad constitucional había perdido su objeto, o si se prefiere, el requisito de la relevancia y aplicabilidad.

Estos casos demuestran que hay una pluralidad de opciones para los jueces ordinarios, cada una con sus diferentes efectos y consecuencias.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2 de septiembre de 2021, asunto C-350/20.

<sup>18</sup> Sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 67/2022, 8 de febrero.

En Italia, la única forma para que intervenga la Corte Constitucional es que lo haga antes del Tribunal de Justicia, o la cuestión deberá declararse inadmisibile. La otra opción es que se reformen las leyes sobre el funcionamiento de la Corte Constitucional, y se eliminen los requisitos de relevancia y aplicabilidad de la norma para las cuestiones de inconstitucionalidad.

#### 4. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Tanto en los casos de los contra-límites como en los analizados respecto de la doble prejudicialidad, la Corte Constitucional no quiso afirmar la voluntad o la facultad de interferir en una tarea (la interpretación del Derecho de la Unión y de la Carta de los DFUE) que ciertamente pertenece al Tribunal de Justicia, sino que, más bien, procuró evitar que esta actividad se realice exclusivamente por los jueces ordinarios nacionales y el Tribunal de Luxemburgo, sin ninguna participación de la Corte Constitucional, cuando están en juego principios fundamentales del orden constitucional y derechos fundamentales.

Esta interpretación de la Corte trataría de llevar la garantía de los derechos fundamentales al amparo de la jurisdicción constitucional, sustrayéndola a una inmediata inaplicación de la Ley nacional por parte de los jueces ordinarios. Y no sería, como han afirmado algunos autores, porque la Corte quiera limitar los poderes interpretativos de los jueces ordinarios respecto de los contenidos de la Carta, como si fueran inadecuados para desempeñar esta tarea, y el único sujeto competente y fiable fuera ella misma.

Se trataría de una elección con la finalidad de crear un procedimiento que ofrezca al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para conocer el Derecho nacional útil para la resolución de la cuestión concreta y, sobre todo, para la identificación de las tradiciones constitucionales comunes. Sería más adecuado y eficaz, según el Constitucional, dirigirse antes ante la Corte constitucional, y luego ante el Tribunal de Justicia.

No hay que olvidar que tanto la activación de los contra-límites, como el «nuevo orden de prioridad» añadirían simplemente unas «derogaciones», unas «excepciones» al normal desarrollo de las relaciones entre jurisdicciones ordinarias nacionales y Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial, y al normal desempeño del papel de los jueces ordinarios en la inaplicación del derecho interno en conflicto con el Derecho eurounitario.

Y, también, hay que recordar que, para el caso del orden de prioridad, la del Constitucional italiano es una simple sugerencia, dado que la Corte Constitucional no tiene ningún instrumento a su alcance para obligar al juez ordina-

rio a respetar la indicación contenida en la sentencia 269/2017, pues no puede evitar que los órganos jurisdiccionales nacionales planteen una cuestión prejudicial ante el TJUE, o inapliquen una norma nacional que consideren contraria a una disposición directamente aplicable de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

No obstante, es sin duda deseable que los jueces ordinarios compartan las razones que están a fundamento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Hay supuestos en los que es deseable que intervenga en el dialogo el máximo interprete de la Constitución para que se asegure la protección de sus contenidos, y que determinadas normas, contrarias a la Constitución y a la Carta de los DFUE, se eliminen del ordenamiento interno con efecto *erga omnes*. Sin que esto se vea como una desconfianza hacia el Derecho de la Unión o ponga en duda la autoridad del Tribunal de Justicia y debilite el proceso de integración europea.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AGUILAR CALAHORRO, A. (2011). «La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 16, pp. 471-512.
- 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*, 2, pp. 1-35.
- AMATO, G. (2015). *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Il Mulino, Bologna.
- AMOROSO, G. (2013). «Sui controlimiti alle norme della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità», *Foro italiano*, I.
- ANRÒ, I.; NASCIBENE, B. (2022). «Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale», *Giustizia insieme*, pp. 1-11.
- ANZON, A. (2019). «La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei «contro limiti»», *Forumcostituzionale.it*, pp. 1-40.
- ARIAS RODRÍGUEZ, J. M. (2011). «Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en el auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 sobre la orden de detención europea», *Diario La Ley*, n. 7726, Sección Doctrina, Año XXXII.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2017). «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 39, pp. 418 y ss.

- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2007). «Los Tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, pp. 277-294.
- BARBERA, A. (2018). «La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia», *Quaderni costituzionali*, pp. 149-171.
- BIN, R. (2020). «È scoppiata la terza «guerra tra le Corti»? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione», *Federalismi*, novembre de 2020, pp. 1-10.
- BRANCA, M. (2014). «Il punto sui «controlimiti»», *Giurisprudenza costituzionale*, 2, p. 3900 y ss.
- BRONZINI, G. (2019). «La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?», *Questione giustizia online*, 8-3-2019, pp. 1-35.
- CAMPANELLI, G. (2005). *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna*, Giappichelli, Torino.
- CARTABIA, M. (1997). «Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale», *Il Foro italiano*, V, pp. 222-254.
- CARTABIA, M. (2006). «La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea», en ZANON (coord.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- CARTABIA, M.; CELOTTO, A. (2002). «La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza», *Giurisprudenza costituzionale*, 3, pp. 4477 y ss.
- CARTABIA, M.; WEILER, J. H. H. (2000). *L'Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna.
- CERRI, A. (2013). «La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte», *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, pp. 2897 y ss.
- COZZI, A. O. (2022). «Per un elogio del primato, con uno sguardo lontano. Note a Corte cost. n. 67 del 2022», *Consulta OnLine*, II, pp. 1-13.
- COZZI, A. (2018). «Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali», *Forumcostituzionale.it*, 1-2-2018, pp. 1-38.
- CRUZ VILLALÓN P.; REQUEJO PAGÉS, J. L. (2015). «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, enero-abril, pp. 173-194.
- CRUZ VILLALÓN, P. (2013). «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos», *AFDUAM*, n. 17, pp. 503 ss.
- CUPELLI, C. (2017). «La Corte costituzionale ancora non decide sul caso «Taricco» e rinvia la questione alla Corte di giustizia», *Diritto penale contemporaneo*.
- D'ANDREA, L.; MOSCHELLA, G.; RUGGERI, A.; SAITTA, A. (2015). *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino.

- DE VERGOTTINI, G. (2010). *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna.
- FERRANTE, M. L. (2017). «L'ordinanza della Corte costituzionale sull' affaire Taricco: una decisione «diplomatica» ma ferma», *diritti fondamentali.it*, 29 de enero de 2017, n. 1.
- FERRERES COMELLA, V. (2011). «El problema del «doble vicio» en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki», *Foro de actualidad, Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 28, pp. 57-61.
- GIOVANNETTI, T. (2009). «L'ultimo passo del «cammino comunitario» conduce la Corte a Lussemburgo», *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 5 maggio.
- LA PERGOLA, A. (2003). «Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio», *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2419 y ss.
- LEONE, S. (2020). «La Corte costituzionale italiana riafferma la propria centralità nella tutela dei diritti rispetto al circuito giudici nazionali-giudici sovranazionali», en Pérez Miras *et al.* (dirs.) y Montesinos Padilla (coord.). *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución Española. Vol. II. Derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Boletín Oficial del Estado, pp. 99-117.
- LUCIANI, M. (2015). «I controlimiti e l'eterogenesi dei fini», *Questione giustizia*, n. 1, pp. 84 y ss.
- (2016). «Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale», *Rivista AIC*, 15 de abril de 2016, n. 2, p. 7 y ss.
- MANES, V. (2016). «La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti», *Diritto penale contemporaneo*, 2.
- (2017). «La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»», *Diritto penale contemporaneo*, 2.
- MARTINICO, G. (2015). «Corti costituzionali (o supreme) e «disobbedienza funzionale»», *Diritto penale contemporaneo*, 4.
- MORRONE, A. (2019). «Suprematismo giudiziario. Spunti su sconfinamenti e legittimazione della Corte costituzionale», *Quaderni costituzionali*, 39 (2), pp. 251-290.
- PANUNZIO, S. (2005). *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli.
- PESOLE, L. (2008). «La Corte ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza núm. 103 del 2008», *Federalismi*, n. 15/2008, pp. 1-15.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2012). «Rectificar preguntando. El TC acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)», *Revista española de Derecho europeo*, n. 41, pp. 139-150.
- RIDOLA, P. (2010). «Diritti fondamentali e integrazione costituzionale in Europa», en Ridola P., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino.

- (2012). «La justicia constitucional y el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18, pp. 217-248.
- ROMBOLI, R. (2014). «Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo», en CIANCIO (coord.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma, p. 490 y ss.
- ROMBOLI, S. (2020). «Un nuevo orden de prioridad en caso de violación simultánea de la Constitución y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión: la «sugerencia» de la Corte Costituzionale a los jueces nacionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, pp. 299-332.
- (2020). «El conflicto entre identidad nacional y derecho de la Unión Europea en el caso Coman. El tribunal de justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación», *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 33, pp. 1-25.
- (2017). «Los contra-límites en serio y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana», *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 28, Junio-Diciembre de 2017, pp. 1-40.
- (2016). «La nuova stagione dei controlimiti: il caso Taricco all'esame della Corte costituzionale», *Consultaonline*, 22 de diciembre de 2016, III, pp. 456-468.
- RUGGERI, A. (2022). «Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo «dialogo» tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)», *Consulta OnLine*, II, pp. 1-19.
- SAIZ ARNAIZ, A. (2017). «La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo», en Saiz Arnaiz, Solanes Mullor, Roa Roa (directores), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 29-43.
- SORRENTINO, F. (2002). «Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, pp. 1355 y ss.
- SOTIS, C. (2016). «Il limite come contro limite», *Diritto penale contemporaneo*, 6.
- SPERDUTI, G. (1978). «Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e della Corte di Giustizia delle Comunità europee: un dissidio da sanare», *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 791 y ss.
- SPERTI, A. (2006). «Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione nell'esperienza più recente», *Rivista di diritto costituzionale*, 3, pp. 125 y ss.
- TIZZANO, A. (2007). «Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali», *Il Diritto dell'Unione europea*, Vol. 12/3, 2007, pp. 734-744.
- (2005). «La Corte di Giustizia delle comunità europee e i diritti nazionali», *Il Diritto dell'Unione europea*, 2, pp. 839 y ss.



- TORRE, F. (2022). «L'assegno per il nucleo familiare sfugge dalla morsa della doppia pregiudizialità: occasione mancata o balzo in avanti per il dialogo tra Roma e Lussemburgo? (prime riflessioni a margine della sent. n. 67/2022)», *Consulta OnLine*, II, pp. 1-20.
- TORRES PÉREZ, A. (2013). «Constitutional Identity and Fundamental Rights: the intersection between articles 4(2) TEU and 53 Charter», en A. Sáiz Arnáiz y C. Alcobarro Livina, *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, pp. 141-157.
- UCCELLO BARRETTA, L. (2013). «La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio incidentale», *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, novembre 2013, pp. 1-7.
- VECCHIO, F. (2012). «Primacía del Derecho europeo y contralímites como técnicas para la relación entre ordenamientos», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 17, p. 67-102.
- (2015). *Primacía del derecho europeo y salvaguarda de las identidades: consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- VERNUCCIO, S. (2018). «La sentenza 269/2017: la Corte costituzionale di fronte alla questione dell'efficacia diretta della Carta di Nizza e la prima risposta del giudice comune (Cass. ord. 3831/2018)», *Osservatorio costituzionale AIC*, 29-5-2018, pp. 1-40.
- VERONESI, P. (2016). «Stati alla sbarra? Dopo la sentenza costituzionale n. 238/2014», *Quaderni costituzionali*, II, pp. 485 y ss.
- VIGANÒ, F. (2019). «La tutela dei diritti fondamentali della persona tra Corti europee e giudici nazionali», *Quaderni costituzionali*, 39 (2), pp. 481-502.
- VITALE, G. (2019). «I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale», *Federalismi*, 10, pp. 1-37.

# LA SOVRANITÀ ATTRAVERSO (E DOPO) LA GLOBALIZZAZIONE. DALLA PIRAMIDE ALLA RETE?

IVAN DALDOSS<sup>1</sup>  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

SOMMARIO: 1. *Introduzione.*–2. *Metodologia.*–3. *A proposito di ‘sovrànità’ e ‘globalizzazione’.*–4. *‘Rete’ e globalizzazione.*–5. *‘Piramide’ e (fasi di) de-globalizzazione.*–6. *Conclusioni.*

## 1. INTRODUZIONE

Questo contributo tratta delle possibili forme di rappresentazione teorica della *sovranità* – «statale», ma anche di natura eterogenea – nel contesto contemporaneo e alla luce dei fenomeni di globalizzazione e, in chiave antitetica, de-globalizzazione.

Il concetto di sovranità sarà qui inteso e utilizzato in un duplice senso: in primo luogo, per individuare qualsiasi entità munita di una certa autorità (e quindi identificabile come un centro di potere), in secondo luogo, per mettere in luce il primato «spaziale» (lo stare *sovra*, appunto) di un polo di *governance* rispetto agli altri considerati in un dato contesto istituzionale.

Sotto il primo profilo, il crescente fenomeno del «policentrismo» – ossia il proliferare di autorità diversificate in molteplici scenari interconnessi – e un maggior decentramento nell’esercizio del potere – per cui questi non si condensa soltanto nell’autorità dello stato, ma si *diffonde* e palesa in molteplici

---

<sup>1</sup> Dipartimento di diritto pubblico, internazionale e comunitario, [ivan.daldoss@phd.unipd.it](mailto:ivan.daldoss@phd.unipd.it)

centri di governo dislocati dentro e fuori il suo territorio, sempre più a livello transnazionale, comunitario e internazionale – richiedono il ripensamento o la nuova elaborazione di modelli teorici di riferimento in grado di illustrare tali dinamiche di sviluppo normativo ed evoluzione politico-ordinamentale.

Al contempo, il secondo significato qui associato al termine *sovranità* – come primazia innanzitutto spaziale di un centro di potere rispetto a quelli ad esso eventualmente sottoposti – sembra entrare in crisi, almeno apparentemente, e dunque perdere di efficacia rappresentativa. Ciò in ragione della prospettiva crescentemente *orizzontale* (non verticale) e differentemente gerarchica (dato che il criterio ordinativo della gerarchia persiste, ma assume forme nuove) che da svariati decenni pare ispirare e caratterizzare, a vari livelli e a intensità mutevole, realtà distinte, ma tra loro collegate: le diverse autorità (come punti di *governance*) esistenti e operanti a cavaliere tra sistemi normativi sempre più intrecciati e comunicanti, nonché le fonti del diritto collocate in ambiti ordinamentali distinti (ma sovente interagenti) e così le norme che ne scaturiscono, osservabili, comprensibili e interpretabili in una rete (o in più reti) di connessioni giuridiche.

Questi fenomeni impongono di considerare attentamente quelle teorie, specialmente congegnate nel campo della sociologia giuridica, che sono accomunate da una essenza *reticolare*, al fine di visualizzare e spiegare le nuove dinamiche delle realtà ordinamentali (non solo nazionali), il sorgere di autorità extra-statali sempre più centrali nell'esercizio del potere (anche su scala globale) e la presenza di fenomeni normativi che superano il concetto di *gerarchia* in senso tradizionale verticale.

Eppure, come sarà illustrato nel corso del lavoro, dietro la «maschera» (dell'illusione?) *flat*, che tutto o quasi promette di inquadrare e spiegare, l'efficacia icastica della piramide, almeno per quanto concerne taluni fenomeni normativi, sembra ancora resistere e perdurare. Infatti, tale paradigma continua a svolgere un ruolo fondamentale, specialmente a seguito della recrudescenza dei nazionalismi, dei populismi e quindi del possibile «rientro forzato» nell'alveo statale (tramite una sorta di *advocatio*) di prerogative e poteri che lo Stato aveva progressivamente (e forse a fatica) ceduto ad altre autorità, al di fuori di sé – specialmente alla Unione Europea, per quanto concerne il novero degli Stati membri, e alla comunità internazionale.

Per queste ragioni, si ritiene cruciale trattare e quindi vagliare l'idoneità esplicativa e l'attualità di alcuni dei modelli teorici riconducibili, da un lato, all'impostazione *piramidale* e, dall'altro, a quella *reticolare*, per tentare di cogliere l'evolversi della realtà normativa e di rispecchiare le nuove forme di sovranità grazie a un apparato di strumenti teorico-concettuali adeguati.

## 2. METODOLOGIA

Il presente lavoro è di natura teorico-dogmatica, pur ancorandosi a molteplici riferimenti empirici ai quali si potrà fare riferimento *en passant*. Infatti, cerca di soppesare, alla luce dei mutevoli scenari contemporanei, la forza esplicativa di due modelli teorici. Dapprima si focalizza su di una tra le più salienti teorie riconducibili al paradigma della *rete*. In seguito, considera la rinnovata attualità di molti profili ascrivibili al modello della *piramide*. In sintesi, questo contributo prospetta al lettore due macro-alternative per rappresentare le nuove dinamiche e le modalità di esercizio della sovranità nello scenario attuale (post?) globalizzato.

## 3. A PROPOSITO DI ‘SOVRANITÀ’ E ‘GLOBALIZZAZIONE’

Lungi dal proporre tentativi definitivi o stipulativi rispetto all’annoso e «tormentato» concetto di ‘sovranità’, con ciò raccogliendo l’implicito invito di un illustre storico del diritto ove ammonisce contro il rischio di «definizioni che, anche nelle loro migliori espressioni, tendono ad assumere i connotati di ogni proposizione convenzionale e scolastica» (QUAGLIONI, 2004: 5), si offrirà del termine in oggetto una *non-definizione*.

Più precisamente e fuor di metafora, esplicitando il contesto teorico qui assunto a riferimento, così come la sua intrinseca prospettiva assiologica, risulterà chiaro che la portata semantica dell’espressione ‘sovranità’ rileva tuttalpiù marginalmente.

Si condivide l’impostazione per cui tale concetto, riannodato al sorgere dello Stato moderno<sup>2</sup>, «nasce [...] e tramonta, trovando storicamente in Bodin la sua più nota formulazione (‘*summa legibusque absoluta potesta*’, 1567) e in Kelsen la sua critica radicale, la sua finale trasformazione e il suo compimento» (KELSEN & CARRINO, 1989[1920]: IX). È proprio questo ultimo autore che sin dagli anni Venti del secolo scorso traccia le coordinate per il «superamento» della sovranità, categoria ontologicamente in crisi fin dai suoi esordi e in perenne contraddizione con l’idea stessa di diritto (come sosterrà poi Ferrajoli,

---

<sup>2</sup> Si veda a tal proposito FERRAJOLI (1995: 7-8), secondo cui: «è indubbio che la nozione di sovranità quale *suprema potestas superiorem non recognoscens* risale alla nascita dei grandi strati nazionali europei e al correlativo incrinarsi, alle soglie della età moderna, dell’idea di un ordinamento giuridico universale che la cultura medioevale aveva ereditato da quella romana. Parlare della sovranità e delle sue vicende storiche e teoriche vuol quindi dire parlare delle vicende di quella particolare formazione politico-giuridica che è lo Stato nazionale moderno, nata in Europa poco più di quattro secoli fa, esportata in questo secolo in tutto il pianeta e oggi *al tramonto*» (corsivo aggiunto).

*infra*). Tale «occorrenza» (oltre il senso etimologico della parola come accadimento, per designare qualcosa che è sperato in quanto necessario), interpretando il pensiero di Kelsen, è prodromica a fondare una dottrina dell'ordine giuridico internazionale a vocazione *monista* che assuma e, al contempo, permetta l'affermarsi del *primato* del diritto internazionale rispetto ai singoli diritti nazionali dei vari Stati. Ciò che anima il celebre giurista praghese, in termini di orizzonte assiologico desiderabile, ed è reso possibile dall'abbandono del «feticcio» chiamato sovranità, è appunto lo scopo di provare che (tutto) il diritto integra *un solo* ordinamento giuridico *unitario*, risultato che screditerebbe sul piano scientifico la cosiddetta tesi *dualista* (ancora oggi maggioritaria e postulante la compresenza armonica del diritto statale e internazionale)<sup>3</sup>.

Nel solco di questa tradizione di pensiero si trova oggi un illustre esponente italiano del costituzionalismo mondiale, Luigi Ferrajoli. Per quanto qui interessa sottolineare, il suo lavoro risulta illuminante specialmente nella parte in cui offre un inquadramento critico del concetto di 'sovranità', evidenziando tre diverse aporie che lo investono inesorabilmente: lo stigmatizza innanzitutto sul piano filosofico-giuridico, considerandolo un «relitto premoderno che è all'origine della modernità giuridica e insieme, con essa, virtualmente in contrasto» (Ferrajoli, 1995: 8-9), in quanto categoria del pensiero di stampo giusnaturalistico che finisce per contribuire alla costruzione della visione giuspositivistica dello Stato e del modello moderno del diritto internazionale. Secondariamente, osserva come le vicende storiche dell'idea di sovranità, intesa come potestà libera da vincoli *superiorem non recognoscens*, si dipanino in due filoni distinti, che non coincidono neppure sul piano cronologico: da un lato, vi è la sua storia *interna*, per cui essa declina e collassa con l'affermazione progressiva delle odierne democrazie e degli stati costituzionali di diritto; dall'altro vi è la sua storia *esterna*, purtroppo ancora lontana dal concludersi, per cui essa è stata progressivamente enfatizzata e assolutizzata, fino al culmine raggiunto nella prima metà del secolo scorso in occasione dei due conflitti mondiali. Infine, specialmente saliente in questa sede, è la terza aporia enucleata da Ferrajoli, valevole per la teoria del diritto e relativa all'infelice binomio 'diritto' – 'sovranità'. In breve, essa consiste in una strutturale e irriducibile *antinomia* tra i due concetti del binomio in parola, che si declina sia sul fronte *interno*, ove la sovranità collide inesorabilmente con il modello dello stato (costituzionale) di diritto e per definizione non può conciliarsi con il suo presupposto garantista di *assoggettare tutti i poteri* ai vincoli tracciati dalla legge (vale a dire, il rovescio concettuale dell'idea di sovranità come potestà assoluta), ma anche sul ver-

<sup>3</sup> Sul punto cfr. nuovamente KELSEN & CARRINO (1989[1920]: vii, 14-15).

sante *esterno*, ormai presidiato, sebbene a fatica e almeno «sulla carta», dal diritto internazionale. Un ambito giuridico questo in cui la sovranità statale è (o quantomeno *dovrebbe essere*) fortemente compressa, affievolita, financo risolta<sup>4</sup>, stante il quadro giuridico sovra-nazionale delineato dalla Carta dell'Onu del '45 e dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del '48, in cui ben può ravvisarsi «un'embrionale costituzione del mondo» (Ferrajoli, 1995: 57). È chiaro, dunque, che sul piano della teoria giuridica risulta condivisibile la valutazione secondo cui, oramai, la sovranità è «una categoria anti-giuridica»<sup>5</sup>. Questa antinomia, se può dirsi risolta a favore del 'diritto' nel panorama dei singoli diritti *interni* o statali (in quanto con l'avvento delle odierne democrazie costituzionali il potere è vincolato dalla legge e il diritto, attraverso i vari gradi dell'ordinamento, frena e disciplina sé stesso), continua invece a profilarsi nello scenario giuridico internazionale, determinando la prevaricazione della «sovranità statale»<sup>6</sup> a discapito del diritto e dei diritti sanciti negli atti giuridici di diritto internazionale sopra richiamati.

Se è vero, dunque, che «[n]ello stato di diritto non esiste quindi nessun sovrano» (Ferrajoli, 1995: 44)<sup>7</sup>, così *internamente* storicizzandosi l'idea di sovranità, sul piano *esterno* questo arduo, ma desiderabile processo deve ancora compiersi. Al fine di inverare un auspicabile progetto di *costituzionalismo mondiale* che dia effettività alle carte dei diritti fondamentali, finora ampiamente disattese, occorre realizzare quella prospettiva che già Kelsen delineava verso la metà del secolo scorso<sup>8</sup>, tuttavia promuovendo, più che una funzione meramente analitico-descrittiva, un ruolo critico e normativo per la scienza del

<sup>4</sup> Così finalmente superandosi, grazie a una scienza del diritto (internazionale) finalmente capace di esercitare un ruolo *critico-normativo* e *progettuale*, quella *fallacia realistica* rappresentata dal tanto invocato «principio di effettività» (FERRAJOLI, 1995: 56).

<sup>5</sup> Cfr. FERRAJOLI (1995: 43), secondo cui la *crisi* della sovranità «inizia per l'appunto, nella sua dimensione interna come in quella esterna, nel momento stesso in cui essa entra in rapporto con il diritto, dato che del diritto essa è la negazione, così come il diritto è la sua negazione. (...) Per questo la storia giuridica della sovranità è la storia di un'antinomia tra due termini – diritto e sovranità – logicamente incompatibili e storicamente in lotta tra loro».

<sup>6</sup> Segnatamente rappresentata dalle violazioni dei diritti fondamentali e della pace perpetrate dagli Stati e dalla corrispondente mancanza di adeguate garanzie per porvi rimedio.

<sup>7</sup> Similmente Zagrebelsky, nel suo celebre *Il diritto mite*, evoca una «costituzione senza sovrano» (ZAGREBELSKY, 1992: 8-11) per riferirsi al fatto che negli odierni stati costituzionali di diritto un *centro* di riferimento è ormai andato perduto.

<sup>8</sup> Identificabile con il forte temperamento della sovranità statale tramite la costituzione o il rafforzamento di un apparato di garanzie giurisdizionali capace di tutelare i soggetti politici e gli individui contro le violazioni della pace e dei diritti umani. Cfr. KELSEN (1990[1944]: *passim*). A proposito della «rimozione» del concetto di sovranità, intesa come «la rivoluzione della coscienza culturale di cui abbiamo per prima cosa bisogno», v. KELSEN & CARRINO (1989[1920]: 469).

diritto (internazionale), affinché i giuristi si spendano per rintracciare antinomie e lacune giuridiche e quindi progettarne il superamento<sup>9</sup>.

Ai fini del nostro lavoro, quindi, si caldeggia il superamento del concetto di sovranità. Tale espressione, tuttalpiù, vale per riferirsi al risultato del suo *smascheramento* o *svelamento*, ossia per indicare ciò che il concetto cela dietro di sé. La sovranità come il *potere* che nasconde<sup>10</sup>. Potrà dunque impiegarsi e intendersi in senso (*rive-*)*lato*, come *potestas* oggi frequentemente *diffusa* e *ripartita*, per rispecchiare qualsiasi centro di potere che ne sia dunque investito oppure per sottolineare l'eventuale primato spaziale di un polo di *governance* rispetto agli altri considerati in un certo contesto istituzionale (senza per questo implicare che quel polo non riconosce potestà superiori a sé stesso).

In conclusione, cercando ora di relazionare la «sovranità» con i processi di *globalizzazione*<sup>11</sup>, può formularsi una duplice considerazione: nel senso «tradizionale» qui largamente criticato, come idea riannodata al sorgere dello Statonazione che versa in una condizione di eterna crisi concettuale, essa è antiquata, dannosa e poco servibile al mondo globalizzato, ove sono regola il decentramento amministrativo, i processi de-regolativi e soprattutto il *policentrismo decisionale*, operante a vari livelli e spesso al di fuori delle consuete logiche gerarchiche verticali<sup>12</sup>. Peraltro, concepita come non-sovranità, ossia come *potere* smasche-

<sup>9</sup> «È dunque questo costituzionalismo mondiale che oggi s'impone ai giuristi come orizzonte assiologico del loro lavoro. Ciò significa, per la dottrina internazionalistica, liberarsi da quella fallacia realistica dell'appiattimento del diritto sul fatto che continua tuttora a pesare su di essa sotto forma di 'principio di effettività', ed assumere come compito scientifico oltre che politico la critica giuridica dei profili d'invalidità e d'incompletezza del diritto vigente e la progettazione delle garanzie del diritto futuro» (FERRAJOLI, 1995: 57-58).

<sup>10</sup> In questo senso, si condivide la postura novecentesca stigmatizzata da Alfieri e riconducibile a Foucault, così descritta: «Il tardo Novecento ha creduto di aver scoperto per primo che la sovranità è un'ombra e che il vero problema è il *potere*, di cui la sovranità è una maschera. (...) Non c'è il *sovrano*, c'è il nostro bisogno, largamente indecifrato, di pensarlo, di immaginarlo, di costruirlo. Quasi per nascondere a noi stessi tanto che il potere è *nostro* quanto che noi siamo *del potere*» (ALFIERI, 2021: 44-45).

<sup>11</sup> Per offrire un riferimento semantico del termine *globalizzazione* si rinvia al lavoro di GIANNULI (2012: 4-5), che tuttavia circoscrive il fenomeno al solo periodo di trasformazioni sociali, politiche ed economiche avviatosi in particolare agli inizi degli anni novanta del secolo scorso. Sotto il profilo definitorio, si ritengono più calzanti e dunque preferibili gli apporti maggiormente «inclusenti» e «aperti» di CROUCH (2019: 7) e DELLA PORTA (2012: 12-13). Il primo impiega l'espressione in oggetto per descrivere lo «sviluppo in buona parte del pianeta di relazioni economiche relativamente senza restrizioni, ma questo processo comporta implicazioni sociali e politiche più ampie. Persone di diversa cultura vengono a trovarsi l'una accanto all'altra e i sistemi nazionali di governo dell'economia sono messi a dura prova. Sconvolgimenti di varia natura – economici, culturali e politici – accompagnano la globalizzazione (...)». Il secondo, sostenitore di una visione *discreta* della globalizzazione, la caratterizza per l'incedere di *ondate* e *deflussi* alterni e ricorrenti, considerandola un processo di lungo corso.

<sup>12</sup> Per cui gli elementi della realtà socio-giuridica ed economica comunicano, interagiscono e possono perfino *modificarsi reciprocamente* a prescindere dalla loro ubicazione nel sistema globale, per esempio, quando una consuetudine o una prassi normativa nel tempo arriva a modificare l'interpretazione normativa di una disposizione di legge.

rato, rivelato, l'idea è funzionale a rappresentare sia le *porzioni* di potere che si vanno distribuendo o creando all'interno della *rete* di un mondo globalizzato, sia il «precario» *primato spaziale* (in quanto suscettibile di rovesciamento) che in essa possono rivestire. Cosa curiosa, questa idoneità, purché il concetto si chiami con il *proprio nome*, si riscontra anche nei momenti (o nelle fasi) di *de-globalizzazione (infra)*, in cui si assiste a processi di accentrimento del potere, al rinverdire dei nazionalismi e a una perdita (o impoverimento) delle identità collettive sovra-nazionali (come sta succedendo alla tanto vituperata «identità comune europea»), a tutto vantaggio degli orgogli locali.

A questo riguardo, sembra ormai acclarato che il frangente attuale integri una fase di questo ultimo tipo: si evidenzia lo scarto sensibile tra i processi reali in corso e le previsioni neo-liberiste associate all'idea di un mondo globalizzato (Giannuli, 2012: 8-11), in quanto, per esempio, il «deperimento» degli stati nazionali vi è stato solo in parte, senza omogeneità, e la devoluzione della sovranità (*alias* potere) a organismi sovranazionali è avvenuta solamente in certi contesti, come quello europeo, ma non in altri (si consideri il versante cinese del mondo). Si osserva che «all'unificazione dei mercati finanziari e delle reti di telecomunicazione non è corrisposta una analoga unificazione politica del Mondo, anzi, al contrario, si registra un regresso da questo punto di vista» (2012: 9). Per non menzionare nuovamente la carenza di *effettività* che sovente investe le istituzioni giuridiche internazionali e i loro atti giuridici fondativi. Ancora, ci si interroga sulle ragioni per cui, raggiunto un certo livello di sviluppo economico, non si producano «i processi sociali, politici e culturali che hanno caratterizzato l'esperienza europea prima e nord-americana dopo» (2012: 15), intuendo al contempo la «fragilità» delle pratiche di trapianto del modello euro-americano di liberal-democrazia, che ha provato di non essere la «formula magica» per tutti i paesi del mondo<sup>13</sup>. Altri rilevano che è in atto [u]no scontro epico tra globalizzazione e un risuscitato nazionalismo», capace di trasformare «le identità e i conflitti politici in tutto il mondo» (CROUCH, 2019: 7) e al contempo avvertono che, onde evitare una deriva caotica, è possibile esercitare una qualche forma di controllo «su un mondo caratterizzato da un'interdipendenza sempre maggiore solo attraverso lo sviluppo di identità e istituzioni democratiche e di governo in grado di spingersi oltre la dimensione dello Stato-nazione» (2019: 10).

---

<sup>13</sup> In tal senso e con grande forza icastica, si afferma che: «Il progetto di globalizzazione è stata una lettera che l'Occidente ha mandato al resto del Mondo, individuato come 'Occidente imperfetto' o in ritardo. Quella lettera è stata respinta al mittente e ci obbliga ad un ripensamento profondo non solo di quel progetto ma delle teorie su cui esso si fondava e della stessa idea di modernità che era alla base» (GIANNULI, 2012: 36).



Può ribadirsi, dunque, al fine di bilanciare o correggere gli scompensi generati dal processo di globalizzazione<sup>14</sup>, attualmente in fase di crisi o *rallentamento*<sup>15</sup>, l'importanza di: superare il concetto di sovranità ancorato all'idea di Stato-nazione<sup>16</sup>, rafforzare le identità sovranazionali e le istituzioni democratiche (così come le pratiche partecipative), implementare le *garanzie* che assistono le istituzioni giuridiche globali, così da accrescerne l'*efficacia* e permettere la costruzione di un orizzonte mondiale realmente pacifico e rispettoso dei diritti fondamentali<sup>17</sup>.

A questo punto e come da propositi esplicitati nel corso della introduzione si esamineranno alcuni modelli teorici, tra quelli offerti dalla letteratura giuridica filosofica e sociologica, in grado di spiegare la distribuzione (o concentrazione) odierna del potere e la realtà (socio-)giuridica per come si prospetta durante le fasi alterne dei processi di globalizzazione. Come anticipato anche dal titolo di questo contributo, dunque, saranno ora presi in considerazione i paradigmi della «rete» e della «piramide», al fine di comprendere se uno di essi sia preferibile rispetto all'altro (anche in prospettiva assiologica, non solo descrittiva) o se entrambi possano essere associati, sia pur con *intensità distinta* e fatte le opportune precisazioni, allo scenario giuridico contemporaneo, ormai immerso in un mondo fortemente interdipendente e globalizzato, ma contestualmente sorretto da fragili meccanismi.

#### 4. 'RETE' E GLOBALIZZAZIONE

Per dar conto sul piano teorico di una serie di fenomeni e *trend* caratterizzanti il processo di globalizzazione almeno nella sua (ultima) fase espansiva e più stimolante, in cui le criticità in precedenza evidenziate non potevano ancora riscontrarsi, si sceglie di assumere a riferimento un modello reticolare in particolare, che sarà ora esplicitato e illustrato.

<sup>14</sup> Occorre infatti «riformare le sembianze che questo processo ha assunto» (CROUCH, 2019: 11), pur schierandosi a favore della globalizzazione e contro i nuovi moti del nazionalismo autoritario.

<sup>15</sup> Come già esplicitato, si ritiene condivisibile l'impostazione offerta da DELLA PORTA (2012: 12-13).

<sup>16</sup> Ove negli stati costituzionali di diritto ad essere *sovrana* è tuttalpiù la *costituzione* (ZAGREBELSKY, 1992: 8-11), intesa come sistema di vincoli e garanzie eretto a tutela dei cittadini e delle istituzioni contro l'esercizio arbitrario del potere. Sulla necessità di spingersi oltre la categoria di *nazione*, in quanto non intimamente essenziale all'ordine democratico, poiché non integra una comunità che *precede* la politica, bensì ne rappresenta il *prodotto* contingente, v. HABERMAS (1999).

<sup>17</sup> Siano essi dell'uomo o della «Terra». A suffragio di questo orizzonte auspicabile e urgente vanno le recenti opere di Ferrajoli, cui si rimanda, inseribili nel quadro del *global constitutionalism* (FERRAJOLI, 2020, 2022).

Diversi *fattori* di cambiamento, specialmente a partire dagli ultimi decenni del Novecento, hanno contribuito a determinare una realtà più *diffusa* e *policentrica*. Senza pretesa di esaustività, tra di essi possono ricordarsi: una progressiva interdipendenza su scala globale dei mercati finanziari e delle economie, il corrispondente tentativo, anche se per gran parte incompiuto, di amalgamare le culture, avvicinare le società e sviluppare processi di integrazione politica, il potenziamento di internet, delle tecnologie informatiche e quindi la diffusione capillare di una mole crescente di dati nella «rete» dell'universo digitale. Ancora, qui si menzionano il ridimensionamento del ruolo statale (sebbene soltanto in alcuni contesti più «virtuosi») e, per converso, il rafforzamento di enti privati nella compagine extra-statale (compagnie transnazionali, NGOs, etc.), così come un maggior decentramento regolativo-amministrativo, operato anche grazie a organi di *governance* dislocati territorialmente<sup>18</sup>, talune ventate di multiculturalismo in seno alle tradizionali formazioni statali e la «giudizializzazione» della politica, talvolta occorsa in alcuni rami del diritto ed è ispirata a un certo giusrealismo empirista.

A parere di chi scrive, l'opera che meglio rappresenta le trasformazioni in parola è *la teoria dialettica del diritto* di François Ost and Michel Van de Kerchove (2002), concepita dai due autori belgi come un progetto di rifondazione della teoria generale del diritto<sup>19</sup>.

Essi evocano il passaggio figurato dalla *piramide* alla *rete*, qualificando i primi anni del secolo corrente come un momento di transizione, innanzitutto per descrivere i mutamenti che hanno interessato la sfera del potere: da forme di esercizio incentrate sull'autorità (statale), sulle gerarchie tradizionali e sulla verticalità, si procede (o sembra procedersi) verso modalità consensuali, negoziali e orizzontali – ove le ultime sarebbero le più «civilizzate», ma anche le più complesse manifestazioni del potere<sup>20</sup>.

Il paradigma teorico alternativo di cui trattasi, di impostazione *reticolare*, può essere illustrato nei seguenti elementi chiavi. Per quanto concerne i suoi *principi fondativi*, esso relativizza i postulati della sovranità e della razionalità del legislatore, a vantaggio della *proporzionalità* e della *sussidiarietà*, in quanto cardini sempre più fondamentali nei processi di convalidazione, interpretazione e applicazione giuridica. A differenza del modello piramidale (*infra*), i *valori* che ispirano la teoria in oggetto sono la creatività, la flessibilità, il plura-

<sup>18</sup> Si pensi alle «autorità amministrative indipendenti» e alla loro capacità auto-regolativa.

<sup>19</sup> I contenuti espressi nel proseguo del paragrafo e relativi ai due autori belgi costituiscono una riformulazione, personale e sintetica, degli aspetti più salienti della loro teoria, cui si rimanda interamente. Cfr. OST & VAN DE KERCHOVE (2002).

<sup>20</sup> I due autori richiamano l'analisi di RAMONET (2001) e la sua *geopolitica del caos*.

lismo e la «mitezza», questa intesa come propensione alla *coesistenza* di posizioni valoriali differenti, perfino diametralmente opposte tra loro<sup>21</sup>. Inoltre, questo modello reticolare si fonda su di una *dimensione* relazionale e cibernetica, connessa al pragmatismo della comunicazione e all'intersoggettività, e impiega ulteriori espressioni metaforiche per raffigurare il proprio scontro con i canoni giuridici tradizionali (assumendo di rappresentare il «diritto liquido» o un «arcipelago di norme»). Nella loro costruzione teorica i due autori riprendono parti di una dottrina delle fonti presentata in lavori precedenti e ispirata alle immagini peculiari degli «strani anelli» e delle «gerarchie aggrovigliate»: con esse intendono offrire un punto prospettico differente, per designare e poter comprendere «nuove» dinamiche normative, che si esplicano in chiave orizzontale-circolare e sono osservabili abbracciando una dimensione *flat* (ossia «piatta») della realtà. Applicando questi strumenti concettuali all'universo giuridico, per esempio, potrebbe cogliersi una «gerarchia aggrovigliata» (o anche «rovesciata») laddove un dato organo, destinatario di una norma prodotta da una autorità sovraordinata, sia chiamato a riconoscerla o applicarla e, nel corso di tale *iter*, determini le sorti di essa, incidendo sulla sua validità, applicazione, modificazione, inefficacia o sul suo «rigetto». È chiaro che una evenienza simile sovverte (o quantomeno disattende) i principi chiave del procedimento di attribuzione di *validità* della norme giuridiche per come è stato congegnato dal positivismo giuridico. Secondo i due autori belgi, infatti, la validità della norma non sussiste solamente in presenza di requisiti formali (competenza e procedura), ma anche alla luce di condizioni *empiriche* e *assiologiche*<sup>22</sup>.

L'ulteriore aspetto che connota la concezione reticolare di Ost e Van de Kerchove è il tratto che ne distingue anche la nomenclatura: la *dialettica*. Essa viene concepita come un metodo che favorisce l'interazione di termini differenti, sottolineando punti di contatto o in comune eventualmente presenti. In tal modo, ciascun elemento, attraverso un processo di *interazione* e *mediazione*, propizia la trasformazione degli altri elementi coinvolti e viene trasformato a sua volta. La dinamica descritta, informata a un moto di *generazione* o *trasformazione reciproca*, permette di individuare *soluzioni intermedie* (tra termini opposti dicotomici) e dunque può ben contribuire a spiegare la complessità della realtà socio-giuridica contemporanea. Secondo i due autori, infatti, la *dia-*

<sup>21</sup> Con ciò avvicinandosi al significato originale di «dialettica», ossia ciò che tiene assieme, pur distinguendoli, termini tra loro opposti e correlati. Cfr. SOMMAGGIO (2012).

<sup>22</sup> Per questa ragione il processo di *convalidazione* della norma è configurato in termini *plurali* e *circolari* e conduce a norme legittime nella misura in cui in esso siano apprezzabili nuovi e distinti fattori, provenienti sia dal basso che dall'alto e scaturenti dalla incessante interazione di tutti gli «attori» realmente coinvolti. Cfr. VAN DE KERCHOVE & OST (1995: 129-130).

*lettica* sconfigge la *tendenza rischiosa* ad assolutizzare (nel senso di rendere estreme, radicali) le posizioni «in gioco» (OST & VAN DE KERCHOVE, 2002: 37), favorendone invece l'incontro mediativo e «costruttivo» – in conformità al criterio ispiratore della *mitezza* sopra richiamato, come coesistenza di valori differenti, perfino opposti.

Quasi a voler concretizzare gli ultimi aspetti ora descritti, *dialettica* e *mitezza*, nel loro discorso a vocazione *reticolare* Ost e Van de Kerchove formulano tre ipotesi che sembrano *conciliare* valutazioni «intermedie» o di natura *ibrida* rispetto al paradigma tradizionale della piramide, per cui: 1) il criterio della *gerarchia* è in certo qual modo mantenuto, sebbene esso mostri diversi limiti (incompletezza, discontinuità) e dunque sia parzialmente sostituito da forme di coordinamento e collaborazione (anche spazialmente atipiche, pensiamo agli «strani anelli» o alle «gerarchie rovesciate») tra gli elementi normativi considerati; 2) la *linearità* non scompare completamente, ma risulta fortemente *relativizzata*, dovendo convivere con momenti di *circolarità* (ancora, valgono gli strumenti concettuali ora ricordati); 3) la forma piramidale perde consistenza (e tuttavia sembra permanere...), dato che diverse fonti del diritto odierne non sono derivate da (e in tal senso non trovano legittimazione in) un singolo e sovrano centro di potere. Sulla base di questi argomenti ipotetici, le caratteristiche del «nuovo» universo giuridico sarebbero meglio rappresentate attraverso la figura della rete.

Inoltre, se nella impostazione piramidale il *movimento* normativo è in certo modo limitato e sempre uguale, per cui si procede dall'alto verso il basso, secondo una logica *top-down* tipica della «costruzione a gradi» dell'ordinamento giuridico (*infra*), nella *rete* ogni centro, ogni nodo di connessioni è (o può essere) rilevante in una prospettiva di scambio e interazione orizzontale. Infine, mentre il concetto di *sistema*, cui è ancorata tutta la tradizione kelseniana, tende a implicare una definizione di campo (nel senso che circoscrive inevitabilmente la propria estensione), la rete non implica e non richiede *a priori* una «chiusura» o una delimitazione (...potrebbe perfino aspirare a trascendere la finitezza spaziale?).

Ad ogni modo, data l'impossibilità ontologica di trovare modelli teorici *puri* capaci di rispecchiare appieno la realtà, Ost e Van de Kerchove riconoscono che vi sono, in pratica, tipologie di reti *variamente gerarchiche* e sistemi *più o meno* aperti. Questa osservazione, condivisibile, a detta di chi scrive apre alla possibilità di enucleare *modelli ibridi*, potenzialmente in grado, a fronte di uno sforzo congiunto, di illustrare un maggior numero di profili della realtà giuridica contemporanea, così complessa ed eterogenea, e dunque di rispecchiarla con maggior verosimiglianza (se non anche, di «orientarla» in termini

prescrittivi, verso un orizzonte ritenuto desiderabile)<sup>23</sup>. Secondo i due autori belgi, infatti, le trasformazioni recenti occorse nell'universo giuridico *non richiedono* (e dunque nemmeno legittimano) un *mutamento radicale* di paradigma (un cosiddetto *paradigm shift*) nella scienza giuridica, bensì sollecitano una combinazione o *mescolanza* degli aspetti più riusciti ed efficaci, in termini rappresentativi-esplicativi, delle due impostazioni teoriche qui esaminate (OST & VAN DE KERCHOVE, 2002: 37)<sup>24</sup>.

Sulla scorta di questa considerazione, richiamati i profili che caratterizzano la fase *decescente* (o fluttuazione negativa) del processo di globalizzazione osservabile nelle ultime decadi, nel prossimo paragrafo si considera la rinnovata capacità esplicativa del modello piramidale in ordine a molti aspetti e dinamiche che connotano la vita degli ordinamenti giuridici e, più in generale, della realtà socio-giuridica, così come la sua «strumentalità» in chiave assiologica per fondare teoricamente e rafforzare sul piano delle garanzie (e quindi della *effettività*) le Istituzioni giuridiche globali. Al contempo, si evidenzia l'opportunità di ricercare una *interazione ibrida* tra i paradigmi della rete e della piramide.

## 5. 'PIRAMIDE' E (FASI DI) DE-GLOBALIZZAZIONE

Per quanto concerne il modello piramidale si rinvia, in buona parte, al quadro teorico già esplicitato *supra* in tema di 'sovranità', che affonda le sue radici nel pensiero di Kelsen<sup>25</sup> e si estende fino alle elaborazioni più recenti di

<sup>23</sup> In tal senso, come risulterà ormai evidente dal tenore di queste pagine, l'orizzonte auspicabile cui si intende riferirsi è quello del rispetto planetario dei diritti fondamentali e della pace, sia esso raggiungibile per il tramite del modello piramidale eretto da Kelsen e poi sviluppato da Ferrajoli nell'ottica di un costituzionalismo globale o attraverso l'interazione funzionale di questo paradigma con quello più recente di stampo reticolare, a fronte di una *commistione ibrida* tra i due.

<sup>24</sup> La (supposta) *transizione* dalla piramide alla rete, sebbene essa sia *graduale*, dunque, e non *radicale* (per cui sarebbe forse più opportuno parlare di *compresenza* di modelli teorici, secondo una dinamica originariamente dialettica) rappresenta alcuni cambiamenti salienti, a cui ora si farà cenno: dalla *legislation* alla *regulation* e dal *government* alla *governance*. La *regulation* integrerebbe il nuovo meccanismo di produzione giuridica: slegato dalla centralità dei precetti dello Stato sovrano, favorisce una normazione più flessibile, diffusa, adattabile e sovente negoziale. La *governance*, strutturalmente funzionale al modello reticolare, offre un approdo concettuale alle dinamiche che puntano a trovare un equilibrio tra le varie fonti del diritto e del potere, le quali sono in competizione tra loro e, al contempo, si completano. Ciò consente i fenomeni di *self-regulation*, nel campo giuridico riconducibili, per esempio, alla *governance* esercitata dalle *independent authorities* (in Italia, le Autorità amministrative indipendenti) e, talvolta, dalle *Supreme Courts*, ossia le Corti Supreme rinvenibili all'interno dei vari Stati. Cfr OST & VAN DE KERCHOVE (2002: 26-27).

<sup>25</sup> Si vedano KELSEN & CARRINO (1989)[1920], KELSEN (1967)[1934], KELSEN & CIAURRO (1990)[1944], KELSEN (1952)[1945], KELSEN & LOSANO (1966)[1960].

Ferrajoli<sup>26</sup>, riconducibili al *costituzionalismo globale*. Per quanto non ancora rappresentato in questa sede e meritevole di essere richiamato, si procederà in queste prossime pagine.

L'ipotesi che si vuole avanzare, avente natura descrittiva, è quella per cui, nei momenti di crisi o nelle fasi di *decrescita* che accompagnano un processo di globalizzazione (che si atteggia dunque a de-globalizzazione), la *piramide* riacquisti forza icastica e ritorni a essere il *principale* riferimento teorico-es-plicativo, in certo modo anche ispiratore, della realtà delle istituzioni politiche e giuridiche, specialmente statali<sup>27</sup>.

Come si è reso evidente negli ultimi decenni (*supra*), una serie di processi sociali, politici, economici, giuridici e culturali hanno in qualche modo scardinato, non senza conseguenze, il processo di globalizzazione per come era stato immaginato dal neoliberalismo, determinando una risposta amara (ma non per forza esiziale) al mito della *rete globale*, alla valorizzazione di processi normativi spontanei e atipici (poiché *bottom-up*), al dogma della interdipendenza tra mercati, popoli, identità e culture. Tra questi, vi sono l'affievolirsi delle identità sovranazionali e dei processi di integrazione politica, crisi economico-finanziarie e annessa disoccupazione, lo smarrimento «antropologico» di individui e lavoratori in un mondo sempre più competitivo, spersonalizzato e virtuale, il riaccendersi dei nazionalismi<sup>28</sup> e dunque una nuova enfasi sulla figura dello Stato-nazione. Si registra inoltre l'inefficacia dei meccanismi di controllo e sanzionatori previsti a livello internazionale contro le violazioni dei diritti fondamentali e della pace, così come un ravvivato accentramento statale *mono-centrista* di prerogative politico-normative. Per quanto più compete alla teoria del diritto, si sottolineano un tendenziale ritorno ai criteri della coerenza logica e della gerarchia in senso tradizionale e dunque alla verticalità (implicante un

---

<sup>26</sup> La teoria formale del diritto di Ferrajoli comincia a essere abbozzata nel 1970, in un suo primo scritto «giovane», *Teoria assiomatica del diritto*, per essere poi significativamente sviluppata nel 1989 in *Diritto e ragione*, almeno per quanto concerne la sfera garantista e penalistica, e infine compiutamente realizzata nel 2007 in *Principia iuris*, un monumentale apparato teorico-concettuale costruito per assiomi, definizioni, postulati e tesi derivate. Debitamente trattato, grazie a una triplice interpretazione empirico-semantica, si trasforma nella sua *Teoria della democrazia*, capace di orientare prescrittivamente gli Stati costituzionali di diritto e così favorire il superamento di antinomie e lacune che inevitabilmente vanno formandosi nella nomodinamica di tali ordinamenti. Quanto al superamento del concetto moderno di sovranità e al progetto di una costituzione globale, della «Terra», cfr. FERRAJOLI (1995, 2020, 2022).

<sup>27</sup> Ove, peraltro, inteso in senso originario e sovranazionale, il modello teorico piramidale implica l'esistenza di *un solo* ordine giuridico globale (sul piano della teoria del diritto) e *dovrebbe* favorire la costituzione (sul piano politico, purtroppo ancora lontana) di quello che Kelsen denominava «stato federale» o «mondiale».

<sup>28</sup> Accomunati, per esempio, dal contrasto ai moti migratori e alla libera circolazione delle persone, da politiche restrittive che riaffermano il «mito» moderno della sovranità statale, dalla rivendicazione di prerogative e potestà statali a discapito delle organizzazioni internazionali e dei loro agenti di controllo, ciò favorendo processi di riarmo, violazioni dei diritti umani e comportamenti belligeranti.

approccio *top-down*) nell'organizzazione del sistema delle fonti del diritto, di pari passo con una maggior «chiusura» del sistema normativo e una produzione giuridica che prevalentemente si svolge secondo le più consuete forme statali, strettamente regolate. In questo quadro, la figura della piramide riemerge.

Occorre forse una precisazione. A discapito della etichetta che sovente viene attribuita al modello piramidale e pur essendo vero che si presta a rappresentare la tipica organizzazione statale delle fonti del diritto, la «costruzione a gradi» dell'ordinamento giuridico (che però, si badi, assurge fino al vertice del diritto internazionale) e le tradizionali gerarchie verticali improntate alla logica e alla coerenza, nelle intenzioni di Kelsen (e così oggi, di Ferrajoli) esso non funge da baluardo e scudo al paradigma dello Stato-nazione e al concetto moderno di sovranità (come si è abbondantemente evidenziato *supra*). *A contrario*, esso si fonda sul ripudio dello *statalismo* come concezione ideologica e sulla «denuncia» di una legittimità solamente *derivata* degli Stati, in funzione di una «sovranità esclusiva» (tesi «monista») <sup>29</sup> dell'ordine internazionale, oggi individuato dalle Istituzioni giuridiche globali. Ciò al fine di rappresentare, sul piano della teoria del diritto, «l'unità del sistema giuridico universale» (KELSEN, 1967[1934]: 168) e di propiziare, sul piano del riflesso politico, il (rinnovato) progetto kantiano di pacificazione universale tramite l'unione dei popoli.

Sgomberato il campo da possibili aporie e semplificazioni, le caratteristiche della *piramide* come costruzione teorica, nella sua più recente versione elaborata da Ferrajoli, possono rappresentarsi come di seguito, sia pur in via estremamente sintetica e per sommi cenni.

L'illustre giurista, raccogliendo il testimone di Kelsen, si occupa della *nomodinamica* che caratterizza i vari livelli normativi degli Stati (costituzionali) di diritto, grazie alla quale «il diritto regola se stesso» e un medesimo fenomeno normativo (come una legge) diviene un oggetto cangiante: è al contempo una norma che regola fenomeni (come procedimenti, atti, norme ulteriori) che le sono gerarchicamente sotto-ordinati e pure un fatto che è regolato dai piani normativi superiori (Costituzione *in primis*) e ad essi deve essere conforme formalmente, ma soprattutto sostanzialmente, per ambire allo status di *norma valida*. Questa dinamica di produzione giuridica delinea la «costruzione a gradi», dunque *piramidale*, dell'ordinamento giuridico, di chiara ispirazione kel-

---

<sup>29</sup> Cfr. KELSEN (1967[1934]: 154), ove considera che il diritto internazionale e i vari diritti statali integrano «un sistema unitario di norme», contestualmente affermando il *primato* del primo sui secondi (163). Proprio in quanto ritiene lo Stato «un ordinamento giuridico parziale derivato dal diritto internazionale», designandolo come «organo della comunità giuridica internazionale» (166), caldeggia il superamento sul piano politico, fattuale e organizzativo, de [i]l dogma della sovranità dello stato» (159), la cui «dissoluzione teorica» (168) si è già raggiunta ed è da Kelsen indicata come uno dei risultati più salienti della sua dottrina pura del diritto.

seniana, ma con profili divergenti di assoluta centralità: Ferrajoli elabora la categoria del *vigore* per designare quelle norme che, pur soddisfacendo le condizioni di legittimità formale (competenza e procedura), violano con il proprio significato normativo *contenuti (e valori) sostanziali* sanciti e protetti da norme di rango sovraordinato. Ciò apre inevitabilmente all'esistenza, *entro* certa misura fisiologica negli Stati muniti di Costituzione, di un *diritto illegittimo*, integrato da *antinomie* e *lacune* e determinato dallo «scarto» tra disposizioni (promesse) costituzionali e legislazione ordinaria, tra 'dover esser' ed 'essere' nel diritto. Uno scarto che la *scienza giuridica*, finalmente concepita in senso critico-normativo e progettuale, dovrebbe denunciare e contribuire a risolvere (mediante l'attivazione di una serie di garanzie primarie e secondarie)<sup>30</sup>. *Coerenza logica e completezza*, come precisa nell'opera che porta a compimento la sua teoria formale del diritto (FERRAJOLI, 2007), sono *principia iuris tantum*, principi tratti dalla *logica deontica* che non sono propri dell'universo giuridico, ma ai quali il diritto dovrebbe ispirarsi, proprio per espungere (o almeno contenere) il tasso menzionato di *illegittimità giuridica*.

La sua teoria del diritto, integrante un ricco apparato concettuale, è *formale* in quanto costruita interamente con il *metodo assiomatico*, al fine di eliminare (o almeno circoscrivere) la strutturale ambiguità del linguaggio giuridico, connotato da vaghezza e imprecisioni terminologiche, ma anche per consentire valutazioni *ex post* quanto alla cogenza logica degli enunciati normativi e favorire meccanismi analitici di controllo e progettazione di politica normativa. In breve, Ferrajoli offre una *rigorosa* ricostruzione del lessico della scienza giuridica, mediante la *formalizzazione* del linguaggio tecnico-giuridico. Inoltre, la sua teoria giuridica è *formale* perché studia la *forma estrinseca* del diritto, senza considerare i valori etico-politici eventualmente racchiusi nella disposizione giuridica (ciò compete, invece, alla sua *teoria della democrazia*)<sup>31</sup>, e poiché produce definizioni che illustrano i concetti in *astratto*, senza specificare cosa essi significhino (o quali contenuti rivestano) in concreto per un ordinamento particolare. È mediante una triplice interpretazione *empirico-semantica*, offerta da approcci distinti allo studio del diritto, che la teoria formale del diritto diventa una *teoria della democrazia*, ossia un paradigma normativo capace di orientare prescrittivamente le odierne democrazie costituzionali. Grazie ad essa, le eventuali *divaricazioni deontiche* (i «gap» contingenti) tra 'essere' e 'dover

<sup>30</sup> Simile discorso, rispetto al ruolo dei giuristi e in relazione al diritto internazionale, è pronunciato da Ferrajoli ove afferma che occorre «recuperare la dimensione normativa e assiologica della scienza giuridica internazionale che fu propria di Vitoria e di Kant». Cfr. FERRAJOLI (1995: 55-59).

<sup>31</sup> Come già chiarito in nota 26, a cui si rimanda.



essere' *del diritto*, *di diritto* e *nel diritto*, possono essere rintracciate ed evidenziate dalla scienza giuridica, ai fini del loro progressivo superamento.

È tangibile come, nel modello teorico qui esaminato, siano cardini fondamentali la *gerarchia* (delle fonti del diritto) in senso tradizionale-*verticale*, l'andamento *top-down* riscontrabile nei meccanismi di produzione giuridica e i principi di stretta *coerenza logica e completezza* che devono ispirare i rapporti tra livelli normativi distinti. Unitamente al modello piramidale di cui fanno parte, questi profili appaiono nuovamente in grado di rispecchiare (e financo orientare, *infra*) le dinamiche e i processi che caratterizzano la realtà socio-giuridica degli ultimi decenni, operandosi così una valutazione di lieve *prevalenza* a vantaggio della 'piramide' che tuttavia non esclude la 'rete', sebbene questa abbia «perso smalto» rappresentativo, anche a fronte delle vicende avverse che hanno investito i meccanismi di interdipendenza globale.

Peraltro, come sarà ulteriormente esplicitato nelle conclusioni, pure in termini assiologici e non descrittivi, ragionando rispetto a un orizzonte desiderabile, qui si esprime una certa preferenza per il modello piramidale, poiché lo si ritiene ancora lo strumento teorico ideale per ispirare e raggiungere quell'orizzonte di pacificazione universale e garantismo, più che mai urgente, assicurabile solo mediante il rafforzamento delle Istituzioni giuridiche globali e quindi l'implementazione (in termini di *riconoscimento ed efficacia*) dell'apparato di garanzie giurisdizionali internazionalmente (universalmente?) esistenti.

## 6. CONCLUSIONI

Considerando il fenomeno della globalizzazione in termini *dinamici* – nel senso che è soggetto a *fluttuazioni* altalenanti di varia direzione ed entità e i suoi momenti di «crisi», sovente etichettati come *de-globalizzazione*, possono intendersi come il versante negativo o «calante» di un processo di lungo corso<sup>32</sup> che in quanto tale può anche ristabilirsi o migliorare<sup>33</sup> – si ritiene che *entrambi* i modelli teorici qui considerati possano esplicare una adeguata funzione *rappresentativa* degli ordinamenti giuridici e dei sistemi normativi odierni, con maggior prevalenza ora dell'uno, ora dell'altro, a seconda che il

<sup>32</sup> In tal senso, come già segnalato in precedenza, è rilevante l'inquadramento offerto da DELLA PORTA (2012: 12-13), sostenitore di una visione *discreta* della globalizzazione, per cui essa sarebbe caratterizzata da *ondate e deflussi* alterni, essendo un processo di lungo corso.

<sup>33</sup> Grazie ai giusti correttivi eventualmente apportati o spontaneamente prodottisi a livello sociale, politico, culturale, normativo ed economico.

tasso di *interdipendenza globale* (determinato per buona parte, ma non solo, dai fenomeni di globalizzazione economica)<sup>34</sup> sia più o meno elevato nel concreto e specifico frangente storico-temporale preso in esame. Conseguentemente, nei momenti di maggior vigore del mercato unico globale e della interconnessione funzionale tra agenti economici, politici e sociali (pur con tutte le lacune o gli inceppi da tempo riscontrati, in termini di circolazione del modello euro-americano di liberal-democrazia, gli scompensi sociali connessi alla mancata convergenza dei popoli, etc.), si reputa che il paradigma della rete possa dispiegare una maggior forza icastica, poiché raffigura il policentrismo amministrativo (dei molti *nodi* di *governance*), il decentramento rispetto al fulcro di potere storicamente rappresentato dallo Stato e le molteplici connessioni osservabili in ottica *orizzontale* tra i vari *attori*, individuali e collettivi, che operano e interagiscono in una *rete globale*. D'altro canto, in un periodo come quello attuale, in cui si assiste alla recrudescenza dei nazionalismi e degli orgogli locali e ove gli Stati, anziché devolvere competenze e abdicare al concetto di sovranità, spesso avocano a sé prerogative eterogenee, rivendicano confini, potestà esclusive e conducono politiche «proprietarie» e belligeranti (mal tollerando le supposte «ingerenze» da parte delle Istituzioni giuridiche internazionali), il modello della piramide riscopre una notevole efficacia rappresentativa. Ciò in quanto esso predilige e illustra una *gerarchia* delle fonti del diritto in senso tradizionale-*verticale*, capace di adattarsi egregiamente alla configurazione statale, postula come fondamentale la categoria giuridica della *validità*<sup>35</sup> ed è idoneo a rappresentare la logica tipica dello Stato-nazione, generalmente ispirata al monocentrismo normativo. Nonostante il modello in parola, con apparente paradosso, abbia una vocazione *ultra*-statale e sia stato

<sup>34</sup> Il progressivo «abbandono» o superamento del concetto di *sovranità* in senso moderno, intimamente collegato all'essenza dello *Stato-nazione*, certamente aiuterebbe in tal senso. Ciò in quanto tale nozione integra una triplice aporia, sul piano politico, filosofico-giuridico, e teorico-giuridico (FERRAJOLI, 1995: 8-9), che funge da ostacolo (quasi) insormontabile al progredire di (e verso) un costituzionalismo globale. Siffatta evenienza, la risoluzione del concetto in parola, porterebbe a un rafforzamento delle *Istituzioni giuridiche globali* (leggasi in *primis* la ONU, ma senza dimenticare il ruolo crescente esercitato da una giurisprudenza a *vocazione universale* poiché fondata sul rispetto e la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo e del pianeta – in questa prospettiva si può immaginare al vertice di una piramide globale anche una *giurisdizione universale*, piuttosto che un legislatore in senso tradizionale o una assemblea costituyente). Abbracciare l'impostazione «monista» già proposta e auspicata da Kelsen sin dagli anni Venti del secolo scorso (*supra*), a favore di un solo ordinamento giuridico unitario, consentirebbe di rafforzare senz'altro quell'ordine globale descritto da Bauman, ossia «un ordine consensuale e plausibilmente sostenibile di coesistenza pacifica su scala planetaria, lo Statuto dell'ONU» (BAUMAN, 2019: 11).

<sup>35</sup> A discapito di processi normativi spontanei di tipo *bottom-up* e quindi privilegiando i consueti metodi di produzione giuridica statale *top-down*.

teorizzato da Kelsen per ascendere fino ai «gradi» più elevati del diritto internazionale<sup>36</sup>.

Sul piano assiologico degli orizzonti desiderabili, infine, resta una considerazione da fare. Riprendendo questa idea di matrice kelseniana, postulante un solo ordine giuridico globale<sup>37</sup> che si vorrebbe fosse ispirato all'*arte della reciproca convivenza* di cui parla Bauman – la più importante eredità che l'Europa possa lasciare a un mondo interdipendente e globalizzato affinché possa aspirare a realizzare quell'ideale kantiano di unificazione del genere umano e di pace universale<sup>38</sup> –, a detta di chi scrive, per tutto il corso del processo di globalizzazione (e quindi a prescindere dalle sue *fluttuazioni*) resta a mo' di cornice, e dunque si intravede trasversalmente, almeno uno sfondo di stampo piramidale. Al cui vertice o nel suo nodo reticolare preminente (volendo trasformare in un *ibrido* il riferimento visivo a nostra disposizione) ben potrebbe risiedere una legislazione e/o una giurisdizione *universale*, deputata alla tutela della pace e dei diritti fondamentali.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALFIERI, L. (2021). *L'ombra della sovranità. Da Hobbes a Canetti e ritorno*. Roma: Treccani.
- BAUMAN, Z. (2019). *Oltre le nazioni. L'Europa tra sovranità e solidarietà*. Bari: Laterza.
- BERMAN, P. S. (2007). Global legal pluralism. *S. Cal. L. Rev.*, 80: 1155-1238.
- CALLON, M. (1999). Actor-network theory—the market test. *The Sociological Review*, 47(S1): 181-195.
- CALLON, M., & LATOUR, B. (2015)[1981]. Unscrewing the big Leviathan: how actors macrostructure reality and how sociologists help them to do so. In K. Knorr-Cetina & A. V. Cicourel (eds.), *Advances in social theory and methodology: Toward an integration of micro- and macrosociologies*, Vol.1, Oxon-New York: Routledge.
- CASSESE, S. (1999). Gli Stati nella rete internazionale dei poteri pubblici. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2: 321-330.
- (2002). *La crisi dello Stato*. GLF editori Laterza.
- (2003). Le reti come figura organizzativa della collaborazione. In S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari: Laterza.

<sup>36</sup> Come si evince da tutta la sua produzione scientifica. Tra i riferimenti più salienti in tal senso, cfr. KELSEN & CARRINO (1989)[1920], KELSEN (1967)[1934], KELSEN & CIAURRO (1990)[1944], KELSEN (1952)[1945], KELSEN & LOSANO (1966)[1960].

<sup>37</sup> Presumibilmente, ma non per forza soltanto, costruito a *gradi* – con ciò volendosi suggerire un possibile scostamento dalla tradizione formalista e quindi una parziale trasformazione dell'idea geometrica di Kelsen e Ferrajoli.

<sup>38</sup> BAUMAN (2019: 17-18).

- CROUCH, C. (2019). *Identità perdute. Globalizzazione e nazionalismo*. Bari-Roma: Laterza.
- DELLA PORTA, F. (2021). *Una breve storia della globalizzazione*. Dueville: Ronzani.
- FERRAJOLI, L. (1970). *Teoria assiomaticizzata del diritto: parte generale*. Milano: Giuffrè.
- (1989). *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. Bari: Laterza.
- (1995). *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Milano: Anabasi.
- (2007). *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1-2. Bari: Laterza.
- (2020). Per una Costituzione della Terra. *Teoria politica. Nuova serie Annali*, 10: 39-57.
- (2022). *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*. Milano: Feltrinelli.
- GIANNULI, A. (2012). *Appunti per una discussione su Modernità, Modernizzazione, Globalizzazione*.
- HABERMAS, J. (1999). *La costellazione postnazionale: mercato globale, nazioni e democrazia*. Milano: Feltrinelli.
- HERITIER, P. (2001). *La rete del diritto: Materiali per un ipertesto didattico (2001.0): figure di virtualità*. Torino: Thélème.
- HIRVONEN, A. (Ed.) (1998). *Polycentricity: The Multiple Scenes of Law*. London: Pluto Press.
- KELSEN, H. (1967)[1934]. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi.
- (1952)[1945]. *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Milano: Edizioni di Comunità.
- KELSEN, H., & CARRINO, A. (1989)[1920]. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto*. Milano: Giuffrè.
- KELSEN, H., & CIAURRO, L. (1990)[1944]. *La pace attraverso il diritto*. Torino: Giappichelli.
- KELSEN, H., & LOSANO, M. G. (1966)[1960]. *La dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi.
- LATOUR, B. (2005). *Reassembling the Social: An Introduction to Actor-Network-Theory*. Oxford University Press.
- (2011). Network theory | Networks, Societies, Spheres: Reflections of an Actor-Network Theorist. *International Journal of Communication*, 5: 796-810.
- LAW, J. (1992). Notes on the Theory of the Actor-Network: Ordering, Strategy, and Heterogeneity. *Systems practice*, 5(4): 379-395.
- LAW, J., & HASSARD, J. (eds.) (1999). *Actor Network Theory and After*. Oxford: Blackwell/Sociological Review.
- LOSANO, M. G. (2005). Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali. *Riv. intern. filos. diritto*, 403-430.
- LUHMANN, N. (1978)[1974]. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino.
- (1995)[1984]. *Social systems*. Stanford: Stanford University Press.
- (1986). The autopoiesis of social systems. In F. R. Geyer & J. van der Zouwen (eds.), *Sociocybernetic Paradoxes: Observation, Control and Evolution of Self-steering Systems*, London: Sage Publications.

- MARRAMAO, G. (2003). *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*. Torino: Bollati Boringhieri.
- OST, F., & VAN DE KERCHOVE, M. (1987, 1993). *Jalons pour une théorie critique du droit*. Bruxelles: Presses Universitaires Saint-Louis.
- (1988). *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris: Puf.
- (2002). *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications Fac St Louis.
- PETERSEN, H., & ZAHLE, H. (Eds.) (1995). *Legal polycentricity. Consequences of pluralism in law*. Aldershot: Dartmouth.
- RAMONET, I. (2001). *Géopolitique du chaos*. Paris: Gallimard.
- RUSSO, A. M. (2011). *La «rete» come paradigma interpretativo nel diritto transnazionale: implicazioni giuridiche di concetti polisemici*. *Panóptica*, 6(2): 91-111.
- SOMMAGGIO, P. (2012). *Contraddittorio Giudizio Mediazione. La danza del demone mediano*. Milano: FrancoAngeli.
- TEUBNER, G. (1996). Global Bukowina: legal pluralism in the world-society. In G. Teubner (ed.), *Global law without a state*, Aldershot-Brookfield: Dartmouth.
- VAN DE KERCHOVE, M., & Ost, F. (1995). *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*. Milano: Giuffrè.
- ZAGREBELSKY, G. (1992). *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.

# CONSTITUTIONAL PLURALISM AND VERFASSUNGSGERICHTSVERBUND: THE PROGENY OF EUROPEAN CONSTITUTIONAL IDENTITY

NICOLA ABATE <sup>1</sup>  
*Universitat Pompeu Fabra*

TABLE OF CONTENTS: 1. *The What and Why of the European Constitution.* 1.1 An attempt to define the essential features of the Constitution. 1.2 Constitutions, legitimacy, and integrative function. 1.3 The European Constitutional Problem.–2 *European Constitutional Way and The Constitutional Pluralism.* 2.1 The notion of ‘thin constitution’. 2.2 The autonomy of the EU legal order and the construction of the ‘Verfassungsverbund’. 2.3 Verfassungsverbund and Constitutional Pluralism: what kind of -verbund emerges? 2.3.1 Where is the legal discourse? 2.3.2 «Eureka!»? In search of the rule of conflict.–3 *Conclusion: Constitutional identities and European legal order?* 3.1 Constitutional identity claims as institutionalisation of constitutional pluralism? 3.2 Towards an European Constitutional Identity?

## 1. THE WHAT AND WHY OF THE EUROPEAN CONSTITUTION

*«the EEC Treaty, albeit concluded in the form of an international agreement, none the less constitutes the constitutional charter of a Community based on the rule of law. As the Court of Justice has consistently held, the Community treaties established a new legal order for the benefit of which the States*

---

<sup>1</sup> Ph. D. candidate in Law at Universitat Pompeu Fabra (UPF), Barcelona and Member of «Law & Philosophy» research group

*have limited their sovereign rights, in ever wider fields, and the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals (CJEU, Opinion 1/91, para. 21).*

What is a constitution? Why a constitution? To ask the question about the constitution is to ask the fundamental question for any modern political community. But to ask it at the supranational level is both to question and try to define the constitutional character of the EU. The answer to this question must be divided into three parts: a) what the constitution is in general (1.1.), then try to b) highlight its legitimizing functions (1.2.), and finally c) problematise the constitutional discussion within the EU (1.3.).

### 1.1 An attempt to define the essential features of the Constitution

According to Dicey<sup>2</sup> a constitution refers to all rules which directly or indirectly affect the distribution or the exercise of the sovereign power in the state and the members of the sovereign power, which regulate the relation of such members to each other and determine the mode in which the sovereign power, or the members thereof, exercise their authority. Kelsen further specifies the concept of a constitution by positioning it within his hierarchical structure of the legal system and defining it as «the highest level of the positive law, taking ‘constitution’ in the substantive sense of the word; and the essential function of the constitution consists in governing the organs and the process of general law creation, that is, of legislation. In addition, the constitution may determine the content of future statutes, a task not infrequently undertaken by positive-law constitutions, in that they prescribe or preclude certain content» (Kelsen, 1992, p. 64)<sup>3</sup>. According to Grimm, the constitutions «usually lay down the legitimising principle for political rule and the basic legitimacy conditions of its exercise» (Grimm, 1995, p. 287). Each constitution enshrines organizational and procedural rules, sets limits to the state’s power of legitimate coercion in order to protect the individual freedom and social autonomy of citizens. The constitution, in short, implies all these elements as conceptually necessary for the legal bindingness of expressions of public power. Furthermore, we can add that every constitution refers to three aspects: *the object, the subject matter, and the integrative effect*<sup>4</sup>. With regard to the *object*, the cons-

<sup>2</sup> For further reading on this subject, see DICEY, 1982.

<sup>3</sup> For further reading see KELSEN, 2008.

<sup>4</sup> For further reading see GRIMM, 2005.

titution is a special set of the highest-ranking legal norms. With regard to the *subject matter*, it defines norms which delineate and regulate the creation, the organization and the exercise of public powers and authorities in order to best serves the needs and convictions of the polity and to protect the citizens from its arbitrary power. With regard to the *integrative effect*, it develops a communal spirit and a collective identity based on values and norms that are acquired in a socialization process, a sort of document that embodies basic convictions, principles, and aspirations. This differentiation lies at the heart of the Anglo-Saxon tradition, what Bagehot designates as a dignified part and efficient part of the English constitution: «first, those which excite and preserve the reverence of the population – *the dignified parts*, if I may so call them; and next, *the efficient parts* – those by which it, in fact, works and rules. There are two great objects which every constitution must attain to be successful, which every old and celebrated one must have wonderfully achieved: every constitution must first gain authority, and then use authority [...]. The dignified parts of government are those which bring it force – which attract its motive power. The efficient parts only employ that power» (Bagehot, 2001, p. 44)

Based on the above, it is possible to summarize the key aspects that according to Grimm are the nucleus of every constitution: 1) the constitution is a complex of legal norms; 2) the object of these legal norms is the public power, that is 3) a systematic and comprehensive regulations of public power, where 4) these regulations enjoy supremacy over all government acts. These government acts 5a) are valid only insofar as they comply with the constitutional provisions and, therefore, 5b) constitutional law antedates it and emanates from the people<sup>5</sup>.

## 1.2 Constitutions, legitimacy, and integrative function

If we combine the integrative function and the previous point 5), we can deepen an aspect that allows us to move away from Grimm using his own conceptual tools. In order to do so, it is necessary to introduce the Habermasian critique to Weber's approach, and then put this into dialogue with Grimm's perspective. As Grimm specified, «though in nature a complex of legal norms, the constitution is not exhausted in its legal validity. On the basis of its legal effect, it is instead an important factor for social integration. By fixing a society's basic consensus as to the principles of its coexistence and the settle-

---

<sup>5</sup> See GRIMM, 2020, p. 25 et seq.



ment of its disputes, it links holders of different convictions and interests, enables them to settle their differences peacefully and facilitates the acceptance of defeats» (Grimm, 1995, pp. 286-7).

According to Weber we link legality to legitimacy, while with Habermas we problematise this link in the light of the integrative effect of the constitution, thus being able to illuminate the concept of the constitution from a new angle. Weber defined domination (*Herrschaft*) as the probability that commands will be obeyed by citizens. While concept of domination is a true political concept, the concept of «*Macht*» is not socially relevant<sup>6</sup>. «Domination» refers to the belief in the legitimacy in the political system. Consequently, legitimacy is not an optional feature, but a functional requirement for effective domination, since the stability of a political order can be determined by custom, self-interest or validity. The latter, that is the orientation towards maxims that the subjects consider obligatory or exemplary for them, is the most solid basis for any political community: «the validity of an order means more than the mere existence of a uniformity of social action determined by custom or self-interest [...]. An order which is adhered to from motives of pure expediency is generally much less stable than one upheld on a purely customary basis through the fact that the corresponding behavior has become habitual» (Weber, 1978, p. 31). We should always discuss domain as «legitimate domain». Nowadays, subjects can see a legitimate social order based only on «enactment», that is on «rational grounds: resting on a belief in the legality of enacted rules and the right of those elevated to authority under such rules to issue commands (legal authority)» (Weber, 1978, p. 215). As Weber said, «today the most common form of legitimacy is the belief in legality, the compliance with enactments which are formally correct and which have been made in the accustomed manner» (Weber, 1978, p. 37). Only legal rationalization and rationality could justify a legitimate domination in modern times. Therefore, the law, that is, the lawmaking and lawfinding, becomes the most fundamental element of every political community. This legal path as the rational way of modern domination is what is at stake and the problem that unites Weber and Habermas. To more thoroughly understand the importance of this question, we should consider it as *the* problem that has plagued Habermas for decades: «a further, more philosophical, reason for choosing the discourse-theoretical approach is the resolution of the paradox generated by the type of legitimacy that Max Weber calls ‘legal rule’: how is the emergence of legitimacy from mere legality supposed to be possible?» (Habermas, 2015, p. 47).

---

<sup>6</sup> His domination theory is, after all, a theory of obedience.

Since 1973, Habermas has addressed the question of the ambiguous conception of rational authority. Indeed, the Weberian belief in legitimacy is conceived as an empirical phenomenon without an inherent link to truth, where the law is only rational and continually transformable technical apparatus. What follows from this perspective?

«The belief in legitimacy thus shrinks to a belief in legality; the appeal to the legal manner in which a decision comes about suffices. In the case of the truth-dependency of belief in legitimacy, however, the appeal to the state's monopoly on the creation and application of laws obviously does not suffice. The procedure itself is under pressure for legitimation» (Habermas, 1988, p. 98). Weber treats in an ambiguous way the problem of legitimacy: «legality may be treated as legitimate because: a) it derives from a voluntary agreement of the interested parties; b) it is imposed by an authority which is held to be legitimate and therefore meets with compliance» (Weber, 1978, p. 36). A careful reading of this passage highlights the circular process at the heart of *Legale Herrschaft* (to read from top to bottom):

- A) LEGITIMACY (the formal justification of the duty to obey)
- is the product of B) LEGALITY (Formally rational law),
- but the latter requires a previous A) LEGITIMACY (rational and voluntary agreement = i.e. constitution)

Habermas's idea is that the modern level of legal rationalization highlights the idea that legal norms are in need of justification, that they are characterized both by *the principle of enactment* and by *the principle of rational justification*. Indeed, in Weber's thought, «the demand for a procedural grounding of law, that is, for a justification by principles whose validity could in turn be criticized» (Habermas, 1986, p. 286) is completely removed, in order to eliminate any substantive content. The materialization of law represents the fear of a loss of rationality, and thus legitimate force of formally rational law. Habermas argues that such legitimation is served, for example, by a constitution. In fact, Habermas's previous quote from «Legitimation crisis» continues as follows: «At least one further condition must therefore be fulfilled: grounds for the legitimizing force of this formal procedure must be given (for example, that the procedural competency lies with a *constitutionally constituted state authority*)» (Habermas, 1988, p. 98). Habermas lapidably comes to the conclusion that «from whatever angle one views it, legality based on positive enactment alone can indicate an underlying legitimacy, but never replace it. *Belief in legality is not an independent type of legitimacy*» (Habermas, 1986, p. 267). *Legale Herrschaft* is not an independent form of legitimate domination because belief in

the legality of a procedure cannot produce autonomously legitimacy. Every constitution is understandable and should be understood «as the expression of a rational agreement among all citizens» (Habermas, 1986, p. 267), the concrete manifestation of the principle of rational justification. Habermas goes beyond a 'liberal constitution', penetrating more deeply into its integrative function: «If [...] one wants to hold on not only to government by law but to democracy as well, and thus to the idea of the legal community's self-organization, then one can no longer maintain the liberal view of the constitution as a 'framework' regulating primarily the relation between administration and citizens. Economic power and social pressure need to be tamed by the rule of law no less than does administrative power [...]. Rather, the constitution sets down political procedures according to which citizens can, in the exercise of their right to self-determination, successfully pursue the cooperative project of establishing just (i.e., relatively more just) conditions of life» (Habermas, 1996, p. 263).

In conclusion, Habermas stated that every democratic constitution has a double-face, because it is both a historical document and a project of justice: «as a historic document, it recalls the foundational act that it interprets – it marks a beginning in time. At the same time, its normative character means that the task of interpreting and elaborating the system of rights poses itself anew for each generation; as *the project of a just society*, a constitution articulates the horizon of expectation opening on an everpresent future» (Habermas, 1996, p. 384).

### 1.3 The European Constitutional Problem

When we come to the European level, the constitutional turning point is the Treaty of Maastricht: the Institutional Commission of the European Parliament presented the «Draft Constitution for the European Union» on 9 September 1993. This draft followed another similar proposal ten years earlier, but which had not met with some public response: «even ten years ago, the draft treaty on the establishment of the European Union the European Parliament put forward, while seen in professional circles as a draft constitution, met with disinterest in political circles and got no response from the public. *The international treaties were regarded as an adequate legitimising basis for the Community's sovereign powers, while the constitution as a legal form remained reserved to States*» (Grimm, 1995, p. 283).

In what has become known as the 'Maastricht II' debate, the call for a European constitution plays a crucial part. Something has changed in the perception of scholars and new European citizens and this something is still pre-

sent today. What is this «something»? The integrative effect of a constitution<sup>7</sup> goes hand in hand with its «legal» aspect, namely the process of constituting, legitimizing, and regulating public authorities and powers. The difference between a treaty and a constitution is not in the legal perspective, but in the integrative perspective (using the terminology provided us by Grimm). In German thought, from Kelsen to Grimm, the substantial functional equivalence between treaties and constitutions is emphasized: «The fact that the EU has existed for so long without a constitution does not mean it has not had a basic legal framework – quite the opposite. It has had one from its very inception. However, in contrast to the basic legal framework of nation-states, the legal framework of the EU is founded on international treaties. If these treaties have at times been described as constitutions, we must see this as an analogy rather than a reality. The treaties fulfil some legal functions that, in nation-states, are assigned to the constitution [...]. It is important to notice, however, that the need for institutional reform does not imply the transition from treaty to constitution. Just as all previous changes to the legal foundation of the European Union were carried out within the framework of its treaties, the required reforms could have been implemented by changing the treaty texts as well» (Grimm, 2005, p. 196). What differed from these perspectives was the emotional feeling brought towards them, i.e. the perception that citizens have of them. A normative analysis, however, must consider this «emotional feeling» not as something subjective or irrational, but as something founded on reasons. Grimm notices a gap between the legal and integrative functions. A hiatus that, from a legal point of view, is irrational. The perception of something as «good» seems to go beyond any «scientific» consideration, reducing itself to a mere feeling, to something that escapes both politics and reason: «the fact that a constitution functions legally does not mean that it will have any integrative power. Because their integrative power is ensured less by the legal quality of their regulations than by the way in which the members of a constitutionally formed polity perceive them, constitutions can acquire or forfeit integrative power without prior textual changes to, or altered interpretations of, their content. In contrast, there is a much closer link between a constitution's integrative power and the polity's fundamental principles, to which it gives both legal expression and a generally binding cha-

---

<sup>7</sup> Before moving on, it is important to answer the following question: Why is the integrative function of the constitution important to us? The answer depends on how we think about the method of social integration and what kind of solidarity we refer to. According to the action program, social integration is primarily promoted by a consensus on values and norms. According to social systems program, the most decisive constraints are those imposed by the various functional systems of society. These systems determine individual behaviour to such an extent that there is little room left for norm motivation (see also HABERMAS, 1986, vol. 2, p. 202).

racter. *As a normative text embodying these principles of order, a constitution can confer identity only as long as the system it has established is perceived as being a 'good' one*» (Grimm, 1995, p. 199). According to Grimm, the integrative effect of a constitution is not necessarily realized with its promulgation, but this will be the outcome of the people's attributing to the constitution a meta-legal meaning. This outcome is based upon the lack of traditional integration, that is where nationhood, religion, history, culture, or a common enemy are not present or sufficiently widespread: «the success of the projected constitution – which the convention found so urgent – depends on whether or not the document, once it has come into effect, fulfils expectations on a symbolic level and compensates for the lack of a natural basis for integration [...]. The lack of traditional integrative means offered the constitution an opportunity to fill the gap» (Grimm, 1995, p. 204). The constitution can have an integrative function only if it embodies the conception of the good, the values and principles widespread among citizens. From this point of view, the integrative function comes into play after its creation and only if the work of the constituents reflects the feelings of the subjects of the constitution: *ex post integration*. If Habermas sees the constitution as the fruit of communicative action among the citizens of a political community who continually create and shape their legal conditions of common life, for Grimm the citizens only have to stamp the constitution with their constituent power. Habermas unites what Grimm separates, ensuring that the constitution itself has a democratic genesis, avoiding that the constitution is *ex ante* democracy.

Depending on which approach we choose, we determine not only the importance of the integrative effect of the constitutions, but also the very nature of the constitution. The answer, however, must be shaped on the history and development of the European project and, therefore, it must necessarily emerge as an exhaustive answer to the problems that arise *hic et nunc*.

## 2. EUROPEAN CONSTITUTIONAL WAY AND THE CONSTITUTIONAL PLURALISM

### 2.1 The notion of 'thin constitution'

At the European level, the EU Treaties, while fulfilling the 'legal function', cannot resolve the 'integrative function'. If the constitution goes back to an act in which the people empower themselves politically, this is impossible at the European level, since the treaties refer to the individual Member States, and

remain dependent on them even after its entry into force: «in its legal nature, the legal foundation of the EU would have remained a treaty [...]. If one nevertheless calls the Treaty a ‘constitution’, one uses the notion in a way that falls below the requirement of modern constitutionalism [...]. They give up a central element of modern constitutionalism, namely democratic legitimation, and content themselves with a watered-down notion or bridge the gap with fictions» (Grimm, 2019, p. 27). Contrary to Grimm, the ‘European constitution’ thesis has spread both academically and within the case law of the CJEU. The latter developed «an explicit constitutional rhetoric» (Weiler, Haltern, 1996, p. 421) starting from Case 294/83, *Parti écologiste Les Verts v. European Parliament*, para 23, and recently developed since Opinion 2/13, *Accession to ECHR*, para 158, as in Opinion 1/17, *CETA*, para 110; Case C-621/18, *Wightman v. Secretary of State for Exiting the EU*, para 44. As recently stated by the ECJ’s President, «the autonomy of the EU legal order favours ‘a spacious approach to constitutional language’. This means, in essence, that the Treaties and the Charter are to be construed as ‘the basic constitutional charter’ of the EU and that as such, they provide a ‘great outline’» (Lenaerts, Gutiérrez-Fons, Adam, 2022, p. 84).

How can we legally get out of this diatribe, trying to link Grimm and Lenaerts? J. Raz and his double definition of constitution is useful: «the notion of ‘a constitution’ is used in legal discourse sometimes in a thin sense and sometimes in a variety of thicker senses. In the thin sense it is tautological that every legal system includes a constitution. For in that sense the constitution is simply the law that establishes and regulates the main organs of government, their constitution and powers, and ipso facto it includes law that establishes the general principles under which the country is governed [...]. The thick sense of ‘constitution’ is less clear, and probably there are several such senses in use in different legal cultures» (Raz, 2009, p. 324). This differentiation between thin and thick constitution and constitutionalism is elaborated, as far as the European context is concerned, by N. Walker. He conceptualizes constitutionalism under the aspects of doctrine (thin) and imagination (thick), where to the first he attributes legal and institutional properties (legal autonomy, institutional checks and balances, and fundamental rights protection), while to the second foundational properties (the very idea of public autonomy among citizens). The European problem is that its constitutionalism is incomplete due to the deviation from the traditional path, namely: «the EU appears to have a material constitution that is closely analogous to and often draws heavily from the state tradition. It may lack many of the background factors normally asso-

ciated with a ‘thicker’ ‘foundational’ constitutionalism and with a self-conscious political baptism [...]» (Walker, 2012, p. 23).

## 2.2 The autonomy of the EU legal order and the construction of ‘Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund’<sup>8</sup>

We can further develop the concept of ‘thin constitution’ by linking it to the founding claim of the EU legal order as it emerged from *van Gend en Loos*<sup>9</sup> onwards, namely its autonomy: «the EU legal system operates as a self-referential system of norms that is both coherent and complete» (Lenaerts et al, 2022, p. 59). In other words, «the creation, validity, application and interpretation of a legal rule depend exclusively on the order of which that rule constitutes a part» (Barents, 2009, p. 426). Using the concept of a ‘thin constitution’, we can place the ‘thin European constitution’ within the ‘Verfassungsverbund’ as a «compound structure of different constitutional orders» (Grabenwarter et al, 2021, p. 44), creating that «‘complementary constitutional orders’ (Komplementärverfassungen) within a wider overall legal order – aimed at reciprocal complementarity –, mutually determining, affecting and depending on each other» (Grabenwarter et al, 2021, p. 48)<sup>10</sup>. But the inclusion of the European constitution within the *Verfassungsverbund* is not harmless since the EU legal order «has been able, by virtue of its own court system, to identify and to develop its own constitutional features and, as a result, to determine its status in the national legal order. As a matter of fact, EU law thus challenges the supreme position of the national constitution and the autonomous authority of the state» (Barents, 2009, p. 438). The complementarity of these constitutional legal orders, their ‘-verbund’, should not be taken for granted, given that «for an autonomous legal order, another autonomous legal order is therefore only relevant

---

<sup>8</sup> The term is used by and refers to «the cooperative, non-hierarchical handling of multilevel constitutional issues by several constitutional courts, i.e., a composite multilevel structure of constitutional jurisdictions which entertain complementary and cooperative relationships» (VOKBKUHLE, 2010, p. 48).

For the present discussion, the theories of ‘multilevel constitutionalism’ and ‘constitutional pluralism’ are considered as ‘species’ belonging to the same ‘family’ and provide similar answers (by virtue of their shared theoretical and conceptual framework) to the theoretical questions advanced here: «multilevel constitutionalism and constitutional pluralism display significant similarities in terms of theoretical foundations, without merging into one single concept. While both concepts depart from similar presuppositions, it is the particular accentuation of coherence, mutual stabilisation and functional unity which renders multilevel constitutionalism conceptually distinct» (MAYER, WENDEL, 2012, pp. 150-1.).

<sup>9</sup> CJEU, *van Gend en Loos*, judgment of 5 February 1963, case no. 26/62.

<sup>10</sup> A useful arrangement is provided by A. von Bogdandy. He sees the modern constitution not as a self-sufficient ‘normative universum’ but rather as ‘an element in a normative pluriversum’ (VON BOGDANDY, 2008, p. 401).

as a fact» (Barents, 2009, p. 427). The central question is that in a situation of two autonomous but overlapping legal orders (how the situation is within the European judicial area), there is always a potential or real contradiction. In the famous *van Geen en Los* decision, the CJEU «held that it is not for the constitutions of the Member States to determine whether an EU Treaty provision may produce direct effect, as that determination is to be found in ‘the spirit, the general scheme and the wording’ of the EU Treaty itself» (Lenaerts et al., 2022, p. 50). Moreover, since we are referring to a coherent and complete legal system, «only the principle of primacy may adequately ensure the uniform interpretation and application of EU law» (Lenaerts et al., 2022, p. 70). Therefore, the autonomy as ‘self-referential character of EU law’ implies, in essence, that «EU law stems from an independent origin and does not depend for its validity on either national or international law» (Eckes, 2020, p. 18). As underlined by de Witte, ‘The crucial contribution of the 1963 judgment was, therefore, that the question whether specific provisions of the EEC Treaty (or, later, secondary Community law) had direct effect was to be decided centrally by the European Court of Justice instead of by the various national courts according to their own views or national habits on the matter» (De Witte, 2013, p. 93). This peculiarity of the European legal system is also emphasised by Sarmiento: «la autonomía del Derecho de la Unión implica la capacidad de esta para surtir efectos jurídicos por su propia autoridad, sin necesidad de que cada Estado miembro adopte medidas que interioricen las normas europeas en el sistema jurídico nacional [...]. A diferencia del Derecho internacional, el Derecho de la Unión priva a los Estados miembros de la facultad de elección entre uno de los sistemas de incorporación. Rompiedo con siglos de teoría y práctica jurídico-internacional, el Derecho de la Unión se diferencia de las normas internacionales al ser él mismo el encargado de optar por su modo de integración en los ordenamientos nacionales» (Sarmiento, 2020, pp. 287-8)<sup>11</sup>.

But what is the perspective of national constitutional courts towards this break with ‘siglos de teoría y práctica jurídico-internacional’?

«The European Union is an association of sovereign states, of constitutions, administrations, and judiciaries (Staaten-, Verfassung Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund) founded upon international treaties concluded between the Member States. As masters of the Treaties (Herren der Verträge), the Member States, by ordering the applicability of European law at the national

---

<sup>11</sup> The peculiar feature of EU Law is also underlined by A. von Bogdandy, who defines the EU legal order as «the great exception» in the international/supranational law blueprint (see Von Bogdandy, 2008, pp. 402-3).



level, decide whether and to what extent Union law may claim applicability and precedence within the respective Member State» (OMT decision, para. 140). National constitutional courts recognize in principle that the supranational order is formally separate, but at the same time shape it as derived from member states. BVerfG jurisprudence is paradigmatic of the national approach in that, while reaffirming the autonomy of the European legal order, it reconstructs it in such a way as to differentiate and subject it to state sovereignty: «the «Constitution of Europe», international treaty law or primary law, remains a derived fundamental order. It establishes a *supranational autonomy* which undoubtedly makes considerable inroads into everyday political life but is always limited factually. Here, autonomy can only be understood – as is usual regarding the law of self-government – as *an autonomy to rule which is independent but derived, i.e. is granted by other legal entities*. In contrast, *sovereignty under international law and public law requires independence from an external will precisely for its constitutional foundations*» (Lisbon decision, para. 231, emphasis mine). Within the European constitution framework, this legal approach is further specified in an aforementioned fundamental article written by four constitutional judges from different Member States: «it is for the Member States – as ‘Masters of the Treaties’ (Herren der Verträge) – to determine the technicalities of how EU law is inserted in their respective jurisdiction and how its precedence over national law is put into effect» (Grabewarter et al, 2021, pp. 56-7). Finally, as stated by the former president of BverfG, «from the German perspective, however, as well as from that of other member states, such primacy is neither absolute nor based on Union law, but anchored in national constitutional law, and therefore also limited by it» (Vokßkuhle, 2010, pp. 190-1).

### 2.3 **Verfassungsverbund and Constitutional Pluralism: what kind of -verbund emerges?**

This construction of the ‘*Verfassungsverbund*’ based on the complementarity of autonomous and self-referential legal orders is by its very nature irreducibly plural and, at the same time, conflictual<sup>12</sup>. As stated by Barents, the

---

<sup>12</sup> Legal conflicts in the European constitutional space reflect the two different senses of ‘constitutionalization’: this formula could mean «the progressive shift of EU law from the perspective of an international organisation to that of a federal state» (MARTINICO, 2022, p. 3) or «the progressive ‘humanisation’ (i.e. the progressive affirmation of the human rights issue at supranational level) of the law of the common market» (MARTINICO, 2022, p. 3). Although conflicts regarding European humanization arose

different constitutional orders with their own «independent sources of law, each order determines the scope, content and legal effects of its law, including the effects of that law for the law of the other order. Accordingly, since each order has its own independent foundation, i.e., a ‘constitution’ (in a neutral sense), this model amounts to a situation of ‘constitutional’ pluralism» (Barents, 2009, p. 438). Awareness of this fragmented scenario is addressed theoretically with the idea of constitutional pluralism. The milestone was in a very short article published in the aftermath of the BVerfG’s Maastricht decision, where MacCormick stated that «the most appropriate analysis of the relations of legal systems is pluralistic rather than monistic, and interactive rather than hierarchical. The legal system of Member States and their common legal system of EC law are distinct but interacting systems of law, and hierarchical relationships of validity within criteria of validity proper to distinct systems do not add up to any sort of all-purpose superiority of one system over another» (Maccormick, 1995, p. 259). According to N. Walker, «constitutional pluralism recognises that in the post-Westphalian world there exists a range of different constitutional sites and processes configured in a heterarchical rather than a hierarchical pattern, and seeks to develop a number of empirical indices and normative criteria which allow us to understand this emerging configuration and assess the legitimacy of its development» (Walker, 2002, p. 317). What is important for us is to connect the concept of autonomy from the perspective of constitutional courts with constitutional pluralism. If, using Walker’s terminology, we approach this question with the concept of ‘interpretative autonomy’ (that is, «the power to have the last, and so constitutionally decisive word on the meaning of a mandate» (Walker, 2002, p. 348), then «in a configuration of overlapping and rival polities – in a landscape of contested boundaries – the supreme judicial authorities of these rival orders will each claim the right to police these contested boundaries in terms of the normative pedi-

---

first, shaping the relationship between the CGEU and national constitutional courts, since the Maastricht Treaty, conflicts regarding federalisation have taken over, although the former have not disappeared (especially from the Italian constitutional court as in the Taricco saga). This was recognized by the German justice rapporteur for European affairs Huber, when he stated that «though the political, economic and institutional circumstances have shifted from the protection of human rights to the protection of the democratic institutions of the nation state and the maintenance of the Union’s legal order, the cornerstones of the Court’s approach to European integration have remained unaltered: national legislation as a basis of European integration, the principle of conferral as an emanation of national sovereignty and the maintenance of the national constitutional identity (constitutional law based approach)» (HUBER, 2015, p. 83). From an academic and more general perspective, Tridimas remarked that «the ECJ has established a track record in taking fundamental rights seriously but less so in controlling the expansion of EU competence. The two are inextricably linked but, whilst the ECJ has won the battle on human rights supremacy, it risks losing the battle over the dynamics of competence. The key to resolving the pluralism conundrum might be in the ECJ taking a more reflective view of EU competence» (TRIDIMAS, 2015, p. 430).

gree of their own order and by reference to the rules of adjudication associated with that normative pedigree» (Walker, 2002, p. 349). The key feature of constitutional pluralistic scenario, with the increase of relevant legal sources, the competing legal sites and jurisdictional orders, is the emergence of competing claims of final authority. Therefore, in order to provide a way out of this perpetually conflicting scenario, the constitutional pluralism claims that «the power of ultimate arbitration and interpretation in domains of overlapping jurisdiction need not be exclusive. Interpretive autonomy means precisely that. It does not necessarily mean that from an external point of view ‘only the institutions of that particular order are competent to interpret the constitutional and legal rules of that order,’ but merely that this can be plausibly asserted from an internal point of view» (Walker, 2002, p. 349).

How to deal with constitutional pluralism? What problems does it leave unresolved? We can split the critique into two aspects: the first has to do with the claim of constitutional discourse/dialogue<sup>13</sup>, while the second has to do with the issue of resolving adjudicating (constitutional) conflicts.

### 2.3.1 WHERE IS THE LEGAL DISCOURSE?

The major trouble with constitutional pluralism is that, while it postulates and justifies the competing claims to final legal authority of the constitutional courts and the ECJ, it seeks a heterarchical, non-hierarchical way out. One aspect that is often left unnoticed is which concept of discourse we are referring to when speaking of constitutional pluralism. As highlighted by Martinico, the metaphor of dialogue has been widely used and understood in the literature with different meanings: «a vehicle for transplants, an informal means of communication between judicial and political bodies or a new paradigm of judicial relations between actors not belonging to the same legal order» (Martinico, 2022, p. 187). From a more general perspective, we can use an unbiased language, talking of ‘judicial interactions’ as «episodes of contact (intentional or casual) between courts that may differ in their degree of intensity, results and typology» (Martinico, 2022, p. 188). Within this broader perspective, dialogue must be understood as a «species of the genus ‘judicial interaction’» (Martinico, 2022, p. 188) which enshrined the existence of competing viewpoints, symmetry between the participants (lack of complete authority over

---

<sup>13</sup> In this work the terms dialogue and discourse will be used, unless in more specific contexts, as synonyms.

the other), mutual recognition, mutual respect, equal opportunity to participate in an ongoing dialogue over time<sup>14</sup>. The error of constitutional pluralism, from a more theoretical point of view, arises precisely from the equivocal definition of this aspect. There is a continuous oscillation between a systemic version of the interaction – conceived as sociological processes where an actor undertakes to acquire informations on views and expectations from other actors and communicates his/her own views and expectations to other actors – and as a dialogical device as provided by the Habermasian conception<sup>15</sup>.

Maduro's proposed solution<sup>16</sup> is based on a framework of *common discursive principles* that both respects competing claims of authority and guarantees the coherence and integrity of the European legal order. For Maduro, «judges never talk about constitutional pluralism and in part that is inherent in the theories of constitutional pluralism itself. The actors that operate in the system are expected to adopt the internal perspective of that system. They have to remain faithful to the narrative that results from that internal perspective even if the narrative can be shaped and adapted to fit an external context of pluralism. Constitutional pluralism is necessarily a kind of external theory» (Avbelj, Komárek, 2008, p. 12). In order to do so, from an internal perspective (of the respective supreme interpreters of the constitutional text), the hierarchical question must remain unchanged (otherwise pluralism would be lost), while from a scholarly and factual perspective, the hierarchical question becomes heterarchical. By adopting an external perspective at the expense of an internal one, the alleged discursive perspective must be replaced by the systemic one, or, in other words, the mode of interaction is changed: «This set of principles allows the different legal orders to adjust to the claims of the others and so prevents conflict between these claims. Borrowing the language of systems theory, we may say that the problem of compatibility between different legal systems or sub-systems is presented as a problem of coordination whose only answer can be found in each system adapting its own set of perspectives to the possible contacts and collisions with other systems» (Maduro, 2003, p. 525). In other words, «these principles are such that they make it possible for the processes of justification of national and European decisions to be based on different arguments while their actual application leads to compatible deci-

<sup>14</sup> For further reading on this subject, see ROSAS, 2007, TORRES PEREZ, 2009, pp. 118 et seq., MARTINICO, 2010, and MARTINICO, 2022, chapter 5.

<sup>15</sup> For further reading on this subject, HABERMAS, 1996, chapter 5, ALEXY, 2009, and TORRES PEREZ, 2009, pp. 118 et seq.

<sup>16</sup> The focus on Maduro's solution is due to its being purely focused on the European context and its explicit reference to a procedural-discursive approach. See on this subject MARTINICO, 2022, pp. 48-9.

sions» (Maduro, 2003, p. 524). If we connect this last point to system theory, we can conceive of the flaw in the legal discourse advanced by constitutional pluralism: «The reflexive spiral of the reciprocal observation of the other's self-observations does not escape the circle in which both external observation and self-observation are always a system's own observation» (Habermas, 1996, p. 347). Precisely because the system always constructs its own (legal) environments, contact with other systems (in our case, other national or supranational legal systems outside the area delimited by its own system) can only provide opportunities for the autopoietically closed legal system to act upon itself. Even if we were to admit the creation of a single European legal system composed of different units that can communicate with each other, at best, according to Maduro's words, we would have a series of compromises, not a true dialogue aimed at consensus: «The compromises achieved by such bargaining contain a negotiated agreement (Vereinbarung) that balances conflicting interests. Whereas a rationally motivated consensus (Einverständnis) rests *on reasons that convince all the parties in the same way*, a compromise can be accepted by *the different parties each for its own different reasons*. (Habermas, 1996, p. 166, emphasis mine). The relationship between dialogue and compromise is only indirect, that is, only through procedures that regulate and legitimize compromises from outside. These procedures should provide that «all the interested parties with an equal opportunity for pressure, that is, an equal opportunity to influence one another during the actual bargaining, so that all the affected interests can come into play and have equal chance of prevailing [...]. Thus it is not a matter of mutual understanding among discourse participants who make use of their communicative freedom to adopt positions toward criticizable validity claims in order to mutually convince one another all their arguments» (Habermas, 1996, pp. 166-7).

From constitutional dialogue to (optimistic) constitutional compromise, the difference is substantial. This affects the nature of the Verfassungsgerichtsverbund, but also the scope and stability of the solutions found.

### 2.3.2 «EUREKA!»? IN SEARCH OF THE RULE OF CONFLICT

The theory of constitutional pluralism aims to describe the day-to-day functioning of the European legal space not focusing on exceptional cases of conflict, advocating that constitutional pluralism «is able to avoid actual conflicts in practice, that throws light on essential characteristics of European constitutionalism and illustrates its *sui generis* character» (Kumm, 2005,

p. 267). Therefore, the starting point of constitutional pluralism is empirical and the problem arises with the transition to the normative field: constitutional pluralism not only asserts that the question of final authority effectively remains open, but also supports the normative claim that this question must be left open between competing constitutional claims with equal legitimacy and which cannot be balanced. Constitutional pluralism does not explain how to resolve the conflict between two independent and autonomous legal orders, each with its own claim to authority within its own legal order, and which, as pointed out earlier, can compromise, adapt to each other from their own perspective, but not reach a consensus by virtue of the same arguments, since each argument is either essentially different or is the result of an autonomous interpretative activity that can only contingently converge with the interpretation given within another legal order. In this situation, «If it (the European legal orders) is considered ‘original’ or autonomous, there seems to be no legal criterion for deciding the question of precedence over national law in a given case of conflict. Using the terms of Hans Kelsen’s legal theory, each system would have its own basic norm (Grundnorm) and no rule in one system could be a criterion for the validity of acts of the other» [Pernice, 1999, pp. 713-4). As also reiterated by Weiler and Haltern, «if the German Court understands its authority as flowing from, and its loyalty flowing to, the German Constitution, it could hardly hold otherwise if it came to the conclusion that this is what the German Constitution mandated» (Weiler, Haltern, 1996, p. 414). Each constitutional court is primarily and directly linked to the innate function of guardian of its own constitution and only secondarily, on the basis of the constitution, is it oriented towards the European order: «while the Federal Constitutional Court approaches the process of European integration from the perspective of German constitutional law, the Court of Justice performs its review solely against the standard of Union law, without answering any questions regarding the interpretation of national law. With a view to these different competences and standards of review, the theoretical basic assumptions of the two courts as regards the interlocking of the national and the European legal systems are not identical, even today» (Vokßkühle, 2010, p. 189). As stated by the four constitutional judges, «neither do the CJEU or the ECtHR rank superior to the national constitutional courts, nor can they be regarded as only specialised courts for European affairs, subordinated to the constitutional courts of the Member States. Instead, they are all flexible parts of a ‘mobile’, in which the roles of the individual courts may change over time. In this network, all parties involved are obliged to cooperate in good faith. In this regard the duty of cooperation goes beyond just simply adhering to the procedures prescribed by law or

the Treaties; it also requires all members to make a serious effort to reach *a fair balance* between the different aspects articulated by others» (Grabenwarter et al., 2021, p. 49)<sup>17</sup>.

But is this duty to cooperate decisive? The core of the constitutional pluralism is that «the question of the final arbiter open contributes to a more open coordination between the courts performing constitutional review *without submerging into conflict*» (Bobić, 2017, p. 1397, emphasis mine) and is based on «the self-restraint of individual actors» (Bobić, 2017, p. 1427). But this explains how to reduce or avoid conflicts, how, precisely, not to immerse oneself in them or be *submerged* by them, not how to resolve constitutional conflicts consensually through institutionalised procedures. Therefore, «in the model of constitutional pluralism the interaction between overlapping legal orders is inherently unstable: the law of one order is ‘twisting’ itself into the law of the other, while the latter is ‘resisting’» (Barents, 2009, p. 442).

A legal system must qualify *when* conflicts arise and *how they are to be resolved*. The first issue concerns pre-emption, the second primacy. Constitutional pluralism fits between these two principles, but without functionally replacing the primacy issue, i.e. «the manner in which such a conflict, it is found to exist, will be resolved» (Schütze, 2021, p. 194)<sup>18</sup>. What underpins the European legal order then becomes a mere legal fiction well exemplified by the Italian constitutional court, which has «reached a ‘practical concordance’ with the CJEU, even though important differences still remain at the theoretical level, insofar as the CJEU case law is still based on a monist principle, whereas the Italian Constitutional Court still adheres to a dualist doctrine» (Barsotti, Cartabia et al., 2016, p. 214).

This has two implications: 1) constitutional pluralism continually oscillates between a form of ‘implicit monism’ – due to its inevitable reference to the European legal system for the pluralistic accommodation of conflicts – or a revised dualism<sup>19</sup>; 2) as put forward by some critics<sup>20</sup>, constitutional pluralists give up precisely where an answer is most required: presuming that the ECJ

<sup>17</sup> Here too, the term ‘fair balance’ reveals the shadow of compromise as a standard mode of interaction between the courts.

<sup>18</sup> For further reading, see SCHÜTZE, 2021, chapter 5.

<sup>19</sup> The criticism of ‘implicit monism’ is raised to Maduro by Eleftheriadis and Somek, while a revised dualism can be inferred from Maduro’s response to Eleftheriadis’ criticism: Maduro contrasts the Eleftheriadis’s dualism with the argument that «the difference from pluralism, for Eleftheriadis, is to be found in the fact that dualism does not impose an obligation of mutual accommodation on both legal orders. They co-exist and prevalence of one or the other is a simple function of jurisdictional power. Constitutional pluralism, on the other hand, requires mutual recognition but also communication and accommodation» (MADURO, 2012, p. 82).

<sup>20</sup> See CLAES, 2015, pp. 202-3; BARENTS, 2009; SOMEK, 2012.

and national constitutional courts are «aware of their competing constitutional claims and act accordingly, by accommodating their respective claims so as to minimize the risks of constitutional conflict», what should legally happen when constitutional conflict cannot be prevented or settled<sup>21</sup>?

### 3. CONCLUSION: CONSTITUTIONAL IDENTITIES AND EUROPEAN LEGAL ORDER?

#### 3.1 Constitutional identity claims as institutionalisation of constitutional pluralism?

Article 4(2) TEU<sup>22</sup>, which obliges the EU to respect the Member States' national identities<sup>23</sup> is the attempt to codify the constitutional pluralism in the European landscape in order to institutionalize dialogue between the ECJ and national constitutional courts.

This article is seen as the crux of the issue of constitutional pluralism in a twofold sense:

a) Sarmiento sees Article 4(2) TEU as the resolution of the circularity of constitutional pluralism: if the latter aims at a duty to resolve constitutional disputes dialogically, «es cierto que esta manera de resolver el conflicto puede volverse circular, pues sigue sin resolver cuál es la jurisdicción encargada de zanjar de forma definitiva la contradicción entre normas. Sin embargo, se trata de una falsa circularidad, especialmente tras la adopción del nuevo art. 4.2 TUE, que reconoce desde el Derecho de la Unión la obligación de que este proteja la 'identidad nacional de los Estados miembros'. Esta disposición actúa como un vínculo, un vaso comunicante, entre el ordenamiento de la Unión y el nacional llegado el caso de un conflicto constitucional [...]» (Sarmiento, 2020, p. 374).

b) From the perspective of the constitutional courts, it is seen as the element that obliges the CJEU to recognise the binding role of national constitutional courts: art. 4(2) TEU «provides the CJEU with a lever to address

---

<sup>21</sup> On important functions of these conflicts, see MARTINICO, 2015 and 2022. The position and importance of conflicts as an engine of European integration is what distinguishes Martinico's constitutional pluralism from the models of Pernice, Kumm and Maduro, effectively avoiding a critique from this side. For an overview, see BOBIĆ. 2022.

<sup>22</sup> For further references, see; BURGORGUE-LARSEN, 2011, ARNAIZ and LLIVINA, 2013, MILLET, 2013, CLOOTS, 2015, DI FEDERICO, 2017, CALLIESS and VAN DER SCHYFF, 2019, and CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, 2021.

<sup>23</sup> For an overview about the concept of constitutional identity, its differentiation from concept of national identity and how they apply to the EU, see ROSENFELD, 2012, and LUIS MARTÍ, 2013.



possible misuses of this institution. Since the CJEU cannot decide on the contents of the respective constitutional identity by itself – Article 4 paragraph 2 TEU is a provision of EU law, but refers in substance to the specifics of national constitutional law – it must make a serious effort to ascertain the content of the respective national provisions» (Grabenwarter et al., p. 59, 2021). It would then be the vehicle of a «true dialogue, which is not one-way street, but rather two-way traffic, is necessary. Ideally, such dialogue would be realised through the CJEU making a referral to the national court that is competent to render a binding decision on the interpretation of the national constitution. This would allow the CJEU and the national constitutional court to reach a conclusion jointly, but still independently in a sense that they both adopt a binding decision» (Grabenwarter et al., 2021, pp. 59-60).

As is made clear here, accommodation is far from being achieved. The interpretative work of the two courts is independent and binding, but not based on the same arguments and/or conclusions. How could a constitutional court, in the event of a conflict, desist from its own authentic interpretation of its own constitutional identity? Such an article is a harbinger of contradictions, becoming «more of an identity ‘battleground’ than a platform for discourse» (SPIEKER, 2020, p. 384) given that the same concept of constitutional identity is interpreted differently within the European constitutional space, reflecting the national and European angle: «Article 4(2) TEU is an expression of the plurality of political and constitutional orders and of a ‘value diversity’ beyond the nucleus of shared values expressed in Article 2 TEU. Yet this concern for diversity remains under the control of the Court. A claim based on national identity will only be effective under EU law if it is accepted by the ECJ [...]. In its reference in the OMT case, however, the Bundesverfassungsgericht made it clear that the concept of ‘national identity’ protected in Article 4(2) TEU is very different from ‘the constitutional identity of the German Basic Law’, which sets an ultimate limit to European integration and cannot be balanced against other legal interests. Hence, the protection of the German constitutional identity is a task for the German Constitutional Court alone and cannot be left to the ECJ» (CLAES, 2015, p. 205). As Spieker recently scrutinized, «the status of ‘national identities’ under Article 4(2) TEU does not correspond to the status of constitutional identities in the Member States. At first glance, the two regimes seem to go ‘hand in hand’. Yet on the rare occasions in which the ECJ actually dealt with identity claims under Article 4(2) TEU, it treated them as mere public policy exceptions stripped of any distinguishing value or as a component in the proportionality test. This trivialization stands in stark contrast to the outstanding position constitutional identities occupy in the Member States» (Spieker, 2020, pp. 383-4).

### 3.2 Towards an European Constitutional Identity?

Literally, Art. 4.2. TEU deals exclusively with the identity of the Member States, whereas there is no equivalent provision dealing with the identity of the EU. The ECJ has always wielded the ‘constitutional identity card’ with care, aware that it has to juggle between a narrow interpretation (which would increase the risk of the constitutional courts’ rejection of the primacy of EU law) and a broad interpretation (which would probably undermine, by delaying it, the primacy of EU Law). All the more reason why an explicit European constitutional identity has not been developed, even the very concept of an autonomous EU legal order logically implies a certain inalienable core. The court has hitherto formally avoided relating to the concept of national identity, even when, substantively and in different terms, it has done so (see *Taricco* saga). The reluctance, as said by Bonelli, «was probably motivated by the fear that a more precise, and possibly narrow, definition of the identity clause could have exacerbated, rather than resolved, conflicts with national constitutional courts» (BONELLI, 2022, p. 5)<sup>24</sup>. The trigger was the political and legal relevance of Article 2 TEU<sup>25</sup>: «the fact that in recent times, the CJEU has – quite trickily – assumed the task of examining the Member States adherence to the values laid out in Article 2 TEU – being (wholly or partially) part of many Member States’ constitutional identity – may contribute to safeguarding national constitutional identities» (Grabenwarter et al, 2021, pp. 58-9).

For these reasons the first attempt is made only in the recent ECJ decisions:

– Case C-156/21 and C-157/21, a kind of twin-decision on the rule of law conditionality regime against the objections of Hungary and Poland. In the Hungarian decision, the ECJ highlights the following points: art. 2 TEU «is not merely a statement of policy guidelines or intentions, but contains values which, as noted in paragraph 127 above, are an integral part of the very identity of the European Union as a common legal order, values which are given concrete expression in principles containing legally binding obligations for the Member States» (para. 232);

– In the even more recent case C-430/21, para. 70-1, the ECJ not only specifies that an alleged violation of national constitutional identity found by the national court absolutely does not entail a valid reason to derogate from EU law, but also specifies the procedure to be followed to ascertain this violation;

<sup>24</sup> See <https://www.diritticomparati.it/has-the-court-of-justice-embraced-the-language-of-constitutional-identity/>

<sup>25</sup> For further reading see BONELLI, 2017 and 2022.

– In the case C-391/20, para. 87, the Advocate General emphasized the primacy of European constitutional identity over national identity. Although the ECJ's decision does not fully align with or build upon the AG's reasoning, it remains a noteworthy piece of legal analysis. Indeed, according to the AG's interpretation, national constitutional identity claims must not infringe upon the values enshrined in Articles 2 and 3 TEU, which define the boundaries of European constitutional identity.

What the ECJ, at first glance, does is emphatically specify its identity, in fact, «con esta proclamación el Tribunal de Justicia reconoce por primera vez de manera inequívoca la identidad constitucional de la Unión, así como su identificación con los valores fundamentales a que se refiere el artículo 2 TUE» (Cruz Montilla de los Ríos, 2022, p. 181).

But going deeper, drawing a *fil rouge* among the aforementioned decisions, the ECJ deepens its own identity in relation to national identities, drawing its own identity spectrum in a claim of superiority over individual national identities, defining the place and function of the latter:

– to clarify the scope, the meaning, and the impact of Article 4(2) TEU and provide ways for national courts to operationalize it within the boundaries of the EU constitutional framework;

– to place the protection of the constitutional identities of the Member States on the same constitutional level as the protection of the fundamental principles of the Union, which characterise its constitutional identity. Therefore, claiming that Article 4(2) TEU protects a national measure that violates Article 2 TEU shall be recognized as an *abusive application of the identity clause*;

– to provide a comprehensive protection of European values and principles, both *vis-à-vis* the national and international sides: «En comparación con el asunto Kadi, es posible advertir, al menos, dos diferencias. En primer lugar, supone reconocer una dimensión más amplia de la identidad constitucional europea más allá del mero control judicial de los derechos fundamentales. En segundo lugar, ensancha el alcance de dicha noción, porque no solo es aplicable en caso de una vulneración de su núcleo constitucional intangible a resultados de la aplicación del Derecho Internacional, sino también cuando su transgresión provenga del Derecho nacional» (Cruz Montilla de los Ríos, 2022, pp. 181-2)

– To open up the possibility, through theories of implicit unamendability, of substantive constraints on the power to amend treaties.

The constitutional conflicts arising in connection with Article 4(2) TEU have contributed to the emergence and reinforcement of diverse national consti-

tutional identities, extending beyond the German context. In turn, these developments have triggered the articulation of the EU's own «supranational constitutional identity» as outlined in Article 2 TEU. The irreconcilable plurality of constitutional claims has led to an increasingly substantive and differentiated constitutional landscape within and from each system. From this perspective, the question of a European constitutional identity emerges as both a consequence and a product of constitutional pluralism, thereby amplifying – on a different scale – the very challenges posed by constitutional pluralism that have already been examined. The interplay of these developments will shape the future trajectory of European integration and its legal framework. Given that identity conflicts revolve around fundamental national structures – both political and constitutional – they not only risk fragmenting legal discourse but may also undermine the legitimacy of the integration process itself. As a result, constitutional conflicts are becoming the norm rather than the exception, placing every European decision under the constant scrutiny – and potential veto – of national constitutional courts, akin to a sword of Damocles<sup>26</sup> hanging over the integration project. Ultimately, as a cautionary note for the future, Europe's next great challenge will be to carefully navigate the heterogeneity of identity claims, resisting the allure of the seemingly appealing yet inherently precarious fusion of constitutional pluralism and the European/national constitutional identity framework.

## BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- ALEXY, R. (2009). *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford University Press. Oxford.
- BAGEHOT, W. (2001). *The English Constitution*. Oxford University Press. Oxford.
- BARENTS, R. (2009). *The Precedence of EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism*. *European Constitutional Law Review*, 5, 421–446.
- BOBIĆ, A. (2017). *Constitutional Pluralism Is Not Dead: An Analysis of Interactions Between Constitutional Courts of Member States and the European Court of Justice*. *German Law Journal*, 18 (6), 1395–1428.
- (2022). *The Jurisprudence of Constitutional Conflict in the European Union*. Oxford University Press. Oxford.

---

<sup>26</sup> See, for example, the NGEU decision by the BVerfG. For further details, see <https://www.delors-centre.eu/en/the-bundesverfassungsgerichts-nextgenerationeu-ruling>. As stated by the authors, the BVerfG shows a highly ambiguous attitude both substantively and procedurally: «moreover, while the fact that the FCC did not refer a preliminary question to the CJEU could be interpreted positively, it could also be interpreted as a retreat from the FCC's willingness to engage in a constructive dialogue with Luxembourg, as Judge Müller puts it in his dissent. Especially the fact that Karlsruhe does not seem to believe that Luxembourg would interpret article 122 TFEU more narrowly than it does itself, and that a referral would therefore make no difference to the outcome of the case, could be read as a sign of distrust toward the CJEU».

- BOGDANDY, A. von. (2008). *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law*. I•CON, Vol. 6, No. 3 & 4, p. 397–413.
- BONELLI, M. (2017). *From a Community of Law to a Union of Values. Hungary, Poland, and European Constitutionalism*. European Constitutional Law Review, 13, 793-816
- (2022). *Infringement Actions 2.0: How to Protect EU Values before the Court of Justice*. European Constitutional Law Review, 18, p. 30–58.
- BURGORGUE-LARSEN, L. (2011). *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*. Pedone. Paris.
- CALLIESS C., van der Schyff, G. (2019). *Constitutional Identity in a Europe of Multi-level Constitutionalism*. Cambridge University Press. Cambridge.
- CLAES, M. (2015). *The Primacy of EU Law in European and National Law* in Arnull, A.; Chalmers, D. (2015). *The Oxford Handbook of European Union Law*. Oxford University Press. Oxford. p. 178-211.
- CLOOTS, E. (2015) *National Identity in EU Law*. Oxford University Press. Oxford.
- CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, P. (2021). *La identidad nacional de los estados miembros en el derecho de la Unión Europea*. Aranzadi. Navarra.
- (2022). *La identidad constitucional de la Unión Europea: una categoría jurídica en construcción*. Estudios de Deusto, Vol. 70/2, p. 153-190.
- DICEY, A. V. (1982). *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Liberty Fund. Camel.
- DI FEDERICO, G. (2017). *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione Europea*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- ECKES, C. (2020). *The Autonomy of the EU Legal Order*. Europe and the World: A Law Review (2020), 1-19.
- FROMAGE, D.; DE WITTE, B. (2021). *National Constitutional Identity Ten Years on: State of Play and Future Perspectives*. European Public Law 27, no. 3, p. 411–424
- GRABENWARTER, C.; Huber, P. M.; Knez, R.; Ziemele, I. (2021). *The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network*. European Public Law, Vol. 27, no. 1, p. 43–62
- GRIMM, D. (1995). *Does europe need constitution*. European Law Journal, 1(2), p. 282-302.
- (2005). *Integration by constitution*, International Journal of Constitutional Law, 3(2 & 3), p. 193-210.
- (2019). *Constitutionalisation without Constitution* in Barber N. W.; Cahill M.; Ekins R. (2019). *The Rise & Fall of the European Constitution*. Hart Publishing, Oxford, p. 23-40.
- HABERMAS, J. (1986). *Theory of Communicative Action*. Polity Press. Cambridge.
- (1988). *Legitimation crisis*. Polity Press. Cambridge.
- (1996). *Between Facts and Norms*. MIT Press. Cambridge.
- (2015). *The Lure of Technocracy*. Polity Press. Cambridge.

- HUBER, P. M. (2015), *Federal Constitutional Court and European Integration*. European Public Law, Vol. 21, No. 1, p. 83-108.
- KELSEN, H. (1967). *Pure Theory of Law*. University of California Press. Berkeley.
- (2002). *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford University Press. Oxford.
- KUMM M. (2005). *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*. European Law Journal, Vol. 11, No. 3, p. 262–307.
- LENAERTS K.; GUTIÉRREZ-FONS J. A.; ADAM S. (2021) *Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order*. ZaöRV, Vol. 81, p. 47-87.
- LUIS MARTÍ, J. (2013). *Two different ideas of constitutional identity*, in Saiz Arnaiz, A.; Llivina C. L. (2013). *National Constitutional Identity and European Integration*. Intersentia. Cambridge, p. 17-36.
- MACCORMICK, N. (1995). *The Maastricht-urteil: Sovereignty now*. European Law Journal, 1(2), p. 259-266.
- MADURO, M. P. (2003), *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action* in Walker, N. (2003). *Sovereignty in Transition*. Hart Publishing. Oxford, p. 501-537.
- (2012), *Three Claims of Constitutional Pluralism* in Avbelj M.; Komárek, J. (2012). *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Hart Publishing. Oxford, p. 67-84
- MAYER, F. C.; WENDEL, M. (2012), *Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism* in Avbelj M.; Komárek, J. (2012). *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Hart Publishing. Oxford, p. 127-151.
- MARTINICO, G. (2010). *Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of «Hidden Dialogues»*, King's Law Journal, Vol. 10, No. 3, p. 257-281.
- (2015). *The «Polemical» Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, German Law Journal, vol. 6, No. 16.
- (2022). *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process*. Routledge. London/New York.
- MILLET, F.-X. (2013). *L'Union européenne et l'identité constitutionnelles del'États membres*. LGDJ. Paris.
- RAZ, J. (2009). *Between Authority and Interpretation*. Oxford University Press. Oxford.
- ROSAS, A. (2007). *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*. European Journal of Legal Studies, p. 121-136.
- SAIZ ARNAIZ, A.; LLIVINA C. L. (2013). *National Constitutional Identity and European Integration*. Intersentia. Cambridge.
- SARMIENTO D. (2020). *El Derecho de la Unión Europea*. Marcial Pons. Madrid.
- SCHÜTZE, R. (2021). *European Union Law*. Oxford University Press. Oxford.

- SOMEK, A. (2012). *Monism: A Tale of the Undead* in Avbelj M.; Komárek, J. (2012). *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Hart Publishing. Oxford, p. 343-379.
- SPIEKER, L. D. (2020), *Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: how to Stabilize the Modus Vivendi between the Court of Justice and National Constitutional Courts*. Common Market Law Review. Vol. 57. P. 361–398.
- TRIDIMAS, T. (2015). *The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation, and Instability*, in Arnulf, A.; Chalmers, D. (2015). *The Oxford Handbook of European Union Law*. Oxford University Press, Oxford, p. 403-430.
- VOKSSKUHLE, A. (2010). *Multilevel Cooperation of the ECCs – Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*. European Constitutional Law Review. 6(2), p. 175-198.
- WALKER, N. (2002). *The idea of constitutional pluralism*. Modern Law Review, 65(3), p. 317-359.
- (2012). *Constitutionalism and Pluralism in Global Context* in Avbelj M.; Komárek, J. (2012). *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Hart Publishing. Oxford, p. 17-37.
- WEBER M. (1978). *Economy and society. An outline of interpretative sociology*. University of California Press. Berkeley.
- WEILER, J. J.; HALTERN, U. R. (1996). *The Autonomy of the Community Legal Order. Through the Looking Glass*. Harvard International Law Journal. Vol. 37(2), p. 411-448.
- WENDEL, M. (2021). *The Fog of Identity and Judicial Contestation: Preventive and Defensive Constitutional Identity Review in Germany*. European Public Law. Vol. 27, No. 3, p. 465–494.

# **LUCES Y SOMBRAS DE LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA: ¿UN PASO MÁS EN EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA?**

ALEJANDRO VILLALUENGA GARRIDO<sup>1</sup>  
*Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Sobre la naturaleza constitucional de la Unión Europea.*–3. *Déficit democrático y espacio público europeo.*–4. *Notas sobre el estado de la participación ciudadana en la Unión Europea.*–5. *La Conferencia sobre el futuro de Europa.* 5.1 Génesis y objetivos. 5.2. Estructura: A) El gobierno del proceso y las bases jurídicas. B) Los órganos consultivos y deliberativos.–6. *Crítica de la CoFE e ideas para el futuro.*–7. *Conclusiones.*

## **1. INTRODUCCIÓN**

*Todo para el pueblo, pero sin el pueblo.* Esta idea, tan ilustrada como despótica, se pone en el centro cuando se explican los cambios sociales y po-

---

<sup>1</sup> Alejandro Villaluenga Garrido es Doctorando en Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Ha trabajado en el Parlamento Europeo (Dirección de Relación con los Parlamentos nacionales) entre 2022 y 2025, tras haber sido beneficiario de la beca Schuman. Es Graduado en Derecho por la UCM (Premio Extraordinario) y ostenta un Máster Universitario en Intervención de la Administración en la Sociedad por la UNED. Actualmente, investiga sobre la protección de los derechos sociales, el desarrollo del derecho a la vivienda, y la participación ciudadana en la Unión Europea. Forma parte del programa de la UE «Diálogo con la Juventud» en la Comunidad de Madrid. El contenido de este texto es responsabilidad única de su autor y en modo alguno representa la posición del Parlamento Europeo. Este trabajo ha sido premiado con una mención especial en el VI Congreso Internacional del Seminario Italoespañol, celebrado en Granada entre los días 5 y 7 de octubre de 2022. Modo de contacto con el autor: avillalu@ucm.es y LinkedIn: Alejandro Villaluenga Garrido..



líticos producidos en Europa a lo largo del s. XVIII. De igual forma, si bien con matices, es una reflexión que se podría predicar del proceso de construcción histórico-jurídica de la Unión Europea. Por distintas razones, el papel de la ciudadanía ha sido relegado en los distintos Tratados. Esto es algo que se demuestra en las competencias que se adjudicaban al Parlamento Europeo o en los mecanismos de participación ciudadana que (no) se incluían.

En las líneas que siguen, tras repasar brevemente los fundamentos constitucionales de la UE, nos adentraremos en la discusión acerca de la existencia de un verdadero *espacio público europeo* y sus posibilidades en una UE carente de un verdadero «pueblo». Posteriormente, después de hacer mención a los fundamentos de la participación ciudadana en la arquitectura institucional de la UE, desarrollaremos con más detalle, y en línea con los fundamentos teóricos presentados, la estructura de la *Conferencia por el futuro de Europa*, que tocó a su fin en el mes de mayo de 2022. Finalmente, con el objetivo de destacar las posibilidades de mejora del proceso, concluiremos con una serie de reflexiones y propuestas de cara al futuro.

## 2. SOBRE LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Durante mucho tiempo, se ha discutido la naturaleza jurídica de la Unión Europea. Administrativistas, internacionalistas y constitucionalistas han sido los más activos a estos efectos. Como no podía ser de otra forma, en las líneas que siguen se parte de la consideración de que la Unión Europea es una *organización supranacional*, con una *Constitución material* y una *estructura constitucional*. Veamos cuáles son los fundamentos de estas afirmaciones.

El gran jurista Peter Häberle ha reseñado la importancia que ha tenido la apertura de los ordenamientos constitucionales caracterizados por un gran pluralismo a principios que son compartidos por un creciente número de Estados en el mundo. De Vergottini, de hecho, habla en este punto de un Derecho constitucional «cosmopolita» o «abierto» (2011: 66). Como expone Balaguer Callejón (2010: 195), la aportación fundamental de Häberle consiste en la idea de la continuidad esencial entre el derecho constitucional estatal y el europeo (entendido aquí como el de la Unión Europea). Las teorías del jurista alemán -afirma- «hacen más constitucional al Derecho europeo y más europeo al Derecho constitucional nacional, generando una interacción productiva entre ambos términos que señala el camino de la formación del Derecho constitucional europeo».

En este contexto de «pluralismo constitucional» (McCormick, 1993) o «constitucionalismo multinivel» (Pernice, 2001), se advierte un «patrimonio constitucional común» que, como explica Biglino Campos (2018: 3), aunque nace de la experiencia comparada, añade un componente ideológico, pues «parte de que los principios e instituciones que caracterizan al Estado constitucional son exigencias inherentes a la dignidad de la persona y constituyen el fundamento y la finalidad de cualquier organización política», algo que se desarrolla en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), y así, responde a la pregunta de por qué hemos acordado su fundación.

En efecto, el artículo 2 TUE refleja una serie de valores que son fruto de las «tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembros, como también se refleja en el artículo 6.3 TUE en materia de derechos fundamentales<sup>2</sup>. Esto, si bien constituye el «núcleo duro» del constitucionalismo de la UE (Alonso García), no se encuentra exento de problemas de interpretación, como se puede concluir de lo que podríamos denominar como «baile de identidades», fruto de la conexión con el art. 4.2 TUE.

Todo ello nos conduce directamente a ahondar en el concepto de «constitucionalismo multinivel», que se define como «a divided power system to meet the challenges of globalisation in the «postnational» era» (Pernice, 2001: 4).

Pernice enumera cinco elementos básicos del constitucionalismo multinivel que es preciso poner de manifiesto: en primer lugar, nos encontramos ante un concepto postnacional de Constitución, que viene a hacer hincapié en un entendimiento de Constitución como instrumento jurídico por el que el que la ciudadanía de un territorio acuerda crear instituciones investidas con autoridad pública, esto es, poderes para alcanzar ciertos objetivos que son comunes. En segundo lugar, el proceso de creación de dicha Constitución europea como un proceso llevado a cabo por la ciudadanía (a través de sus representantes). En tercer lugar, como ya se ha hecho referencia, se refiere a la relación entre Constitución de la UE y Constituciones nacionales, pues las autoridades europeas no podrían funcionar sin las instituciones nacionales y sistemas jurídicos en los que se basan, y de igual modo, las autoridades nacionales deben operar a través de las instituciones europeas si pretenden alcanzar una serie de resultados que no serían capaces de alcanzar por su cuenta. En cuarto lugar, la multiplicidad de identidades de los ciudadanos de la Unión, que aparte de la nacional y la europea, puede abarcar la local y la regional; y por último, la «Unión Europea como una unión de ciudadanos europeos», en la que la Unión

---

<sup>2</sup> «Los derechos fundamentales... que son fruto de las tradicionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales», señala el artículo.

es un instrumento de acción política al igual que lo es cada Estado miembro, y ejercita los poderes que se le han otorgado para hacer frente a retos que la globalización ha provocado que no sea posible abordar a través, únicamente, de las competencias estatales.

Así, incluso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), iba a admitir ya en el año 1986 que los Tratados constituyen la «carta constitucional fundamental» de una comunidad de Derecho como es la de la Unión Europea<sup>3</sup>. 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).

### 3. DÉFICIT DEMOCRÁTICO Y ESPACIO PÚBLICO EUROPEO

A pesar de la naturaleza constitucional de la UE, en ocasiones se le ha achacado un *déficit democrático* que afectaría a la legitimidad democrática de sus decisiones. Habermas ha sido el más importante teórico de nuestros tiempos que se ha encargado de defender la necesidad de avanzar en la democratización de la esfera europea. Variados y de diferente naturaleza son los argumentos que se esgrimen para defender esa «falta de democracia»; por ejemplo, la falta de procesos adecuados de rendición de cuentas por parte de la Comisión europea, la ausencia de transparencia en las decisiones del Consejo, la falta de un proceso electoral verdaderamente paneuropeo que contribuya a la formación de una voluntad genuinamente europea y no fragmentada por países, etc.

Dieter Grimm ha identificado tres causas de la distancia creciente entre los procesos de decisión de las autoridades de la UE y la formación de la voluntad política de los ciudadanos europeos en sus respectivas esferas nacionales<sup>4</sup>. En efecto, parece que la voluntad de los ciudadanos apenas tiene impacto porque las políticas («policies») de la UE se encuentran desacopladas de los resultados del proceso político («politics»).

---

<sup>3</sup> Párrafo 23 de la STJCE de 23 de abril 1986, caso Los Verdes c. Parlamento Europeo, as. 294/83.

<sup>4</sup> «Die Stärke der EU liegt in einer klugen Begrenzung» [The strength of the EU lies in prudent limitation] (Frankfurter Allgemeine Zeitung, 11 August 2014, p. 11).

La primera causa sería el hecho de que una serie de políticas fueron elevadas a nivel de norma constitucional y por tanto «inmunizadas» del proceso de cambio político. Esto tendría mucho que ver con la implementación de políticas neoliberales en todo el mundo, sin que fuera posible una alternativa formada por la voluntad de la ciudadanía.

En segundo lugar, se podría hablar de la manera «anti-política» de hacer política a nivel europeo, esto es, la ausencia de mecanismos de presión por parte de la ciudadanía a las instituciones de la UE. Pues -afirma con razón Grimm- las elecciones nacionales por sí solas no pueden autorizar a los representantes de los distintos gobiernos a participar en decisiones sobre el conjunto de naciones. De esta forma, *electores y destinatarios finales* de las políticas no coinciden, y así, esto sirve a los gobiernos para desvincular las políticas de Bruselas de la formación de la voluntad de sus electorados nacionales.

En tercer lugar, Grimm menciona la lejanía del Parlamento Europeo con respecto a los ciudadanos, cuyos intereses se supone que representa. Reforzar las competencias de la cámara de representación de la UE (por ejemplo, dotándole de derecho de iniciativa legislativa), según Grimm, no solucionaría el problema, pues lo que realmente falta son redes de comunicación efectiva para conectar a los ciudadanos con los eurodiputados. Así, aboga por partidos políticos europeos que desarrollen campañas electorales que sean reconocibles como diferentes tanto en *asuntos* como en *personalidades* respecto a las elecciones nacionales, algo que hubiera podido ser una realidad –si bien de forma limitada- en las últimas elecciones al Parlamento Europeo de 2024, con la implementación por primera vez en la historia de listas transnacionales<sup>5</sup>.

Esto nos lleva al interesante y decisivo debate acerca de si existe verdaderamente un *espacio público europeo*. Y es que la respuesta a esta pregunta no parece baladí, en tanto cualquier cosa que se pueda aproximar a esa «democratic accountability» que se demanda a la UE, depende de que los ciudadanos tengan la oportunidad de formar opiniones políticas (y, eventualmente, demandas) compartidas, a través de medios de comunicación comunes (Müller, 2016: 83).

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

---

<sup>5</sup> El pasado 3 de mayo de 2022, el Pleno del Parlamento Europeo aprobó la propuesta elaborada por la Comisión AFCD de crear una circunscripción paneuropea para elegir a 28 eurodiputados, que se votaría en urna aparte de las listas estatales o regionales. Esta propuesta, finalmente, no salió adelante. Para más información, consúltese <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/eu-affairs/20220422STO27706/elections-ue-el-parlamento-aboga-por-normas-comunes-y-listas-transnacionales>

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 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 tiempo. 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, los retos que plantea la administración estadounidense de Donald Trump a nivel geopolítico 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 pública en el mercado eléctrico. Y es que sí, nosotros también creemos que las crisis han contribuido a la integración europea incluso más que cualquier tratado o acuerdo entre gobernantes.

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).

En un interesante debate sobre «el rol de los partidos políticos y los retos de las redes sociales», que tuvo lugar el pasado 26 de enero de 2022 en la Comisión AFCD del Parlamento Europeo<sup>6</sup>, el profesor Thomas Risse<sup>7</sup> advertía sobre esta fragmentación y apostaba precisamente por su interconexión para enriquecer el debate público y, así «europeizarlo». El profesor alemán proponía tres formas para hacerlo: en primer lugar, como se ha comentado, dando más visibilidad a los asuntos europeos para poder provocar una «masa crítica» adecuada (lo que se ha venido a denominar aspecto «vertical» de la europeización de la esfera pública); en segundo lugar, haciendo que europeos nacionales de

<sup>6</sup> Para más información y la consulta de la grabación, consúltese el siguiente enlace: <https://www.europarl.europa.eu/committees/en/eu-public-sphere-european-political-part/product-details/20220118CHE09862>

<sup>7</sup> Profesor de Relaciones Internacionales de la Freie Universität de Berlín.

diferentes Estados miembros estuvieran presentes de forma habitual en el debate público de distintos Estados miembros. Estos podrían ser ciudadanos sin ningún tipo de responsabilidad, o periodistas, pero también, y sobre todo, representantes públicos. Y, en tercer lugar, creando una serie de marcos de referencia comunes para facilitar una verdadera y genuina comunicación transnacional (lo que se denomina aspecto «horizontal» de la europeización de la esfera pública).

En este sentido, las redes sociales han cambiado el paradigma comunicativo clásico y facilitan dicha comunicación. De hecho, en los últimos años se ha observado un aumento de la discusión en redes acerca de asuntos relacionados con la UE. Sin embargo, Risse también advierte de los peligros del efecto de «cámara de eco» en el caso de que solo se preste atención a personas que opinan como uno mismo, además de los peligros de la extensión de noticias falsas ante la falta de mediadores en redes sociales como Twitter o Facebook. Por último, propone que los decisores públicos de la UE participen en las controversias nacionales como «actores legítimos», y que las alianzas entre partidos de familias ideológicas comunes sean llevadas a cabo «de abajo arriba» y no «de arriba abajo».

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. Y es que 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. Porque, como dijo una vez el expresidente de la Comisión Europea Jacques Delors, «alguien no puede enamorarse del mercado común, pero sí de otro europeo». Nos encontramos ante lo que podría llamarse el «elemento afectivo de la integración europea».

#### 4. NOTAS SOBRE EL ESTADO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA UNIÓN EUROPEA

Además de enamorarse de otro europeo, defendemos fervientemente que una forma importante de disminuir ese *déficit democrático* y a la vez, de contribuir a la formación de un debate verdaderamente *paneuropeo*, es dar la posibilidad a la ciudadanía de que participe, de que *tome parte*. Solo si los ciudadanos sienten que existe posibilidad de elegir y pueden influir esa elección, las

decisiones vinculantes implementadas por las instituciones de la UE serán aceptadas y aceptables. La Unión debe promover la capacidad de los ciudadanos de participar en procedimientos de toma de decisiones que influyan efectivamente en el proceso político, de manera que este vuelva a ser receptivo a sus intereses, opiniones y objetivos políticos.

Y no nos referimos en este momento a propuestas de reforma de instituciones democráticas, que «se presentan a menudo como atajos útiles para resolver los complejos problemas a los que se enfrentan los gobiernos democráticos», pues, como expone Lafont, «tomar atajos que pasen por alto la deliberación pública sobre decisiones políticas erosionaría aún más el compromiso fundamental del ideal democrático de autogobierno, a saber, el de garantizar que todos los ciudadanos puedan apropiarse e identificarse por igual con las instituciones, leyes y políticas a los que están sujetos». (2021: 20-21). Por tanto, con este objetivo, defendemos la existencia de verdaderos foros participativos deliberativos, capaces de forjar una voluntad colectiva y así, mejorar los resultados políticos de la Unión Europea.

Por el momento, veamos en qué estado se encuentra la participación ciudadana en la arquitectura institucional de la UE. Como bien señala el eurodiputado César Luen, «la participación ciudadana ha sido el verdadero talón de Aquiles de todo el entramado comunitario, desde los pioneros hasta los primeros tratados constitutivos y, más adelante, los que han desarrollado la arquitectura institucional de la Unión Europea» (2022: 3). Y ello es así, en primer lugar, por lo ya comentado acerca de la ausencia inicial de un verdadero *demos* europeo y por la esencia en muchas ocasiones más intergubernamental que federal en el proceso de integración europea.

Además, como señala Luen, existen causas históricas que señalan la ausencia de mecanismos de participación ciudadana en los Tratados, como lo son que el embrión de la UE, la CECA, tuviera como objetivo una regulación del carbón y acero de los países fundadores, así como la administración conjunta de recursos militares para evitar una nueva confrontación fratricida entre las naciones y pueblos de Europa (2022: 4). Es decir, una construcción «de arriba abajo» y unas orientaciones originalmente económico-estratégicas no eran adecuadas para disponer de una serie de mecanismos de participación ciudadana más comunes en integraciones políticas.

Hasta el actual Tratado de Lisboa (2009), la idea y práctica de participación ciudadana no existía. Recogiendo el espíritu de la fallida Constitución europea, este va a recoger una posición más activa de la ciudadanía de la Unión. Actualmente, el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) señala que «A fin de fomentar una buena gobernanza y de

garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura», un artículo que cristaliza legislativamente de forma satisfactoria las construcciones teóricas de buen gobierno, gobierno en red, responsabilidad o transparencia. Por otro lado, el art. 165. II TFUE hace referencia a la «participación de los jóvenes en la vida democrática de Europa».

El Tratado de Lisboa va a introducir los artículos 10 a 12 TUE. El art. 10.3 dispone que «todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos». El art. 11 TUE, por su parte, expresa el mandato que se impone a las instituciones de disponer los mecanismos apropiados para que los ciudadanos y asociaciones representativas tengan la oportunidad de expresar sus opiniones sobre los ámbitos de actuación de la Unión. En concreto, el art. 11.2 señala que «las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil».

El apartado 4 del mismo artículo regula la Iniciativa Ciudadana Europea (ICE), regulada actualmente por nuevo Reglamento (UE) 2019/788. La ICE es una herramienta creada con el Tratado de Lisboa que permite a los ciudadanos «participar en la configuración de la UE solicitando a la Comisión Europea nuevas leyes». Como ha señalado Fernández, la ICE cuenta con un enorme potencial para fomentar el debate y reflexión de los ciudadanos en asuntos de interés europeo que, al trascender las realidades estatales, contribuye a la construcción de un espacio público de deliberación democrática (2020: 283). Como comenta Espaliú, la relevancia de la institución reside en que «proporciona al individuo la posibilidad de participar en el proceso legislativo de una organización internacional<sup>8</sup> con capacidad de crear normas obligatorias para todos los sujetos del ordenamiento jurídico comunitario» (2019: 167).

Por otra parte, entre las posibilidades de participación directa por parte de los ciudadanos se encuentra la petición parlamentaria a través de la Comisión de Peticiones (PETI) del Parlamento Europeo. Las peticiones en comisión sirven en la práctica más como método de control y garantía de la aplicación de la legislación, si bien sigue siendo una herramienta poco conocida entre la población, por lo que, como reconoce el propio PE en Resolución de 17 de diciembre de 2020, es necesario «redoblar los esfuerzos y adoptar medidas apropiadas para sensibilizar a los ciudadanos sobre el derecho de petición»<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Por lo ya señalado, no compartimos la caracterización de la UE como «organización internacional», sino, por su carácter constitucional, como «organización supranacional».

<sup>9</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020IP0383&from=EN>



Entre otras formas de participación ciudadana directa se encuentran una serie de mecanismos de influencia en el proceso de desarrollo de políticas, como consultas públicas acerca de nuevas iniciativas, así como acciones administrativas como por ejemplo peticiones de acceso a documentos de las instituciones o del Defensor del Pueblo de la UE, así como canales de revisión ex post como la plataforma «Fit for Future».

Sin embargo, el problema reside en el hecho de que más de diez años después de la introducción de mecanismos de participación ciudadana en la UE, estos parecen haber fracasado. La mayoría son desconocidos para la gran parte de la ciudadanía, están fragmentados o no se utilizan lo suficiente. Esto, como explica Alemanno, se debe a una práctica participativa caracterizada por un acceso desigual y una representatividad limitada de la ciudadanía que utiliza dichos instrumentos (2022: 12).

## 5. LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA

### 5.1 Génesis y objetivos

Con el objetivo de mejorar la vida democrática de la UE y dar la posibilidad a la ciudadanía de hacer valer su voz ante las instituciones ante una eventual modificación de los Tratados, el 9 de mayo de 2021 se iba a lanzar la *Conferencia sobre el futuro de Europa* (CoFE). En enero de 2020, la Comisión Europea presentaba sus grandes líneas sobre el proceso, hablando de «un nuevo foro público para un debate abierto, inclusivo, transparente y estructurado con los ciudadanos sobre una serie de prioridades y desafíos fundamentales»<sup>10</sup>. Se trata, en fin, de la interminable pero necesaria búsqueda de legitimidad democrática por parte de la UE.

La CoFE constituye una iniciativa al margen de los Tratados que de manera alguna sustituye ni desplaza las legitimidades que se deben encontrar en el camino reglado de una revisión de los Tratados (Mangas: 2021, 391). Además, se trata de un proceso que recuerda inevitablemente a la Conferencia de Messina (1955) o la Convención por el futuro de Europa (2002-2003).

En línea con el clásico aforismo agustiniano *Ecclesia semper reformanda*, parece claro que la UE, tras las numerosas crisis por las que ha pasado en los últimos quince años, necesita de una serie de renovaciones. Precisamente

---

<sup>10</sup> Comisión Europea, «Perfilando la Conferencia sobre el Futuro de Europa», COM(2020) 27 final de 22 de enero de 2020, p. 1

en la crisis económica, la del terrorismo yihadista, la de refugiados, el Brexit, y ahora las consecuencias de la pandemia y la invasión de Ucrania, son razones suficientes para abordar un gran período de reflexión y reformas. Las transiciones digital y verde, así como los cambios producidos en el mundo del trabajo, las demandas de los jóvenes o los desafíos que existen en materia de seguridad y defensa, también contribuyen a ello.

Además de estas causas que podríamos denominar *indirectas*, diversos autores sitúan el origen de la CoFE en una inusual carta del Presidente francés, Emmanuel Macron, dirigida a los ciudadanos europeos en la primavera de 2019<sup>11</sup>, antes de las elecciones europeas de mayo de ese mismo año. En ella, ya hablaba de una *Conferencia sobre el futuro de Europa*; un nuevo foro que incluiría a los ciudadanos, así como a representantes de las instituciones europeas y de los Estados miembros, y que se encargaría de debatir y proponer los cambios que requiere el proyecto europeo, incluida eventualmente la reforma de los Tratados. Además, el mismo presidente Macron ya había lanzado la idea de una «soberanía reinventada» en septiembre de 2017 en un discurso en La Sorbona apelando a una serie de diálogos ciudadanos para encarar con legitimidad los grandes desafíos de seguridad internacional.

Sin embargo, el origen más inmediato de la propuesta está en el discurso de la presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen, para su investidura ante el Parlamento Europeo en julio de 2019, titulado «A new push for European Democracy». Apostaba entonces por la iniciación de un proceso de reformas en la Unión, y sus palabras eran las siguientes:

*«Aspiro a que los europeos construyan el futuro de la Unión y que desempeñen un papel destacado en el establecimiento de nuestras prioridades y nuestro nivel de ambición. Deseo que los ciudadanos expresen su opinión en una Conferencia sobre el Futuro de Europa que comenzará en 2020<sup>12</sup>...»*

En la carta de encargo a la Vicepresidenta para la Democracia y la Demografía, Dubravka Suica, von der Leyen definía con más detalle la idea de la CoFE. Señalaba que duraría dos años y que tendría como objetivo juntar a ciudadanos de todas las edades y de toda la Unión, así como las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones de la UE; y que promovería «un debate amplio, objetivos claros y un seguimiento tangible de lo que se acuerde».

<sup>11</sup> Accesible en The Guardian, bajo el título «Dear Europe, Brexit is a lesson for all of us: it's time for renewal», <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/mar/04/europe-brexit-uk>

<sup>12</sup> El comienzo de la CoFE se retrasó a causa de la pandemia, y finalmente duró un año y no dos como inicialmente se había previsto.

Tras los trabajos preparatorios, y después de acordar entre Consejo, Comisión y Parlamento una posición común sobre los objetivos y la estructura, el 10 de marzo de 2021 se iba a firmar una *Declaración conjunta* entre las tres instituciones, que ponía fin a un largo proceso preparatorio. Si bien el razonamiento histórico de la CoFE era la «revitalización del constitucionalismo de la UE» (Avbelj, 2020), dicha Declaración no deja claro el objetivo de la misma, reflejando precisamente los desacuerdos entre las instituciones de la UE y también entre los Estados acerca de su finalidad. Comienza haciendo una referencia a modo de homenaje a la Declaración Schuman de 9 de mayo de 1950, para, después de decir que la UE es «un proyecto político», establecer que el objetivo de la Conferencia es «reflexionar sobre nuestra Unión, los retos que estamos afrontando y el futuro que queremos construir juntos con el objetivo de reforzar la solidaridad europea». Compartimos que la Conferencia «debería servir como una iniciativa para relanzar la integración europea y hacer frente a los viejos defectos en el ordenamiento constitucional de la UE» (Fabbrini, 2021: 404), y así debería llevarnos hacia «procesos de decisión más eficientes»<sup>13</sup>.

## 5.2 Estructura

### A) EL GOBIERNO DEL PROCESO Y LAS BASES JURÍDICAS

A falta de un acuerdo entre las principales instituciones de la UE acerca de quién debía ocupar la presidencia de la Conferencia, finalmente esta ha operado bajo la autoridad tripartita de los presidentes del Parlamento europeo, la Comisión y el Consejo de la UE (la llamada *Joint Presidency*). Además, una Comisión ejecutiva (*Executive Board*) estuvo compuesta por tres representantes de dichas instituciones<sup>14</sup> más algunos observadores (en su mayoría, compuestos por eurodiputados de cada grupo representado en el Parlamento Europeo).

La *Comisión ejecutiva* actuaba como autoridad comisionada de los Paneles ciudadanos y se encargaba de «elaborar y publicar las conclusiones del Plenario», antes de presentar estas «en un informe a la Presidencia conjunta y sus tres instituciones»<sup>15</sup>. Como señala Alemanno, esto parece sugerir que tras

<sup>13</sup> Véase la Opinión conjunta sobre la Conferencia sobre el Futuro de Europa de Austria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Eslovaquia y Suecia, 23 de marzo de 2021.

<sup>14</sup> Se trata de D. Guy Verhofstadt (eurodiputado), Dña. Ana Paula Zacarias, Secretaria de Estado para Asuntos de la UE por parte de la Presidencia portuguesa del Consejo, y Dña. Dubravka Suica, Vicepresidenta de la Comisión europea para la Democracia y Demografía.

<sup>15</sup> Véase el n. 71 a) de la Declaración conjunta, y los arts. 7 y 18 de las normas de procedimiento.

los momentos consultivos y deliberativos, habría uno puramente político, tanto para definir como para finalizar las recomendaciones (2022: 14). Además, las dinámicas de la Comisión ejecutiva son inevitablemente las que podrían existir en un trílogo. Por último, cabe destacar que las decisiones en la Comisión se toman por consenso y que esta se ha encontrado asistida por una Secretaría común compuesta por un número igual de personal de las tres instituciones<sup>16</sup>.

Por lo que concierne a los fundamentos jurídicos y los principios que gobiernan el proceso de la Conferencia, como ya hemos visto, la CoFE está regulada por una Declaración conjunta, que por naturaleza es un texto abierto y ambiguo. Esta se encuentra desarrollada por las *Normas de procedimiento*, que a su vez se refiere a la *Carta de la Conferencia*, un sencillo documento de principios y criterios comunes, que refleja los valores de la UE, y al cual se tienen que adherir tanto los organizadores de eventos, como los participantes en la Conferencia<sup>17</sup>. Finalmente, las normas de procedimiento delegan en los copresidentes de la Comisión ejecutiva la autoridad de establecer documentos-guía.

## B) LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS Y DELIBERATIVOS

La estructura de la Conferencia estuvo compuesta por tres niveles interconectados, y puede ser vista como una pirámide.

En primer lugar, se sitúa la Plataforma Digital Multilingüe, abierta a cualquier ciudadano que quisiera aportar sus ideas y debatir con otros ciudadanos. A través de un sistema de inteligencia artificial, «marca la agenda» de los otros dos niveles. Se trata de la dimensión *consultiva* de la arquitectura de la CoFE; en palabras de Alemanno, «una mega consulta, en términos de objetivos, ambiciones y formato, que alimenta todo el proceso» (2022: 13).

Esta innovadora herramienta parecía crear un espacio adecuado para una comunicación ciudadana horizontal, y el hecho de que a través de inteligencia artificial se tradujeron automáticamente las contribuciones de los ciudadanos de distintos países, abrir grandes posibilidades para la comunicación transnacional. Además de aportar ideas y debatir en torno a una serie de temas predefinidos, pero no exhaustivos (que incluyen las preocupaciones habituales de la UE, como el empleo, la economía, la protección del medio ambiente, la educación y la cultura o la juventud), la plataforma agrupa también las ideas

<sup>16</sup> Además, cada institución se ha organizado a nivel interno para apoyar el trabajo técnico y administrativo de sus respectivas delegaciones. Por ejemplo, la Secretaría de la delegación del Parlamento se ha integrado en la Dirección General de la Presidencia.

<sup>17</sup> [https://futureu.europa.eu/uploads/decidim/attachment/file/3997/Conference\\_Charter\\_en\\_\\_2\\_.pdf](https://futureu.europa.eu/uploads/decidim/attachment/file/3997/Conference_Charter_en__2_.pdf)

que se pudieran producir en los eventos ciudadanos llevado a cabo *in situ* a lo largo y ancho de la geografía de cualquiera de los 27 Estados miembros.

Así, podríamos pensar que nos encontramos ante una aproximación ciertamente *democratizante*, que contribuye a la creación de un verdadero *espacio público europeo* de encuentro e intercambio, pues se trata de un instrumento que podríamos caracterizar como deliberativo, de abajo arriba, abierto e interactivo. Sin embargo, el experimento ha demostrado tener sus limitaciones. Por ejemplo, se ha constatado que no tenía por qué haber *deliberación* en sentido estricto, sino tan solo un conjunto de opiniones, que además eran emitidas por ciudadanos *expertos* en dichos ámbitos, por lo que al final nos encontramos con una participación *elitista*.

Por otra parte, y esto es extensible a todo el proceso de la Conferencia, la Plataforma no ha tenido toda la publicidad ni atención mediática que hubiera merecido. En concreto, en los medios nacionales no se ha hablado apenas de ella. Y creemos que esto hubiera sido importante, pues a través de los medios nacionales es cómo la ciudadanía de cada Estado miembro se informa, forma posicionamientos e incluso decide actuar en un sentido u otro a nivel social, político o económico.

Además, la Plataforma no ha sido fácilmente accesible, y cuando un ciudadano quería de verdad participar se encontraba con una serie de trabas a la hora de registrarse, pues había que superar diversas fases. Este modo de «disuasión», sumado a la fatiga *on-line* sufrida tras la pandemia, está claro que no ha ayudado a fomentar la participación.

El artículo 1 de las *Reglas de Procedimiento* de la CoFE establece que «Podrán participar [en la CoFE] los ciudadanos europeos provenientes de todos los rincones de la Unión, con independencia de su procedencia social, con los jóvenes europeos jugando un rol central a la hora de abordar el futuro del proyecto europeo». Como señala Alemanno (2022: 18), si bien los datos de participación en relación con las actividades de las instituciones de la UE son muy limitados, puede asumirse que las personas que lo hacen tienden a estar más informados y educados que aquellos que no lo hacen. Así pues, nos encontramos ante los *factores socioeconómicos* de la participación. Parece claro que quien no tiene tiempo para cubrir una serie de necesidades básicas o cuentan con una situación laboral precaria, aún lo tendrá menos para participar en el «futuro de la Unión». Sin embargo, nos parece trascendental que las instituciones intenten buscar la forma de acercarse a esas capas sociales «invisibles», porque de lo contrario, se construirán políticas e instituciones por y para una serie muy determinada de sectores poblacionales.

De esta forma, las contribuciones de la Plataforma han demostrado no ser representativas ni inclusivas, lo cual era uno de los mayores retos del proceso. Así lo demuestra el perfil demográfico de las primeras 38.000 personas usuarias de la Plataforma: hombres provenientes de Europa occidental. Además, parece que se consiguió movilizar únicamente a los «sospechosos habituales», aquellos ya activos en los asuntos de la UE <sup>18</sup> y con un marcado perfil «a favor de la UE» o «en contra de la UE». No parece justamente que se trate de esos «European citizens from all walks of life and corners of the Union» de los que habla la *Declaración conjunta*.

En segundo lugar, los Paneles de Ciudadanos eran foros transnacionales compuestos por ciudadanos elegidos aleatoriamente, representativos a nivel demográfico <sup>19</sup>, tenían la tarea de deliberar acerca de los temas establecidos en la plataforma multilingüe. Nos encontramos por tanto ante la dimensión *deliberativa* del proceso, constituyendo el primer foro de estas características en el seno de la UE.

La introducción de este tipo de paneles forma parte de la «ola deliberativa», a la que se están sumando en los últimos años Gobiernos de diversos niveles en diferentes países. Como ocurre en el caso de la CoFE, estas innovaciones democráticas se caracterizan, por un lado, por su aspecto *deliberativo*, por el que los participantes llegan a conclusiones y recomendaciones sobre un determinado asunto «tras recibir información y participar en una discusión abierta» <sup>20</sup>, y por otro, por su aspecto representativo, pues están compuestos por denominados «mini-públicos», cuyos participantes constituyen un subconjunto representativo de una población más grande.

Los Paneles ciudadanos europeos, cuando se comparan con experiencias similares, cuentan con dos evidentes características adicionales: su naturaleza transnacional y multilingüe y el hecho de que reportan no a un solo actor institucional (un Gobierno), sino a tres instituciones, como son la Comisión, el Parlamento, y el Consejo y que, como ya hemos visto, son las que conforman la Comisión ejecutiva.

<sup>18</sup> BERTELSMANN STIFTUNG, véase n. 92, 8.

<sup>19</sup> La selección de los ciudadanos se realizó a través de la generación de números de teléfono aleatorios y se basó en cinco criterios: nacionalidad, procedencia urbana/rural, condiciones socioeconómicas, edad y género. Sorprendentemente, no se dio importancia a las actitudes/opiniones acerca de la UE. Además, un tercio de los panelistas han sido jóvenes entre 16 y 25 años, y ha sido criticado que no se hicieran esfuerzos para incluir específicamente a comunidades marginalizadas (Véase la 'Open letter to Executive Board: civil society organisations call for Conference to include marginalised communities', de 18 de junio de 2021, liderada por Citizens Take Over Europe y firmada conjuntamente por otras 62 organizaciones de la sociedad civil).

<sup>20</sup> Véase D. M FARRELL et. al., «Deliberative mini-publics: core design features», *Centre for Deliberative Democracy and Global Governance Working Paper 2019/5* (Canberra, Australia), 5.

Respecto a su organización, a cada Panel le correspondía una línea temática que encierra otros asuntos. Estas eran la democracia europea, cambio climático, economía más fuerte y la UE en el mundo. El punto de partida de cada panel se situaba en las contribuciones realizadas por los ciudadanos en la Plataforma multilingüe, por aquellas provenientes de los paneles nacionales, además de las opiniones de una serie de grupos de expertos. Teniendo como base todo ello y las deliberaciones internas, la tarea última de los Paneles es la formulación de recomendaciones para mejorar la UE, que hubieran sido diseñadas colectivamente y por ellos mismos, y que iban a ser luego debatidas en el Plenario de la Conferencia. Así, cada Panel tenía la tarea de elaborar un informe basado en las ideas originales de los ciudadanos, tal y como se exponen durante los Paneles. Debido a la naturaleza deliberativa de los mismos, no se preveían normas para la votación de las recomendaciones.

Se ha comentado la posibilidad de que los Paneles ciudadanos hayan llegado para quedarse a la estructura institucional de la UE. Esta opción podría ser positiva por diversas razones: por una parte, contribuiría a la formación de un verdadero espacio público paneuropeo, *politizando* las discusiones entorno a las controversias relacionadas con la actuación de las instituciones de la UE, y por tanto, ayudaría a que los partidos políticos, los medios y los ciudadanos tomaran posición. De este modo, se promovería un mayor interés y participación por parte de la ciudadanía y contribuiría a llevar a cabo una fuerte «pedagogía constitucional» acerca de la Unión.

Por último, en lo alto de la pirámide, se situaba el Plenario de la Conferencia, compuesto por 450 representantes de las instituciones de la UE, los Parlamentos nacionales y ciudadanos ordinarios procedentes de los paneles europeos, los paneles y eventos nacionales descentralizados, así como representantes locales y municipales, entre otros. Al Plenario correspondió la revisión, discusión y elaboración de una serie de propuestas concretas basadas en los discutido en la Plataforma multilingüe y en los Paneles ciudadanos. Representa así una dimensión *consultivo-deliberativa* y une el momento deliberativo ciudadano con el político, estando los dos presentes en un único órgano de decisión<sup>21</sup>.

El hecho de mezclar ciudadanos ordinarios con representantes políticos elegidos a nivel nacional y de la UE hace que el Plenario «cree un espacio político transnacional sin precedentes, capaz de influir profundamente en su deliberación y proceso de decisión» (Alemanno: 2022, 29). Además, este innovador sistema abre un espacio sin precedentes tanto en la UE como en sus

---

<sup>21</sup> Lo cual no es habitual en los procesos deliberativos.

Estados miembros, para la conversación en el seno de un «pueblo», que estaría efectivamente manifestándose; y de este con las instituciones. En el ejercicio de deliberación que también se le supone a este órgano antes de presentar las propuestas finales a la Comisión ejecutiva, parece que los representantes institucionales, podrían tener el rol de facilitar la discusión y garantizar su justicia. De todos modos, nos encontraríamos ante la muestra de las nuevas dinámicas que se podrían formar entre electores y elegidos, lo cual ayudaría a resolver la llamada «crisis de representación» a la que lamentablemente lleva intentando poner solución el constitucionalismo moderno durante demasiado tiempo.

## 6. CRÍTICA DE LA COFE E IDEAS PARA EL FUTURO

Como hemos señalado, la Conferencia ha demostrado ser un intento más (en nuestra opinión, el más innovador y ambicioso hasta la fecha) de poner al ciudadano en el centro de las reflexiones sobre la actuación de la Unión. Como expresa Alemanno (2022: 32), «en la ausencia de una estructura paneuropea democrática y una narrativa que haga el proceso político visible y accesible a grandes públicos, la participación ciudadana por sí sola no permite que los ciudadanos de la UE expresen sus deseos de cambio en la agenda política de la UE. Así, es necesario ir más allá de la mera participación, a través del establecimiento de un espacio deliberativo transnacional «de arriba abajo», con la esperanza de que ello conduzca a nuevas dinámicas de poder, lo que podría ayudar a disminuir la brecha existente».

A pesar de los esfuerzos -que destacamos y valoramos-, creemos que no fue suficiente. Lamentablemente, la *Conferencia sobre el futuro de Europa*, no llegó «a todos los rincones de la Unión», como pretendía; de hecho, apenas hizo notar en los Estados miembros, siendo por tanto un proceso que permaneció en la «burbuja» de Bruselas.

Entre las causas que explican esta circunstancia, se encuentra un claro problema de comunicación, y en concreto, una clara falta de implicación de los medios nacionales a la hora de extender el proceso a los ciudadanos de cada Estado miembro. Si en Bruselas la CoFE en ocasiones se veía con escepticismo, en los Estados miembros directamente el ciudadano ordinario no sabía de qué trataba. Esto supone un problema mayúsculo, en tanto, por un lado, no se cumple con las expectativas que a la hora de lanzar el proceso se tenían puestas en el mismo, y por otro, se podría acusar de falta de legitimidad a los resultados alcanzados.



¿Cómo solucionar el problema? Insistiendo en la *descentralización* y *horizontalización* del proceso (más aún), y promoviendo así su estructura «de abajo arriba». Por ejemplo, creemos que los Parlamentos nacionales podrían haber tenido una importancia mucho mayor, no solo teniendo representantes en los foros de discusión, tal y como se ha hecho, sino *funcionando como puntos de transmisión de la CoFE a sus representados, así como constituyéndose como tractores de la participación ciudadana en sus respectivos Estados miembros*. Y es que, al igual que la UE se apoya en los Estados miembros a la hora de transponer y aplicar la legislación comunitaria en sus respectivos territorios, lo mismo debería hacer cuando hablamos de participación ciudadana. Aunque realmente, no es que tengamos que ver en este caso UE y Estados miembros como entes que actúan por separado, sino como una unidad que tiene que llevar su actuación a todos sus rincones.

Así, en una futura nueva CoFE, que por ejemplo pudiera ser establecida periódicamente (cada 5 o 10 años), plazas y lugares comunes de pueblos y ciudades de la UE deberían constituirse en espacios de reflexión ciudadana sobre los asuntos de relevancia en dicho momento. Además, insistimos en la necesidad de buscar la forma adecuada para que todos los grupos sociales puedan expresarse y hacer valer sus demandas, también aquellos que cuentan con menos recursos, y que tradicionalmente no han podido participar en la discusión pública. Solo de esta manera se podrá hacer efectivo el valor de pluralismo expresado en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, a través de la creación de un *espacio público europeo verdaderamente inclusivo*. De lo contrario, podríamos estar asistiendo a la formación de un «constitucionalismo elitista» que no creemos que sea compatible con los fundamentos y la finalidad por la que existe la Unión Europea.

Pero, ¿y si la gente no quiere participar? Es una pregunta pertinente, pues en tanto derecho, puede ser ejercitado o no. Sin embargo, lo que sí creemos es que los procesos participativos deben ser accesibles para todos y en ello debemos concentrar nuestros esfuerzos para promover que el derecho sea «una conversación entre iguales».

Como se puede observar, no son pocos los retos a los que nos enfrentamos. En futuras investigaciones, y en línea con lo propuesto, podría ser abordado de qué forma *descentralizar* y *horizontalizar* un proceso participativo deliberativo en el ámbito de la Unión Europea, así como el papel que puede y debe jugar la democracia deliberativa en el ámbito del constitucionalismo multinivel. Tenemos claro que son temas que pueden marcar un antes y un después en la Unión Europea de nuestro tiempo.

## 7. CONCLUSIONES

En estas líneas, hemos reflexionado acerca de los fundamentos y eventual existencia de un espacio público europeo. A continuación, tras presentar el marco general de la participación ciudadana en la Unión, hemos descrito con algo más de detalle la estructura de la CoFE, y su relación con los fundamentos teóricos expuestos anteriormente. Por último, con el objetivo de eventualmente mejorar el proceso, hemos hecho hincapié en alguna crítica y hemos propuesto una serie de mejoras de cara al futuro.

Sin ninguna duda, creemos que la CoFE representa el mayor intento de creación efectiva de ese espacio deliberativo transnacional del que Habermas habla, pero para hacerlo efectivo, es necesario que sea verdaderamente *participativo e inclusivo*. Así, respondiendo a la pregunta que da título a estas líneas, podemos afirmar que la CoFE representa un paso más en el proceso de constitucionalización de la UE, pero únicamente a medias. Solo cuando una gran cantidad de ciudadanos participen en pie de igualdad y con conocimiento de causa en la discusión pública, nos encontraremos ante un constitucionalismo que despliegue todo su potencial.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANN, A. (2022). «Unbooking the Conference on the Future of Europe and its Democratic Raison d'Être». *European Law Journal*, vol. 26, 5-6, pp. 484-508.
- AVBELJ, M. (2020). «Revitalization of EU constitutionalism». *iCourts Working Paper Series*, núm. 202, 2020. IMAGINE Paper núm. 9, pp. 1-20
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2010). «La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho constitucional europeo». *Revista de Derecho Constitucional europeo*, año 7, núm. 13, pp. 189-208.
- BIGLINO CAMPOS, P. (2018). «La Comisión de Venecia y el patrimonio constitucional común». *Revista General de Derecho Constitucional* 28, pp. 1-21.
- DE VERGOTTINI, G. (2011). *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Prólogo de Javier García Roca. Civitas. Pamplona.
- ESPALIÚ BEROUD, C. (2019). «Impulsar la participación de los ciudadanos como factor de legitimidad en el proyecto de integración europea». *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 60, pp. 157-185.
- FABBRINI, F. (2021). «The Conference on the Future of Europe: Process and prospects». *European Law Journal* 26, pp. 401-414.

- FERNÁNDEZ LE GAL, A. (2020). «El nuevo Reglamento regulador de la iniciativa ciudadana europea: un instrumento de participación de la ciudadanía europea poco conocido y de gran potencial democrático e integrador». *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 51.
- FERRAJOLI, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta. Madrid.
- GARGARELLA, R. (2022). *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran -por fin- al diálogo ciudadano*. Clave Intelectual. Madrid.
- HABERMAS, J. (2014). «Democracy in Europe. Why the Development of the European Union into Transnational Democracy is Necessary and How it is Possible». *ARENA Working Paper 13/2014*.
- KUHN, T. (2015). *Experiencing European Integration. Transnational Lives and European Identity*. Oxford.
- LAFONT, C. (2021). *Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa*. Trotta. Madrid.
- LUENA LÓPEZ, C. (2022). «La participación ciudadana en la arquitectura institucional de la Unión Europea», en Sierra Rodríguez, J; Reviriego Picón, F. & Tudela Aranda, J. (Eds.), *Escenarios de la participación ciudadana: una visión multi-nivel*. Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, pp. 1-25.
- MANGAS MARTÍN, A. (2021). «La Conferencia sobre el Futuro de Europa: razones para un espacio de diálogo ciudadano». *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, año LXXIII, núm. 98. BOE Madrid.
- MCCORMICK, N. (1993). «Beyond the Sovereign State». *Modern Law Review*, pp. 1-23.
- MÜLLER, JAN-WERNER (2016). «The EU's democratic deficit and the public sphere». *Current History*, vol. 115, núm. 779, pp. 83-88.
- PÉREZ DE LAS HERAS, B. (2020). «La participación ciudadana en el futuro de Europa: instrumentos y oportunidades para promover un espacio público europeo». *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 22, núm. 45, pp. 81-102.
- PERNICE, I. (2001). «Multilevel constitutionalism in the European Union». *WHI – Paper 5/02*.
- ROSAS, A. (2014). «The National Judge as EU Judge: Some Constitutional Observations», *SMU Law Review*, núm. 67, pp. 717-727.
- VON BOGDANDY, A. (2021). Editorial: «Nuestra sociedad europea y la Conferencia sobre el futuro de Europa». *Revista General de Derecho Europeo* 55.

## **L'ITALIA DI FRONTE ALLA GUERRA IN UCRAINA. TRA PRINCIPIO PACIFISTA E SISTEMA DELLE «FONTI BELLICHE»**

ANTONELLO LO CALZO<sup>1</sup>  
*Università di Pisa*

**SOMMARIO:** 1. *Introduzione. L'Italia di fronte al fenomeno bellico, tra partecipazione ai conflitti e «lacune» normative.*–2. *Il ripudio della guerra come principio (supremo) informatore dell'intero sistema delle fonti sull'uso della forza.*–3. *La dichiarazione dello stato di guerra di cui all'art 78 Cost.: un modello (desueto?) dei rapporti tra organi nella decisione sull'uso della forza.*–4. *La ripresa del modello nella legislazione ordinaria sulle missioni internazionali e sulla cessione di armi ad altri Stati.*–5. *Uso del decreto-legge in funzione derogatoria nella recente vicenda del conflitto russo-ucraino.*–6. *Conclusioni. La difficoltà di pervenire a un sistema coerente e rigido di fonti belliche e la necessità di un suo forte orientamento assiologico.*

### **1. INTRODUZIONE. L'ITALIA DI FRONTE AL FENOMENO BELLICO, TRA PARTECIPAZIONE AI CONFLITTI E «LACUNE» NORMATIVE**

Il 24 febbraio 2022 ha tristemente avuto inizio il conflitto tra Russia e Ucraina e con esso la guerra ha fatto di nuovo la sua comparsa in Europa. Si tratta di un fenomeno, per certi versi, inatteso, che segue a breve distanza la faticosa uscita da un'altra emergenza – quella pandemica – e che ai più sembra destinato a restare collocato o nel remoto passato della storia o nelle aree

---

<sup>1</sup> Ricercatore a tempo determinato di Diritto costituzionale.

più instabili e meno sviluppate del Mondo, ciò sia per il «calo» della tensione internazionale conseguente alla fine della «guerra fredda», sia per un mutato approccio alle relazioni internazionali, con strumenti di risoluzione delle controversie tra Stati più efficaci e maggiormente condivisi rispetto al passato (Lo Calzo, 2022, 663). Lo scoppio di questo nuovo conflitto ha palesato il superamento di un modello «duale» nei rapporti di forza a livello globale, non solo dal punto di vista militare, ma anche economico e tecnico-scientifico, con la conseguenza che questi due ultimi aspetti integrano oggi, a tutti gli effetti, il fenomeno bellico (si pensi all'uso «bellico» delle sanzioni economiche ovvero alle «nuove» forme di guerra cibernetica o cosmica. Cfr. Lossani, 2022).

A partire dalla fine della «guerra fredda», però, diverse sono state le occasioni in cui l'Italia è intervenuta in eventi di natura bellica, i quali hanno nel corso degli anni visto allentarsi sempre più il vincolo che li voleva connessi a iniziative condivise a livello delle Nazioni Unite<sup>2</sup>, per giungere ad una sorta di legittimazione – fondata in via consuetudinaria<sup>3</sup> – della c.d. «guerra per fini umanitari», il cui primo (e cattivo) esempio risale alla guerra del Kosovo del 1999, giustificata dalla necessità di porre fine a violazioni dei diritti umani, anche su decisione unilaterale degli Stati, senza l'intervento delle Nazioni Unite. Non è un caso che tale precedente abbia fornito gli argomenti (seppur in una prospettiva distorta) per giustificare l'aggressione russa all'Ucraina, della quale si è cercato di fornire una «lettura» in chiave umanitaria, sulla base della supposta necessità di intervenire a protezione delle popolazioni russofone del Donbass (Iovane, 2022, 4; Azzariti, 2022, VI).

Di fronte al progressivo mutare delle cause giustificative degli interventi militari sul piano internazionale è opportuno rilevare l'attuale «inefficacia» dell'azione delle istituzioni internazionali dotate di poteri vincolanti, basti pensare alla ripetuta paralisi delle decisioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite mediante la regola del «veto» riconosciuto ai membri permanenti. Inefficacia che si è palesata, ancora una volta, proprio in riferimento alle vicende ucraine, vista la peculiare posizione della Russia in seno al Consiglio (Iovane, 2022, 5)<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Su tale connessione CARNEVALE, 2013, 137. Per una ricognizione sull'evoluzione dei presupposti di giustificazione FIORILLO, 2009, 115 ss. Ad opinione dello stesso autore, tale «evoluzione» del presupposto giustificativo degli eventi bellici avrebbe, dal punto di vista dell'Italia, operato una torsione della prima parte dell'art. 11 Cost. nella direzione della seconda.

<sup>3</sup> Criticamente sulla formazione di tale consuetudine internazionale CARTABIA, CHIEFFI, 2006, 273.

<sup>4</sup> Il Consiglio di sicurezza, composto da 15 membri, di cui 5 permanenti e 10 eletti ogni due anni, è l'organo deputato ad occuparsi delle questioni attinenti al mantenimento della sicurezza e della pace internazionale ed è l'unico organo in ambito ONU ad essere dotato di poteri vincolanti. Attraverso il meccanismo del veto, riconosciuto ai membri permanenti in virtù del delicato equilibrio tra potenze raggiunto dopo

Guardando alle vicende belliche dal punto prospettico dell'ordinamento italiano è chiaro che il carattere supremo del ripudio della guerra come strumento di offesa impone a qualunque forma di intervento militare un preciso vincolo finalistico, quello di perseguire il raggiungimento della pace, anche quando si tratti di una risposta di tipo puramente difensivo. In ciò assume significato l'idea di una «sovranità disarmata» (Pezzini, 2022, 3), che non accetta in nessun caso l'utilizzo della forza come mezzo per raggiungere fini politici.

La preminente impostazione pacifista del nostro ordinamento costituzionale non deve, però, essere confusa con una «neutralità di posizione», intesa come indifferenza rispetto a ciò che avviene nel mondo e nelle relazioni internazionali, ma implica soltanto una scelta di «metodo» forte, che non consente di avvalersi della forza per fini che devono essere perseguiti con il dialogo. Ciò non esime quindi dal condannare fermamente quella che, secondo i canoni del diritto internazionale, è una guerra di aggressione, in violazione dell'art. 2, par. 4, della Carta ONU, portata dalla Russia all'Ucraina (Conti, 2022).

L'impatto che la guerra ha avuto sull'Italia e sull'Europa tutta è evidente. Tuttavia, le vicende della guerra ucraina non rilevano soltanto sotto il profilo delle conseguenze umanitarie o economiche su scala globale, ma possono incidere direttamente sulle dinamiche degli ordinamenti statali, i quali reagiscono al fenomeno bellico secondo diversi strumenti normativi, sia di rango costituzionale che ordinario ed, inoltre, sono dotati, soprattutto per quelle Costituzioni adottate all'indomani della Seconda guerra mondiale, di principi specifici che tendono a limitare al massimo il ricorso all'uso della forza nelle controversie tra Stati (Fiorillo, 2009, 91 ss.).

I fenomeni bellici si connotano, infatti, come *species* del più ampio *genus* dei fenomeni emergenziali, ragion per cui va osservato come nel nostro sistema sia carente un regime normativo dell'emergenza bellica adeguato all'evoluzione del fenomeno sul piano internazionale e in grado di integrare (ovvero superare) lo schema dell'art. 78 Cost. Tale «lacuna» appare tanto più evidente alla luce delle vicende attuali, in cui il legislatore (o meglio, l'esecutivo) ha dovuto far ricorso alla decretazione d'urgenza come strumento per assicurare una risposta tempestiva al di fuori della dichiarazione dello «stato di guerra» (per il quale, obiettivamente, non sussistono i presupposti)<sup>5</sup>, rian-

---

la seconda guerra mondiale, può tuttavia essere impedita qualsiasi delibera dell'organo. Ciò è quanto accaduto anche in relazione alla vicenda della guerra russo-ucraina, con il veto posto, ovviamente, dalla Russia. Tant'è che, nel caso specifico, vi è stata una importante risoluzione di condanna da parte dell'Assemblea generale, adottata con la larga maggioranza di 141 voti a favore (ma anche con significative astensioni), che tuttavia è priva di efficacia vincolante.

<sup>5</sup> Per quanto non siano mancate nella dottrina costituzionalistica posizioni tendenti a leggere una sorta di «belligeranza» dell'Italia in seguito alla cessione di apparati militari (VOLPI, 2022, XIII), a tale

nodandosi alla consueta prassi invalsa prima dell'adozione della l. 145/2016 (cfr. *infra*, par. 4). La necessità di trovare una adeguata copertura legale pare, inoltre, confermata dalla circostanza che tali decreti siano stati adottati nell'ambito di una cornice ben nota, quella dello «stato di emergenza», dichiarato ai sensi del d.lgs. 1/2018 che, come osservato nella gestione della pandemia, era pensato originariamente per fenomeni di ben altra natura.

## 2. IL RIPUDIO DELLA GUERRA COME PRINCIPIO (SUPREMO) INFORMATORE DELL'INTERO SISTEMA DELLE FONTI SULL'USO DELLA FORZA

L'aspetto sicuramente più denso di implicazioni – al quale si può dedicare solo qualche cenno nell'economia del presente lavoro – è quello attinente all'inquadramento assiologico dell'uso della forza nel sistema costituzionale italiano. È ben noto, infatti, che il principio cardine, dettato dal primo enunciato dell'art. 11 Cost., sia quello del «ripudio della guerra», secondo una definizione densa di significato<sup>6</sup>, che esplicita in modo chiaro la posizione del Costituente sull'uso della forza. Una scelta di valore così netta si riflette, orientandone i contenuti, sull'intero sistema delle fonti che si riferiscono alla guerra, anche di natura organizzativo-procedimentale a qualunque livello, costituzionale od ordinario. Il principio del ripudio assume, quindi, uno specifico significato che segna anche il limite all'uso della forza, individuando, quale unica ipotesi ammessa, la difesa contro un'aggressione e sempre che la reazione sia proporzionata all'offesa (Cartabia, Chieffi, 2006, 268).

Le scelte politiche sull'uso della forza adottate nell'ambito delle istituzioni italiane hanno indotto a qualificare il ripudio della guerra come un principio costituzionale largamente «inattuato» (Benvenuti, 2010, 26). La complessità applicativa del principio deriva anche dalla circostanza che esso non va confuso, sul piano concreto, con un obbligo costituzionalmente imposto di «neutralità attiva» (Benvenuti, 2010, 103)<sup>7</sup>. Si tratta, a ben vedere, di due

---

affermazione sembra doversi attribuire un valore più che altro ideologico, apparendo maggiormente aderente alle dinamiche dei rapporti internazionali la posizione invalsa nella dottrina internazionalistica che qualifica la fornitura di armi come un «uso minore della forza», per cui gli stati occidentali, pur non mantenendo una rigorosa neutralità, non sono qualificabili come belligeranti (CANNIZZARO, 2022, 25).

<sup>6</sup> Sulla scelta terminologica del «ripudio» in luogo di altre soluzioni quali «rinuncia» o «condanna» della guerra la dottrina ha analiticamente studiato gli atti dei lavori dell'Assemblea costituente, si rimanda, per tutti a BENVENUTI, 2010, 33 ss.

<sup>7</sup> «Neutralità attiva» che non andrebbe confusa con il diverso concetto di «pacifismo attivo» elaborato da BOBBIO, 1979, secondo il quale l'unico modo per evitare la guerra non sarebbe in epoca atomica la

concetti distinti, ove la neutralità indica un preciso stato giuridico, mentre il ripudio si connota quale «principio di indirizzo» (De Vergottini, 2004, 38 ss.). Ciò pare implicare, quindi, che il principio del ripudio abbia, allo stesso tempo, una portata oggettiva più ristretta di quello di neutralità, ma più pregnante dal punto di vista assiologico. Il ripudio non impone l'equidistanza tra parti in conflitto, ma attiene soltanto alla scelta di strumenti «violenti» quali mezzi di risoluzione delle controversie. In tal senso, non sarebbe preclusa l'adozione di posizioni «di condanna» verso Stati che si assume abbiano violato le regole della comunità internazionale, ma ciò non dovrebbe tradursi in comportamenti che implicano un uso diretto o indiretto della forza, salva sempre l'eccezione della difesa contro l'aggressione. Il principio del ripudio della guerra non vuole, quindi, essere una irenica negazione del fenomeno bellico, il cui accadimento è un dato incontrovertibile (Fiorillo, 2009, 93), ma operare come vincolo per gli organi politici all'atto di qualsiasi scelta che implichi l'uso della forza bellica (Fiorillo, 2009, 114).

Sul piano strettamente ermeneutico, dell'art. 11 Cost. sono state fornire diverse letture, le quali sembrano sottolineare una tendenziale differenza di approccio tra costituzionalisti – più attenti a valorizzare il carattere supremo del principio del ripudio della guerra – e internazionalisti – maggiormente focalizzati sulla legittimità dell'autodifesa alla luce delle regole positive o delle consuetudini formatesi sul piano internazionale.

Proprio a tale riguardo, la dottrina prevalente (Carlassare, 2003, 11 ss.; Cartabia, Chieffi, 2006, 278; De Fiores, 2022, 32 s.; Apostoli, 2022, 145) ha sostenuto la preferibilità di una lettura unitaria dell'art. 11 Cost., con il principio pacifista formulato nel primo enunciato che fornisce una chiara direttrice interpretativa della seconda parte. Tuttavia, non sono mancate voci autorevoli (De Vergottini, 2004, 20 ss.; Id., 2022, 5) che hanno, invece, individuato nell'art. 11 Cost. due distinti principi – pacifista e internazionalista<sup>8</sup> – da porre in bilanciamento tra loro, in modo da consentire una maggiore aderenza del dettato costituzionale all'evoluzione dei rapporti della comunità internazionale in cui l'Italia si è inserita nel dopoguerra. Le due tesi, per le loro implicazioni, sarebbero rispettivamente portatrici di una sorta di «purismo costituzionale» ovvero di «realismo politico», in quanto la prima tende a valorizzare la

---

sua condanna a posteriori, ma implica un intervento preventivo ed etico diretto a sostituire i mezzi violenti di risoluzione delle controversie che per secoli hanno caratterizzato i rapporti tra Stati con nuovi mezzi non violenti.

<sup>8</sup> È stato sottolineato che l'importanza di tale principio deriverebbe dalla volontà di non isolare l'Italia dalle relazioni con gli altri Stati, inserendola in un contesto di organizzazione internazionali, anche deputate alla sicurezza collettiva, finalizzate alla promozione della pace e della giustizia (VENTURA, PUPO, 2022, 13).



connotazione in chiave di principio fondamentale – e quindi inderogabile – del pacifismo, mentre la seconda evidenzia il processo di apertura e integrazione del dettato costituzionale ad opera dei trattati internazionali, vincolanti per lo Stato italiano.

Dal punto di vista degli effetti generali delle due tesi, la prima non potrebbe accettare, in nessun caso, che il principio del ripudio sia derogato da disposizioni del diritto internazionale, anche consuetudinario, mentre la seconda ritiene che l'art. 11 Cost. vada letto alla luce dell'evoluzione di concetti propri del diritto internazionale, ad esempio sulla nozione di guerra e della legittimità dell'uso della forza<sup>9</sup>. Per quanto la tesi della lettura unitaria dell'art. 11 Cost. sia apparentemente più rigorosa (e, quindi, condivisibile) sul piano astratto, entrambe le soluzioni si possono prestare ad osservazioni critiche. La tesi che vuole l'art. 11 Cost. portatore di due distinti principi bilanciabili tra loro pare pervenire a soluzioni che degradano il carattere assoluto del principio pacifista, in ragione della realtà fattuale che si impone a livello internazionale; mentre la tesi che assegna valore preminente al ripudio, per quanto apprezzabile sul piano ideologico, va incontro a difficoltà sul piano eminentemente operativo, quando la guerra – volenti o nolenti – esplodesse, imponendo la necessità di adottare posizioni che non si traducano in una sorta di «pilatismo». In questo senso, tale ultima tesi potrebbe leggersi nel senso di attribuire al principio del ripudio un valore strumentale-metodologico, vale a dire come rifiuto di usare la guerra quale strumento di «risoluzione» delle controversie internazionali. Ciò non significa rinuncia assoluta all'uso della forza, ma finalizzazione della stessa all'esclusivo ristabilimento della pace, senza che possa tradursi in strumento di risoluzione della controversia (Ferrajoli, 2004, 191). Un uso della forza che non può mai avere natura «aggressiva» e che risulta illegittimo ogniquale volta non sia accompagnato da sforzi concreti di pervenire alla soluzione di una controversia tramite il dialogo e il negoziato<sup>10</sup> (situazione che, di fatto, sta paralizzando il conflitto in Ucraina in una illegittima guerra di logoramento tra parti non comunicanti).

<sup>9</sup> Proprio alla luce di tale considerazione, autorevole parte della dottrina ritiene che la Costituzione non fornisca una puntuale e autonoma definizione del fenomeno bellico coperto dal principio del ripudio, ponendo piuttosto una «norma in bianco» che devolve al diritto internazionale la sua individuazione, talvolta mutevole (DE VERGOTTINI, 2004, 71 ss.). Contrariamente (BENVENUTI, 2010, 37 ss.) è stato ritenuto che non vi sarebbe una totale identificazione tra il concetto di guerra accolto a livello costituzionale e quello mutevole del diritto internazionale, assumendo la nozione costituzionale una valenza molto più ampia.

<sup>10</sup> Come pare emergere da una delle massime del pensiero kantiano sulla pace, ove illustra il sesto articolo preliminare ad una pace perpetua secondo cui «nessuno Stato in guerra con un altro deve permettersi atti di ostilità tali da rendere impossibile la reciproca fiducia nella pace futura» (KANT, 2003, 20).

La necessità di una visione pacifista, in cui l'uso della forza sia assoggettato a forti limiti, appare oggi tanto più opportuna, non solo perché non è possibile accogliere una nozione giuridicamente coerente di «guerra giusta», dato che la «giustizia» finirebbe per avere un connotato più che altro morale e relativizzato al giudizio di valore dei contendenti (Benvenuti, 2010, 71 ss.; Fiorillo, 2009, 12; Azzariti, 2022a, 4), ma soprattutto perché l'avvento del nucleare ha trasformato il concetto di guerra da strumento con fini politici (Fiorillo, 2009, 29 s.)<sup>11</sup> a strumento di annientamento totale<sup>12</sup>.

Le vicende recenti hanno messo in luce l'interazione tra dettato costituzionale e diritto internazionale, pattizio e consuetudinario, proprio in relazione alla nozione di «guerra difensiva». La legittimità del supporto all'Ucraina parrebbe trovare conforto nell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, nella parte in cui riconosce il «il diritto naturale di auto-tutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite», nonché in una corrispondente consuetudine internazionale che si sarebbe formata in ordine alla legittima difesa collettiva, vincolante per l'Italia ai sensi dell'art. 10 Cost. (De Vergottini, 2022, 19 s.; Iovane, 2022, 14; Ventura, Pupo, 2022, 17).

Tale soluzione, tuttavia, non è andata esente da critiche, in particolare perché pare offrire una lettura riduttiva della immediata capacità precettiva dei principi fondamentali della Costituzione, quasi che gli stessi siano stati soppiantati, in via di fatto, dal diritto internazionale (Azzariti, 2022, I). È significativo, infatti, che il ripudio della guerra vada annoverato tra i principi supremi dell'ordinamento i quali, secondo la tesi esemplarmente espressa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 238/2014, costituiscono «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione». Ove le consuetudini internazionali sulla difesa legittima estendessero l'ambito della guerra «lecita», ben oltre il confine stabilito dall'art. 11 Cost., non potrebbe precludersi l'attivazione dei c.d. controlimiti, aventi lo scopo di preservare «gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituziona-

<sup>11</sup> Replicando la nota massima di Von Clausewitz secondo cui «la guerra è la continuazione della politica con altri mezzi» (VON CLAUSEWITZ, 2017).

<sup>12</sup> CARTABIA, CHIEFFI, 2006, 270, osservano che per un lungo periodo di tempo la pace è stata assistita dal c.d. principio di deterrenza nucleare, una pace retta quindi sull'equilibrio del terrore della mutua distruzione assicurata tra potenze. Tale assetto, maturato durante il periodo della guerra fredda, sembra andare incontro a nuove, inquietanti evoluzioni legate al conflitto in Ucraina, con la più volte ventilata minaccia del ricorso al nucleare come strumento di difesa di interessi esistenziali dello Stato. Se così fosse, a mutare sarebbe il «verso» della deterrenza, da strumento di equilibrio del terrore (ma dissuasore di conflitti) a strumento di conseguimento di obiettivi politici tramite conflitti convenzionali.

le, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale» (Benvenuti, 2010, 84 s.; Azzariti, 2022a, 8; De Fiores, 2022, 42-43; Algostino, 2022, 77; Apostoli, 2022, 153 ss.; in particolare Ronchetti, 2022, 295 ss.).

Questa parentesi sul significato del ripudio della guerra nel nostro ordinamento consente di raccordare il piano dei principi con quello della procedura. È, infatti, vero che l'ordinamento italiano, pur denotando carenze sul piano dell'organicità della risposta normativa al fenomeno bellico, è dotato di disposizioni che regolano le dinamiche procedurali e il rapporto tra organi in tali evenienze – su tutte l'art. 78 Cost. –, ma le assoggetta al vincolo assiologico dell'art. 11 Cost., che segna il limite materiale all'interno del quale esse possono «muoversi».

### 3. LA DICHIARAZIONE DELLO STATO DI GUERRA DI CUI ALL'ART 78 COST.: UN MODELLO (DESUETO?) DEI RAPPORTI TRA ORGANI NELLA DECISIONE SULL'USO DELLA FORZA

La prima disposizione a venire in rilievo è quella dell'art. 78 Cost. sulla deliberazione dello «stato di guerra», la quale assume un valore per lo più esemplificativo, visto che in oltre 70 anni di storia costituzionale non è mai stata concretamente utilizzata, al punto che in dottrina si è sottolineata una sua sostanziale «inattuazione», soppiantata da una diversa articolazione dei rapporti tra organi (Benvenuti, 2010, 126 ss.), ovvero il suo carattere oramai obsoleto o «desueto» (Vedaschi, 2021, 148; De Vergottini, 2004, 227 ss.), in quanto, tra le altre ragioni<sup>13</sup>, portatrice di un modello del fenomeno bellico non più corrispondente all'attualità, nel quale la guerra non si dichiara, ma semplicemente si fa (Fiorillo, 2009, 126). Tale meccanismo non può essere letto isolatamente, ma deve essere collocato all'interno di un più ampio quadro costituzionale avente ad oggetto i fenomeni bellici. Non solo la disposizione dall'art. 11 Cost., ma anche degli artt. 60, 103 e, soprattutto, 87 Cost., tutte disposizioni, ad eccezione forse del solo art. 11 Cost., che hanno carattere procedimentale, ma si riferiscono ad una situazione di fatto ormai di difficile verifica.

Come emerge anche dai lavori preparatori in Assemblea costituente (Patroni Griffi, 2006, 1534), lo stato di guerra attiene alle conseguenze giuridiche

<sup>13</sup> Per una rassegna delle ragioni che hanno condotto a non dare mai applicazione all'art. 78 Cost. si veda CARNEVALE, 2019, 38 ss., il quale rileva: il mancato verificarsi di un conflitto diretto nel senso tradizionale del termine; la riconduzione della legittimità dei conflitti verificatisi al principio di cui all'art. 11 Cost.; l'inerenza della disposizione all'attivazione di uno stato bellico emergenziale e non alla decisione sulla guerra, la quale, per propria natura, potrebbe essere solo difensiva.

di un fenomeno umano, non è la pretesa legittimazione giuridica del suo accadimento (la quale rinviene il suo fondamento solo nell'art. 11 Cost.). Ciò che viene legittimato sono le conseguenze giuridiche della deliberazione, attraverso l'instaurazione di un regime giuridico emergenziale. Così, per quanto anacronistico, l'art. 78 Cost. resta una norma sull'emergenza. I contenuti dell'art. 78 Cost. non possono essere letti disgiuntamente da quelli dell'art. 87, comma 9, Cost. Le Camere deliberano lo stato di guerra conferendo al Governo i poteri necessari, ma la dichiarazione dello stato di guerra spetta al Presidente della Repubblica, venendo ad essere così coinvolti, in tale delicata decisione, organi con connotati diversi: rappresentativi, esecutivi, di garanzia.

L'art. 78 Cost. appare, per certi versi, lacunoso, in quanto non specifica né la natura dell'atto con cui lo stato di guerra è deliberato dalle Camere<sup>14</sup>, né il contenuto e i limiti dei «poteri necessari» conferiti al Governo. La collocazione «topografica» della disposizione induce a ritenere che essa operi come «norma sulle fonti», oltre che come norma di organizzazione dei poteri, anche in ragione della circostanza che, verosimilmente, i «poteri necessari» del Governo si esplicheranno mediante atti di natura normativa. Proprio a tale riguardo, in dottrina è stato suggerito che l'art. 78 Cost. abiliti il Governo all'adozione di atti normativi mediante una forma di «delegazione anomala» (Paladin, 1996, 226; Pizzorusso, 2011, 503), resta comunque impregiudicata la questione della specifica natura degli atti, se essi vadano qualificati alla stregua di decreti delegati o di veri e propri decreti-legge, per i quali, tuttavia, si porrebbero peculiari vicende in relazione alla esigenza di conversione, vista l'estrema provvisorietà della situazione emergenziale che potrebbe rendere superfluo il normale passaggio parlamentare. Per tale ragione si ritiene che, qualunque sia la loro natura, questi atti rinvergono il fondamento legittimante proprio nel previo conferimento dei poteri al Governo all'esito della deliberazione dello stato di guerra (De Vergottini, 2004, 233 s.). Proprio tale connessione alla previa deliberazione avrebbe indotto a ritenere che gli atti normativi adottati dal Governo, sulla scorta dell'art. 78 Cost., non siano assimilabili a nessuno di quelli disciplinati dagli articoli precedenti (Pinna, 1993, 58; Patroni Griffi, 2006, 1538)<sup>15</sup>.

In connessione a tale profilo si pone il problema dei «limiti» ai poteri necessari, per definizione non assibilibili ai «pieni poteri» e, quindi, da inten-

<sup>14</sup> È discusso, infatti, in dottrina se la deliberazione dello stato di guerra debba avvenire con atto legislativo (FERRARI, 1970, 834; PINNA, 1993, 57), ovvero per mezzo di delibera bicamerale non legislativa (SCUDIERO, 1969, 78).

<sup>15</sup> Questo perché, a differenza del decreto-legge, è dato rinvenire un previo atto abilitante nel conferimento dei poteri necessari al Governo, mentre, rispetto alla normale delegazione legislativa, nel caso in esame l'atto abilitante avrebbe contenuto estremamente elastico, in modo da permettere al Governo un migliore adattamento all'evoluzione della situazione emergenziale.

dere in senso «finalistico». Se è vero che il contenuto effettivo dei poteri è quello determinato nell'atto di conferimento, questo a sua volta incontra il limite primo dell'art. 11 Cost., per cui dovrebbe in ogni caso trattarsi di quei poteri assolutamente indispensabili a fronteggiare una guerra legittima sul piano costituzionale (vale a dire, non aggressiva) (De Vergottini, 2004, 232 s.).

Il carattere obsoleto dell'art. 78 Cost., derivante dall'evoluzione del fenomeno bellico nel panorama internazionale, restituisce tuttavia un modello di articolazione dei rapporti tra organi inerente all'uso della forza ancora attuale, ponendo quale fulcro decisionale non solo l'esecutivo, come è tipico dei contesti emergenziali, ma il Parlamento quale organo rappresentativo. In sostanza l'art. 78 Cost. delinea la «forma di governo bellica» e i rapporti tra organi nel sistema costituzionale italiano (Patroni Griffi, 2006, 1536). Tale modello, che coinvolge anche il Presidente della Repubblica, assume una valenza generale, essendo replicabile, in varia misura, anche in quegli ambiti che, pur non rientrando sotto la copertura dell'art. 78, ineriscano comunque all'impiego (anche mediato) della forza. Ciò costituisce il segno di una tendenza propria degli ordinamenti democratici a coinvolgere più organi nelle decisioni sulla guerra (Fiorillo, 2009, 83). Così vediamo che, con qualche piccola variazione, il modello è replicato nelle procedure stabilite in via ordinaria per la partecipazione del personale italiano alle missioni militari all'estero o per la cessione e l'invio di armi in altri Paesi. Nel caso delle vicende che ci occupano più da vicino occorre anticipare come tale modello sia stato oggetto di una generalizzata deroga, con una riduzione della funzione autorizzativa delle Camere (limitata alla sede della conversione dei decreti-legge e alla delibera di risoluzioni di indirizzo, quale quella del 1 marzo 2022) e un allentamento della loro funzione di controllo (alla luce della secretazione degli elenchi degli armamenti ceduti con apposito Decreto ministeriale e del blando onere di relazione trimestrale alle Camere da parte dei Ministri competenti per materia).

#### 4. LA RIPRESA DEL MODELLO NELLA LEGISLAZIONE ORDINARIA SULLE MISSIONI INTERNAZIONALI E SULLA CESSIONE DI ARMI AD ALTRI STATI

La lettura dell'art. 78 Cost. dimostra la centralità che il Costituente aveva inteso attribuire al Parlamento nella decisione sullo stato di guerra. Tuttavia, la desuetudine a cui tale disposizione è andata incontro ha progressivamente rinvigorito la competenza governativa sulle scelte di indirizzo concernenti la partecipazione alle missioni militari all'estero (De Vergotti-

ni, 2004, 288). Il ruolo del Parlamento è stato così ridimensionato nella fase «propulsiva» delle scelte, mantenendosi relativamente efficiente sul piano del controllo in fase di svolgimento.

Il «modello» delineato dall'art. 78 Cost., messo in crisi dalla prassi, è stato però per larghi tratti ripreso a livello della legislazione ordinaria che riguarda la partecipazione di personale italiano alle missioni militari all'estero, con la l. n. 145/2016, o l'invio e la fornitura di armi di cui alla l. n. 185/1990 e al d.lgs. n. 66/2010, tutti provvedimenti che pongono il Parlamento in posizione preminente sulle decisioni inerenti l'uso della forza (atti di immediato interesse nel caso trattato perché oggetto di specifica «deroga» di fronte alle vicende ucraine e che, per tale ragione, saranno di seguito meglio illustrati). Va, però, precisato che, a differenza dall'art. 78 Cost., gli atti citati non disciplinano alcuno stato emergenziale, regolando piuttosto l'impiego del personale militare e la commercializzazione di armi in contesti «ordinari». Per tale ragione, la «replica» del modello costituzionale sui rapporti tra organi di fronte alla guerra non implica automaticamente che si tratti di una normativa di attuazione dell'art. 78 Cost. – al momento ancora mancante (De Vergottini, 2004, 302) – come, d'altra parte, pare dimostrato dalla «residualità» della l. n. 145/2016, non applicabile a quelle ipotesi che ricadono nella deliberazione dello stato di guerra in senso stretto.

La l. n. 145/2016, per la materia toccata, assume i tratti di una fonte materialmente costituzionale (Benvenuti, 2017, 3; Carnevale, 2019, 53). Questa legge fornisce la base normativa per la partecipazione alle missioni militari internazionali e si riferisce sia alle missioni organizzate nell'ambito delle Nazioni Unite o di altre organizzazioni internazionali (tra le quali potrebbe rientrare la NATO), sia all'invio di personale per interventi umanitari<sup>16</sup>. Tra l'altro, la legge riguarda esclusivamente l'invio di personale e non anche quello di soli materiali, per tale ragione si è dubitato della sua effettiva applicabilità all'invio di dispositivi in Ucraina (Pistorio, 2022).

Essa disciplina le procedure inerenti l'autorizzazione o la proroga alla partecipazione alle missioni internazionali. Mentre nel primo caso è necessaria una delibera del Governo, da adottarsi previa comunicazione al Presidente della Repubblica con l'eventuale convocazione del Consiglio supremo di difesa, la quale è sottoposta alla discussione delle Camere che, con appositi atti di indirizzo, concedono o negano l'autorizzazione; nel secondo, sono le Camere

<sup>16</sup> Come già detto la legge fissa il proprio ambito oggettivo di applicazione (ossia, al di fuori degli stati di guerra deliberati), ma stabilisce altresì il proprio limite sostanziale, consistente nel rispetto dell'art. 11 Cost., del diritto internazionale e dei diritti umani (BENVENUTI, 2017, 8 ss.).

a provvedere con cadenza annuale in una apposita sessione parlamentare. La legge, quindi, pare valorizzare la centralità del Parlamento, il quale assurge al ruolo di «codecisore» sulla partecipazione alle missioni internazionali, senza lasciare nelle esclusive mani dell'Esecutivo le scelte inerenti tale aspetto, tant'è vero che anche il profilo semantico denoterebbe tale ruolo, giacché alle Camere non spetta la mera «approvazione» degli impegni militari già in altra sede deliberati, ma la loro «autorizzazione», senza che dalla mancata deliberazione possa ricavarsi una implicita forma di silenzio-assenso (Benvenuti, 2017, 29 ss.). La dottrina si è interrogata a lungo su quale strumento approvativo fosse preferibile, se l'atto legislativo in senso proprio o la semplice delibera parlamentare non legislativa, optando prevalentemente per tale seconda soluzione (Carnevale, 2019, 85 ss.).

Questa appariva preferibile perché l'uso consueto della legge a fini autorizzativi avrebbe aperto, nella prospettiva della fungibilità, alla prassi della decretazione d'urgenza come strumento che torna ad accentrare nel Governo il potere decisionale sulle missioni. Tale aspetto è significativo perché, proprio nelle vicende ucraine, la l. n. 145/2016 ha dimostrato una scarsa capacità di «resistenza» all'emergenza, tant'è vero che è stato fatto uso di decreti-legge proprio in chiave derogatoria di tale atto. Sorge, quindi, un ulteriore interrogativo di carattere generale, se la l. n. 145/2016, in quanto fonte di rango ordinario – seppure a contenuto materialmente costituzionale – sia in grado di vincolare il potere di produzione normativa di rango primario del Governo, ove sussistenti i presupposti della necessità dell'urgenza, analogamente a quanto in passato si era osservato sull'efficacia dell'art. 15 della l. n. 400/1988.

La valorizzazione del ruolo del Parlamento si pone chiaramente anche se si guarda all'ulteriore profilo emerso nella reazione al conflitto in Ucraina, quello riguardante la cessione di armamenti ai sensi della l. n. 185/1990 e degli artt. 310 e 311 del d.lgs. n. 66/2010. Per quanto la stessa applicabilità degli atti citati alle vicende attuali sia controversa<sup>17</sup>, in entrambe pare rilevabile un profilo comune dato del necessario «passaggio» parlamentare delle decisioni che ineriscono all'invio o alla cessione di armamenti, proprio per la particolare delicatezza che tale aspetto riveste rispetto al coinvolgimento in conflitti in atto

<sup>17</sup> Ad essere rigorosi, infatti, la l. n. 185/1990 riguarda esclusivamente il caso della «commercializzazione» di armi, quindi la sua disciplina si rivolge essenzialmente ai rapporti tra privati e Stati, tant'è vero che l'art. 1, comma 9, lett. b), precisa che tale disciplina non si applica alle «esportazioni o concessioni dirette da Stato a Stato, a fini di assistenza militare, in base ad accordi internazionali». Allo stesso modo, la disciplina del d.lgs. n. 66/2010 inerente alla cessione di armi riguarda esclusivamente quegli armamenti ritenuti obsoleti, distinguo che nel caso recente non emerge (o, comunque, non sarebbe verificabile in ragione della segretezza degli elenchi) (CIERVO, 2022, 208).

(Ciervo, 2022, 199). Nel primo caso, infatti, all'art. 1, comma 6, lett. a), la deroga al divieto di invio di armamenti a Paesi in stato di conflitto – oltre che sulla scorta dei principi dell'art. 51 Carta ONU (che distinguerebbe il Paese aggredito dall'aggressore, cfr. Ciervo, 2022, 199) – può essere affidata a diverse deliberazioni del Consiglio dei ministri «da adottare previo parere delle Camere»; nel secondo, invece, l'art. 311 stabilisce che la cessione gratuita di armamenti dichiarati obsoleti, oltre al limite della loro natura puramente difensiva, può essere disposta esclusivamente «previo parere vincolante delle competenti Commissioni parlamentari».

In entrambi i casi, quindi, si presentano problemi analoghi a quelli sopra evidenziati sull'uso del decreto-legge in funzione derogatoria di quanto previsto da altre fonti di rango ordinario; non tanto, in questo caso, perché incisivo sui criteri che regolano il sistema delle fonti, quanto perché argomenti di carattere emergenziale permetterebbero di alterare in via d'urgenza l'assetto e l'equilibrio tra poteri che pone il Parlamento al centro delle scelte inerenti la guerra, secondo un modello a valenza generale delineato nell'art. 78 Cost.

## 5. USO DEL DECRETO-LEGGE IN FUNZIONE DEROGATORIA NELLA RECENTE VICENDA DEL CONFLITTO RUSSO-UCRAINO

Se si guarda alla vicenda della guerra in Ucraina questa pare collocarsi al di fuori sia del quadro dell'art. 78 Cost. (per la nota desuetudine nella dichiarazione dello stato di guerra), sia di quello relativo alla partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali, situandosi in una «zona grigia» che oggi trova espressione nella dichiarazione dello stato di emergenza di cui al d.lgs. n. 1/2018 e, come in passato (Benvenuti, 2010, 132 ss.), nell'adozione di appositi decreti-legge, temperati da misure di raccordo e controllo parlamentare. Lo «stato di emergenza» di cui al d.lgs. n. 1/2018 è, però, previsto ad altri fini, anche se ormai, dopo la pandemia, sembra essere utilizzato come strumento di copertura primaria dell'esercizio dei poteri normativi del Governo in situazioni di necessità, diretto a colmare la «lacuna» costituzionale inerente agli stati di emergenza (De Vergottini, 2004, 196), denotando allo stesso tempo un livello di «allarme» di grado inferiore a quello dello «stato di guerra».

Nel caso in esame ci sono state ben due dichiarazioni di emergenza, rese dal Governo ai sensi del d.lgs. n. 1/2018, una del 25 febbraio e l'altra del 28 febbraio 2022, alle quali i due decreti-legge «derogatori» n. 14 e 16/2022



fanno riferimento nel preambolo. Ad ogni modo, una previa dichiarazione dell'emergenza non appariva atto necessitato a giustificare l'adozione dei suddetti decreti, tanto che, già in passato, si era sopperito alla sostanziale «elusione» (Fiorillo, 2009, 122) della disciplina costituzionale sullo stato di guerra facendo ampio ricorso alla decretazione d'urgenza. È significativo, però, che detti decreti non attengano alla definizione di uno stato emergenziale<sup>18</sup>, perché non incidono sull'ordine delle competenze così come fa l'art. 78 Cost., piuttosto rinviano al diverso stato di emergenza (ordinaria) e alla situazione di urgenza che l'accompagna. In altri termini, ciò sembra confermare la mancanza di una vera e propria disciplina attuativa dell'art. 78 Cost. (De Vergottini, 2004, 199), in grado di definire il quadro delle competenze degli organi coinvolti nella decisione sull'uso della forza, dando adeguata centralità alle Camere; carenza alla quale non può sopperirsi attraverso la più impegnativa deliberazione dello «stato di guerra», ma alla quale oggi si fa fronte attraverso l'adozione di decreti-legge rinviati a una previa dichiarazione dello stato di emergenza.

I due decreti, alla cui successione temporale si accompagna un incremento del sostegno sotto il profilo militare (Volpi, 2022, XII)<sup>19</sup>, hanno, sul piano strettamente formale<sup>20</sup>, un elemento comune, ossia, si auto-qualificano come atti «derogatori» rispetto al regime generale dettato dalla legge per la partecipazione alle missioni internazionali e per l'invio di materiali militari. In dottrina è stato prospettato il dubbio circa una effettiva capacità derogatoria dei due decreti, i quali non farebbero altro che autorizzare operazioni che avrebbero potuto tranquillamente trovare il proprio fondamento negli atti derogati<sup>21</sup>. Tuttavia, l'aspetto derogatorio che accomuna i due atti non va ad intaccare la disciplina sostanziale delle due leggi (per consentire, in ragione dell'emergenza, ciò che

<sup>18</sup> Torna attuale la tradizionale questione della distinzione tra decreto-legge ordinario e decreto-legge straordinario, il primo da intendere come fungibile rispetto alla legge ordinaria e il secondo deputato a far fronte a situazioni di assoluta necessità (DE VERGOTTINI, 2004, 239).

<sup>19</sup> Infatti, nel d.l. n. 14/2022 si faceva riferimento all'invio di «mezzi ed equipaggiamenti militari non letali di protezione», nel d.l. n. 16/2022 l'invio è riferito a «mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari». È stato da più parti sottolineato come, da un punto di vista sostanziale, la scelta di inviare armi a sostegno dell'Ucraina non si ponga in linea con il principio dell'art. 11 Cost., in quanto non è in grado di far pervenire ad una rapida conclusione del conflitto, piuttosto è in grado di prolungarlo indefinitamente (DE FIORES, 2022, 54; FERRAJOLI, 2022).

<sup>20</sup> Emblematico è che, sul piano sostanziale, nessuno dei due decreti faccia riferimento, quale base giuridica costituzionale dell'adozione, all'art. 11 Cost., mentre entrambi citano a tal fine gli artt. 3 e 4 del Trattato NATO, relativi alla consultazione e all'assistenza reciproca delle parti.

<sup>21</sup> A ben vedere, come anticipato, né la l. n. 145/2016, né la l. n. 185/1990 troverebbero puntuale applicazione al caso di specie. La prima perché, ai sensi dell'art. 1, comma 2, si riferisce a quelle missioni che implicano l'invio di «personale e di assetti», non al semplice invio di materiali militari; la seconda perché inerente alla diversa fattispecie della commercializzazione delle armi e quindi ai rapporti tra Stati e privati, non alle cessioni interstatuali (BENVENUTI, 2022, 15; CIERVO, 2022, 200).

sulla scorta delle stesse sarebbe vietato), piuttosto il profilo procedurale che colloca il Parlamento in una essenziale posizione decisionale o di controllo.

Come emerge dal preambolo al d.l. n. 14/2022, il fondamento del supporto italiano alle operazioni ucraine sarebbe sempre da far risalire a missioni già autorizzate per l'anno 2021, il ricorso al decreto-legge si rende necessario, nella situazione di emergenza, per «assicurare la prosecuzione, per l'anno 2022, della partecipazione di personale militare al potenziamento dei citati dispositivi della NATO». In ciò consiste la deroga al regime generale, vale a dire nell'utilizzo dello strumento del decreto-legge per procedere alla proroga in luogo della procedura normalmente prevista dalla l. n. 145/2016, la quale, come si è detto, appare incentrata sulla autorizzazione del Parlamento, il cui intervento, in tal caso, è in via derogatoria limitato alla sede della conversione del decreto-legge. Allo stesso modo, per quanto concerne il d.l. n. 16/2022, l'aspetto derogatorio consiste, sia per la l. n. 185/1990 che per il d.lgs. n. 66/2010, nella circostanza di allentare quelle procedure di controllo preventivo che detti atti prevedevano in merito alla cessione di armamenti (Cervo, 2022, 208). Poco efficace sarebbe il tentativo di recuperare la funzione parlamentare attraverso l'inserimento, in sede di conversione, di un ulteriore comma 3 all'interno dell'art. 2 *bis* del d.l. n. 14/2022, il quale fissa l'onere per il Ministro della difesa e il Ministro degli affari esteri di riferire alle Camere, con cadenza trimestrale, sull'evoluzione della situazione in atto, né pare aver sortito particolare capacità vincolante la previsione come necessaria, ai fini della cessione dei materiali militari, di un previo atto di indirizzo delle Camere (del 1 marzo 2022, risultato largamente conformato alle posizioni dell'Esecutivo).

A ciò vanno aggiunti i dubbi destati dal ricorso a tecniche di conversione non perfettamente in linea con quel «nesso di interrelazione funzionale tra decreto legge [...] e legge di conversione», come inteso dalla Corte costituzionale<sup>22</sup>, e altresì lesive delle esigenze di certezza del diritto<sup>23</sup>, se si riflette sull'emendamento inserito nella legge di conversione del d.l. n. 14/2022 (l. n. 28/2022) con cui si dispone l'abrogazione dell'intero d.l. n. 16/2022, la sanatoria dei suoi effetti e la trasposizione dei suoi contenuti nella legge di conversione di altro decreto<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 22.

<sup>23</sup> G. PISTORIO, 2022, sottolinea la lesione del principio della certezza del diritto determinata da tali tecniche normative, le quali non consentono di discernere se si tratti di abrogazione, mancata conversione o conversione «mascherata».

<sup>24</sup> BENVENUTI, 2022, 20, riconduce tale prassi a quella dei c.d. Decreti Minotauro.

La progressiva riduzione del ruolo parlamentare sulle decisioni operative inerenti alla guerra in Ucraina, operata per mezzo dei due decreti-legge, è vieppiù aggravata dalla previsione che rimette a uno o più Decreti ministeriali la definizione degli elenchi dei dispositivi inviati (art. 2 *bis*, comma 2)<sup>25</sup>, soprattutto se si considera che gli elenchi sono considerati «atti classificati». Il problema non sarebbe quello di assicurare una totale pubblicità degli elenchi dei materiali inviati (Volpi, 2022, XIV), quanto piuttosto quello di trovare un adeguato equilibrio tra le ragioni della sicurezza e le garanzie della partecipazione, implicanti un maggior coinvolgimento degli organi di parlamentari, pur a fronte della natura tecnica delle decisioni sugli armamenti (Lo Calzo, 2022, 669). Diversamente, la segretezza sottrae al controllo parlamentare le scelte sulla tipologia di armi (e quindi anche sulla loro valenza «offensiva» o «difensiva» secondo i principi dell'art. 11 Cost.), con l'Esecutivo che, attraverso la conversione dei decreti-legge e le risoluzioni di indirizzo approvate a larga maggioranza dalle Camere<sup>26</sup>, si è visto conferire una sorta di «delega in bianco» (Bucci, 2022, 178) che consente di inviare armi fino al 31 dicembre 2022 (termine esteso al 31 dicembre 2023 dal d.l. n. 185/2022) con l'unico vincolo dell'obbligo di riferire di cui all'art. 2 *bis*, comma 3 (Ciervo, 2022, 212).

In generale, l'impianto normativo derogatorio dell'ordinaria gestione delle vicende implicanti l'uso della forza impatta sui poteri del Parlamento, ridimensionando il proprio ruolo e costringendone l'azione tra le strette maglie degli atti di indirizzo e delle informative del Governo. Così, il binomio decreto-legge/decreto ministeriale «aggira» la procedura dell'art. 78 Cost. e quindi il controllo parlamentare sulla guerra (Bucci, 2022, 180 s.).

Questo aspetto si ricollega alla questione della «verticizzazione» decisionale nelle mani degli Esecutivi nei contesti emergenziali. È proprio degli stati di emergenza, infatti, lo spostamento dei poteri decisionali dagli organi rappresentativi ad organi dotati di maggiore rapidità di manovra (come ampiamente «sperimentato» in epoca pandemica). Sul piano delle fonti ciò produce una «frizione» tra la gestione dell'emergenza e l'assetto normativo de-

<sup>25</sup> Fino al momento della chiusura del presente lavoro sono stati adottati cinque Decreti per l'invio di materiale militare all'Ucraina del 2 marzo 2022; 22 aprile 2022; 10 maggio 2022; 26 luglio 2022; 7 ottobre 2022.

<sup>26</sup> Le risoluzioni C. 6-00207 e S. 6-00208, approvate dai due rami del Parlamento in data 1 marzo 2022, sullo specifico punto, affermano che il Governo si impegna ad «assicurare sostegno e solidarietà al popolo ucraino e alle sue istituzioni attivando, con le modalità più rapide e tempestive, tutte le azioni necessarie a fornire assistenza umanitaria finanziaria, economica e di qualsiasi altra natura, nonché – tenendo costantemente informato il Parlamento e in modo coordinato con gli altri Paesi europei e alleati – la cessione di apparati e strumenti militari che consentano all'Ucraina di esercitare il diritto alla legittima difesa e di proteggere la sua popolazione».

putato alla regolazione del «diritto militare» del tempo ordinario, che conduce all'aggiramento del modello di ripartizione dei poteri delineato dall'art. 78 Cost. In definitiva, la mancanza di una normativa di attuazione del dettato costituzionale – ritenuto dai più obsoleto – si palesa con tutta evidenza nella circostanza che le altre fonti rilevanti (tra cui quelle derivate dai due recenti decreti-legge) non sono fonti sugli stati di emergenza e, visto anche il loro rango ordinario, lasciano spazio a deroghe emergenziali adottate a mezzo di decreto-legge.

## 6. CONCLUSIONI. LA DIFFICOLTÀ DI PERVENIRE A UN SISTEMA COERENTE E RIGIDO DI FONTI BELLICHE E LA NECESSITÀ DI UN SUO FORTE ORIENTAMENTO ASSIOLOGICO

Il Costituente non ha ritenuto opportuno predisporre un sistema coerente e completo di «fonti belliche», anche sulla base della convinzione che l'orientamento pacifista, impresso dall'art. 11 Cost., avrebbe estremamente ridotto l'eventualità di una guerra. Oggi vediamo che manca una disciplina costituzionale sull'impiego delle forze armate a livello internazionale (vigente al livello ordinario; De Vergottini, 2004, 199 ss.), così come manca una disciplina delle emergenze violente a carattere «non bellico». Ciò ha fatto sì che, anche di fronte a situazioni sicuramente riconducibili ad una nozione ampia di conflitto internazionale, il legislatore (e, soprattutto, l'Esecutivo) facesse regolare ricorso a fonti ordinarie. Ne deriva una sorta di instabilità «endemica» del sistema delle fonti, nella impossibilità di distinguere la «regola» dalla «eccezione». L'uso delle fonti ordinarie e la costante mancata attivazione dello stato di guerra sono sintomo di una emergenza perenne che porta al superamento della dicotomia tra regime ordinario della pace e regime eccezionale della guerra (Fiorillo, 2009, 3 ss.).

È stata così sottolineata l'opportunità di una disciplina attuativa dell'art. 78 Cost., diretta ad integrare il dettato costituzionale sia per ciò che concerne l'esatto dispiegarsi dei rapporti tra organi sia, più nello specifico, fissando «paletti» invalicabili alle limitazioni a cui i diritti potrebbero andare incontro di fronte all'esercizio dei «poteri necessari» (De Vergottini, 2004, 246 s.). Una disciplina che rifletta, altresì, l'adeguamento del quadro del diritto costituzionale bellico ai mutamenti che tale fenomeno ha subito nel tempo, in modo da fissare in maniera univoca un microsistema delle «fonti belliche» che, al momento, appare ancora frammentario.

Ciò, però, induce a interrogarsi sulle difficoltà di definire un sistema delle «fonti belliche» sufficientemente rigido e determinato. Va, in primo luogo, osservata una sua necessaria «flessibilità», come è tipico di qualsiasi disciplina che intenda regolare un fenomeno in radice emergenziale. Ogni sistema di principio o di procedura finisce per dimostrarsi «cedevole» rispetto ad una produzione normativa derogatoria, di cui il caso dei decreti-legge per il sostegno all'Ucraina è esempio emblematico. Che il tentativo di «imbrigliare» il fenomeno bellico in un sistema organico di fonti a livello costituzionale e ordinario sia di complessa realizzazione pare dimostrato da due ragioni: perché, ove l'Italia fosse vittima di un attacco, le contingenze emergenziali si svolgerebbero secondo dinamiche imprevedibili, ricondotte a sistema dall'art. 78 Cost., ma richiedenti un sufficiente margine di elasticità della risposta; in secondo luogo, perché si porrebbe l'esigenza di contemperare un sistema delle fonti operativo in situazioni di conflitto attivo con la partecipazione dell'Italia ad organizzazioni internazionali, anche di carattere militare, cui nella prassi è stata in sostanza delegata (non sempre in linea con i precetti costituzionali) la difesa effettiva del Paese, le quali, pur non essendo dotate di poteri normativi espressi, sono in grado di adottare misure che condizionano le scelte nazionali sull'uso della forza (si pensi all'art. 9 del Trattato NATO)<sup>27</sup>.

Se la costruzione di un «diritto bellico emergenziale» è così complessa, alla pari di qualsiasi sistema delle fonti del diritto emergenziale<sup>28</sup>, ciò che resta come punto fermo, in grado di orientare il sistema vigente, sono i principi fondamentali. In particolare, occorre aver sempre presente che, nel rispetto dell'art. 1 Cost., «in un ordinamento giuridico, improntato al principio di democraticità [...] sono gli organi politicamente rappresentativi del popolo sovrano a dover assumere le decisioni più importanti in materia di difesa, conflitti armati e sicurezza nazionale» (Fiorillo, 2009, 83), per tale ragione non potrà essere ignorata la necessità di preservare la centralità della posizione del Parlamento che, anche quando impossibilitato ad intervenire con immediatezza, deve conservare una capacità di indirizzo e controllo non ridotta ad acritica e formale approvazione delle posizioni del Governo. Ma è soprattutto il principio del ripudio della guerra, consacrato nell'art. 11 Cost., a dover guidare le scelte degli organi costituzionali, anche di tipo normativo, in contesti che ri-

<sup>27</sup> Tale disposizione infatti afferma che «il Consiglio costituirà quegli organi sussidiari che potranno essere necessari; in particolare istituirà immediatamente un Comitato di difesa che raccomanderà le misure da adottare per l'applicazione degli articoli 3 e 5».

<sup>28</sup> Ampiamente dibattuta in dottrina è la questione inerente all'introduzione di un'apposita clausola emergenziale in Costituzione, rispetto alla quale sono state sostenute tesi contrapposte, tutte dirette ad evidenziare i pregi, ma altresì i rischi, insiti in una scelta di questo tipo. Per tutti si rinvia a DE MINICO, 2016.

chiedono capacità e velocità di adattamento. Questo perché, di fronte alla guerra, il fine primo da perseguire è la cessazione del conflitto, come unica soluzione giuridicamente e moralmente indiscutibile (Dogliani, 2022, 1). Agli Stati «non belligeranti» spetta dunque attivarsi per favorire una soluzione negoziale della controversia (Ferrajoli, 2022, 106), avendo attenzione in primo luogo al contenimento delle conseguenze distruttive della guerra e dell'impatto che questa ha sulla popolazione civile (Apostoli, 2022, 148). Gli Stati, in pratica, avrebbero un vero e proprio «obbligo di fare» di fronte alle tragedie (Ronchetti, 2022, 307). Questo perché, come è stato affermato (Bobbio, 1979), la pace (antitesi della guerra) non può mai essere data per scontata, ma è un obiettivo che va perseguito attivamente e che, quindi, non può non orientare qualsiasi sistema delle fonti, rigido o flessibile, che pretenda di dare forma giuridica alla gestione dei conflitti bellici.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALGOSTINO, A. (2022), «Pacifismo e movimenti tra militarizzazione della democrazia e Costituzione», Azzariti, G. (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*. Napoli: Editoriale scientifica, pp. 67-90.
- APOSTOLI, A. (2022), «L'Italia è una Repubblica democratica fondata anche sul principio pacifista», Azzariti, G. (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*. Napoli: Editoriale scientifica, pp. 141-156.
- AZZARITI, G. (2022), «La Costituzione rimossa», *Costituzionalismo.it*, 1, pp. I-VI.
- (2022a), «La pace attraverso il diritto. Una conferenza internazionale per la sicurezza tra le nazioni», Azzariti, G. (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*. Napoli: Editoriale scientifica, pp. 1-14.
- BENVENUTI, M. (2010), *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*. Napoli: Jovene.
- (2017), «Luci ed ombre della l. n. 145/2016 in tema di partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura», *Rivista AIC*, 1, pp. 1-55.
- (2022), «Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni», *Osservatorio AIC*, 3, pp. 1-27.
- BOBBIO, N. (1979), *Il problema della guerra e le vie della pace*. Bologna: Il Mulino.
- BUCCI, G. (2022), «Ragione del diritto e follia del potere di guerra», Azzariti, G. (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*. Napoli: Editoriale scientifica, pp. 175-194.
- CANNIZZARO, E. (2022), «La guerra ingiusta. Il conflitto in Ucraina fra diritto ed etica internazionale», Azzariti, G. (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*. Napoli: Editoriale scientifica, pp. 15-27.
- CARLASSARE, L. (2003), «L'art. 11 nella visione dei Costituenti», *Costituzionalismo.it*, 1.

- CARNEVALE, P. (2013), *La Costituzione va alla guerra*. Napoli: Editoriale scientifica.
- (2019), «Guerra, Costituzione e legge. Qualche riflessione sul trattamento costituzionale della guerra anche alla luce della recente legge sulle missioni internazionali», Carnevale, P., Greppi, E., Roudier, K., *Il diritto della Guerra e della Pace*. Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 25-89.
- CARTABIA, M., CHIEFFI, L. (2006), «Art. 11 Cost.», Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, I. Torino: UTET, pp. 263-305.
- CIERVO, A. (2022), «Critica delle armi. L'art. 11 della Costituzione, la legge n. 185/1990 e l'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione russa», Azzariti, G. (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*. Napoli: Editoriale scientifica, pp. 195-229.
- CLAUSEWITZ, K. VON (2017), *Della guerra (1832)*. Trad. it. di A. Bollati ed E. Canavari. Milano: Mondadori.
- CONTI, G. L. (2022), «Aristotele, l'atimia e la guerra in Ucraina», *La Lettera AIC: Costituzione e guerra russo-ucraina*, 4.
- DE FIORES, C. (2022), «Il principio costituzionale pacifista, gli obblighi internazionali e l'invio di armi a paesi in guerra», Azzariti, G. (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*. Napoli: Editoriale scientifica, pp. 29-64.
- DE MINICO, G. (2016), *Costituzione. Emergenza e terrorismo*. Napoli: Jovene.
- DE VERGOTTINI, G. (2004), *Guerra e Costituzione*. Bologna: Il Mulino.
- (2022), «La Costituzione e il ritorno della guerra», *Osservatorio AIC*, 3, pp. 1-20.
- DOGLIANI, M. (2022), «La guerra in Ucraina tra tabù nucleare e oltranzismo politico-mediativo», *Questione giustizia*, 1, pp. 1-11.
- FERRAJOLI, L. (2004), «La guerra e il futuro dell'ordine internazionale», Prestipino, G. (a cura di), *Guerra e pace*. Napoli: La Città del sole.
- (2022), «Pacifismo e costituzionalismo globale», *Questione giustizia*, 1, pp. 106-111.
- FERRARI, G. (1970), «Guerra (stato di) (dir. cost.)», *Enciclopedia del diritto*, XIX. Milano: Giuffrè, pp. 816-849.
- FIORILLO, M. (2009), *Guerra e diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- IOVANE, M. (2022), «Il conflitto ucraino e il diritto internazionale: prime osservazioni», *Osservatorio AIC*, 3, pp. 1-14.
- KANT, I. (2003), *Per la pace perpetua (1795)*. Trad. it. di M. Montanari e L. Tundo Ferente. Milano: Rizzoli.
- LO CALZO, A. (2022), «Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale nella produzione normativa: tra crisi «endemiche» e nuove emergenze», *Osservatorio sulle fonti*, 2, pp. 591-682.
- LOSSANI, M. (2022), «Gli effetti economici delle sanzioni imposte alla Russia: una prima valutazione», *SIDiblog*, 13 aprile.
- PALADIN, L. (1996), *Le fonti del diritto italiano*. Bologna: Il Mulino.

- PATRONI GRIFFI, A. (2006), «Art. 78 Cost.», Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, II. Torino: UTET, pp. 1531-1544.
- PEZZINI, B. (2022), «Per un ordine della sovranità disarmata», *Osservatorio AIC*, 3, 1-6.
- PINNA, P. (1993), «Guerra (stato di)», *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII. Torino: UTET, pp. 49-61.
- PISTORIO, G. (2022), «La cessione di armamenti alle Forze armate ucraine, tra interpretazioni costituzionalmente e internazionalmente conformi e (ir)regolarità costituzionali», *La Lettera AIC: Costituzione e guerra russo-ucraina*, 4.
- PIZZORUSSO, A. (2011), «Fonti del diritto», *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma: Zanichelli-II Foro Italiano.
- RONCHETTI, L. (2022), «Risoluzione delle controversi internazionali e Costituzione: l'Italia ha il dovere costituzionale di farsi mediatrice per la pace», Azzariti, G. (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*. Napoli: Editoriale scientifica, pp. 291-309.
- SCUDIERO, M. (1969), *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*. Napoli: Jovene.
- VEDASCHI, A. (2021), «Art. 78 Cost.», Clementi, F., Cuocolo, L., Rosa, F., Vigevani, G. E. (a cura di), *La Costituzione italiana*, I. Bologna: Il Mulino, pp. 146-150.
- VENTURA, L., PUPO, V. (2022), «Osservazioni sui problemi internazionali e interni conseguenti alla guerra in Ucraina», *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, pp. 1-32.
- VOLPI, M. (2022), «La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico», *Costituzionalismo.it*, 1, pp. XI-XIII.



# **Forma de Estado, forma de gobierno y participación política**

# ¿ESTÁN EN CRISIS LA DEMOCRACIA Y EL PARLAMENTARISMO?

GREGORIO CÁMARA VILLAR  
*Universidad de Granada*

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Síntomas, causas y elementos.*—3. *El impacto de las más recientes crisis globales (crisis económica y pandemia COVID) y la eclosión de la sociedad digital y la IA.*—4. *La democracia y el constitucionalismo ante este panorama.*—5. *Sobre la crisis de la democracia parlamentaria como forma de gobierno.* 5.1. Sobre la configuración rígida y «todo-abarcante» de los partidos políticos. 5.2. Fragmentación, desvirtuación del componente deliberativo e intolerancia política. 5.3. Acerca de la democracia interna de los partidos políticos. 5.4. Penetración de los partidos en instituciones cuya función no es expresar la representatividad que portan. 5.5. Mención final a otros elementos distorsionantes.—6. *Conclusiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La cuestión que se aborda en este artículo se viene tratando con frecuencia en foros académicos y en medios de comunicación en el sentido fuerte de la noción «crisis» aplicada a la democracia parlamentaria. Se escriben libros que analizan la quiebra de las democracias y otros con tinte admonitorio acerca de su ocaso o cómo estas pueden morir, e incluso se hacen llamativas propuestas innovadoras sobre posibles alternativas al paradigma democrático actual. La expresión «crisis», sin embargo, es vaga y ambigua. El diccionario de la RAE la define en su primera acepción como «cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados». Nótese que esta noción podría servirnos para referirnos a muy di-

ferentes escenarios: entre otros, a la proliferación de elementos distorsionantes para la democracia, esto es, a erosiones, recesiones o quebrantamientos de algunos de sus componentes, sean estructurales o no; a evoluciones intensas de carácter general respecto a un paradigma previo a lo largo de un periodo temporal más o menos amplio; o a cambios bruscos hacia la autocratización, producto del enfrentamiento radical entre concepciones sociales y políticas. Por tal razón hemos de estar en guardia ante el empleo abusivo o poco matizado de esta noción cuando valoramos tendencias, inconsistencias, cuestionamientos, alteraciones relevantes, quebrantamientos parciales, déficits, o, sencillamente, malestar por el decurso de la democracia ante los intensos cambios que se están produciendo en este primer tercio del siglo XXI. Así las cosas, hemos de preguntarnos ante qué clase de crisis estamos, si ante un ocaso de la democracia parlamentaria, como pregonan títulos de libros, titulares y análisis en ciertos medios de comunicación, o ante un estancamiento o debilitamiento coyuntural más o menos pronunciado en el marco de una democracia que está permanentemente en cambio y transición como a su naturaleza histórica corresponde.

Antes de entrar en materia se impone una aclaración previa, pues nos preguntamos por la crisis tanto de la democracia como del parlamentarismo. Como sostuviera Kelsen, difícilmente pueden separarse, pues «si el parlamentarismo es la única forma real en que puede plasmar la idea de la democracia ...el fallo sobre el parlamentarismo es, a la vez, el fallo sobre la democracia»<sup>1</sup>. Ahora bien, este *dictum* del gran constitucionalista austriaco sigue siendo certero siempre que nos refiramos –como él lo hacía– a la democracia parlamentaria como forma de Estado. Si lo hiciéramos a la forma parlamentaria de gobierno democrático habríamos de convenir, con Pedro de Vega, en que puede haber crisis del parlamento como institución sin que necesariamente exista una crisis de la democracia, pues las crisis de los parlamentos se han producido en momentos en que la democracia, «de una forma u otra, se ha profundizado históricamente como consecuencia de las transformaciones del Estado liberal»<sup>2</sup>. En cualquier caso, como de la salud y utilidad del parlamento depende la perpetuación de la democracia, ya sea en el presidencialismo o en la forma parlamentaria de gobierno –puntualiza Manuel Aragón–<sup>3</sup>, estamos obligados a realizar un planteamiento interrelacionado y realista de la crisis de la democracia y del parlamentarismo, si bien distinguiendo planos cuando sea preciso. De ahí el objeto y el título de este trabajo.

<sup>1</sup> Kelsen (2015, 51).

<sup>2</sup> Vega García (1980, 28).

<sup>3</sup> Aragón Reyes (2021).

## 2. SÍNTOMAS, CAUSAS Y ELEMENTOS

La vaguedad de la noción «crisis» aplicada a la democracia y al parlamentarismo hace necesario, como punto de partida, precisar síntomas y causas e identificar elementos que pueden integrarla y su relativa intensidad. En nuestros días encontramos variados síntomas en forma de serios embates ideológicos y políticos a la democracia parlamentaria que pueden resumirse en los siguientes aspectos relacionados entre sí: la eclosión en nuestras sociedades de populismos desestabilizadores de diverso signo, cada vez más incisivos, unidos a nacionalismos irracionales y exacerbados; el crecimiento de la segmentación y la polarización entre formaciones políticas y amplios sectores de la ciudadanía; la llegada al poder en algunos países de formaciones populistas que, paso a paso, instauran infracciones deliberadas de principios, valores, normas y derechos, recurriendo a interpretaciones y prácticas manifiestamente contrarias al Estado constitucional de Derecho, conformando así regímenes solo formalmente democráticos o en abierto riesgo de seguir un proceso de autocratización; o, entre otros aspectos, el deterioro más o menos intenso de determinados órganos constitucionales o de relevancia constitucional (jefaturas del Estado, parlamentos, gobiernos, tribunales constitucionales, órganos del poder judicial o de su gobierno...) o de otras instituciones necesarias para la democracia (partidos políticos, medios de comunicación, determinadas administraciones públicas...). Escenarios de este tipo sitúan a la democracia pluralista ante riesgos de estancamiento, regresión o vaciamiento de contenidos democráticos sustanciales, de tal manera que aquellos países que sufren con más intensidad este estado de cosas se acercan o pueden llegar a caer en situaciones materialmente autocráticas.

Así está pasando incluso en países de Europa y en otros del llamado mundo occidental (como es el caso de Estados Unidos) tenidos hasta hace poco tiempo por santuarios de la democracia. Esta situación alcanza incluso a algunos estados que son miembros de la Unión Europea, cuyos gobiernos y respectivas prácticas políticas no responden manifiestamente a las exigencias de los Tratados constitutivos, en tanto que no acatan en toda su dimensión lo prescrito en el art. 2 TUE en cuanto erige como valores comunes que fundamentan la Unión el respeto a la democracia, la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el Estado de Derecho y los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Desde 2016 y 2018 respectivamente, Hungría y Polonia, tras años socavando estos valores desde 2010, están incurso en el procedimiento extraordinario de sanción del art. 7 TUE por «riesgo claro» de

Las transformaciones sociales que están en la base y explican los quebrantamientos y recesiones democráticas en algunos países de Europa y de otras regiones del mundo tienen además que ver, entre otros, con estos elementos igualmente interrelacionados: i) el curso de la economía del neocapitalismo en un mundo globalizado, que de forma simultánea incrementa las desigualdades y concentra gran poder económico e influencia política en agentes económicos globales, sobreponiéndose, condicionando o limitando, *de facto*, a los Estados en cada vez más ámbitos materiales y actuaciones que serían propias de su competencia; ii) la decepción que sufren amplias capas de la población por cómo las instituciones democráticas han gestionado las crisis recientemente vividas en comparación con las expectativas suscitadas por el texto de las normas superiores de los ordenamientos internos, internacional y supranacional, sobre todo en relación con el modelo de bienestar y los derechos sociales<sup>5</sup>; iii) el vértigo y la angustia que padecen muchas personas de las clases más desfavorecidas ante las regresiones e incertidumbres que experimentan en los ámbitos laboral, de bienestar y en la capacidad de integración social, además de sufrir una acusada disminución de sus posibilidades de movilidad social ascendente (dificultades y retrocesos de redistribución y pérdida de *status*), por lo que muchas de ellas se ven en situaciones proclives a abrazar planteamientos y pretensiones populistas que se presentan cargadas de irracionalidad y simplismo como entrevisto remedio a sus problemas, aunque a veces se las dote de *veste* y apariencias democrática; iv) las intensas y aceleradas innovaciones científica y tecnológica que han hecho posible la eclosión de una sociedad digital que genera una comunicación de masas global y simultánea en el tiempo y en el espacio pero intencional y seriamente segmentada, que puede ir acompañada, además, de vigilancias, censuras, manipulaciones, desinformación y otras prácticas; v) la configuración igualmente segmentada ideológica y políticamente de los medios de comunicación y de otros espacios públicos, que dejan de estar penetrados de un básico sentido de comunidad y se apartan cada vez más de un debate racional sobre los problemas y retos comunes, empobreciéndose así la posibilidad de existencia de una robusta y libre opinión pública; y vi) tampoco pueden obviarse otros cambios culturales que estos nuevos procesos producen y alimentan en el marco de una cultura cada vez más banalizada y mercantilizada.

---

violación grave y sistémica de los valores comunes sobre los que se asienta la Unión Europea; si bien en Polonia la situación ha cambiado tras el reciente triunfo electoral de una coalición liderada por el liberal Donald Tusk, que fue presidente del Consejo, frente a la anterior formación ultraconservadora gobernante PiS («Ley y Justicia», liderada por J. KACZYŃSKI.

<sup>5</sup> RODRIGUES CANOTILHO (2020, p. 496).

En este panorama el populismo –sin que sea novedad de nuestra época– se manifiesta ahora con mayor fuerza como elemento especialmente dañino para la democracia. Ciertamente se trata de una categoría imprecisa que no define con claridad a los liderazgos, partidos, movimientos o regímenes políticos a los que se suele aplicar este apelativo. Sus manifestaciones y orientaciones políticas son variopintas y pueden ser radicalmente reaccionarias, de extrema derecha, conservadora o incluso de izquierdas, por lo que suele ser nota compartida que abracen «ideologías-huésped» convenientemente adaptadas a sus orientaciones y propósitos. Pero todos los populismos comparten algunas características comunes en las que radica su drástica disfuncionalidad para las sociedades democráticas. Ante todo comparten el atributo de ser –aprovechándose de libertades y derechos individuales y políticos– un potente canal estratégico para conseguir popularidad y hegemonía entre las masas, deslegitimando a la democracia pluralista, a la que suelen denostar y proclamar fallida. Para ello crean marcos de comunicación, narrativas y propagandas muy agresivas con propuestas simples y demagógicas, emocionalmente cargadas e impregnadas de maniqueísmo, pero con intenso poder de apelación y evocación ante «el pueblo» o «la nación», entidades ficticias cuya voluntad dicen encarnar frente a las élites sociales, políticas e intelectuales del *establishment*, a las que indiscriminadamente presentan como «castas» corruptas y responsables de todos los males identificables. Marcan así una pulsión inequívocamente integrista y autoritaria con una falsa exaltación nacionalista y «patriótica», a veces apelando a un pasado idealizado como una suerte de «utopismo regresivo» o bien a un futuro revolucionario, o a ambas cosas a la vez, en una especie de «magma» ideológico con algunos constructos simples y genéricos a modo de ideas-fuerza (que pueden ser del orden la «nación lo primero», aunque en realidad no se protejan bienes o intereses nacionales; la exclusión de cualquier clase de solidaridad de tipo global; la antiinmigración y la xenofobia más o menos encubiertas; la escasa preocupación por el medio ambiente o el negacionismo del cambio climático, entre otros aspectos).

En cualquier caso, los populismos siempre giran en torno a liderazgos carismáticos fuertes sustentándose en un mayoritarismo irrestricto, por entero refractario al relativismo y al pluralismo, situándose de esta manera en las antípodas de la cultura política del Estado constitucional. Las personalidades autoritarias analizadas por Theodor W. Adorno, Julien Benda o Juan José Linz<sup>6</sup>, entre otros, son proclives a fundar y constituir tales liderazgos, a for-

---

<sup>6</sup> ADORNO, ELSE FRENKEL-BRUNSWIK, LEVINSON, SANFORD (2021).

mar parte de las estructuras de poder de estas formaciones o a integrarse como sus fieles activistas, militantes y votantes. Fernando Savater ha sostenido con acertado grafismo que los populismos surgen con la pretensión de actuar como «curanderos» de la política «que, ante problemas reales y complejos, plantean soluciones simples e ilusorias que nacen y anidan en la ignorancia»<sup>7</sup> y –es del todo necesario añadir– cubren intereses ocultos tras la ideológica grandilocuencia e irracionalidad de sus discursos. No puede perderse de vista que la práctica de los movimientos nacionalistas y populistas de nuestros días no refleja en la realidad que se propenda a «proteger los bienes nacionales o la cultura propia, sino, por el contrario, (a) abrir la puerta a la explotación de los recursos y de las personas por las oligarquías nacionales, como evidencia la escasa preocupación que por el medio ambiente o los derechos laborales han manifestado líderes populistas como Trump o Bolsonaro».<sup>8</sup>

### 3. EL IMPACTO DE LAS MÁS RECIENTES CRISIS GLOBALES (CRISIS ECONÓMICA Y PANDEMIA COVID) Y LA ECLOSIÓN DE LA SOCIEDAD DIGITAL Y LA IA

Desde otro ángulo, la canalización racional de los conflictos y la articulación del pluralismo, funciones propias y esenciales del constitucionalismo democrático, se han venido resintiendo por un encadenamiento solapado de crisis globales sucesivas<sup>9</sup> que, junto al impacto de la sociedad digital y la eclosión acelerada de la llamada «Inteligencia artificial», arrojan negativos efectos sobre las identidades, las opciones ideológicas y políticas, las instituciones democráticas, los derechos fundamentales, los consensos básicos y, por todo ello, sobre la convivencia.

La gran crisis financiera abierta en la primera década de este siglo condujo en Europa a la pretensión de implantar una «interpretación económica de la Constitución» que generó una radical desvalorización del pacto social-democrático y, con él, el vaciamiento o minoración grave de derechos sociales costosamente conquistados a lo largo de décadas, dando paso a una profunda insatisfacción social, sobre todo por el incremento de la desigualdad.

<sup>7</sup> SAVATER, respuesta a una pregunta en entrevista en «Matacán», blog de Javier Caraballo en *El Confidencial* (19/02/2018): [https://blogs.elconfidencial.com/espana/matacan/2018-02-18/fernando-savater-entrevista-filosofo-cataluna-espana-eta-pais-vasco\\_1522841/](https://blogs.elconfidencial.com/espana/matacan/2018-02-18/fernando-savater-entrevista-filosofo-cataluna-espana-eta-pais-vasco_1522841/)

<sup>8</sup> BALAGUER CALLEJÓN (2020).

<sup>9</sup> Sobre la crisis económica y su encadenamiento con la pandemia COVID, véase ARJONA (2020); y, para las repercusiones de una y otra en el ámbito local, OLIVER LEÓN (2020).

Como consecuencia, produjo una intensa desafección política y la desconfianza ciudadana en las instituciones tanto nacionales como europeas. Todo ello ha funcionado como caldo de cultivo y potentísimo catalizador para los populismos, extremándose la polarización y las reacciones antipolíticas en la sociedad desde la segunda década de este siglo hasta la actualidad. Esta crisis produjo como efecto primordial una buena dosis de «externalización» del poder estatal hacia la economía y los especuladores financieros en el ámbito global. En la actualidad, sobre el poso que dejó, estamos asistiendo también a un intenso proceso de «internalización» del poder de los grandes agentes globales económicos y mediáticos en los Estados a través de internet, las redes sociales y otras tecnologías de la información y la comunicación<sup>10</sup>, que se superponen a los procesos comunicativos de los tradicionales medios, antes más libres y orientados por postulados de argumentación racional y de respeto a ciertos niveles de neutralidad informativa y ahora fuertemente condicionados en su propia existencia, cuando no absorbidos, por la acción de las compañías tecnológicas operantes en el mundo digital; compañías que distribuyen y segmentan los espacios comunicativos conforme a sus intereses y favorecen a determinadas opciones políticas. Con este escenario se produce otra sensible merma de la normatividad de la constitución y, con ella, la de muchos derechos y libertades fundamentales.

Esta devaluación se acentúa cuantitativa y cualitativamente con la acelerada implantación de una IA todavía no sujeta a regulaciones ni a controles eficaces, pues hasta el presente los sistemas inteligentes y los algoritmos que le dan vida y orientación quedan fundamentalmente en manos privadas con autorregulaciones o regulaciones todavía parciales e insuficientes. Si bien muchas de las transformaciones que producen los sistemas inteligentes y sus potencialidades presentan la cara positiva de nuevas oportunidades de vida y convivencia, de desarrollo y mejora en todos los terrenos, así como ofrecen numerosas posibilidades abiertas para el aprovechamiento masivo y eficiente de infinidad de recursos, es del mismo modo cierto que los riesgos que conlleva esta tecnología son intensos, numerosos y muchos de ellos también desconocidos o inaceptables desde una perspectiva ética y democrática a la vista de ciertos usos que de ella se hacen, en particular en lo que concierne a la protección y desarrollo de los derechos y libertades fundamentales y a los procesos democráticos. Estas tecnologías van adquiriendo un carácter masivo cada vez más primordial e imprescindible en la vida cotidiana de las perso-

---

<sup>10</sup> BALAGUER CALLEJÓN (2012): [https://www.unikore.it/media/k2/attachments/Francisco\\_Balaguer\\_Callejon\\_numerato.pdf](https://www.unikore.it/media/k2/attachments/Francisco_Balaguer_Callejon_numerato.pdf), y (2018), *passim*. Véase también CÁMARA VILLAR (2016, pp. 171-194).



nas, sean conscientes o no de ello y de sus implicaciones negativas. Evidentemente no es la tecnología en sí ni por sí misma la que puede producir tales riesgos y vulneraciones de derechos y libertades fundamentales, sino su diseño, orientación y explotación que hacen o pueden hacer quienes tienen el poder de emplearla y dirigirla a ciertos fines, como son las propias compañías tecnológicas dominantes y los grandes agentes económicos, financieros y políticos en un mundo globalizado.

Un mundo en el que los poderes estatales no tienen ya la capacidad de garantizar en toda su dimensión la efectividad de sus respectivas normas, incluidas las constitucionales, ni disponen todavía de un cuerpo suficientemente adaptado y coherente de medidas regulatorias legales ni de protocolos exigentes de control ante esta nueva realidad. Las normas constitucionales, de un lado, no han podido adaptarse al ritmo vertiginoso del avance del mundo digital y, salvando determinados logros puntuales en la materia mediante la interpretación de las cortes superiores de los niveles internacional, supranacional o de los estados, sus textos y posibilidades aplicativas siguen anclados en el mundo analógico en el que surgieron. De otro lado, no existe legislación específica en muchos aspectos de la IA, hoy en avanzado proceso de elaboración básica en ámbitos regionales como el de la Unión Europea, ciertamente capaz de impulsar una regulación eficaz para sus estados miembros, con importantes efectos irradiantes para el diseño, el flujo de los usos y gestión de los sistemas inteligentes y su control en sus interrelaciones con otros estados, instituciones e instancias regionales e internacionales <sup>11</sup>. En definitiva, el mal uso de las posibilidades de la IA puede ser altamente dañino y destructivo tanto para las personas como para las sociedades democráticas, al generarse una realidad virtual desagregada, ajena a la realidad física y ayuna de las limitaciones y controles necesarios para que los derechos no resulten menoscabados o vaciados de contenido y que las instituciones públicas, a su vez, no se vean incapaces

---

<sup>11</sup> Cuando este texto se redacta está en proceso final de tramitación la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (la llamada «Ley de Inteligencia Artificial»). En diciembre de 2023 la Presidencia del Consejo y los negociadores del Parlamento Europeo han alcanzado un acuerdo provisional sobre esta propuesta tras los cambios que se introdujeron en junio de 2023 ampliando el ámbito de aplicación, incorporando nuevas definiciones y principios estructurales para todos los sistemas de IA y estableciendo, entre otros aspectos, una regulación específica para los «modelos fundacionales». Cfr. Consejo de la UE, Comunicado de Prensa 986/23, de 9/12/2023, «Reglamento de Inteligencia Artificial: el Consejo y el Parlamento alcanzan un acuerdo sobre las primeras normas del mundo en materia de inteligencia artificial» (<https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>.)

ces de realizar sus funciones de canalización de los conflictos sociales y políticos, el control del poder y la garantía de los derechos.<sup>12</sup>

Esta realidad compleja con tantos perfiles conduce a la fragmentación de elementos y espacios constitucionales e institucionales, que pierden solidez y quedan estructuralmente dañados ante un futuro de incertidumbre; también a la quiebra del vigor de la ciudadanía por la reducción del espacio cívico y la dependencia en la que quedan los sujetos individuales –al margen de su voluntad– de los servicios y modos de vida diseñados, promovidos, mercantilizados y gestionados por las grandes compañías tecnológicas en una sociedad de consumo extremo. Simultáneamente se hace manifiesta la disgregación y el tensionamiento del espacio público por la intermediación de una abigarrada concurrencia de numerosos medios de comunicación (que operan *offline* y *online*) y redes sociales. Esta circunstancia resulta especialmente grave en países en vías de autocratización o ya autocráticos, en los que se aprecia una fuerte tendencia a utilizar la tecnología y los citados medios para silenciar a la oposición y a las minorías, vigilar, condicionar y frenar la movilización popular, así como manipular información y procesos electorales («autoritarismo digital»). Pero también ocurre en las democracias en determinados casos, como reveló claramente la conocida intervención de Cambridge Analytica y de Facebook<sup>13</sup> en campañas electorales (en especial, pero no únicamente, en las presidenciales norteamericanas de 2016 en la campaña de D. Trump) a partir de análisis psicográficos elaborados con la obtención masiva de datos personales desde internet, redes sociales y otras fuentes y el empleo de técnicas de segmentación de audiencia, utilizando el llamado «*microtargeting* de comportamiento».

En las democracias, incluso en aquellas reconocidas como plenas, el permanente «modo alterado» de convivencia con noticias falsas, posverdad, propaganda directa o subliminal, elementos inducidos de desinformación y otros recursos, con sus correspondientes efectos negativos para la democracia constitucional (segmentación, simplificación argumental, «emotivización» exacerbada e irracional de las posiciones políticas, fragmentación y polarización) resulta muy productivo tanto para generar enormes beneficios económicos como para obtener grandes cotas de poder e influencia política por parte de determina-

<sup>12</sup> En esta realidad virtual, como sostiene F. BALAGUER, tales derechos pueden ser ciertamente privados de su fundamento y vínculo propio con la dignidad de las personas y el libre desarrollo de su personalidad, viéndose supeditados a exigencias e intereses del tráfico económico y del beneficio empresarial o de otros intereses sociales y políticos no legítimos. Cfr. BALAGUER CALLEJÓN (2023, pp. 9 y 10).

<sup>13</sup> El Periódico, 20 de marzo de 2018 (<https://www.elperiodico.com/es/internacional/20180320/las-cinco-claves-del-escandalo-de-cambridge-analytica-y-facebook-6703381>).

das élites globales, sin que la mayor parte de la ciudadanía pueda tomar siquiera conciencia de lo que en realidad le está ocurriendo en un mundo «babelizado»<sup>14</sup>. Así lo ponen de manifiesto estudios de crédito intelectual como, por mencionar solo dos ejemplos, el de Soshana Zuboff (*El capitalismo de la vigilancia*), en términos generales, o el más específico de Francisco Balaguer (*La constitución del algoritmo*) sobre el impacto de la IA en la constitución y en los derechos fundamentales, antes citado, a los que remitimos para esta materia<sup>15</sup>.

Respecto a la crisis mundial generada por el virus SARS-CoV-2 a finales de la segunda década del siglo, también se han planteado serios problemas para la democracia a lo largo de los años que esta pandemia ha durado, que todavía siguen pendientes y continúan produciendo efectos, al menos en buena parte. Así sucede en lo referente a los modos y rangos de intervención del Estado sobre la sociedad y a cómo las regulaciones legales, o su falta, inciden en cada orden jurídico nacional<sup>16</sup>; igualmente en la definición, precisión y alcance de las medidas de excepción y en su ejecución mediante la gobernanza administrativa, de modo especial en los sistemas descentralizados; también en la atenuación de los controles parlamentarios ante el reforzamiento progresivo del poder ejecutivo; en la seguridad nacional<sup>17</sup>; y, sobre todo, en los efectos producidos por la suspensión o limitación de derechos fundamentales (pensemos, en este sentido, en el debate en España entre estado de alarma/estado de excepción o, en general, sobre los estados de excepcionalidad en el Derecho comparado) y su proyección sobre la normatividad constitucional<sup>18</sup>. En términos generales, según el Informe *Estado de la Democracia en el mundo 2021*, realizado por el *Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral* (IDEA, por sus siglas en inglés), puede sostenerse que la pandemia ha producido un efecto de consolidación del poder de los regímenes autocráticos y ha erosionado sensiblemente el Estado y las libertades y derechos en los sistemas democráticos<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> MAFFESOLI (2000, pp. 247-275).

<sup>15</sup> Para un desarrollo del impacto actual del funcionamiento de las redes sociales y la acción de las empresas tecnológicas sobre la constitución y la democracia, véase BALAGUER CALLEJÓN (2019). También del mismo autor, incorporando la realidad cada vez más intensa e incidente de la IA, BALAGUER CALLEJÓN (2022). Es también fundamental a este respecto, desde una perspectiva económica, sociológica y filosófica, la obra de ZUBOFF (2020). Específicamente sobre el impacto de la IA en los derechos fundamentales, véase igualmente PRESNO LINERA (2022).

<sup>16</sup> ARAGÓN REYES, cit., posición 178.

<sup>17</sup> Véase SÁNCHEZ BARRILAO (2020).

<sup>18</sup> Véase PRESNO LINERA (2020), <https://presnolinera.wordpress.com/2020/04/01/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-4-la-libertad-de-circulacion/>; igualmente el monográfico dedicado al «Coronavirus... y otros problemas» de *El Cronista del estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020.

<sup>19</sup> International IDEA, *Estado de la Democracia en el mundo 2021* (<https://www.idea.int/>) Este informe de 2021 ha dejado recientemente de estar disponible en la Web, que ha publicado y mantiene el acceso a los de 2022 y 2023.

#### 4. LA DEMOCRACIA Y EL CONSTITUCIONALISMO ANTE ESTE PANORAMA

Pese a este intrincado panorama de problemas, riesgos e incertidumbres, caer en planteamientos apocalípticos o exagerados no sería acertado ni como explicación de la realidad ni como estrategia para fortalecer la democracia. Es indudable que vivimos tiempos muy turbulentos, pero no estamos ante el abismo. La validez conceptual, intelectual y moral de la democracia es incuestionable, del mismo modo que se mantiene en plenitud la idea de Constitución como norma jurídica suprema<sup>20</sup> con sus dimensiones de norma fundamental de garantía y norma directiva fundamental del Estado para la realización efectiva de la libertad y la igualdad<sup>21</sup>. La legitimidad sustancial de los sistemas democráticos se mantiene con solidez. Como cultura e ideología democrática, el constitucionalismo sigue estando en plenitud de vigencia y sigue irradiando su esencia y valor, mientras experimenta la urgente necesidad de un avance adaptativo a los actuales escenarios y a los retos de futuro. Pero ¿acaso no ha sido así siempre, de un modo u otro, desde los momentos fundacionales en los siglos XVII y XVIII hasta la actualidad?<sup>22</sup> Como apunta Bruce Ackerman, la historia constitucional avanza en ciclos con arreglo a diferentes paradigmas y cada cual ha presentado sus grandes tensiones y conflictos<sup>23</sup>. Más específicamente, la democracia constitucional se ha desarrollado intensamente, superando etapas, desde que comenzaran las transformaciones del estado liberal a finales del siglo XIX y las primeras décadas del XX hasta que en la Segunda Guerra Mundial fuera derrotada la gran negación reaccionaria que supusieron el fascismo y el nazismo en los años treinta. Décadas después, a finales de los ochenta, se produciría la implosión de la otra gran negación de la democracia, aquella que representó el totalitarismo comunista de tipo soviético, dando paso a un nuevo escenario de amplio e intenso desarrollo democrático, sobre todo en Europa. Este escenario hoy se ve oscurecido y en horas críticas en determinados países como consecuencia, fundamentalmente, de cuestionamientos parciales de los mecanismos de representación, de las debilidades de la soberanía de los Estados nación en un mundo globalizado en acelerada transformación en un entorno regido por el mayor protagonismo de los grandes agentes económicos capita-

<sup>20</sup> Así lo sostiene también RODRIGUES CANOTILHO (2020).

<sup>21</sup> Según la caracterización de FIORAVANTI (1996, p. 128).

<sup>22</sup> Sobre la evolución y desarrollo histórico del constitucionalismo, FIORAVANTI (2001); VARELA SUANCES-CARPEGNA (1998). Remito también a CÁMARA VILLAR (2020a).

<sup>23</sup> ACKERMAN (2011, p. 42).

listas globales, así como por los muy variados déficits y retrocesos en el cumplimiento de las promesas que contienen las normas constitucionales, especialmente todas aquellas relacionadas con la redistribución y la justicia social.

La percepción de que la democracia se encuentra en gravísimo retroceso y ocaso en todo el mundo se antoja exagerada<sup>24</sup>. Como nos recuerdan Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, su número ascendió de manera espectacular durante las décadas de 1980 y 1990, alcanzando su punto álgido en 2005 y manteniéndose más o menos estable desde entonces, siendo el periodo comprendido entre 1990 y 2015 el cuarto de siglo más democrático en la historia mundial, fundamentalmente por el respaldo de las democracias occidentales<sup>25</sup>. Aunque en esta materia se producen constantemente cambios y evoluciones de países concretos hacia la autocratización o hacia la democratización, resulta indicativo de la situación actual el *Reporte de la democracia 2023 del Instituto V-Dem*, que clasifica a los regímenes políticos como «democracias liberales» (33 países), «democracias electorales» (58), «autocracias cerradas» (35) y «autocracias electorales» (57). Esta clasificación prácticamente arroja una media similar para ambas formas políticas, democracias y autocracias, en tanto que en el pasado las democracias estables eran las menos; pero se advierte sobre la existencia en los últimos años de claras tendencias hacia la autocratización de un importante número de países. También es destacable que el nivel de democracia para el ciudadano promedio haya retrocedido según este estudio al de 1986, pues la democracia se ha deteriorado sensiblemente en algunas regiones muy pobladas, sobre todo en Asia-Pacífico, Europa del Este y Asia Central.

Sin embargo, los promedios por países y la ponderación por población muestran que «el mundo sigue siendo más democrático hoy que a principios de los años setenta. Los avances logrados durante la ‘tercera ola de democratización’ siguen siendo de gran importancia y merece la pena recordarlo»<sup>26</sup>. Conviene contrastar esta visión con la que ofrece el *Índice de Democracia Global* elaborado por la *Unidad de Inteligencia de The Economist* en 2022, en el que son calificados como «democracias plenas» 24 países, «democracias deficientes» 48, regímenes «híbridos» 36, y «regímenes autoritarios» 59<sup>27</sup>. Este Índice también muestra la existencia de un estancamiento actual a nivel

<sup>24</sup> Baste recordar a este respecto APPLEBAUM (2021).

<sup>25</sup> LEVITSKY, ZIBLATT (2022, pp. 238-239).

<sup>26</sup> *Reporte de la democracia 2023* del Instituto V-Dem ([https://v-dem.net/documents/35/V-dem\\_democracyreport2023\\_espanol\\_med.pdf](https://v-dem.net/documents/35/V-dem_democracyreport2023_espanol_med.pdf)). Visitado por última vez el 18/10/2023)

<sup>27</sup> Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2022. Frontline democracy and the battle for Ukraine*. [https://www.eiu.com/n/wp-content/uploads/2023/02/Democracy-Index-2022\\_FV2.pdf?li\\_fat\\_id=f1fbad7e-a282-4b9e-9f8f-6a6d5a9fe6b8](https://www.eiu.com/n/wp-content/uploads/2023/02/Democracy-Index-2022_FV2.pdf?li_fat_id=f1fbad7e-a282-4b9e-9f8f-6a6d5a9fe6b8) (Visitado por última vez 06/11/2023)

mundial, y a igual conclusión llega el Informe anual de 2023 de la organización intergubernamental IDEA: la democracia pluralista está en apuros, estancada y ciertamente en declive en muchos lugares<sup>28</sup>.

Por lo que se refiere a las democracias europeas, donde se encuentran los más altos índices de valoración democrática y 20 países están a la cabeza de las democracias plenas en el mundo, afrontan también, sin duda, una variada gama de riesgos: debilitamiento de la economía, declive del proceso de integración, euroescepticismo e incluso eurofobia en determinados casos; avances de entidad de populismos de distinto signo, pero sobre todo de extrema derecha –que, según D. Ziblatt, son sustancialmente más amenazantes que los de izquierda–<sup>29</sup>; antiinmigración, creciente sentimiento xenófobo y fracaso de las políticas comunes al respecto; fragmentación social y polarización política intensa; estancamiento de la participación; debilitamiento del «patriotismo constitucional»<sup>30</sup> y retrocesos en la lealtad institucional necesaria para la articulación política y la gestión administrativa de los retos comunes. También se experimentan violaciones del Estado de Derecho, tendencias autoritarias o devaluación democrática en algunos países que integran la Unión.<sup>31</sup>

En el nivel mundial, por otra parte, aparece como una gran incógnita el efecto que sobre la democracia pueden producir esta serie de factores interrelacionados: la situación de retardo del proceso de integración de la UE antes mencionado; el gran y evidente deterioro de las bases y los «guardarraíles» de la democracia en Estados Unidos desde la llegada a la Presidencia en 2016 de uno de los más conspicuos y acerbados populistas, D. Trump –y el riesgo de que pueda volver en las próximas elecciones–<sup>32</sup>; el creciente auge de China, superpotencia económica e influyente y condicionante autocracia, en intensa competencia frente a Estados Unidos; la creciente agresividad de la Rusia de Putin, otra inmensa autocracia expansionista respaldada por otras potencias autocráticas y por autócratas más o menos satélites. Ni que decir tiene que en estos

<sup>28</sup> International IDEA. *The Global State of Democracy 2023. The New Checks and Balances*. <https://www.idea.int/sites/default/files/2023-11/the-global-state-of-democracy-2023-the-new-checks-and-balances.pdf> (visitado por última vez el 10/11/2023).

<sup>29</sup> ZIBLATT (2023).

<sup>30</sup> Este término, acuñado por el filósofo y politólogo alemán STERNBERGER en 1970, enriquecido y popularizado por HABERMAS a finales de los años ochenta, ha sido reinterpretado por Jan-Werner Müller resaltando, más allá del Estado-nación y la democracia liberal, su vinculación como compromiso político con principios, valores y normas universalistas adaptadas a culturas constitucionales democráticas específicas (2007).

<sup>31</sup> Caso de Polonia, al menos hasta las pasadas elecciones del 15 de octubre de 2023, cuyos resultados y la formación del nuevo gobierno con el primer ministro, el liberal Donald Tusk, han abierto una esperanza de reversión de la dinámica autocratizadora precedente y de cambio hacia una democracia más plena; también cabe recordar los casos de Hungría o Grecia.

<sup>32</sup> Véase LEVITSKY, ZIBLATT (2022)

días aciagos en los que estas líneas se escriben se cierne sobre el panorama geopolítico otro gran riesgo para la paz y la democracia –que viene a añadirse al que produce la guerra en Ucrania– como es la situación en Oriente Medio con el brutal recrudecimiento del enquistado conflicto palestino-israelí. La guerra que se ha desencadenado, de altísimo nivel destructivo, sobre todo para los habitantes de la Franja de Gaza, supone, junto con la pérdida y desgarros de muchas vidas y de la dignidad y los derechos humanos de cientos de miles de personas, un gravísimo riesgo de expansión a otros territorios de esa región del mundo. Este conflicto está afectando sensiblemente a la erosión de la credibilidad democrática del Estado de Israel que hasta el pasado año estaba en el *ranking* del índice de democracias liberales en el nivel 20-30% superior, según el estudio *V-Dem* antes citado.

Pero la constatación de todos estos embates, estancamientos, regresiones y escenarios amenazantes no pueden identificarse, sin más y como antes decíamos, con una situación instaurada de «crisis del constitucionalismo» ni tampoco con una crisis sistémica estructural de la democracia. No existe hoy, contrariamente a la gran crisis de los años treinta del siglo xx, un cuestionamiento frontal intelectual y político de la democracia parlamentaria de comparable magnitud al que reflejaron en su día, simplificando, las visiones enfrentadas de Kelsen y Schmitt<sup>33</sup> y el terrible conflicto radical que plantearon los totalitarismos de la época hasta llegar a la II Guerra Mundial. El mundo de entonces no puede ser comparado con el de nuestros días y los problemas por los que atraviesa la democracia tampoco son los mismos. El Estado constitucional de Derecho mantiene desde sus principios y valores, tanto en la dimensión dogmática como en la orgánica, la posibilidad de superar las tensiones y problemas actuales y ser capaz de resintonizar con la ciudadanía y encontrar la adecuación necesaria a los profundos cambios y transformaciones que se están produciendo.

Si tomamos como perspectiva el dilatadísimo proceso histórico de transición desde una democracia individualista a una democracia social indeterminada al que en su día se refiriera H. Heller<sup>34</sup>, pueden hacerse las siguientes tres grandes afirmaciones:

i) No existe posible legitimación del poder político y encauzamiento pacífico de los conflictos al margen de los principios y valores democráticos y los derechos y libertades fundamentales de todas las personas, porque quin-

<sup>33</sup> Remitimos a este respecto al excelente Estudio Preliminar de ARAGÓN REYES a la edición en español de la obra de SCHMITT (1990).

<sup>34</sup> HELLER (1934). Véase más en concreto HELLER (1930, p. 90-91). Véase también PÉREZ (2009, p. 80 y ss.). Especialmente, GARCÍA PELAYO (1977).

taesencian la matriz civilizatoria y moral del ser humano, su dignidad y sus necesidades y aspiraciones de libertad e igualdad. Fuera de la democracia y más allá de la voluntad de la ciudadanía expresada libremente en las urnas solo puede existir nuda dominación. Desde luego son posibles diversas formas de liderazgo autocrático; pero, independientemente de su grado de aclamación si adoptáramos la perspectiva schmittiana, seguirían expresando dominación. Solo la democracia parlamentaria permite, desde el respeto al pluralismo, el mantenimiento de la discusión racional abierta, la integración, la alternancia y la posibilidad de rectificación de decisiones políticas.

ii) Por lo que se refiere a la democracia social, al principio indefinida o «inactuada» –como dijera Calamandrei–<sup>35</sup> en diversos grados según los países, es un hecho innegable que se ha venido enriqueciendo desde la segunda mitad del siglo xx hasta nuestros días, especialmente en Europa bajo el paradigma del *Estado social y democrático de Derecho*. Aunque con pasos adelante y atrás, ha alcanzado importantes logros en continuo reajuste sobre la base de transformaciones generadas por la industrialización, las revoluciones científica y tecnológica y procesos económicos, políticos y jurídicos de integración internacional y supranacional entre Estados. El constitucionalismo social es en nuestros días pilar material fundamental y factor de legitimación imprescindible de la democracia pluralista.

iii) De acuerdo con la perspectiva material y epistemológica que al concepto «sociedad abierta» dieran su introductor, Bergson, y su más destacado teórico y popularizador, Popper (de cuya obra *La sociedad abierta y sus enemigos*<sup>36</sup> llegara a decir Bertrand Russell que era como una biblia para las democracias occidentales), la Europa de posguerra se ha venido construyendo como una sociedad cada vez más abierta, pese a sus enemigos internos y externos, conflictos y crisis recurrentes. Además de los Estados constitucionales de Derecho que en varias oleadas constituyentes se han ido sucesivamente poniendo en pie, y el acceso a las democracias constitucionales de los países del Este tras la caída del Muro, el Consejo de Europa y la Unión Europea han sido y son grandes pilares institucionales, políticos y jurídicos sobre los que Europa se configura y articula como expresión dinámica de una sociedad abierta.

Desde esta perspectiva, la democracia parlamentaria como forma de Estado, aquella que en la acertada concepción de Kelsen frente a Schmitt constituye «la única forma real posible bajo la que puede realizarse la idea de de-

<sup>35</sup> En el sentido en que emplea esta expresión CALAMANDREI (2013).

<sup>36</sup> POPPER (2010).



mocracia dentro de la realidad social presente»<sup>37</sup>, sigue siendo en nuestros días, pese a todo, expresión de éxito y proyección de futuro. Los tipos de totalitarismos y autoritarismos similares a los del periodo de entreguerras, el fascismo y el nazismo, como igualmente el comunismo de tipo soviético, no tienen realmente posibilidades de reimplantación<sup>38</sup>. Pero eso no quiere decir que la democracia no esté recibiendo peligrosas arremetidas provenientes de las nuevas formaciones populistas, nacionalistas o fundamentalistas de diverso tipo, que en definitiva son claramente credos ideológicos integristas y antisistema, a los que ya se ha hecho referencia. Formaciones que aun adoptando formalidades y apariencias propias de la democracia pretenden alcanzar el poder para imponer su identidad, en tanto que erosionan y fracturan los marcos constitucionales democráticos denigrando y devaluando, sobre todo, dos elementos consustanciales a la democracia: el principio pluralista y los órganos e instituciones contramayoritarias.

Si estos procesos ganaran terreno y llegaran a implantarse seriamente, entonces sí podría desarrollarse una crisis profunda de la democracia parlamentaria como forma de Estado y de gobierno que todavía no se ha producido a mi entender (dejando aparte caídas por golpes de estado o algunas transiciones desde democracias muy débiles a autocracias), pese a la abundancia de proclamas en este sentido que con cierto exceso podemos apreciar en algunos medios de comunicación y en determinados análisis jurídicos y políticos. De ahí el desacierto y la inconveniencia, a mi juicio, de llamar «democracias iliberales» o «democracias identitarias» a regímenes políticos cuya voluntad y naturaleza no es sino materialmente autocrática en tanto que no respetan el pluralismo ni todas las exigencias de libertad e igualdad, ni practican tampoco una nítida división de poderes, todos ellos elementos esenciales del constitucionalismo democrático. Tal denominación lo único que consigue es otorgarles carta de naturaleza democrática de manera engañosa, aunque no sea buscada; esto es, investirles de cierta «virginidad política democrática» que no poseen. Como sostienen Josu de Miguel y Javier Tajadura «...una democracia en la que la libertad política no pueda ser ejercida de acuerdo al pluralismo ideológico y en la cual la protección jurídica de las minorías no está garantizada, no es propiamente una democracia constitucional, sino un sistema autoritario encubierto».<sup>39</sup>

Allí donde el populismo no ha conseguido alcanzar el poder y formar gobierno o compartirlo con otras siglas, siguen proliferando formaciones que a él

<sup>37</sup> Kelsen (1988, p. 86). Véase MIGUEL BÁRCENA, TAJADURA TEJADA (2018).

<sup>38</sup> Así lo sostiene con acierto CARRERAS (2021).

<sup>39</sup> MIGUEL BÁRCENA, TAJADURA TEJADA (cit., p. 11).

aspiran, sobre todo las de extrema derecha, en ascenso desde al menos la primera década de este siglo, algunas con tintes neofascistas, compitiendo con formas de actuación, proclamas ideológicas y programas políticos que de un modo u otro implican una desestabilización de la democracia parlamentaria, alimentando la polarización y marcando un rumbo político autoritario con diferentes niveles de intensidad. Se trata de grupos muy diversos entre sí, como hemos dicho, pero que comparten, aunque con diferencias y matices, contravalores de naturaleza identitaria, nacionalista, populista y autocrática, implicando la exclusión, explícita o implícita, del pluralismo; en determinados casos, además, se alimentan ideológicamente de una pulsión nostálgica, apelando a un pasado idealizado.

De otro lado, sin pretensión alguna de establecer equivalencias que no son tales, incide también a veces en la tensión de este escenario una izquierda radical, más allá de la socialdemocracia, con cuya identidad, asentada en lo que entiende «su verdad» incontestable, pretende imponerse hegemónicamente sobre el conjunto social, aunque no llegue a cuestionar la democracia en sí misma, sino que sostenga la legitimidad de su pretensión en la búsqueda de su profundización material, esto es, situarla por encima de una democracia existente que consideran más formal que real, dañando el pluralismo. Esta aspiración trasluce un entendimiento incorrecto, simplificado y rígido de la idea democrática, del que forman parte central la maniquea dicotomía formal-material, el desconocimiento del necesario carácter consensual de toda democracia para poder albergar coherentemente el pluralismo, y la invocación exacerbada de conceptos, mecanismos y elementos propios de la democracia directa, con no pocas contradicciones. También aquí encontramos una buena dosis de populismo, aunque sea de otro signo, que tensa y puede erosionar la democracia, pero al mismo tiempo cabe reconocer que está contribuyendo en algunos países –y no en escasa medida– al avance en determinados desarrollos propios del Estado social, como es el caso de España.

Situados tanto en los extremos de la derecha como de la izquierda del espectro político, tales diferentes clases de formaciones y populismos abonan –insisto, sin equivalencias– un clima cada vez más denso de polarización social y política en relación con las cuestiones que más importan a la ciudadanía: entre otras, inmigración, protección de las minorías y colectivos más vulnerables, cambio climático, desarrollo de derechos y libertades, igualdad de género, cuestiones atinentes al comienzo y fin de vida (aborto, muerte digna, eutanasia y suicidio asistido), relaciones internacionales y encauzamiento de conflictos y reivindicaciones territoriales.

También es destacable que está ocurriendo algo seriamente dañino para la democracia: partidos conservadores, antaño respetuosos del marco constitucio-

nal, acaban entrando en este escenario en un proceso de relativa radicalización, a la par que se va estrechando y empujando la influencia de los tradicionales partidos liberales, de centro y socialdemócratas, que daban estabilidad al sistema. Las connivencias o las alianzas de la derecha tradicional con partidos de ultraderecha van abriéndose camino con un desinhibido desafío a conceptos, principios, valores e instituciones democráticas. Los llamados «cordones sanitarios» van saltándose u olvidándose, siendo entendidos por el conservadurismo como mera «sutileza democrática» exagerada por centristas y socialdemócratas. Una vez llegada a este punto la derecha tradicional, arrastrada por procesos electorales, propende a retorcerse ideológicamente hasta situarse en la línea más difusa del marco democrático, al que no duda desconocer o desafiar puntualmente si a sus intereses conviniera. Grave error cognitivo, porque esta alianza, una vez en el poder, supone una seria amenaza para la democracia, toda vez que puede convertir al conservadurismo político en relativo rehén de postulados populistas integristas propios de la extrema derecha, inclinada al quebrantamiento constitucional. Así las cosas, el resultado sería proporcionar carta de naturaleza a la extrema derecha y dar ocasión para su blanqueo, al tiempo que se abre una importante y peligrosa brecha desestabilizadora. En esa connivencia compiten y se realimentan mutuamente a un tiempo, generando disfunciones de gran intensidad para la democracia. Todo ello se trasluce también en la negatividad que adquiere el debate parlamentario, al que después nos referiremos. En este sentido, como subrayan Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, para las democracias no es prueba esencial el surgimiento de formaciones políticas ultras, sino más bien si sus élites políticas y otros partidos «se esfuerzan por impedirles llegar al poder»<sup>40</sup>.

Ninguna de estas tensiones, insistimos, suponen una impugnación en toda la línea del sistema constitucional democrático ni dibujan una «crisis» *avant la lettre* del constitucionalismo. Ciertamente se erigen en obstáculos, importantes y graves, en tanto que están expresando una constante en nuestros días y son, en cualquier caso, elementos de restricción de la realización de la constitución y riesgos para el futuro. Así las cosas, la responsabilidad de los partidos políticos democráticos, de las instituciones y de la ciudadanía es máxima para combatir los populismos y restaurar los carriles dañados de la democracia allí donde lo estén. Tengamos presente que la evidencia científica revela, de acuerdo con el análisis de la evolución de las democracias en los últimos 120 años, que casi el 80% de ellas se rompen si empiezan a girar hacia la autocratización, aunque este proceso no sea en sí mismo irreversible. Del mismo modo, se documenta y advierte que en el nivel global crece la polarización y la desinformación que

---

<sup>40</sup> LEVITSKY, ZIBLATT (2022).

perjudica a las democracias y alimenta los procesos de autocratización<sup>41</sup>. En este sentido cada vez adquiere más importancia salir al paso de estas tendencias y, entre otras estrategias, es preciso trabajar por recuperar el valor del pluralismo en todos sus aspectos, tener presente la memoria democrática en su compleja evolución desde los orígenes del constitucionalismo, otorgar una atención primordial a la educación cívica y democrática en todos los niveles y ámbitos del sistema educativo conforme a las exigencias de las sociedades democráticas avanzadas de nuestra época<sup>42</sup> y, sobre todo, atajar déficits de representación y transformación social. Por fortuna existen «anticuerpos» (F. Balaguer) de la democracia frente a las crisis, que mitigan la eficacia de nacionalismos y populismos por estas razones: la misma posibilidad de la acción política por parte de eventuales mayorías populistas en el poder son mucho más limitadas en un mundo globalizado en tanto que el Estado como tal ya está condicionado y debilitado en sus propias opciones económicas y políticas en este escenario; la integración europea, como se ha destacado, es pese a todo una garantía frente a posibles involuciones de los estados miembros y contribuye a preservar el patrimonio constitucional europeo; y las constituciones normativas suponen en sí mismas un freno fundamental frente a posibles desarrollos totalitarios<sup>43</sup>.

## 5. SOBRE LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA PARLAMENTARIA COMO FORMA DE GOBIERNO

En lo concerniente a la crisis de la democracia parlamentaria como forma de gobierno, serían también numerosos y difícilmente abarcables los temas a tratar, por lo que solo se apuntan con brevedad algunos de los aspectos que cabe considerar más sustanciales y relevantes.

### 5.1 Sobre la configuración rígida y «todo-abarcante» de los partidos políticos

En el seno de la democracia parlamentaria anida otro gran problema que viene contribuyendo desde hace tiempo a su erosión constante, pero que hoy, en tiempos de populismos, adquiere proporciones extremas. Aunque persista como

---

<sup>41</sup> BOESE *et alii* (2021).

<sup>42</sup> Remito a CÁMARA (a-b2023)

<sup>43</sup> BALAGUER CALLEJÓN (2020).

mito, no tiene realidad el clásico esquema racionalista liberal del parlamento como foro de discusión política transaccional, donde teóricamente el debate y la adopción de decisiones conducirían «por línea natural» y mediante compromisos a la definición de la voluntad popular<sup>44</sup>. Ciertamente el parlamento sigue siendo institución imprescindible, expresión del pluralismo y, por ello, de la «centralidad política», aunque este elemento haya que matizarlo en notable medida por la concentración del «poder activo» en la mayoría parlamentaria-gubernamental. Pero lo es notoriamente menoscabado en nuestros días como institución en sus clásicas funciones deliberativa, de control del ejecutivo, de *indirizzo político* e incluso en su dimensión más prístina y definitoria, la función legislativa.

Entre otros factores, la causa quizás más relevante es que en las cámaras parlamentarias adquieren prácticamente total y rígido protagonismo las fuerzas políticas organizadas en grupos que, sin embargo, constituyen paradójicamente la única forma real de acceso de la ciudadanía a la participación política en la democracia constitucional. Desde el planteamiento kelseniano tal tipo de democracia es aquella que, como subrayara C. J. Friedrich «no atribuye a la mayoría todo el poder», sino que, partiendo de la legitimidad democrática de su voluntad, fija también sus límites sobre el fundamento de la consustancial apertura del poder político y protege a las minorías haciéndolas también partícipes del proceso de adopción de decisiones<sup>45</sup>. La realidad es, no obstante, que estos procesos quedan absorbidos casi por completo por los partidos políticos mayoritarios y resulta desdibujado y rebajado el papel de los representantes políticos individuales elegidos por los ciudadanos bajo sus siglas<sup>46</sup>. Este protagonismo «todo-abarcante» de los partidos denota un profundo desajuste entre la teoría y la realidad del parlamentarismo, debido a la contradictoria y desconcertante mezcla que produce la pervivencia del mito parlamentario clásico como rasero y la comparecencia del parlamento ante la ciudadanía como descarnado «teatro» de la lucha política a través de los medios y redes de comunicación.

En las cámaras parlamentarias se reproducen, representan y formalizan decisiones que han sido previamente tomadas en las cúpulas de los partidos por grupos cada vez más reducidos de personas, que son administradas después des-

---

<sup>44</sup> Como brillantemente y con singular erudición plantea ASTARLOA HUARTE-MENDICOA (2017), nunca ha existido un modelo original o «canónico» homogéneo ni en la teoría ni en la práctica sino, antes al contrario, conformaciones extraordinariamente variadas y complejas de esta institución dependiendo de países y épocas; instituciones a las que, como a las democracias, siempre se las ha venido considerando en crisis, por exceso o por defecto, por variadas causas y circunstancias, sometidas como están a cambios y transformaciones según las vicisitudes de cada tiempo y país. Pese a ello, en el imaginario colectivo tiene amplio predicamento el referido modelo ideal como patrón de valoración.

<sup>45</sup> FRIEDRICH (1975).

<sup>46</sup> Véase al respecto ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES (2015, pp. 15-119).

de las direcciones de los respectivos grupos parlamentarios. Estas decisiones son seguidas, cuando procede, de rígido discurso establecido *a priori* y sin fisuras y, finalmente, del correspondiente voto de representantes que disponen de muy escasa capacidad de iniciativa, sometidos a una disciplina férrea y que, además, mantienen una extremadamente débil conexión con su electorado. Como sostiene Sartori, la heterodisciplina (fijada por los dirigentes del partido) prevalece de esta manera sobre la autodisciplina (la que los integrantes del grupo parlamentario se impondrían a sí mismos) y, cuando esto ocurre, cualquier asamblea se transforma inevitablemente en una mera Cámara de resonancia de decisiones elaboradas en el exterior<sup>47</sup>. Junto con la inexistencia o insuficiencia de otros mecanismos de participación, tal estado de cosas redunda en una crisis de representación, que se encargan de alimentar y extremar las formaciones populistas.

En definitiva, si la cohesión política interna de los partidos es no solo importante sino irrenunciable, ello no puede significar la anulación de los representantes individuales «bajo un mandato imperativo de nuevo cuño», porque esto supone, entre otras cosas, una pérdida sustancial de capacidad de representación que devalúa la democracia parlamentaria en su misma esencia<sup>48</sup>, con la aparejada consecuencia del señalado «divorcio» entre parlamento y sociedad<sup>49</sup>.

## 5.2 Fragmentación, desvirtuación del componente deliberativo e intolerancia política

En tiempos de populismos se produce, además, una confrontación descarnada que ocupa las primeras posiciones en el escenario parlamentario y en todas las dimensiones de su funcionalidad. La fragmentación y la intolerancia política forman un *tándem* en extremo disfuncional que irradia a toda la sociedad. Generan dificultades cada vez más intensas para hacer realidad las exigencias del principio mayoría-minoría que fundamenta la democracia pluralista<sup>50</sup>, aquel que debería producir integración social y política, esto es, la consecución de compromisos entre intereses mayoritarios y minoritarios mediante el diálogo y la transacción. Como subraya Ignacio Astarloa, pudiera decirse que estamos ante la paradoja de que si antes los parlamentos deli-

<sup>47</sup> SARTORI (1999, pp. 2-6).

<sup>48</sup> ASTARLOA HUARTE-MENDICOA (cit., pp. 129-132).

<sup>49</sup> Véase para el caso español GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ (2023, p. 9-30).

<sup>50</sup> «...la voluntad colectiva creada con arreglo al principio de la mayoría no constituye una dictadura de la mayoría sobre la minoría, sino un resultado de las influencias recíprocas entre ambos grupos». KELSEN (2015).

beraban sin decidir, ahora lo que hacen es decidir sin deliberar<sup>51</sup> con decisiones que ya vienen adoptadas y en alta medida encapsuladas por las formaciones políticas.

Cada vez se va difuminando más el concepto de adversario político con el que debería debatirse, pactar y buscar consensos bajo los postulados de una argumentación racional. Pareciera por el contrario que aquello que en estos tiempos se persigue con el debate político es destruir a toda costa la reputación del oponente empleando marcos comunicativos e imprecaciones que compiten en radicalismo y crispación, como queriendo mostrar la «maldad en sí» del contrario con mensajes que son destinados a la propaganda mediante su masiva difusión en medios y redes. Con esta extrema desvirtuación del componente deliberativo, esencial e inherente a la democracia representativa, triunfan en no escasa medida el cortoplacismo, la pérdida de calidad técnica en el ejercicio de todas las funciones parlamentarias y la inoperancia en relación con las grandes cuestiones a las que la política debe dar respuestas, llegando en muchos casos al histrionismo y a la dialéctica schmittiana «amigo/enemigo». En la institución parlamentaria escasean cada vez más los debates que merecen tal nombre y prevalecen los monólogos enfrentados que ya vienen preparados de antemano según un guión del que difícilmente se apartan los oradores, generándose discusiones acaloradas de tono propagandístico y, por lo general, improductivas, contradiciendo y banalizando de esta manera la sustancia y finalidad del trabajo parlamentario. No es extraño, en consecuencia, que surja desconfianza ciudadana en la política y en las instituciones, generando desafección, abstencionismo y un voto más orientado por emociones y sentimientos que por opciones más o menos racionales que sean capaces de ver más allá de lo inmediato, acordes con el carácter intrínsecamente plural y relativista de la democracia como marco de posibilidades.

En definitiva, los ciudadanos no aprecian que los grupos políticos estén actuando como el instrumento adecuado que deberían ser para hacer posible su participación política, toda vez que la elección de representantes en el Estado constitucional de Derecho se plantea no solo como «elección-representación» sino como «elección-participación», de acuerdo a una «cadena representativa» que va desde los electores a los representantes, con la intermediación de los partidos y sus programas respectivos, en virtud de la cual los representantes electos encauzan el voto y han de dar efectividad al derecho de participación política de los ciudadanos<sup>52</sup>. Al desvirtuarse esta cadena de representación se

<sup>51</sup> ASTARLOA HUARTE-MENDICOA (cit., p. 161).

<sup>52</sup> Véase, CÁMARA VILLAR (2020b), y las referencias bibliográficas allí citadas.

propicia una imagen de opacamiento y desatención de las verdaderas necesidades de la sociedad actual, con posiciones radicalmente enfrentadas según bloques ideológicos cerrados a las posibilidades de pacto y compromiso, generalmente al margen de los representados. Cuando este escenario se produce, el parlamento, «institución de la deliberación», como lo bautizara Kelsen<sup>53</sup>, corre un riesgo extremo, convirtiéndose en una institución que puede no solo estar reflejando una relativa crisis democrática sino contribuyendo a ella en alta medida como uno de sus focos principales.

Dar cuenta de esta realidad no es obviamente un alegato frente a partidos y grupos parlamentarios. La existencia de partidos políticos es condición *sine qua non* para la realización de la democracia. Como también dijera Kelsen, «sólo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos». De ahí que concluyera que «la democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un Estado de partidos»<sup>54</sup>. A fin de cuentas, es claro que los partidos, como precisara García Pelayo, son los que con su comportamiento hacen viable o inviable la operatividad del sistema en su conjunto en tanto que ofician como los «principales actores político-constitucionales, en los que se articula no solamente el cuerpo electoral, sino también [la institución parlamentaria] y el Gobierno»<sup>55</sup>. Pero no por ello el Estado ha de ser un «Estado *de* partidos» si esto se entendiera en un sentido de pertenencia y dependencia, acentuando la idea y la praxis de su apropiación *de facto* de la titularidad de la representación como únicos sujetos políticos relevantes, así como atribuyéndose otras facultades de actuación y absorción en órganos y ámbitos institucionales cuya funcionalidad no se corresponda con la representatividad de la que los partidos son portadores. Como suele recordarse, en un modelo democrático estamos ante un «Estado *con* partidos»<sup>56</sup> –cosa muy distinta– en el que los sujetos titulares de los derechos políticos de participación son las personas que integran la ciudadanía y sus representantes. Los partidos son, vinculados con los principios de libertad, igualdad y autonomía, instrumento necesario y fundamental de intermediación para canalizar y articular el pluralismo ante la evidencia de que los individuos aislados no pueden por sí solos llevar a cabo, de manera real y efectiva, la formación de la voluntad democrática en las complejas sociedades actuales.

<sup>53</sup> BAUME (2015).

<sup>54</sup> KELSEN (cit., p. 37).

<sup>55</sup> GARCÍA PELAYO (2021, p. 11).

<sup>56</sup> «... la conversión del Estado con partidos (sin los partidos no puede haber democracia representativa) en el Estado de partidos (en el que estos no son solo vehículos, sino autores de la representación política) ha deteriorado la selección positiva de liderazgos, ha puesto en riesgo la división de poderes y ha facilitado la desconfianza de los ciudadanos en las instituciones», ARAGÓN REYES (2017).



### 5.3 Acerca de la democracia interna de los partidos

También precisa ser destacado en este escenario de relativa crisis el estado de la democracia interna de los partidos, otro clásico tema subyacente. Los partidos estructuran el pluralismo y permiten dar sentido al voto y, a su través, definen la opinión pública política mayoritaria, que se hace voluntad política popular en el marco de la institución parlamentaria. Correspondientemente, ponen voz a mayoría y oposición y son susceptibles de generar alternativas y mayorías políticas cambiantes, además de propiciar entendimientos coyunturales parciales entre la mayoría que sustenta al gobierno y las diversas minorías integrantes de la institución parlamentaria. En esta relación es donde descansa el principio del gobierno democrático-representativo. Pero es preciso reparar en que la voluntad ciudadana no solo se expresa a través de los partidos mediante el mecanismo electoral, sino que también se va construyendo dentro de su respectiva esfera, esto es, en su vida interna y en la interacción entre ellos<sup>57</sup>.

He sostenido en otro lugar que por estas razones los partidos se convierten en un elemento esencial y vertebrador del Estado democrático, por lo que la calidad con la que se establezca y desarrolle su interposición y mediación entre la Sociedad y el Estado determinará (junto con otros factores, especialmente el sistema electoral) la del propio sistema político democrático parlamentario en su conjunto<sup>58</sup>. Su libertad y autonomía en tanto que organizaciones surgidas del ámbito privado, pero con relevancia constitucional por la fundamental función de carácter público que cumplen, ha de estar enmarcada por el pleno respeto a la Constitución y a sus principios también en el ámbito interno, de tal manera que su estructura y funcionamiento sean real y efectivamente democráticos.

Decía Piero Calamandrei en los años cincuenta del pasado siglo que «una democracia no puede ser tal si no son democráticos también los partidos», consideración fundamental que le condujo a precisar que estos necesitaban de una rigurosa disciplina de su funcionamiento, por lo que se mostraba favorable a que la Corte Constitucional pudiera juzgar si se ajustaban o no a tal exigencia<sup>59</sup>. Pero ni los desarrollos legales ni la práctica en las actuales democracias parlamentarias parecen satisfacer suficientemente este requerimiento. Bajo el manto de una apariencia democrática formalmente respetuosa de las exigencias legales, resulta perceptible un intenso nivel de oligarquización interna, un

<sup>57</sup> Así lo entendía Kelsen (2015), considerando que el reconocimiento constitucional de los partidos serviría para «democratizar la formación de la voluntad colectiva dentro de su esfera».

<sup>58</sup> Remito a mis respuestas a la «Encuesta sobre los partidos políticos», CÁMARA VILLAR (2015).

<sup>59</sup> CALAMANDREI (2004, p. 101).

fenómeno «aristocrático» que se mantiene constante en las democracias, como un elocuente eco de la «Ley de hierro de la oligarquía» teorizada por Michels<sup>60</sup>, reforzado todavía más por la generalización del sistema de primarias, proclive a generar un sesgo plebiscitario y cesarista tras la elección de los líderes, difícilmente compatible con el funcionamiento democrático interno. Los partidos son organizaciones reacias a su democratización interna. Las legislaciones se limitan al establecimiento de un estándar mínimo, pero la realidad se sobrepone a las apariencias que ese estándar pretende reflejar y alcanzar<sup>61</sup>.

#### 5.4 Penetración de los partidos en instituciones cuya función no es expresar la representatividad que portan

También incide de manera no desdeñable en la crisis del parlamentarismo la presencia o injustificada intermediación que se produce por parte de partidos mayoritarios en órganos e instituciones del Estado con repercusión sobre el control de la sociedad que, además, resultan contrarias a un entendimiento «robusto» del principio de separación de poderes. Existen situaciones en que los partidos penetran de manera indebida en instituciones cuya función no es en absoluto la de expresar la representatividad que portan las formaciones políticas, sino actuar con imparcialidad en el cumplimiento de su propia y específica función. M. Presno Linera se ha ocupado de esta cuestión en su excelente monografía *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*<sup>62</sup>. Se trata, sobre todo y entre otros aspectos, del tan denostado sistema de «cuotas

<sup>60</sup> MICHELS(1969).

<sup>61</sup> Entre otros aspectos –pensando específicamente en el caso de España, pero siendo trasladable buena parte de este diagnóstico a otros países– es posible identificar los siguientes: a) no suelen existir suficientes limitaciones respecto a la acumulación de cargos ni tampoco del número de mandatos en cargos internos; b) la participación de los afiliados en cuestiones importantes, como podrían ser la elaboración de determinadas resoluciones y programas, es débil o casi inexistente en algunos de ellos; c) las medidas de transparencia y buenas prácticas resultan escasas, insuficientes y poco eficaces; d) la información sobre asuntos internos suele ser administrada libérrimamente por la élite dirigente y controlada a través de la burocracia del partido; e) los controles de gestión internos son parvos, deficientes o muy formalizados según cánones poco rigurosos, especialmente en materia de financiación; f) las minorías internas van perdiendo progresivamente capacidad de participación y el debate suele ser escaso por esta y otras razones ya apuntadas; g) el sistema de primarias para la elección de líderes recientemente triunfante (en su día reivindicado y saludado como si fuera la apoteosis de la democracia partidaria) no resulta eficaz para combinar dosis necesarias de liderazgo con dosis de colegiación o participación en las decisiones más importantes o con la existencia de órganos con capacidad real y efectiva de contrapeso y equilibrio internos; h) todo lo indicado anteriormente tampoco es compatible con una participación sostenida, más intensa y libre, de los afiliados, lo que favorece una especie de «cesarismo» de los líderes –que se intensifica exponencialmente cuando el líder está también al frente del gobierno–, lo cual es difícilmente armonizable con el modelo democrático parlamentario al que los partidos han de servir.

<sup>62</sup> PRESNO LINERA (2000); véase especialmente la Parte II, Capítulo II (La irradiación de la representatividad parlamentaria a sedes ajenas a la función parlamentaria), pp. 175-189)

de partido» en el nombramiento de los miembros integrantes de determinados órganos constitucionales y otras instituciones relevantes, que bien pudiera ser sustituido o atemperado con otras fórmulas. En situaciones de intensa polarización política, como ocurre en la actualidad, puede llegarse, además, al bloqueo institucional, como ocurre en España, por ejemplo, a propósito de la todavía estancada renovación del CGPJ durante cinco años y las injustificables distorsiones que la mayoría conservadora de este órgano está propiciando.

Pero las distorsiones alcanzan en ciertos supuestos hasta el mismo ámbito parlamentario interno cuando la representatividad política grupal, orillando la que corresponde al representante individual, se proyecta a través de los grupos políticos sobre órganos que no responden (o no deben responder) a esa lógica ni a ese objetivo, como es el caso, por ejemplo, de las Comisiones de investigación, que expresando por su mismo concepto y sustancia una función de control, se convierten por lo común, sin embargo, en un mecanismo más de gobierno de la mayoría<sup>63</sup>.

## 5.5 Mención final a otros elementos distorsionantes

Existen otros elementos que contribuyen a la erosión de la institución parlamentaria y que solo mencionaremos para no alargar este texto en exceso: la pervivencia de institutos parlamentarios que son percibidos hoy como privilegios injustificados<sup>64</sup>, como es el caso, aunque no solo, de la inmunidad parlamentaria, a la que ya el mismo Kelsen considerara hace casi un siglo como un anacronismo que debería ser suprimido o considerablemente restringido<sup>65</sup>; especial gravedad reviste el creciente debilitamiento de los controles parlamentarios al ejecutivo en el marco del fortalecimiento cada vez más evidente de los gobiernos, acrecentado en los tiempos de pandemia y con tendencia a consolidarse; el indisimulado abuso de la decretación de urgencia y la legislación «ómnibus» y el deterioro de la tramitación parlamentaria de las leyes, así como de su calidad<sup>66</sup>; la tendencia, al parecer imparable, al enredo parlamen-

<sup>63</sup> PRESNO LINERA (2020).

<sup>64</sup> Me he ocupado de esta cuestión, referida al caso español en CÁMARA VILLAR (2022).

<sup>65</sup> KELSEN (2015).

<sup>66</sup> Sobre estos aspectos véase, con especial referencia al parlamento español, Ignacio Astarloa Huar-te-Mendicoa, «La institución parlamentaria en un tiempo inquietante», en Asunción de la Iglesia Chamarro (coord.) *El parlamento a debate en un tiempo nuevo*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023, pp. 25-75. José Antonio Montilla, por su parte, ha destacado el notable desajuste que produce la acelerada digitalización de la sociedad en el funcionamiento del sistema de gobierno parlamentario, especialmente en el procedimiento legislativo («Parlamentarismo en España: algunas revisiones necesarias», *ReDCE*, núm. 38, julio-diciembre, 2022).

tario en batallas «culturales» en vez de centrarse, como señala E. Guillén, en las políticas que ordenan la vida social y que «podrán ser ajustadas o incluso revertidas dentro del marco constitucional como resultado de los procesos electorales»<sup>67</sup>; o, entre otros aspectos, la pérdida de funcionalidad de determinadas instituciones. Cada uno de estos temas sería acreedor de un estudio específico que ni tan siquiera podemos dejar apuntados aquí.

## 6. CONCLUSIONES

Es innegable que existen en la actualidad claros síntomas de crisis para la democracia parlamentaria: los embates ideológicos y políticos permanentes de formaciones populistas en ascenso; el crecimiento de la segmentación y la polarización en amplios sectores de la ciudadanía y en las formaciones políticas; la llegada al poder del populismo en algunos países que llevan a cabo infracciones graves de elementos estructurales del Estado constitucional de Derecho o inician un proceso de autocratización; el deterioro de órganos constitucionales o con relevancia constitucional y otras instituciones necesarias para la democracia. Junto a ello se ha abierto, además, un amplio panorama de transformaciones sociales, económicas y políticas interrelacionadas: entre otras, el curso de la economía neocapitalista en un mundo globalizado, que incrementa las desigualdades y otorga gran poder e influencia *de facto* a élites globales a costa de los estados; la decepción de amplias capas de la población por cómo se han venido gestionando desde las instituciones democráticas las crisis recientemente vividas, con la relativa quiebra del pacto social-democrático; la configuración segmentada de los medios de comunicación y los espacios públicos, que empobrecen el sentido de comunidad con el deterioro a gran escala del debate racional que impide la formación de una opinión pública realmente libre y robusta, necesaria para la democracia.

Por otra parte, la canalización racional de los conflictos y la articulación del pluralismo, funciones propias y esenciales del constitucionalismo democrático, se han venido resintiendo por un encadenamiento solapado de crisis globales sucesivas: la gran crisis financiera abierta en 2008, que ha producido un gran efecto de «externalización» del poder estatal hacia la economía; la crisis generada por la pandemia COVID a finales de la segunda década del siglo, que ha generado también serios problemas para la democracia y las instituciones parlamentarias y, en general, un efecto de consolidación del poder de

---

<sup>67</sup> GUILLÉN LÓPEZ (2023).

los regímenes autocráticos y una parcial pero sensible erosión de algunas libertades y derechos en los sistemas democráticos; mención especial merece, además, el intenso proceso de «internalización» del poder de los grandes agentes globales económicos y mediáticos en los estados a través de internet y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, a lo que hay que añadir la eclosión acelerada de una IA todavía altamente deficitaria en controles eficaces de los sistemas inteligentes y los algoritmos que les dan vida y orientación. Todo ello está arrojando negativos efectos sobre las identidades, las opciones ideológicas y políticas, las instituciones, los derechos y libertades, los consensos básicos y la convivencia.

Los índices globales de democracia apuntan a que ciertamente la democracia pluralista está en apuros, estancada y en declive en algunos lugares; crece la polarización y la desinformación que perjudica a las democracias y alimenta los procesos de autocratización en algunos sistemas políticos. Este estado de cosas tiene también su reflejo en el nivel institucional parlamentario, pudiéndose advertir, entre otros, los siguientes aspectos: pérdida relativa de centralidad política del parlamento; un funcionamiento rígido y «todo-abarcante» de los partidos y grupos políticos; su penetración indebida en instituciones cuya función no es la de expresar la representatividad que portan las formaciones políticas; su escaso nivel de democracia interna; la merma del clásico esquema racionalista liberal del parlamento como foro de discusión política transaccional; la desvalorización progresiva del papel de los representantes individuales y con ello el paradigma de la representación-participación; el intenso deterioro del componente deliberativo; la creciente fragmentación política y el reforzamiento de la intolerancia; el debilitamiento del principio mayoría-minoría y, con él, la merma extrema tanto de la argumentación racional como de la capacidad para alcanzar pactos y compromisos entre intereses mayoritarios y minoritarios; la difuminación de la concepción de adversario político y la aparición de la dialéctica schmittiana amigo/enemigo que conduce al enredo en «batallas culturales» y a la pérdida de atención a los grandes retos y necesidades comunes; el creciente debilitamiento de los controles parlamentarios al ejecutivo y el deterioro de los procedimientos y la calidad legislativa.

Pero la constatación de todos estos embates, estancamientos, regresiones, distorsiones, déficits y escenarios amenazantes, no pueden identificarse, sin más, con una situación instaurada de «crisis del constitucionalismo» ni tampoco con una crisis sistémica estructural de la democracia parlamentaria que apunte a su ocaso, sea como forma de Estado o como forma de gobierno. No existe hoy, contrariamente a la gran crisis de los años treinta del siglo xx, un cuestionamiento frontal intelectual y político de la democracia parlamentaria.

El Estado constitucional de Derecho mantiene desde sus principios y valores, tanto en la dimensión dogmática como en la orgánica, la posibilidad de superar las tensiones y problemas actuales y ser capaz de resintonizar con la ciudadanía y encontrar la adecuación necesaria a los profundos cambios y transformaciones que se están produciendo.

Este panorama apunta a una inmensa e ineludible tarea de recuperación y reforzamiento de la legitimación de la democracia y de su eficacia, de profundización en la cultura constitucional y en la utilidad del gobierno, del parlamento y de las instituciones. De manera especial, esta tarea depende de los partidos, sencillamente porque están en la base de todo el entramado institucional. Revitalizar el «patriotismo constitucional» es fundamental. En este sentido es de gran importancia otorgar atención primordial a la educación cívica y democrática. De todo ello depende la asunción por la ciudadanía de la democracia como forma de existencia y, por tanto, su futuro. Pero no hagamos concesiones al catastrofismo o a un pesimismo derrotista, porque la historia y la experiencia nos muestran –al margen de determinismos, como sostienen Daron Acemoglu y James A. Robinson en su libro *Por qué fracasan los países*<sup>68</sup>– que en los últimos siglos el mayor éxito político, económico y social sostenido ha correspondido a aquellos países que han construido instituciones políticas y económicas inclusivas basadas en el avance democrático, dinámica en la que en muchas ocasiones los grandes cambios se han producido precisamente en situaciones críticas que abren oportunidades de mejora.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. A. (2012). *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Ediciones Deusto. Barcelona.
- ACKERMAN, B. (2011). *La Constitución viviente*. Madrid, Marcial Pons, p. 42.
- ADORNO, T. W.; FRENKEL-BRUNSWIK E.; LEVINSON, D. J.; SANFORD, N. (1950). *The authoritarian personality*. Harper & Brothers. New York.
- ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J. (2013). *Estado de partidos: participación y representación*. Madrid. Marcial Pons.
- APPLEBAUM, A. (2021). *El ocaso de la democracia. La seducción del autoritarismo*. Debate.

---

<sup>68</sup> ACEMOGLU D., ROBINSON J.A., *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2012.

- ARAGÓN REYES, M. (2021). «Presentación». En M. Aragón Reyes, J. R. Cossío Díaz, L. F. Nava Gomar, *La crisis del parlamentarismo en nuestra democracia constitucional*. Tirant lo Blanch.
- (2017). «Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109, 32.
- ARJONA, M. J. (2020). «Crisis, ¿qué crisis?». En F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López y J. F. Sánchez Barrilao (dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*. Madrid. Aranzadi-Thomson Reuters, p. 143-175.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. (2017). *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*. Madrid. Iustel.
- (2023). «La institución parlamentaria en un tiempo inquietante». En A. de la Iglesia Chamarro (coord.), *El parlamento a debate en un tiempo nuevo*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, pp. 25-75.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2012). «Crisi economica e crisi costituzionale in Europa». *KorEuropa*, n. 1.
- (2018). «Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI». *ReDCE*, n. 30.
- (2019). «Redes sociales, empresas tecnológicas y democracia». *ReDCE*, n. 32.
- (2020). «El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas». En F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López y J. F. Sánchez Barrilao (dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*. Madrid. Aranzadi-Thomson Reuters, p. 25.
- (2023). *La constitución del algoritmo*. Zaragoza. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y Autonómicos, pp. 9 y 10.
- BÁRCENA, J. M.; TAJADURA TEJADA, J. (2018). *Kelsen versus Schmitt, Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*. Madrid. Escolar y Mayo Editores.
- BAUME, S. (2015). *Kelsen. Un alegato por la democracia*. Jusbaire. Buenos Aires.
- BENDA, J. (2008). *La traición de los intelectuales*. Barcelona. Galaxia Gutenberg.
- BOESE, V. A. et alii (2021). «How democracies prevail: Democratic resilience as a two-stage process». *Democratización*, Vol. 28, n. 5, 885-907.
- CALAMANDREI, P. (2004). «Chiarezza nella Costituzione». *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, Sansoni, p. 101.
- (2013). *La constitución inactuada*. Tecnos. Madrid.
- CÁMARA VILLAR, G. (2015). «Encuesta sobre los partidos políticos». *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 35, pp. 15-119.
- (2016). «Constitución y crisis económica en España en el marco europeo». En F. Balaguer Callejón y J. Tudela Aranda (Coords.), *Estudios en Homenaje al Profesor y Magistrado Luis Ortega Álvarez*. Thomson Reuters ARANZADI. Cizur Menor, pp. 171-194.

- CÁMARA VILLAR, G. (2020a). «Los derechos fundamentales como categoría esencial del constitucionalismo». En F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López y J. F. Sánchez Barrilao (dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*. Madrid. Aranzadi-Thomson Reuters, p. 65-115.
- (2020b). «Mandato parlamentario». En B. Pendás (Ed.), *Enciclopedia de las ciencias morales y políticas para el siglo XXI*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas/Boletín Oficial del Estado, pp. 900-903
- (2022). «El Estatuto de los Diputados, viejos y nuevos problemas». *Revista de las Cortes Generales*, n. 11, Especial monográfico, pp. 318 y ss.
- (2023). «Derecho a la educación, pluralismo y sociedad abierta en la era digital». En F. Balaguer Callejón e I. W. Sarlet (dirs.) y C. L. Strapazzon, I. Robl Filho, A. Aguilar Calahorra y A. Pérez Miras (Coords.), *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*. Editorial Aranzadi. S. A. U. Cizur Menor, Navarra, 2023, p. 493-517.
- CARRERAS, F. (2021). «La democracia y sus enemigos internos». En M. Aragón Reyes, José Ramón Cossío Díaz y Luis Felipe Navas Gomar, *La crisis del parlamentarismo en nuestra democracia constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.
- FIORAVANTI, M. (1996). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid. Trotta. 128.
- (2001). *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*. Madrid. Trotta.
- FRIEDRICH, C. J. (1975). *Gobierno constitucional y democracia*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. Tomo I, p. 57.
- GARCÍA PELAYO, M. (1977). *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial.
- (2021). *Inédito sobre la Constitución de 1978*. Madrid. Tecnos. p. 11.
- GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. (2023). «¿Déficit de representación o pérdida de centralidad del Parlamento?». *Cuadernos Constitucionales*, n. 4, pp. 9-30.
- GUILLÉN LÓPEZ, E. (2020). «La anfibiaología constitucional del concepto de seguridad». En F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López y J. F. Sánchez Barrilao (dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*. Madrid. Aranzadi-Thomson Reuters, p. 291-310.
- (2023). Encuesta sobre «Nuevas dinámicas en la forma de gobierno». *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 52.
- HELLER, H. (1934). *Teoría del Estado*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica.
- KELSEN, H. (1988). «El problema del parlamentarismo». En *Escritos sobre la democracia y el socialismo* (selección y presentación de Juan Ruiz Manero). Madrid. Debate, p. 86.
- (2015). *Esencia y valor de la democracia / Forma de Estado y Filosofía*. Ediciones Coyoacán. México.



- LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. (2022). *Cómo mueren las democracias*. Ariel. Planeta. Barcelona.
- LINZ, J. J. (2021). *La quiebra de las democracias*. Alianza Editorial.
- MAFFESOLI, M. (2000). «Posmodernidad e identidades múltiples». *Sociológica*, vol. 15, n. 43, pp. 247-275.
- MICHELS, R. (1969). *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*. Buenos Aires. Amorrortu editores.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2009). *La defensa del Estado social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*. El Viejo Topo. 80 y ss.
- MONTILLA, J. A. (2022). «Parlamentarismo en España: algunas revisiones necesarias». *ReDCE*, n. 38.
- MÜLLER, J. W. (2007). *Constitutional Patriotism*. Princeton University Press.
- OLIVER LEÓN, B. (2020). «Administración local y crisis económica. La dimensión local de una crisis global». En F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López y J. F. Sánchez Barrilao (dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*. Madrid. Aranzadi-Thomson Reuters, p. 253-287.
- PÉREZ MIRAS, A. (2020). «Las crisis sanitarias como crisis de seguridad». En F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López y J. F. Sánchez Barrilao (dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*. Madrid. Aranzadi-Thomson Reuters, p. 373-409.
- POPPER, K. R. (2010). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Paidós Básica.
- PRESNO LINERA, M. A. (2020). «Coronavirus SARS-CoV-2, garantía de derechos fundamentales y límites a los mismos». Blog *El derecho y el revés*.
- (2020). *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel.
- (2022). *Derechos Fundamentales e inteligencia artificial*. Madrid. Marcial Pons. Fundación Manuel Giménez Abad.
- RODRIGUES CANOTILHO, M. (2020). «Crisis del constitucionalismo, transformación constitucional y derechos fundamentales: el caso portugués». En F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López y J. F. Sánchez Barrilao (dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*. Madrid. Aranzadi-Thomson Reuters, p. 496.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (2020). «Riesgos y seguridad a comienzos del Siglo XXI (y una coda al respecto de las crisis del COVID-19)». En F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López y J. F. Sánchez Barrilao (dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*. Madrid. Aranzadi-Thomson Reuters, p. 311-341.
- SARTORI, G. (1999). «En defensa de la representación política». *Claves de Razón Práctica* n. 91, pp. 2-6.
- SAVATER, F. (2018). Entrevista en «Matacán», blog de Javier Caraballo en *El Confidencial*.
- SCHMITT, C. (1990). *Sobre el parlamentarismo*. Tecnos. Madrid. 1990.

- VARELA SUANCES-CARPEGNA, J. (1998). «Las cuatro etapas de la historia constitucional comparada». Introducción a *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- VEGA GARCÍA, P. (1980). «Parlamento y opinión pública», en M. A. Aparicio, *Parlamento y Sociedad Civil*. Cátedra de Derecho Político de la Universidad de Barcelona, p. 28.
- ZIBLATT, D. (2023). «El populismo de derecha es en Europa y EE UU una amenaza mayor para la democracia que el de izquierda». *El País*.
- ZUBOFF, S. (2020). *La era del capitalismo de la vigilancia*. Paidós Estado y Sociedad. Planeta. Barcelona.

## ¿ESTÁ EL PARLAMENTARISMO EN CRISIS?

JUAN F. LÓPEZ AGUILAR

*Catedrático de Derecho Constitucional (ULPGC)*

*Presidente de la Comisión de Libertades, Justicia e Interior  
del Parlamento Europeo*

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *La variedad de enfoques y elementos componentes en el debate alrededor del «parlamentarismo en crisis».*—3. *La aproximación histórica a la crisis del parlamentarismo.*—4. *Análisis de los problemas del parlamentarismo expuestos a frente de crítica.*—5. *Efectos y consecuencias de las concausas de la «crisis del parlamentarismo».*—6. *Los embates del parlamentarismo en la UE: la ofensiva «iliberal» y del discurso del odio contra la idea europea de Estado de derecho, democracia y derechos fundamentales.*—7. *Consideración especial de la erosión del parlamentarismo en la judicialización de la política y la correlativa politización de la justicia.*—8. *Una reflexión conclusiva.*

### 1. INTRODUCCIÓN

Tan lejos como puede recordarse a sí mismo y recordársele, el *Parlamentarismo* siempre ha estado en *crisis*. Con este aserto comencé uno de los primeros libros que dediqué a la materia (*Minoría y oposición en el Parlamentarismo*, CdD, Madrid, 1991), y en la medida en que sintetiza sumaria y lapidariamente un trayecto de dos siglos, continúa hoy estando vigente.

Refiere esta idea el carácter abierto y dinámico, cambiante en el curso de la historia, de esta específica acepción de la democracia representativa que cuaja en el parlamentarismo, expresión ambivalente o polisémica con la que se describe tanto un *tipo político ideal* como sus prácticas concretas.

Como he explicado en otra de mis publicaciones –ésta más reciente («¿Qué es el parlamentarismo? Gobierno parlamentario, arquetipos y experiencias (una historia europea)»; *RCG* n. 114, 2022)–, la *forma de gobierno parlamentaria* reviste caracteres específicos en el marco general del Estado constitucional de Derecho y la democracia representativa. El fundamento de esta afirmación se explica sin dificultad en cuanto se constata que, solamente a partir de la elección directa de una Asamblea representativa de la soberanía popular, por sufragio universal de la población incorporada en la comunidad política, corresponderá seguidamente a esta Institución electiva votar y legitimar la formación y la dirección política del poder ejecutivo –esto es, la función de Gobierno, confiada a un Gabinete o Consejo de Ministros– mediante su *investidura*, en la que se formaliza la *relación de confianza* entre su mayoría de apoyo y la de oposición de la(s) minoría(s) disidentes de la dirección política que ha sido confiada al Gobierno.

El recorrido histórico que conduce a la conformación del *parlamentarismo* como *forma de gobierno* se muestra, no obstante, salpicado de incidencias, con variaciones nacionales y fases de maduración y aceleración no exentas de involuciones. Siquiera por esa razón sería ya lícito afirmar que su itinerario histórico está minado todo él por episodios de *crisis*, jalonando cada progreso con inestabilidades políticas o constitucionales merecedoras de estudio en cada caso nacional, o, alternativamente, en cada nivel infraestatal (regional) o supranacional (el ejemplo del Parlamento Europeo/PE, único en su género, como he intentado explicar en otro de mis trabajos).

Pero es que, además de ello, es oportuno subrayar que lo que en la teoría política comparada del parlamentarismo se entiende por su *tipo ideal* en sentido *weberiano* no ha llegado a presentarse nunca históricamente en términos de adecuación químicamente pura. No existe, pues, un *ideal* de parlamentarismo que se haya mantenido ajeno a sus transformaciones tras sus sucesivas crisis. Si es que, efectivamente, puede hablarse de parlamentarismo es porque hay concretas formas de gobierno parlamentario expuestas a sus propias crisis y a sus evoluciones.

Aludo con ello a la evidencia del contraste entre los rasgos asociados al *ideal* del parlamentarismo y sus *prácticas* concretas a lo largo de su historia. Es sabido que el sustrato basal del parlamentarismo reside en el valor del pluralismo en sociedades abiertas. La Constitución española de 1878 (CE) consagra así el *pluralismo político* como un valor superior de su ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). Quiere con ello afirmarse que el pluralismo –en cualquiera de sus variantes socialmente significativas– no es, para la democracia, un *passivo* o un problema que deba ser reducido a su mínima expresión, sino un *ac-*

tivo a preservar y promover activamente. Sobre este supuesto básico, la democracia representativa articula conforme a diferentes técnicas electorales la proyección del pluralismo en las asambleas dimanantes de la voluntad popular. Esas asambleas, aun cuando revestidas de potestad legislativa, sólo devienen *parlamentos* en la medida en que incorporan la legitimación del poder ejecutivo mediante la confianza política de su *mayoría* de miembros (*relación de confianza* o *rapporto fiduciario*) en la votación de investidura, encarnada normalmente en la jefatura del Gobierno (principio de canceller, *Kanzler Prinzip*), Primer/a Ministro/a o Presidente/a del Gobierno.

La *regla de mayoría* emerge así en su calidad de principio nuclear de legitimación de la decisión democrática, sea en su variante legislativa (aprobación de normas de carácter general vinculantes para el cuerpo político sobre el que opera su representación), sea en su proyección sobre nombramientos o acceso a cargos públicos dimanantes del voto que se sustancia en Asambleas representativas. Correlativamente, el *respeto por la/s minoría/s* es asimismo consustancial a la idea de democracia –particularmente la que cuaja en la cultura europea, cristalizada hoy en los *valores comunes* de la *idea europea* de Estado de Derecho, democracia y derechos fundamentales del art. 2 TUE– y definitoria de ésta y de su credibilidad. La comprensión de esta premisa se completa con el estudio comparado de las distintas expresiones del voto por mayoría en Asambleas representativas (así, «*mayoría simple*», más votos favorables que negativos independientemente del número de abstenciones; «*mayoría absoluta*», al menos la mitad más uno del total de miembros de pleno Derecho; «*mayoría cualificada*», especialmente reforzada –3/5, o, en su caso, 2/3– para determinadas decisiones o nombramientos requeridos de amplios acuerdos o consensos tendencialmente transversales, *crossParties* o interpartidarios).

El *parlamentarismo* se perfila, así, como la específica modalidad de *democracia representativa* en que las elecciones deciden la composición de un Parlamento (unicameral o bicameral, según las estipulaciones de las Constituciones nacionales), y sólo a partir de la sesión constitutiva de cada concreto Parlamento tiene lugar, en su seno, la *investidura* del Gobierno a partir del establecimiento de una *relación de confianza* entre Parlamento (mediante una mayoría a la que, en su caso, se opone una minoría alternativa) y Gobierno o Ejecutivo. Esa confianza política es fuente legitimadora y activa la acción de Gobierno y puede desactivarla con la formalización de su pérdida, sea por la denegación (votación negativa) de una *cuestión de confianza* planteada por el Gobierno, sea por la interposición y votación favorable de una *moción de censura* (que incluye la modalidad, distintiva de Alemania, art. 67 LFB, y española, arts. 113 y 114 CE, de la denominada *moción de censura constructiva*,

*Konstruktive Misstrauensvotum*, que anuda, en caso de ser adoptada por la mayoría requerida –en caso de la moción de censura constructiva, será la mayoría absoluta, mitad más uno del total del número de los miembros de la Cámara en que se sustancie–, la caída del Gobierno censurado con la investidura de la persona propuesta como candidatura alternativa, que pasa así a presidir y formar nuevo Gobierno).

Por una suma de razones fácilmente inferibles, el análisis de la *forma de gobierno parlamentario* suele, completarse con estudios acerca de los diversos *sistemas electorales* conocidos y practicados en Derecho comparado –leyes reguladoras, tamaño de circunscripciones, conformación de candidaturas, reglas de adjudicación de escaños y fórmulas matemáticas para traducir votos en cuotas de representación– (D. Nohlen, *Sistemas electorales del mundo*, CEC, 1981), con los de los correlativos *sistemas de partidos políticos* (G. Sartori, *Parties and Party Systems; A framework for Analysis*, 1976) y con los de la disciplina jurídica de la *función de oposición* (sobre la que publiqué en su día *Oposición parlamentaria y orden constitucional*, CEC, 1988), en la medida en que la *relación de confianza* vincula a la mayoría de apoyo con la acción de Gobierno desde la investidura, con lo simultáneamente, sitúa a la/s minoría/s de oposición frente al Gobierno y su mayoría de apoyo desde su voto negativo a la confianza e investidura.

## 2. LA VARIEDAD DE ENFOQUES Y ELEMENTOS COMPONENTES EN EL DEBATE ALREDEDOR DEL «PARLAMENTARISMO EN CRISIS»

No puede extrañarnos por ello que la discusión a propósito de la *crisis del parlamentarismo* –sea esta real o supuesta– recorra todo el arco temático que acaba de sintetizarse con trazos tan sumarios. La crisis del parlamentarismo se ocupa, pues, de la crisis del Estado constitucional de Derecho en que cristaliza esta específica forma de Gobierno. Se ocupa también de la crisis del pluralismo político (acentuada en períodos de atomización o de extrema polarización, un síndrome éste que, en los últimos años, recorre de cabo a rabo el paisaje de la democracia). De la crisis de los partidos políticos como «expresión de pluralismo» e instrumento fundamental para la participación política» (tal como reza, paradigmáticamente, el art. 6 CE) y su proyección una crisis de los *sistemas de partidos* sobre los que escribió Sartori (*Parties and Party Systems. A framework for Analysis*, Cambridge Univ. Press 1976). Y de ahí a la crisis de la legitimación o de la representatividad de la concreta fórmula de distribución

de escaños o del entero sistema electoral operativo en cada experiencia nacional. Se ocupa también, cómo no, de la crisis de la *función de oposición* y de la tutela jurídica de las minorías que se oponen a la acción de Gobierno. Y se ocupa, en definitiva, de todas las terminales institucionales y técnicas (Reglamentos parlamentarios) que articulan el funcionamiento práctico de esta forma de gobierno. Y del entorno mediático en la conformación de un régimen de opinión pública en sociedades abiertas. Y de la relación de los parlamentos con los demás poderes, órganos constitucionales (Justicia constitucional) e instituciones del Estado.

De todo esto, y aún más, en la medida en que las crisis de la forma de gobierno parlamentario van asociadas también a la de la escala misma de su representación, lo que redundará en la crisis de su eficacia y rendimiento. Se alude aquí a la multiplicación de niveles coexistentes de representación de la comunidad política: desde la proliferación de entidades locales representativas (en el caso de España, municipios y provincias, art. 141 CE), junto a las subestatales y/o regionales (en el caso de España, CCAA, art. 143 CE) y las supranacionales (en el caso de España, la integración europea en el marco originario de las Comunidades Europeas, hoy UE, art. 93 CE).

### 3. LA APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA CRISIS DEL PARLAMENTARISMO

Es habitual en la literatura del parlamentarismo comparado efectuar un recorrido histórico sobre las sucesivas etapas de su configuración. Esa perspectiva histórica ayuda a comprender el trayecto de sus transformaciones y, consiguientemente, los fundamentos reales o pretendidos de exposición a la crítica y de su «crisis» actual.

a) La sólita referencia a la fase originaria del parlamentarismo suele hacer hincapié en su carácter embrionario, escasamente institucionalizado, basado en *convenciones y prácticas* gradualmente asentadas en el curso de los años. Ciertamente, el *modelo Westminster* (arquetipo británico, transportado a muchas otras latitudes del área de influencia británica, antiguos dominios o colonias) es una referencia en sí misma, habida cuenta de que el patrón original hincra raíces en un sistema político —el que históricamente ha dado lugar al Reino Unido— carente de una *Constitución escrita* en el sentido de un único documento compacto en que se condense la Norma fundamental de un Estado. Pero lo cierto es que esta fase auroral del parlamentarismo se caracteriza por

la ausencia de reglas claras y de su deficiente incardinación en el conjunto del ordenamiento jurídico del Estado, por lo que suele aludirse como «*parlamentarismo desregulado*» o incluso «*salvaje*», materializado en la inestabilidad política y las intensas y sucesivas variaciones de la composición y dinámicas de las Asambleas legislativas en su relación con los gobiernos investidos por éstas, con otorgamientos y retiradas de confianza tan lábiles como frecuentes (como ejemplificaría las experiencias del llamado *Estatuto Albertino* de 1848 en Italia, la III República francesa, el constitucionalismo español de 1869 y la I República española, entre otras paralelas).

b) Una segunda fase suele identificarse con lo que, en la literatura académica, desde la clásica obra de Boris Mirkine-Guetzévitch (*Nuevas tendencias del Derecho Constitucional*, Ed. Reus, 1934, trad. esp.) viene denominándose «*parlamentarismo racionalizado*». Se alude con esta expresión a su incardinación positiva en el ordenamiento fundado en una *Constitución normativa y racionalizada*, en la acepción que explicaron en su día Karl Loewenstein (*Teoría de la Constitución*, Ariel, 1984, trad. esp) y Manuel García Pelayo (*Derecho Constitucional comparado*, Ed. Rev d Occidente 1959), cuyas enseñanzas perviven en varias generaciones de constitucionalistas españoles.

Esa «*racionalización*» presupone que prácticas y convenciones han sido plasmadas por escrito en reglas constitucionales y subconstitucionales que imprimen un alto grado de formalización a las técnicas del parlamentarismo. Bases electorales –y por tanto la expresión y proyección del pluralismo en la conformación de la Asamblea o Parlamento representativo de la voluntad popular y la soberanía nacional–, constitución de la(s) Cámara(s), mandato parlamentario y, sobre todo, las técnicas de investidura (depósito de confianza por el que se establece la relación fiduciaria entre Parlamento y Gobierno) y de censura (formalización de la retirada de confianza que hace caer al Gobierno), así como del control parlamentario al Gobierno (preguntas, *Question time*, interpelaciones, mociones, las denominadas en España proposiciones no de ley, Comisiones de Investigación, derecho de acceso a información y documentos y comparecencias regladas de los miembros del Gobierno....) pasan así a ser cuestiones abordadas en normas de rango constitucional y en su correspondiente desarrollo en los llamados Reglamentos parlamentarios (*Standing Orders, Rules of Procedure...*), poniendo coto por tanto a mucho de lo inestable e impredecible de la etapa históricamente precedente.

Excuso aclarar aquí que esta etapa de «*parlamentarismo racionalizado*» predomina en las formas de gobierno constitucionalizadas desde el período de entreguerras (Constitución de Weimar de 1919, Constituciones austríaca y checa de 1920, Constitución española de la II República de 1931...), pero so-



bre todo destaca en el constitucionalismo de la II Posguerra (Constituciones francesas de 1946 y 1958, Ley Fundamental de Bonn de 1949, Constitución italiana de 1948...) y de su segunda oleada tras la caída de las últimas dictaduras en la Europa del sur (las Constituciones griega de 1974, portuguesa de 1976, española de 1978..).

c) Pero hay aún una tercera fase en curso de desarrollo: viene a corresponderse con una fase avanzada de formalización del tipo parlamentario y su forma de gobierno. Nos encontramos no sólo ante una alta e intensiva reglamentación jurídica de todos los aspectos relativos a la configuración, actividad, competencias y procedimientos (de control, presupuestarios, legislativos...) de los Parlamentos, sino, lo que es determinante, del taxativo encuadramiento del mandato del parlamentario individual (cada miembro electo de las Cámaras) en un acabado estatuto de derechos y deberes, prerrogativas y obligaciones.

Vengo denominando a esta etapa «*parlamentarismo estructurado*» en la medida en que describe un tipo parlamentario en que tanto la Constitución escrita como también, y sobre todo, los Reglamentos parlamentarios (adoptados al abrigo de la autonomía institucional y normativa de las Cámaras constitucionalmente consagrada: art. 72 CE), imponen un grado superlativo, sin precedentes en etapas anteriores, de encuadramiento y *estructuración* del mandato parlamentario y, consiguientemente, de la entera actividad y funciones del Parlamento. Pero con la particularidad de que se formalizan las facultades del parlamentario individual en el cuadro vinculante de los *Grupos parlamentarios* (art. 78 CE) que actúan como proyección (o correa de transmisión) de los partidos políticos como expresión del pluralismo dimanante del sufragio universal. El modelo resultante es un modelo altamente reglado y rígido, en que las facultades para intervenir o decidir del miembro individual (tomar la palabra, ser candidato a posiciones o portavocías en las Cámaras o en sus Comisiones, registrar iniciativas, intervenir en Comisión o en Pleno, interponer preguntas o interpelaciones, firmar proposiciones no de Ley o proposiciones de ley, firmar mociones de censura o recursos de inconstitucionalidad, y, por supuesto, votar) aparecen estrictamente subordinadas a las reglas y a las estructuras internas no ya sólo de la Cámara sino del propio Grupo en cada cual se encuadre. La disciplina («de Grupo») se muestra así un componente prescriptivo e ineludible para desempeñar el trabajo parlamentario.

Así, en el arquetipo del parlamentarismo estructurado Derecho parlamentario y jurisprudencia ordinaria y constitucional se dan la mano de consuno para regular con detalle las *prerrogativas* de los miembros de las Asambleas representativas (inviolabilidad en garantía de su libertad de expresión;

inmunidad en garantía de su protección frente a detenciones o persecuciones penales arbitrarias tendentes a distorsionar la composición de las Cámaras; indemnidad en garantía de su sostenimiento económico mientras dura su representación sin depender de la gracia del gobernante en cada momento; y, en su caso, aforamiento como regla de atribución de competencia para su enjuiciamiento). Se establecen asimismo los requisitos y fórmulas para adquisición plena de esas prerrogativas y de la «plenitud» del mandato parlamentarios; se configuran con celo los supuestos de suspensión, remoción y pérdida o extinción del mandato (así como, más recientemente, los de sustitución temporal de su titular). Y todo ello ilustrado por su correspondiente desarrollo doctrinal de cada caso o ejemplo de este desarrollo en su marco comparado.

Baste pensar, para ejemplificarlo, en cuánto ha contribuido a cuajar este arquetipo de parlamentarismo estructurado el Reglamento del Congreso de los Diputados actualmente vigente (5 de marzo de 1982, que sustituyó al anterior «*Reglamento provisional*» de 14 de octubre de 1977 que ordenó sus trabajos en la fase constituyente), que ha cumplido ya más de 40 años, y que ha endurecido de forma más que notable el cuadro de disposiciones directamente resultante de la Constitución de 1978. En efecto, si la constitucionalización de los partidos políticos es explícita en la CE (art. 6) en cuanto «manifestación de pluralismo» e «instrumentos de participación política» que contribuyen a «formar y expresar la voluntad popular»), las bases electorales del sistema aparecen prefiguradas en los arts. 68, 69 y 70 CE, y las prerrogativas de los miembros del Parlamento en el art. 71 CE, el Reglamento del Congreso desarrolla extensamente tanto las condiciones requeridas para la plenitud del mandato (art. 20 RCD) como, con todo detalle, las normas determinantes para su extinción, así como para la formación y extinción de Grupos Parlamentarios. Pero no sólo: el RCD desarrolla asimismo la definición de las distintas mayorías para legislar (procedimiento legislativo ordinario y procedimientos especiales como los de «lectura única» y de «urgencia», además de la convalidación de los Decretos leyes, con eventual tramitación posterior como Proyectos de Ley, y Legislación Delegada por Decretos Legislativos), para decidir y producir determinados nombramientos en órganos dimanantes de la legitimación parlamentaria (Tribunal de Cuentas, TC, CGPJ, Defensor del Pueblo, Consejo de RTVE...), y la articulación técnica y política de las investiduras, el control parlamentario, comparecencias de Altos Cargos y acceso a los documentos, las cuestiones de confianza y la moción de censura.

Como es fácilmente inferible, la asimilación del rigor de esta *estructuración* de la acción parlamentaria plantea dificultades no sólo para su comprensión, acatamiento y manejo por parte de los propios miembros del *Parlamento*

*estructurado*. Las plantea, también, sobre todo, para su entendimiento y aceptación por un entorno en que las opiniones públicas perciben los marcados contrastes entre principios y hechos, entre teoría y prácticas, sino entre la realidad compleja y la simplificación narrativa de sus apariencias.

Baste pensar en la erosión de credibilidad del parlamentarismo causada por el declive y/o derrumbamiento de la calidad dialéctica de discursos debates, por la proliferación de los discursos de odio y la confrontación entre bloques cada vez más mutuamente hostiles en los concretos parlamentos, o por la imposibilidad de alcanzar mayorías cualificadas (3/5 o, en su caso, 2/3) para asegurar nombramientos requeridos de consensos o acuerdos interpartidarios, por no hablar de reformas legales o constitucionales de inusual envergadura. Y baste pensar que esta tarea se desenvuelve a manos de sistemas mediáticos cada vez hostiles a la sofisticación y especiales exigencias de las artes de la política en sociedades abiertas, cada vez más polarizados y entregados con armas y bagajes a alimentar y estimular la polarización y la confrontación de bloques difícilmente conciliables –cuando no irreconciliables– en esas mismas sociedades.

Huelga, por lo tanto, aquí mayor elaboración acerca del impacto que este tránsito de las experiencias históricas del parlamentarismo ha contribuido a asentar la percepción de su «crisis» en amplios estratos de opinión.

#### 4. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS DEL PARLAMENTARISMO EXPUESTOS A FRENTE DE CRÍTICA

Ahora bien, visto todo lo anterior, cabe añadir todavía una consideración adicional, de envergadura y alcance ciertamente no menor para comprender de qué hablamos cuando discutimos o escribimos acerca de la crisis del parlamentarismo. Y es que, efectivamente, hay que arrancar de una evidencia en el actual estadio avanzado –y contemporáneo– de su evolución, que exige incorporar aquí enfoques complementarios, coherentes, en todo caso, con los desarrollos mismos de la democracia y sus crisis.

a) Un primer punto de interés reside en la crisis misma de *legitimidad* de los sistemas democráticos. Una crisis de apoyo y sostenimiento social en la que se entremezclan argumentos funcionales («*lack of delivery or systemic failure to deliver*»: la respuesta fallida ante los retos) y otros de cariz social (incremento de las desigualdades, ahondamiento de las brechas y las fracturas sociales).

b) Conexo con este primer punto, como no podía ser de otra manera, concurre el seísmo político causado por la emergencia del discurso populista en

todas sus variaciones: desde la extrema derecha nacionalista y reaccionaria hasta el que se presenta como socialmente rupturista o revolucionario, discurren hilos conductores y denominadores comunes. Ello es así en la medida en que el populismo no es, en rigor, ideología ni *Weltanschauung*, sino una retórica y un método de comunicación política tendente a la simplificación de la reacción emocional ante la complejidad y la enormidad de la globalización, así como una consiguiente propensión al señalamiento de chivos expiatorios y falsos culpables del malestar difuso y creciente causado por el deterioro de las condiciones de vida de los sectores vulnerables. Esta ola expansiva se ha mostrado corrosiva para el parlamentarismo y, con alcance general, para democracia en sí.

c) Y correlativo también de los anteriores factores, procede señalar aquí la drástica transformación del lenguaje y las herramientas comunicativas por las que se sustancia la actividad política que es sustrato de la democracia y del parlamentarismo. A la jibarización de la complejidad dialéctica de la política y su acción, impuesta por las redes sociales, se suman imparablemente la infantilización de la comunicación política, la reducción de los mensajes (desde el *ad absurdum* al *ad nauseam*). Y a todo ello subsigue inexorablemente e instantaneísmo de la realidad percibida, el vértigo de la ruleta de asuntos (conflictos, escándalos, refriegas y escaramuzas) que, a fuerza de sucederse vertiginosamente, apenas dejan poso en lapsos cada vez más escasos, al mismo tiempo que se acumulan en el registro sumatorio de su fenomenología.

Y como derivada inevitable, cunde en la opinión pública –*ergo*, en la publicada– la especie de la *decadencia del parlamentarismo*, el declive de sus prácticas y de sus practicantes. Esta crítica se cierne con particular ensañamiento sobre los actuales titulares electos de mandato representativo, esto es, sobre los/as parlamentarios/as individualizados/as. Explica, en otras palabras, la deslegitimación del parlamentarismo sobre el pretendido apoyo de la degradación insondable de la calidad de su discurso, como si los condicionantes de su comunicación no fuesen, como son, *sistémicos* (producto condicionado por las fuerzas imperantes, que retribuyen y recompensan abrumadoramente la simplificación e infantilización de los mensajes, al tiempo que penalizan implacablemente el rigor y la atención a la complejidad de los hechos políticamente relevantes), sino, alegadamente, una opción adoptada por políticos mediocres cuya calidad rebajaría insoportablemente la de los extintos protagonistas de una ensoñada *edad dorada* que resultaría, todo caso, bastante más imaginaria que verazmente expresada en alguna *realidad pretérita* a la que se eche ahora de menos.

## 5. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LAS CONCAUSAS DE LA «CRISIS DEL PARLAMENTARISMO»

Semejante cuadro sintomático adquiere relevancia *sistémica*, toda vez que son sistémicas sus consecuencias sobre la forma de gobierno.

Se acentúa así, para empezar, el ritmo y la intensidad de la selección negativa de las élites políticas que aspiran a funciones de gobierno. Se expulsa con fuerza pareja a cada vez más estratos y círculos de personas elegibles, desmotivadas tanto por los incentivos negativos como por la hostilidad de quienes ya están dentro.

Resalta también, a la hora de explicar las transformaciones que nutren el debate alrededor del parlamentarismo y su crisis, la recomposición y/o descomposición factorial de la representación dimanante del sufragio universal, *ergo*, de la soberanía popular. Este proceso es paralelo a la denominada «*de-construcción de la ley*» como fuente del Derecho y categoría normativa emblemáticamente asociada a la función legislativa atribuida a las Asambleas representativas y por ende a los Parlamentos. En efecto, tanto la proliferación de Parlamentos subestatales (regionales, o como en cada ordenamiento se llamen a las entidades territoriales integradas en un *Bund* o en una Unión federal) como la emergencia de procesos de integración supranacional (del que el Parlamento Europeo/ PE, sería expresión particularmente acabada, de hecho único en su género, directamente electivo y legislador supraestatal), combinada con reuniones interparlamentarias en diferentes esferas de cooperación internacional, ilustran la complejidad para una correcta comprensión de la realidad actual del Parlamento y por tanto del parlamentarismo.

Se ha intensificado, al mismo tiempo, el vaciado de poder desde el tradicional receptáculo de las instituciones democráticamente legitimadas (por la competición electoral por el voto) hacia poderes no estatales, cada vez más invasivos, que llegan a colonizar tanto la formación de opinión como las decisiones de naturaleza política.

Es el caso, por un lado, de la hipertecnología de los algoritmos y la digitalización, sobre los que con finura y penetrante perspicacia ha escrito Paco Balaguer (*La Constitución del Algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023).

Pero también es el caso de la exasperación de la *democracia mediática*, en que el poder se ha trasladado a los capitanes de empresa de los grandes conglomerados de medios de comunicación, haciendo del príncipe mediático el definitivo *factotum* de las relaciones de poder en sociedades que se reclaman

regímenes de opinión pública, al menos en la medida en que se sobreimponga a ésta la opinión publicada.

*Last, but not least*, la *judicialización de la política*, en ordenamientos jurídicos saturados de hipertrofia normativa con pluralidad de fuentes que diluyen el principio *iura novit curia* a fuerza de erosionar la seguridad jurídica con resoluciones jurisdiccionales tan impredecibles como contradictorias entre sí, ha hecho reemerger con fuerza al Poder Judicial –conceptuada de «estamento» de la magistratura, conjunto de los titulares de la función jurisdiccional que se encomienda al Estado– como factor dirimente de la solución de disputas y conflictos de clara naturaleza *política*. Problema éste estructural que se acentúa singularmente en aquellas democracias donde la judicatura exhibe un marcado sesgo ideológico y político. Este es, en mi conocimiento y experiencia, el caso de la española, con una judicatura mayoritariamente conservadora y escorada a la derecha en sus preferencias políticas, lo que imposiblemente dejaría de tener un impacto relevante en su comportamiento, en sus razonamientos jurídicos y en sus decisiones, tanto en asuntos ordinarios como, singularmente, en aquellos revestidos de interés o trascendencia política, social o económica).

## 6. LOS EMBATES DEL PARLAMENTARISMO EN LA UE: LA OFENSIVA «ILIBERAL» Y DEL DISCURSO DEL ODIO CONTRA LA IDEA EUROPEA DE ESTADO DE DERECHO, DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En otros trabajos anteriores he desarrollado en extenso la tesis de que la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa* (TL) junto a la *Carta Europea de Derechos Fundamentales* (CDFUE), revestida del «mismo valor jurídico que los Tratados» (art. 6.1 TUE), condensa el mayor avance de la dimensión política y constitucional de la integración europea experimentado en su historia (Véase al respecto mi libro: *Europa, Parlamento, Derechos: Paisaje tras la Gran Recesión*, Tirant lo Blanch, 2013). A partir de sus supuestos normativos, la UE tiene, en efecto, capacidad de intervenir ante un caso de *riesgo claro* (*clear risk*) de erosión o violación grave y sistémica (*serious breach*) de sus *valores comunes* (art. 2 TUE), en defensa de una *idea europea* de Estado de Derecho, democracia y derechos fundamentales basada, a su vez, en lo que el TL refiere como «tradiciones constitucionales comunes». La sola constatación de un riesgo claro (*clear risk*) de violación grave y sistémica (*serious breach*) de los *valores comunes* consagrados en el art. 2 TUE por parte de un Estado miembro

(EM) de la UE, alcanza, por su definición, al conjunto de la misma: expresado de otro modo, no afecta ni importa exclusivamente al respeto del Derecho europeo en ese concreto país en el que se materializa el problema, sino que repercute también, inevitablemente, sobre los demás EEMM y el conjunto de la UE: impacta negativamente en *la confianza mutua* entre ellos y en la propia consistencia de la UE en la preservación de los derechos de ciudadanía consagrados en la CDFUE que entró en vigor, en 2009, junto al Tratado de Lisboa (TL). Precisamente por ello, el art. 7.1 TUE establece un procedimiento sancionador extraordinario que arranca con una fase preventiva estableciendo un diálogo con el EM concernido cuyo objetivo reside en evitar la imposición de las máximas sanciones (suspensión o retirada de sus derechos de voto y de participación). El dispositivo comentado ha sido objeto, como es conocido, de sucesivas y contundentes Resoluciones aprobadas por el PE por mayorías cualificadas para activar el procedimiento previsto en el art. 7 TUE contra los incumplimientos del Derecho de la UE acumulados en el curso de los últimos años por los Gobiernos ultraconservadores de Hungría y Polonia, autodenominados «*regímenes iliberales*».

El Consejo de la UE (reunión de los Gobiernos de los EEMM) acordó en su día organizar una serie de audiencias monográficas (*Hearings*) en el marco de su formación para Asuntos Generales. ¿Su objetivo declarado? Obtener una imagen actualizada de la ofensiva planteada contra la idea europea de Estado de Derecho, y analizar sus desarrollos y los acontecimientos en la secuencia descrita por cada uno de los dos EEMM señalados por el examen. Respecto a Polonia, el ámbito sustantivo de este *Hearing* (septiembre de 2021) fue la propuesta razonada de la Comisión Europea relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho, principalmente concentrada en su ofensiva contra la independencia judicial y la imparcialidad de su Fiscalía, jerárquicamente sometida a su ministro de Justicia. Por su parte, en cuanto a Hungría, el ámbito sustantivo de la audiencia fue la propuesta razonada del PE sobre la enorme envergadura de sus leyes y medidas contrarias a los *valores comunes* del art. 2 TUE. A partir de estas premisas, el PE (Resolución de 16 de enero de 2020, sobre las audiencias en curso, art. 7.1 TUE relativas a Polonia y Hungría) ha requerido reiteradamente al Consejo una mejor y más eficaz organización de esas audiencias en modo que tengan lugar de manera regular, periodizada en el tiempo, estructurada y abierta a la participación de nuestra representación. En paralelo, se le ha instado la convocatoria reglada de esas audiencias objetivas y basadas en hechos debidamente fundados (*Fact Based Hearings*), conduciendo a proponer conclusiones objetivas tras cada una de ellas, propiciando y promoviendo medidas significativas en la reversión

de los riesgos de violación de los valores consagrados el art. 2 TUE en ambos EEMM.

Además de todo ello, tanto la Comisión de Asuntos Constitucionales (AFCO) como la Comisión de Libertades, Justicia e Interior (LIBE) del PE han tenido ocasión de examinar y evaluar las propuestas legislativas iniciadas por el Gobierno polaco, lamentablemente insuficientes al asegurar una Cámara Disciplinaria independiente e imparcial pese a los requerimientos de la Comisión Europea y las terminantes sentencias dictadas sobre este extremo por el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE). En este contexto tenso impuesto por las medidas restrictivas adoptadas contra Rusia por su guerra de agresión contra Ucrania, el PE requirió a la Comisión Von der Leyen (Comisión VDL) la no disponibilidad del *Mecanismo (Fondo) Europeo de Recuperación y Resiliencia* (MRR) hasta que la aseguración con todas las garantías del debido acatamiento a las sentencias del TJUE relativas a la independencia judicial en Polonia. El PE expresa así con nitidez su preocupación persistente sobre el contumaz deterioro del respeto del Derecho de la UE por parte de esos llamados *regímenes iliberales*: la liberación de Fondos UE incentivaría el incumplimiento del Derecho europeo por inacción o aquiescencia de ambas Instituciones, Consejo y Comisión VDL. Procede recordar, en efecto, que el TJUE rechazó, en sentencia dictada en febrero de 2022, los recursos interpuestos por Polonia y Hungría contra el Reglamento UE que condiciona el acceso a los Fondos europeos al respeto del Estado de derecho: el Derecho de la UE vincula a los 27 EEMM, condicionando cualquier apoyo financiero al pleno respeto de las reglas del Estado de Derecho, principio corroborado por el *case Law* del TJUE, desestimando el recurso presentado por Hungría y Polonia. De modo que este *Reglamento de Condicionalidad* permite privar de Fondos europeos a un país en el que se constaten violaciones del Estado de derecho que afecten o pueden afectar los intereses financieros de la UE, «de un modo suficientemente directo»: la Comisión Europea puede proponer una suspensión o reducción de los pagos (una decisión para cuya plena eficacia se requiere el apoyo de al menos 15 de los 27 EEMM).

El TJUE ha establecido con claridad meridiana que el cumplimiento de los valores comunes del art. 2 TUE no pueden reducirse a una obligación que un EM deba cumplir únicamente con carácter previo y para acceder a la UE, en modo que pueda prescindir enteramente de ellos el día después de la adhesión. Tan relevante sentencia ha allanado definitivamente el camino para que la Comisión Europea aplique por fin con todo rigor y determinación el mecanismo de condicionalidad con todo rigor sobre Hungría (a la espera del cumplimiento por parte de Polonia de las sentencias sobre el Poder Judicial y la Cámara Disciplinaria que la afectan), imponiendo en consecuencia la congelación



de los fondos de la UE y abriendo un procedimiento que podría durar entre cinco y nueve meses. El impacto sobre Hungría de la secuencia descrita es determinante, notificando la activación del *Mecanismo de Condicionalidad* en Hungría. En cuanto a Polonia, la presidenta de la Comisión VDL ha confirmado que el *Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia* (MRR) no se adoptará definitivamente hasta que Polonia cumpla de forma satisfactoria con los requisitos exigidos en la sentencia del TJUE acerca del desmoronamiento de la independencia judicial.

La insistencia infatigable del PE ha emplazado los asuntos relativos al Estado de Derecho, la Democracia y los Derechos en la Agenda de la UE. El orden del día del Pleno del PE de septiembre en Estrasburgo destaca por un intenso *Debate on the State of the Union* con la Presidenta Von der Leyen (VDL). Y en una enésima disputa sobre *Rule of Law* en Polonia, presente también el mencionado *Debate sobre el Estado de la UE*, vistos los insoportables niveles de contumacia en que se halla enrocada la ultraderecha en el Gobierno polaco del PiS (*Ley&Justicia*). Una y otra vez, el PE ha urgido a la Comisión europea a actuar contra el contumaz incumplimiento del Derecho europeo y de las sentencias del TJUE por el Gobierno de Polonia.

Los retrocesos del parlamentarismo en Hungría y en Polonia preocupan en un panorama en el que, como nunca antes, los valores fundantes de la integración europea que aparecen consagrados en el art. 2 TUE (incluyendo el respeto al pluralismo y la protección de las minorías) han venido a adquirir un perfil determinante para «el estado de la UE». Polonia es, de hecho, el único país UE en que el ministro de Justicia es, él mismo y simultáneamente, Fiscal General que ejerce acciones penales (contra sus oponentes políticos o mediáticos) y representa al Estado ante los tribunales. Tras la acumulación de sentencias desfavorables del TEDH de Estrasburgo (Tribunal del Consejo de Europa que garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH) y del TJUE de Luxemburgo (Tribunal de la UE que garantiza la primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho nacional), determinado que la Cámara Disciplinaria polaca (que impone sanciones a los jueces que acaten el Derecho europeo) es ilegal y contraria el TUE y a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), el FG ha solicitado formalmente al TC que declare que no es un «Tribunal» y que por lo tanto no está sujeto a la primacía del Derecho europeo como tampoco se encuentra vinculado por las garantías del derecho a «un juez imparcial» y a un «juicio equitativo» establecidas en la CDFUE en la CEDH.

En respuesta a los mandatos reiterados desde el PE, visto el arsenal de medidas de disuasión y respuesta disponibles, la Comisión Europea materializó en día su decisión de incoar ante el TJUE un nuevo proceso judicial (llama-

do de «doble incumplimiento» por no haber ejecutado sentencias judiciales previas) para la imposición de multas graves a Polonia, con un millón de euros diarios de penalización. Además, la misma Comisión VDL advirtió formalmente a Polonia con la congelación de su acceso a los Fondos UE conforme a los Reglamentos de «Condicionalidad del Estado de Derecho» (*Rule of Law Conditionality*), vigente desde el 1 de enero de 2021, y del Fondo de Recuperación y Resiliencia (*Recovery Fund*), en vigor desde 12 de enero de 2021. Para completar el cuadro de la retorsión europea, la Comisión VDL ha suspendido también su acceso a los *Fondos ReactUE* (nueva versión reforzada de Fondos Estructurales y de Cohesión europeos) a los municipios polacos auto-denominados «libres de la ideología LGTBI (*LGTBI Freezones*)». Todas estas medidas singularizan como nunca a Polonia en su amenazante y sistémica violación del art. 2 TUE, por la que se encuentra incurso en el procedimiento de sanción extraordinaria previsto en el art. 7 TUE, todavía hoy pendiente de decisión por el Consejo (órgano que reúne a los Gobiernos de los 27 EEMM).

Vista la gravedad del desafío húngaro y polaco, muchos invocan la hipótesis de una reforma del TUE para contemplar la exclusión y/o expulsión de un Estado miembro groseramente incumplidor de sus obligaciones, un planteamiento éste cada vez recurrente en los debates a propósito del «estado de la UE» y de la *Conferencia sobre el Futuro de la UE*, aunque ello desprotegería a esa porción mayoritaria de ciudadanía polaca que —en cada eurobarómetro, también el último que acaba de publicarse— se manifiesta orgullosa de su ciudadanía europea, lo que no empece ni resta un ápice de gravedad al hecho de que nos encontremos ante un caso insólito: un Gobierno de un EM de la UE en abierta desobediencia a las sentencias del TJUE, autosituado en la última frontera del desacato, desde su ofensivo desprecio al respeto del Derecho que es la regla de oro de la pertenencia al club: asumir la primacía del Derecho de la UE y el obligado acatamiento a las sentencias del TJUE (art. 19 TUE).

Al igual que sucede con el populismo, formulación política que engloba muchas variantes nacionales si bien con denominadores comunes, el auge de la extrema derecha en los Estados miembros (EEMM) de la UE no puede ser despachado con trazos de brocha gorda, sin atender a sus factores y detalles en las correspondientes concreciones específicas que pujan con fuerza en el paisaje de los diferentes países sujetos a la integración europea. Pero, como con los populismos, las formaciones de extrema derecha exhiben también rasgos compartidos, tan determinantes como definitorios.

a) Así, en primer lugar, destaca esa formulación por su nacionalismo reaccionario a todo lo ancho y largo de la UE. Porque la extrema derecha reac-

ciona, apostando por un *repliegue identitario* ante las exigencias de la integración europea, frente a la enormidad y la complejidad de la globalización, a la que opone resistencia como si con ella pudiese detenerla. Pero es nacionalismo beligerante y excluyente, tan propenso a las guerras culturales, es la negación de la integración de identidades múltiples, plurales y compatibles entre sí, además de mostrarse radicalmente incompatible con la diversidad que es el lema de la construcción europea: *Unidos en la Diversidad*. En lo demás, este nacionalismo reaccionario hinca habitualmente sus raíces en una supuestamente gloriosa historia nacional falseada o inventada a la medida de los prejuicios e instintos narcisistas a cuya explotación electoral se aspira.

b) En segundo lugar, la extrema derecha exuda por todos los poros una rabiosa impugnación del valor de la igualdad, esto es, de la igual dignidad de todas las personas frente a cualesquiera formas de discriminación. Esto enfrenta a la extrema derecha con el feminismo, sí, pero también con el respeto a extranjeros e inmigrantes, lo que inexorablemente desemboca en xenofobia hinchada de prejuicios y de resentimiento tanto contra quienes pugnan por ser iguales en derechos desde situaciones históricas de discriminación (las mujeres, las personas LGTBIQ+...) como contra los migrantes, a quienes se rechaza estigmatizándolos como amenaza contra la seguridad y contra la identidad supuestamente asediada de las esencias patrias.

Por estas dos primeras características comunes de todas las extremas derechas que rampan en las elecciones nacionales de varios EEMM de la UE, tras haberlo hecho hace ya años en las elecciones europeas (y, consiguientemente, en la multiplicación de escaños de derecha radical en el PE), cabe concluir sin ambages que su proyección política no solo es inconciliable con los valores europeos (art. 2 TUE) y con la *idea europea de democracia* (que exige respeto al pluralismo y protección de minorías), sino que es además directamente antieuropea, por antidemocrática y antiparlamentaria. De ahí que la extrema derecha se muestre, larvada o expresamente, agresivamente eurófoba (presentando a la UE como una suerte de «monstruo burocrático», cuando no una nueva «Unión Soviética» opresiva y enfrentada a la liberadora soberanía de las naciones de Europa). Pero hay todavía un rasgo saliente que lo hace más amenazador y requerido de respuestas en todos los frentes de acción de la *idea europea de Rule of Law*: la práctica desacomplejada de un lenguaje faltón, ofensivo e insultante, palmariamente incompatible con los principios distintivos del parlamentarismo. Este lenguaje crispado y despectivo con las formas es en sí mismo antesala de una gestualidad agresiva y pretendidamente intimidatoria que entronca en el discurso del odio que tanto daño ha hecho en el

curso de la historia de Europa, y que, como esta demuestra, conduce más pronto que tarde a la violencia de odio y a los delitos de odio. Su proyección política no solo es inconciliable con los valores constitucionales europeos (art. 2 TUE) y con la idea europea de democracia (que exige respeto al pluralismo y protección de minorías), sino que es además directamente antieuropea.

El discurso del odio propende, sí, al crimen de odio, en la UE y en todas partes. Exactamente por eso no hay otra ideología que exalte, como hace la extrema derecha, la violencia jupiterina de los «buenos connacionales» o de los «patriotas de bien» contra personas o colectivos primeramente señalados y luego estigmatizados como «diferentes» y, por tanto, inasimilables y extraños al cuerpo de su nación: sea por su ideología, sea por su orientación sexual, sea por su origen, raza, etnia o religión (xenofobia, antisemitismo, antigitanismo, islamofobia y racismo a todo trapo), sea por cualquier otra condición a la que direccionar su inflamatorio discurso de odio contagioso. Es por ello que, digámoslo claro, cualquier forma de colaboración política con la extrema derecha nacionalista y reaccionaria (con la pretensión de «blanquearla» se abisma hasta despeñarse por un dilema moral: el de asumir, más pronto que tarde, su inexcusable complicidad con los crímenes de odio a los que fatalmente conduce el discurso de odio de todas las extremas derechas. Y este es un mal, concluyamos, tan corrosivo y tan nocivo para la democracia y el parlamentarismo que no puede ser subestimado, ni, menos aún, banalizado en la reivindicación (y en la recuperación) de los principios distintivos de esta forma de gobierno.

## 7. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y LA CORRELATIVA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Del mismo modo en que puede afirmarse que las transformaciones relativas al *lenguaje de la política* han sido examinadas con lupa por la filosofía política (desde Daniel Innerarity a Antonio Gutiérrez Rubí...), y que el impacto de los medios sobre la realidad percibida (ergo, sobre lo real) ha sido objeto de brega en la ciencia política (desde Fernando Vallespín al propio Pablo Iglesias Turión, que ha hecho de esta temática una trinchera de combate cuerpo a cuerpo), la *judicialización de la política* (y su correlativa politización de la Justicia) ha sido masivamente tratada, desde hace ya bastante tiempo, por el Derecho constitucional. No sólo en España, por cierto: también en otras democracias avanzadas de nuestro entorno que comparten el modelo profesional/

burocrático o *corporativo* de su judicatura (notablemente, Italia, Francia, Bélgica y Portugal) se han vertido ríos de tinta sobre esta derivada.

Procede preguntarse pues acerca de la conexión entre *judicialización de la política* (y su correlativa *politización de la Justicia*) y *crisis de la democracia representativa*; más particularmente, sobre su concreto impacto sobre el parlamentarismo como forma de gobierno.

a) La primera aproximación responde a la caracterización del Poder Judicial como *contramayoritario* (Roberto Gargarella), en la medida en que su sujeción (exclusiva y excluyente) al imperio de la Ley es la premisa en que descansa su la garantía de su independencia y es, simultáneamente, reverso de la moneda de su desvinculación de las corrientes fluctuantes de opinión que encuadran o determinan la dirección política en democracias pluralistas donde los diversos actores compiten legítimamente por el apoyo de (y la sintonía con) la mayoría social.

b) La segunda simiente es la relativa a la capilarización de los ordenamientos jurídicos hasta unos niveles de detalle e intrusividad regulatoria nunca antes conocidos en la historia. La literatura académica sobre la hipertrofia normativa o «legislación motorizada» resulta al respecto inabarcable, caracterizada en todo caso por un marcado acento crítico. Se multiplican así, análogamente, los conflictos intersubjetivos susceptibles de litigación judicial, desde los más pedestres a los categorialmente elevables a rango constitucional (expuestos por tanto a enjuiciamiento en los órganos competentes para la Justicia Constitucional, Tribunales Constitucionales diferenciados del Poder Judicial en la mayoría de los casos, como ejemplifican los Títulos VI el IX de la CE en España). Este escenario se complica hasta extremos inasibles –cuando no ininteligibles, incluso para juristas– si introducimos la variable de la multiplicación de las fuentes del Derecho, tanto las normativas como las convencionales y las jurisprudenciales. Se abre así una problemática que abarca desde la autonomía institucional de todo tipo de corporaciones de Derecho público y entes territoriales (subestatales, regionales, locales) hasta la proliferación del número y naturaleza jurídica de órganos, organismos, entes, sociedades estatales e incluso Agencias independientes, pasando por la particular experiencia de la integración supranacional europea a escala continental con un ordenamiento propio nutrido por fuentes propias.

Sin duda, de entre los factores comprendidos en este segundo frente, el de mayor relieve para la reconfiguración de los principios basales del parlamentarismo es, a mi juicio, éste de la integración europea regido por un Derecho europeo supranacional cuya primacía y efecto directo resulta de la jurispru-

dencia constante del TJUE como su supremo garante. En otros trabajos (*El Parlamento Europeo: una experiencia única*, Wolters-Kluwer, 2020) he desarrollado en extenso esta intuición. Su potencia explicativa descansa en la factoría de alcance supranacional europeo de una legislación que muestra ser determinante del actual funcionamiento de los Parlamentos nacionales en el territorio de la UE, en términos *cualitativos* (por su fuerza de obligar a los legisladores nacionales, esto es, los Parlamentos de los Estados miembros de la UE/EEMM) y en términos *cuantitativos* (porque es un hecho establecido que en torno al 80% de la actividad legislativa de los Parlamentos nacionales es en la actualidad transposición o desarrollo de normativas europeas).

Es imposible no acusar el hilo de conexión entre la integración europea que ha autorizado a la doctrina a hablar de «Estados integrados» de la UE (F. Rubio Llorente: «El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa», *REDC* n.48, 1996) y la apreciación social de la utilidad y rendimiento de Parlamentos nacionales y/o subestatales, y, consiguientemente, el de su repercusión en el debate sobre las transformaciones y *crisis* del parlamentarismo.

En lo que importa a este análisis, procede sobre todo advertir que la primacía y efecto directo del Derecho europeo sobre el Derecho nacional tiene, sí, su último y supremo garante en el TJUE, pero que este no papel no es exclusivo del Tribunal de Luxemburgo, toda vez que todos los órganos judiciales (Juzgados y Tribunales) de los Poderes Judiciales de los EEMM son, a todos los efectos, jueces aplicadores –e intérpretes *ordinarios*– del Derecho europeo.

c) La tercera es la que alude al *gap de responsabilidad* que distingue al Poder Judicial respecto de los poderes legitimados por las urnas en el marco del tipo parlamentario de gobierno (Legislativo y Ejecutivo). Allí donde quienes compiten por el voto se frenan y contrapesan entre sí, nada elocuente o convincente puede afirmarse respecto de los valladares que puedan contener de manera efectiva la potencialmente expansiva invasión de lo jurisdiccional sobre la esfera de la política. Lo que conduce a un debate acerca de la determinación de una responsabilidad pareja al poder de intrusión de la Justicia en la política («*with great power comes great responsibility*»). La situación presente parece, a este respecto, harto insatisfactoria. Por lo general, los ordenamientos de nuestro entorno muestran articulaciones claramente insuficientes del principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos (consagrado en el art. 9.3 CE, junto a los de legalidad e interdicción de la arbitrariedad) en su concreta acepción de *responsabilidad judicial* (proclamado en el art. 117.1 CE desarrollado después – en sus variantes civil, penal y disciplinaria– en los arts. 415 y ss. de la LO del Poder Judicial, LO 6/85 de 2 de julio y sucesivas reformas). Este debate, yuxtapuesto al de la politización del Poder Judicial (y

de la judicatura en sí) –sea por la vía de injerencia proveniente de la esfera de la política o de los partidos políticos, sea por la de acusar de activismo político a los propios jueces en base a sus motivaciones, *ergo* sus decisiones, sobre asuntos de relieve o naturaleza política–, redundará también en el caldo del descrédito y/o deslegitimación de la forma de gobierno parlamentaria y de las bases generales de sostenibilidad de la democracia representativa.

d) Una cuarta consideración tiene que ver con el componente *subjetivo* de la *composición personal* de la magistratura. Es este un problema que se manifiesta con particular intensidad en algunas experiencias de la forma de gobierno parlamentaria, entre las que cabe incluir inequívocamente a España. Cuando, en ausencia de incentivos negativos y de frenos, la judicatura vislumbra recompensas personales y/o profesionales en su intrusión en la política –cubierta, por lo demás, por una arquitectura institucional garante de su independencia individual y colectiva que la confía a un Consejo (el CGPJ en España) de composición colegiada, supuestamente extramuros de la contienda política, y una legislación que posibilita el tránsito de ida y vuelta a esa contienda desde la judicatura–, todos los palos de la baraja se conjuran para la proliferación de jueces activistas, jueces mediáticos, *jueces estrella* –a los que se estimula desde los medios de comunicación con zanahoria si se mueven en la dirección indicada o palo si osan resolver en la dirección que no es esperada de ellos– cuando no de jueces candidatos a hacerse cooptar por los partidos políticos para la confrontación electoral y partidaria.

La burda adjetivación de todos los colores y matices dables en esa gama de comportamientos judiciales en clave de «independencia» o de falta de ella –*jueces conservadores* vs. *jueces progresistas*, *jueces de la derecha* vs. *jueces de la izquierda*– conduce hasta el paroxismo el carácter esencialmente tóxico de ese cóctel explosivo de *jueces instrumentales* e *instrumentalización mediática y política* del Poder Judicial y de la entera Justicia como *apariencia* de un Derecho disponible en todo caso para la decisión –y para el *decisionismo*, sea discreción o arbitrio– de una judicatura sobreimpuesta a esa *política* por la que se compite ante el electorado y se dirime en las urnas.

## 8. UNA REFLEXIÓN CONCLUSIVA

La recuperación de la *forma parlamentaria de gobierno* frente a los embates expresivos de su *crisis* requiere la reivindicación del *parlamentarismo* en la mejor dignidad de este vocablo polisémico. Parlamentar, en efecto, no es sinónimo de perorar, sino de interactuar por medio del discurso orientado a dar

razón y a convencer, si no a los miembros de Grupos o bancadas de oposición, sí al menos a un público al que se respeta y al que se quiere informado para orientar su voto. La tribuna del Parlamento no es, pues, el atril de un «*mítin*» para incondicionales, en la medida en que la soberanía nacional no es «incondicional» de nadie, por lo que tampoco puede serlo su representación en cuanto sumatoria de escaños con su respectiva alícuota. La soberanía nacional confiere y quita razón en la medida en que presta y retira préstamos condicionados de confianza, temporalmente acotados y por tanto reversibles mediante cauces democráticos.

Análogamente, ninguna mayoría absoluta en un Parlamento democráticamente legitimado equivale a una razón absoluta y un correlativo derecho absoluto a hacer absolutamente todo. Esta, expresada con trazo grueso, la distorsión nuclear que el *iliberalismo* impone a la de democracia constitucional fundada en unas reglas de juego previamente pactadas y vinculantes para el conjunto de los actores políticos: dicho en otras palabras, en una Constitución que encuadra la competición por el voto bajo el imperio de la ley.

Por lo mismo, encontrarse en minoría –sea esta circunstancial, sea esta estructural– no significa tener menores derechos, ni menores facultades ni prerrogativas tuitivas de su representación.

Las mayorías cualificadas (de 3/5, o 2/3, según sus respectivas reglas constitucionalizadas) deben ser respetadas y observadas adecuadamente por todos los actores políticos convocados a su suma. La recuperación de esta conciencia es parte componente también de la recuperación del parlamentarismo.

Como lo es, asimismo, la moderación del lenguaje y su atemperación ante el sentido del límite que impone la responsabilidad frente a las consecuencias de envenenar la convivencia y la legitimidad de las instituciones con un discurso del odio que fracture la sociedad y explote la comunidad política sobre ejes divisorios cada vez más irreconciliables.

El resultado de ignorar o conculcar con desprecio insensato e irresponsable estas premisas básicas es inequívocamente lesivo para el crédito de la democracia representativa y, consiguientemente, para la apreciación social del parlamentarismo. Y esto es así toda vez que el punto de conexión entre las desviaciones que acaban de referirse respecto del arquetipo ideal de la separación de poderes en un Estado constitucional de Derecho, por un lado, y la erosión o deterioro –cuando no abierto desprestigio– de la forma de gobierno parlamentario, por otro lado, radica en el cuestionamiento del valor mismo del voto como fundamento de cada decisión dirimente en un sistema democrático que invoca la soberanía popular como fuente de toda legitimidad.



Y esto es peligrosamente así en la medida en que se extiende, como incontenible mancha de aceite contaminante, la corrosiva percepción de «con el voto» no se cambian decisivamente las políticas –menos aún la realidad-; o, en otras palabras, en la medida en que se extiende la percepción generalizada de que «con el voto no basta» o de que «votar es inútil» puesto que nada cambia, toda vez que prevalecen poderes extraestatales no sujetos a elección ni a crítica, ni, por lo tanto, a su remoción por mandato de la voluntad popular democráticamente expresada.

*Quod erit demonstrandum*: abunda en el caldo gordo para el descrédito de la democracia representativa y, particularmente, del parlamentarismo.

# **È IN CRISI IL PARLAMENTARISMO? RIFLESSIONI SULLO STATO ATTUALE DEL PARLAMENTO ITALIANO**

DI PAOLA BILANCIA

Università degli Studi di Milano La Statale

SUMARIO: 1. *I fattori della crisi del parlamentarismo nell'ordinamento costituzionale italiano.*–2. *Le conseguenze della crisi del Parlamento.*–3. *Conclusioni: quali soluzioni?*

## **1. I FATTORI DELLA CRISI DEL PARLAMENTARISMO NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO**

Alla domanda se il parlamentarismo (inteso come forma di governo parlamentare) sia in crisi, è molto difficile rispondere, se appena si considera che da un lato esistono, in Europa e nel mondo, molte varianti della forma di governo parlamentare (e in non tutti gli ordinamenti essa sembra conoscere un momento di crisi) e dall'altro che la crisi della democrazia è, in effetti, come insegna la dottrina politologica, elemento quasi «connaturato» a tale forma di Stato<sup>1</sup> (caratterizzata da costanti «fibrillazioni», che anzi essa ha lo scopo precipuo di comporre e incanalare in un processo «dialogante» e costruttivo tra le varie componenti sociali). Diversa è la risposta, però, se ci si concentra su di un singolo ordinamento costituzionale: quello italiano. In questo caso, la risposta non può che essere positiva: la forma di governo parlamentare italiana è in crisi (e infatti essa è stata, nelle ultime tre decadi, oggetto di incessanti ten-

---

<sup>1</sup> Si veda sul tema SALVATI (2016).

tativi di riforma)<sup>2</sup> e, anzi, più precisamente a essere attraversato da una crisi profonda è soprattutto il Parlamento, e dunque il vero e proprio «cuore pulsante» del circuito della rappresentanza.

I fattori di questa crisi sono molteplici, e possono essere ripercorsi solo sommariamente in questa sede.

In primo luogo, la crisi del parlamentarismo italiano è il prodotto della crisi della democrazia rappresentativa (che è fenomeno diffuso nelle democrazie occidentali, e ha portato a istanze sempre crescenti per maggiori spazi di democrazia diretta)<sup>3</sup> e, più precisamente, della crisi dei partiti<sup>4</sup>. La fine dell'esperienza (che aveva caratterizzato la fase costituente del Secondo Dopoguerra e la cosiddetta «Prima Repubblica») dei partiti ideologici di massa ha portato a un sistema partitico destrutturato, caratterizzato dalla estrema fluidità dell'elettorato, e da partiti che, sprovvisti di una visione organica e di ampio respiro dell'indirizzo politico, inseguono ormai il consenso elettorale su singoli «temi caldi» (spesso collegati a elementi di malessere contingente nella società: ad es. immigrazione, caro energia, fisco, disoccupazione, ecc.). Questi «nuovi» partiti non calano i problemi economici, sociali e culturali nell'ambito di un orizzonte valoriale di riferimento ben definito, ma propongono soluzioni «spot», spesso irrealizzabili se non addirittura contraddittorie tra loro. Si producono, in questo modo, coalizioni frammentate e litigiose, che hanno il solo scopo di garantirsi una maggioranza assoluta dei seggi disponibili in Parlamento, ma che non sono in grado di raggiungere una sintesi (un accordo di governo<sup>5</sup>) per quanto riguarda il programma di governo che essi dovranno attuare. L'indirizzo politico di governo si riduce allora, in questo modo, a una giustapposizione di due o più visioni del bene comune tra loro inconciliabili (basti pensare, per un esempio recente, al caso del «contratto di governo» stipulato tra Lega e MoVimento 5 Stelle nella XVIII legislatura, in occasione della formazione del Governo Conte I)<sup>6</sup>. Si produce così una paralisi dell'indirizzo politico (in un sistema di veti incrociati) che può essere superata solo sporadicamente, o in occasione di crisi contingenti (pandemica, crisi economiche, ecc.), oppure attraverso l'utilizzo di strumenti volti a imporre la volontà partitica sul Parlamento (su cui si tornerà a breve).

<sup>2</sup> Si vedano, *ex multis*: FUSARO (2015); CAVAGGION, LUTHER (2016).

<sup>3</sup> Sul tema si vedano i contributi raccolti in BILANCIA (2018).

<sup>4</sup> Tra i molti contributi sul tema, si vedano almeno: ZAGREBELSKY (2011); CARAVITA (2017); SCUTO (2017); AZZARITI (2005); BOBBIO (1979); GIUFFRÈ (2016).

<sup>5</sup> Sulla rilevanza dell'accordo di governo quale strumento di sintesi tra le diverse visioni dell'indirizzo politico nel nostro ordinamento si vedano: FERRARA (1973); D'ANDREA (1991).

<sup>6</sup> Si veda in punto CAVAGGION (2020).

Si va così verso forme di «democrazia immediata» (nel senso di democrazia non mediata)<sup>7</sup>, in cui i *leader* politici carismatici instaurano un collegamento diretto con gli elettori, «bypassando» il loro stesso partito e, soprattutto, le istituzioni democratiche della rappresentanza che (incluso il Parlamento) vengono additate come un inutile orpello, un ostacolo sulla strada della realizzazione di una fantomatica «volontà popolare» di cui il *leader* si fa unico interprete autentico<sup>8</sup>. Questo processo è facilitato e amplificato dall'uso pervasivo dei *social media* e dei nuovi mezzi di comunicazione, oltre che di un linguaggio dal tono sempre meno «istituzionale» (ma più efficace nella comunicazione diretta con la propria «base»)<sup>9</sup>, e ha portato nella scorsa legislatura a episodi in cui, in spregio al principio di leale collaborazione (che rappresenta la proiezione nelle istituzioni del principio di solidarietà di cui all'articolo 2 Cost.<sup>10</sup>), i partiti hanno squarciato il «velo di riservatezza» che di norma avvolge i processi costituzionali di maggiore rilevanza<sup>11</sup>, trascinando addirittura il Presidente della Repubblica nel mezzo della contesa politica<sup>12</sup>. Il riferimento è, in particolare, alla rivelazione sistematica da parte di alcuni *leader* partitici delle interlocuzioni svoltesi con il Presidente della Repubblica, in sede informale, in occasione dei tentativi di formazione di un nuovo Governo.

Per altro verso, l'incapacità dei partiti di svolgere il loro ruolo costituzionale (comune a tutti gli ordinamenti democratici contemporanei) di collettori e mediatori delle istanze provenienti dalla società (oltre che la loro incapacità di darsi una struttura fondata su seri meccanismi di democrazia interna, come avviene in altri ordinamenti occidentali), produce una disaffezione e una sfiducia nel sistema democratico rappresentativo, testimoniato dalla crescita costante dell'astensionismo (si pensi alle elezioni politiche italiane dell'anno scorso, quando l'astensione ha toccato il record del 36%). È in questo contesto che hanno trovato terreno fertile le nuove forze politiche «nazionaliste», «sovraniste» e «populiste», che hanno saputo capitalizzare da un lato gli spazi lasciati vuoti dall'arretrare dei partiti della cosiddetta «Prima Repubblica», e dall'altro il malessere sociale creato dal succedersi delle tre grandi crisi dell'ultima decade (economico-finanziaria, dei rifugiati, economico-sanitaria)<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Si veda MORRONE (2018).

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Si vedano in punto le riflessioni di MARSOCCI, PAPA (2023).

<sup>10</sup> Si veda CARTABIA (2020). Si veda inoltre, in senso analogo ANZON DEMMIG (2018).

<sup>11</sup> Si vedano, *ex multis*: PINELLI (2018); MANETTI (2018).

<sup>12</sup> Si veda CAVAGGION (2020).

<sup>13</sup> Si vedano sul tema, *ex multis*: DE MARCO (2020); RESCIGNO (2019); FERRAJOLI (2018); BELLETTI (2020); MOSCHELLA (2019); FERRAIUOLO (2017); SPADARO (2009); MANETTI (2018); RUGGERI (2018).

Questi elementi di fibrillazione del sistema partitico si ripercuotono, inevitabilmente, all'interno del Parlamento: la destrutturazione dei partiti comporta anche una simmetrica crisi della rappresentanza e, nelle Camere, dei gruppi parlamentari, con un consistente numero di parlamentari dediti a pratiche di «trasformismo» iniziato durante la cosiddetta «Seconda Repubblica» e che diviene sempre più grave di legislatura in legislatura<sup>14</sup>. I tentativi di arginare il fenomeno attraverso la riforma dei regolamenti parlamentari, attuati nelle ultime tre legislature, è risultato infruttuoso (e le norme in questione sono state sistematicamente aggirate), e del resto ciò è naturale, poiché non sono i regolamenti, bensì i partiti, la vera causa delle criticità in atto (intervendendo sui regolamenti parlamentari si interviene, pertanto, sul sintomo, anziché intervenire sulla patologia che affligge il sistema partitico).

I problemi del parlamentarismo sono inoltre amplificati, in Italia, da una legge elettorale oggettivamente inadeguata (ultima di una serie di leggi elettorali, inaugurata nel 2006, afflitte da note criticità e, in alcuni casi, da incostituzionalità), che incentiva alla creazione non già di coalizioni, ma di veri e propri «cartelli elettorali», finalizzati al conseguimento di una maggioranza meramente numerica dei seggi, ma privi di un vero programma comune e, quindi, di una comune visione dell'indirizzo politico (e come tali spesso destinati a sfaldarsi poco dopo le elezioni)<sup>15</sup>. Plastica dimostrazione di ciò è stata, ancora una volta, la XVIII legislatura, in cui nessuno dei Governi formatisi (Conte, Conte II e Draghi) è stato sostenuto da una delle coalizioni che si erano presentate alle elezioni, essendo risultato invece necessario individuare nuove alchimie e nuovi accordi, che hanno travolto gli schieramenti iniziali (maggioranza Lega-MoVimento 5 Stelle per il Governo Conte I, Partito Democratico-MoVimento 5 Stelle per il Governo Conte II, «di larghe intese» per il Governo Draghi).

Alla crisi in atto (non solo, in questo caso, del Parlamento italiano) contribuiscono inoltre fattori esogeni: e si pensi in particolare all'influenza dell'integrazione europea sulle forme di governo nazionali. Nell'ordinamento eurounitario, infatti, è forte il ruolo dei Governi (specie in seno al Consiglio europeo e al Consiglio dei Ministri dell'Unione europea) e debole quello dei Parlamenti degli Stati membri<sup>16</sup>, con la conseguenza che, anche negli ordinamenti nazionali, il Governo tende ad assumere un'assoluta preminenza su questioni decisive per l'indirizzo politico (si pensi, ad esempio, all'approvazione

<sup>14</sup> Si veda CURRERI (2017).

<sup>15</sup> Si veda in punto STAIANO (2018). Sulle criticità della legge elettorale vigente si vedano, *ex multis*: APOSTOLI (2017); MAZZAROLLI (2018); TRUCCO (2018); COSULICH (2017).

<sup>16</sup> Sia consentito in punto il rinvio ai saggi raccolti in BILANCIA (2016).

sostanzialmente «al buio» delle leggi di bilancio per gli anni 2019 e 2020 in Italia<sup>17</sup>). Il mantra del «ce lo chiede l'Europa» ha raggiunto un'intensità senza precedenti nell'ultima decade, e i Governi italiani sempre più lo hanno utilizzato ai fini di scaricare la responsabilità politica di scelte impopolari sulle istituzioni sovranazionali, così alimentando un pericolosissimo circolo vizioso in cui si sono inserite abilmente le già menzionate forze «euroscettiche» e «sovraniste». Accade spesso, in questo contesto, che l'indirizzo politico di governo venga ammantato da una sorta di «sacralità» che vorrebbe sottrarlo al dibattito parlamentare, giustificata sulla base della necessità (spesso, peraltro, effettiva) di ottemperare agli obblighi assunti dalla Repubblica in sede sovranazionale.

In questo quadro di logoramento complessivo, già di per sé grave, è giunta in ultimo la crisi pandemica, che ha esasperato la marginalizzazione del Parlamento che già si era prodotta nella forma di governo. La necessità di contrastare gli effetti dell'emergenza sanitaria (presto trasformatasi in emergenza socio-economica<sup>18</sup>) ha richiesto un ulteriore forte accentramento delle decisioni nelle mani del Governo, che ha ancor di più ridotto il Parlamento a organo «ratificante» delle misure eccezionali assunte dall'Esecutivo (anche attraverso l'utilizzo di strumenti normativi «inusuali», come nel caso dei DPCM).

Il *trend* è proseguito poi con riferimento al principale strumento di risposta alla pandemia: il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). In Italia, infatti, il Parlamento è stato sostanzialmente escluso dall'ideazione, dall'approvazione e dall'implementazione (*governance*) del Piano<sup>19</sup>, che è stata saldamente collocata nelle mani dell'Esecutivo (e, nell'esperienza del Governo Draghi, addirittura del solo Presidente del Consiglio).

## 2. LE CONSEGUENZE DELLA CRISI DEL PARLAMENTO

Dall'intreccio dei fattori distorsivi sommariamente descritti nel paragrafo precedente è derivata una sostanziale e conseguente incapacità del Parlamento di svolgere appieno le sue funzioni «naturali», e cioè la funzione legislativa e la funzione di controllo nei confronti del Governo. Si è così prodotta una degenerazione della qualità del rapporto di fiducia (su cui la nostra forma di governo è imperniata): il Parlamento perde progressivamente la sua capacità di partecipare alla determinazione dell'indirizzo politico (che viene interamente determinato dal

---

<sup>17</sup> Si vedano sul tema: SORRENTINO (2019); ROSSI (2019); DICKMANN (2019); PIERGIGLI (2019); LUPO (2019); CURRERI (2019); CECCANTI (2019); MANETTI (2020); CAVAGGION (2022).

<sup>18</sup> Si vedano i contributi raccolti in DE MINICO, VILLONE (2020).

<sup>19</sup> Si veda in punto SCUTO (2022).

Governo) e viene costantemente «bypassato» (complici, in Italia, le note complessità del bicameralismo perfetto), o ridotto a una logica meramente «ratificante» (grazie al pervasivo controllo dei *leader* sui rispettivi gruppi parlamentari)<sup>20</sup>.

Si è prodotta, in effetti, nelle ultime tre legislature, una vera e propria paralisi dell'istituzione parlamentare, che a sua volta induce il Governo e i partiti a promuovere distorsioni ulteriori della forma di governo e dell'assetto dei poteri costituzionali, ai fini di avanzare una qualche parvenza di agenda politica (o, almeno, di tenere fede agli obblighi assunti dalla Repubblica in sede sovranazionale e internazionale).

In primo luogo, si è assistito a un abuso sistematico della decretazione d'urgenza, ormai divenuta, *contra Constitutionem*, il principale (se non unico) strumento di iniziativa legislativa, soppiantando di fatto il disegno di legge e la proposta di legge e, dunque, esautorando il Parlamento<sup>21</sup>. In effetti, a ben vedere, il decreto legge sembra (in modo del tutto inammissibile) avere per molti versi assunto carattere di «ordinarietà», senza che peraltro i richiami all'ordine, in punto, del Presidente della Repubblica siano mai stati seriamente presi in considerazione dal Governo e dal sistema dei partiti.

In secondo luogo, si è assistito a un altrettanto sistematico abuso della questione di fiducia, che i Governi si trovano costretti a usare ai fini di esercitare, nei confronti delle Camere, una spinta unificante in assenza della quale sarebbe per esse impossibile operare. Basti considerare che, in media, i Governi Renzi, Gentiloni, Conte II e Draghi hanno fatto ricorso alla fiducia due volte al mese. Lo strumento ha quindi perso del tutto la sua natura originaria (volta a testimoniare la particolare rilevanza di un provvedimento per il programma sul cui il Governo aveva ottenuto la fiducia iniziale delle Camere), per divenire strumento squisitamente procedimentale volto a velocizzare la produzione normativa (a scapito, come ovvio, del dibattito e della naturale funzione dell'organo legislativo). Ancor più preoccupante diventa il ricorso alla questione di fiducia laddove esso venga abbinato al «maxi-emendamento», per di più in sede di conversione dei già citati decreti legge, circostanza che genera un vero e proprio cortocircuito del sistema di controllo del potere legislativo sull'esecutivo (il Parlamento si riduce, di fatto, a organo che per la stragrande maggioranza del tempo non fa altro che convertire in legge i provvedimenti adottati dall'Esecutivo).

<sup>20</sup> Si vedano: DI COSIMO (2014); STAIANO (2015); SCUTO (2017); DE FIORES (2018).

<sup>21</sup> Sul tema si vedano, per tutti, almeno: CARETTI (2010); DI COSIMO (2013); GIANFRANCESCO, LUPO (2007).

Quelli sinora menzionati sono solo alcuni dei possibili esempi. In generale, non si può che osservare come si siano moltiplicati tutti gli espedienti (vecchi e nuovi) volti a forzare le regole del procedimento legislativo ordinario così come descritto in Costituzione, con prassi di dubbia legittimità come quelle dei «decreti minotauro», dei «decreti *omnibus*», della «tagliola», del «supercanguro», delle «deleghe in bianco», e così via. Prassi che sono state peraltro avallate in modo preoccupante dalle Presidenze delle Camere, oltre che dalla Corte costituzionale (pur sollecitata più volte, in sede di conflitto di attribuzione tra poteri, dai gruppi e dai singoli parlamentari)<sup>22</sup>.

Per avere un'idea della magnitudine della crisi in atto, basti considerare che nella XIX legislatura, a oggi, su 24 provvedimenti totali approvati dal Parlamento, 18 sono leggi di conversione di decreti legge adottati dal Governo, 1 è una legge di delega al Governo, 1 è una ratifica di trattato internazionale, 1 è la legge di bilancio per il 2023, 2 hanno istituito delle Commissioni parlamentari di inchiesta, e 1 sola è stata una legge ordinaria «in senso stretto».

Questa grave paralisi del Parlamento alimenta ulteriormente la sfiducia dei cittadini nelle istituzioni della Repubblica, che a sua volta alimenta politiche e partiti populistici (si pensi alla genesi e all'approvazione della revisione costituzionale sul «taglio dei parlamentari», che ha se possibile peggiorato la crisi in atto) e la forma di governo finisce per avvitarsi in una sorta di spirale discendente che difficilmente sembra poter essere spezzata prescindendo da importanti riforme strutturali o, in alternativa, da un deciso intervento della Consulta volto ad affermare (*rectius*, a riaffermare) fermamente la centralità delle Camere nella forma di governo nazionale.

In definitiva, si può concludere che l'abdicazione (volontaria) da parte del Parlamento del proprio ruolo nella determinazione dell'indirizzo politico nazionale ha fatto sì che l'assetto concreto della forma di governo italiana abbia finito per discostarsi dalla tradizionale e costruttiva teoria della titolarità formale e sostanziale dell'indirizzo politico<sup>23</sup> derivante, *in primis*, dalla sovranità popolare che con il voto si traduce, tramite l'apporto di una maggioranza parlamentare, in maggioranza governativa. Più precisamente, la marginalizzazione del Parlamento e la significativa concentrazione dell'attività politica in capo al Governo da un lato, e l'integrazione europea dall'altro, hanno generato una «perimetrazione» dell'indirizzo politico senza precedenti, con ricadute potenzialmente epocali sul cuore dell'ordinamento costituzionale.

<sup>22</sup> Si veda in punto CAVAGGION (2020).

<sup>23</sup> Si veda MARTINES (1971).



In particolare, occorre chiedersi cosa resterà dell'indirizzo politico nazionale laddove il «metodo» disegnato con *Next Generation EU* e il PNRR (che è stato definito un procedimento misto «euro-nazionale») <sup>24</sup> dovesse divenire, da eccezionale, strutturale (come pare possibile alla luce della fisionomia che sta attualmente assumendo il nuovo piano *RePower EU*).

### 3. CONCLUSIONI: QUALI SOLUZIONI?

I problemi che si è cercato di evidenziare nei paragrafi precedenti molto difficilmente potranno essere risolti dal legislatore. Non a caso, in avvio di XIX legislatura si è iniziato a parlare, di nuovo (e a meno di dieci anni di distanza dall'ultimo, fallito, tentativo del Governo Renzi), di riforme costituzionali, con la proposta di emendare la forma di governo disegnata dalla Costituzione repubblicana, forse addirittura lasciandosi alle spalle il parlamentarismo, per introdurre forme di semipresidenzialismo (se non di vero e proprio presidenzialismo), o addirittura di elezione diretta del Presidente del Consiglio. Non deve stupire, del resto, che proposte di questo tipo trovino non pochi sostenitori nel dibattito politico-sociale del Paese: di fronte a un Parlamento che per oltre due decenni è stato incapace di svolgere appieno le proprie funzioni costituzionali, è naturale che alcuni possano guardare con interesse a forme di investitura popolare diretta di soggetti (il Presidente del Consiglio o il Presidente della Repubblica) che, in forza di tale legittimazione, possano prendere le decisioni più importanti per l'indirizzo politico nazionale.

Va considerato, tuttavia, che derive «leaderistiche» erano proprio ciò che il Costituente voleva evitare nel momento in cui è stato disegnato il nostro bicameralismo perfetto, che è congegnato ai fini di contenere eventuali derive «decisioniste» dell'Esecutivo.

Peraltro, sembra lecito dubitare che riforme volte a potenziare il ruolo dell'Esecutivo potranno raggiungere il risultato, sperato, di promuovere un migliore funzionamento del circuito della rappresentanza nel nostro ordinamento. Ciò perché non è l'Esecutivo, ma il Parlamento, la fonte dei «malfunzionamenti» della forma di governo attuale. Se proprio si vuole intervenire sulla forma di governo, allora, l'orizzonte dovrebbe essere preferibilmente quello di una riforma del parlamentarismo (con un potenziamento e una valorizzazione del ruolo delle Camere) e della legge elettorale (magari in senso maggioritario, con collegi uninominali). Le opzioni sul tavolo per una rivivifi-

---

<sup>24</sup> Si veda LUPO (2022).

cazione del Parlamento sono molte, e andranno vagliate con cautela, e potrebbero comprendere, solo per citarne alcune: il superamento del bicameralismo perfetto con l'istituzione di un vero Senato delle autonomie (a completamento della riforma costituzionale del Titolo V del 2001); la razionalizzazione del sistema della navette, attribuendo a una Camera il potere definitivo di approvazione delle proposte di legge, e all'altro quello di proporre modifiche; l'introduzione dell'iniziativa legislativa a data certa in capo al Governo; la limitazione del potere governativo di fare ricorso alla decretazione d'urgenza.

E tuttavia, rimane il principale problema di fondo: la crisi del parlamentarismo sembra essere inscindibilmente legata, nell'ordinamento italiano, alla crisi dei partiti. Se non viene risolta la crisi strutturale e, ormai, quasi-permanente del sistema partitico, e se i partiti non riescono a riprendere a svolgere il loro ruolo costituzionale (che a essi è conferito dall'articolo 49 Cost.) di tramite tra la società e le istituzioni, la crisi del parlamentarismo e della rappresentanza sembra inevitabilmente destinata a continuare a inasprirsi, a prescindere dalla forma del governo che sarà scelta dal legislatore costituzionale.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ANZON DEMMIG, A. (2018). «Partecipazione alle consultazioni e principio di leale collaborazione». *Osservatorio costituzionale*, n. 2.
- APOSTOLI, A. (2017). «Il c.d. Rosatellum-bis. Alcune prime considerazioni». In *Osservatorio costituzionale*, n. 3.
- AZZARITI, G. (2005). *Critica della democrazia identitaria*. Roma-Bari. Laterza.
- BELLETTI, M. (2020). «La crisi della rappresentanza alla base della crisi del divieto di vincolo di mandato». *Osservatorio costituzionale*, 1.
- BILANCIA, P. (2016). *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*. Padova. Cedam.
- (2018). *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*. Torino. Giappichelli. 2018.
- BOBBIO, N. (1979). *La crisi dei partiti*. Firenze. Le Monnier.
- CARAVITA, B. (2017). «I circuiti plurali della decisione nelle democrazie moderne». *federalismi.it*, n. speciale 1.
- CARETTI, P. (2010). «Maxi-emendamenti e questione di fiducia: una grave prassi distortiva di difficile contrasto». In N. Lupo (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*. Padova. Cedam.
- CARTABIA, M. (2020). *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*.

- CAVAGGION, G. (2020). *La formazione del governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi*. Torino. Giappichelli.
- (2022). «Minoranze e opposizioni in un Parlamento marginalizzato». *Diritto costituzionale*, 3.
- CAVAGGION, G.; LUTHER, J. (2016). «Quel che le storie delle riforme costituzionali possono insegnare». *Quaderno di storia contemporanea*, 60.
- CECCANTI, S. (2019). «Qualche breve chiosa all'ordinanza n. 17/2019». *Nomos*, 1.
- COSULICH, M. (2017). «Il tramonto dell'eguaglianza (del voto). Considerazioni critiche sulla legge n. 165 del 2017». *Critica del diritto*, n. 2, 2017.
- CURRERI, S. (2017). «Le nuove regole del Senato: un argine contro il trasformismo». *laCostituzione.info*.
- (2019). «L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale)». *federalismi.it*, 4.
- D'ANDREA, A. (1991). *Accordi di governo e regole di coalizione. Profili costituzionali*. Torino. Giappichelli.
- DE FIORES, C. (2018). «Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi». *Costituzionalismo.it*, 1.
- DE MARCO, E. (2020). «Sovranismo e populismo vs integrazione sovranazionale». *federalismi.it*, 4.
- DE MINICO, G.; VILLONE, M. (2020). «Stato di diritto, emergenza, tecnologia». *Consulta Online*, 2020.
- DI COSIMO, G. (2013). «Il Governo pigliatutto. La decretazione d'urgenza nella XVI legislatura». *Osservatorio sulle fonti*, 1.
- DI COSIMO, G. (2014). *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni*. Milano. Franco Angeli.
- DICKMANN, R. (2019). «La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-21 approvato dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato». *federalismi.it*, n. 4.
- FERRAIUOLO, G. (2017). «Rappresentanza e populismo». *Rivista AIC*, 3.
- FERRAJOLI, L. (2018). «Democrazia e populismo». *Rivista AIC*, 3.
- FERRARA, G. (1973). *Il governo di coalizione*. Milano. Giuffrè.
- FUSARO, C. (2015). «Per una storia delle riforme istituzionali». *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2.
- GIANFRANCESCO, E.; LUPO N. (2007). *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*. Luiss University Press. Roma.
- GIUFFRÈ, F. (2016). «Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo». *federalismi.it*, 23.
- LUPO, N. (2019). «Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione». *federalismi.it*, 4.
- (2022). «I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni». *federalismi.it*.

- MANETTI, M. (2018). «Costituzione, partecipazione democratica, populismo». *Rivista AIC*, 3.
- (2018). «Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri». *Giurisprudenza costituzionale*, 2.
- (2020). «Il conflitto promosso dai parlamentari si rivela una trappola. Dalla tutela degli interna corporis alla modifica tacita della Costituzione». *Giurisprudenza costituzionale*, 2.
- MARSOCCI, P.; PAPA, A. (2023). «Lingua e linguaggio della comunicazione pubblica». *Rivista AIC*, 1.
- MARTINES, T. (1971). «Indirizzo politico». *Enciclopedia del diritto*, XXI. Milano. Giuffrè.
- MAZZAROLLI, L. A. (2018). ««Se è un «Rosatellum»... fiorirà. Perché e come nasce la nuova legge elettorale». *Opinioni nuove notizie*, vol. 54, 6.
- MORRONE, A. (2018). «Governo di cambiamento». *federalismi.it*, 12.
- MOSCHELLA, G. (2019). «Crisi della rappresentanza politica e deriva populista». *Consulta online*, 2.
- PIERGIGLI, V. (2019). «La Corte costituzionale e il doppio salto mortale mancato. Alcune osservazioni a margine della ordinanza n. 17/2019». *Nomos*, 1.
- PINELLI, C. (2018). «Appunti sulla formazione del Governo Conte e sulla fine della riservatezza». *Osservatorio costituzionale*, 2.
- RESCIGNO, G. U. (2019). «Populismo (presunto, asserito, proclamato) e diritto costituzionale in Italia». *Ragion pratica*, 1.
- ROSSI, E. (2019). «L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio». *Forum di Quaderni costituzionali*.
- RUGGERI, A. (2018). ««Forma di governo» e «sistema dei partiti»: due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?». *Consulta online*, n. 3.
- SALVATI, M. (2016). «La democrazia è in crisi: c'è qualcosa di nuovo?». *Il Mulino*, n. 6.
- SCUTO, F. (2017). *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*. Milano. Giuffrè.
- (2022). *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo*. Giappichelli. Torino.
- SORRENTINO, F. (2019). «La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa». *federalismi.it*, 4.
- SPADARO, A. (2009). «Costituzionalismo versus populismo. (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)». In AA. VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, Jovene.
- STAIANO, S. (2015). «Trasformazioni dei partiti e forma di governo». *federalismi.it*, 19.
- (2018). «La forma di governo italiana. Permanenza e transizione». *Osservatorio costituzionale*, 2.
- TRUCCO, L. (2018). «Rosatellum-bis e la forma di governo «leadercratica» sul far del nascere della XVIII legislatura». *Costituzionalismo.it*, 3.
- ZAGREBELSKY, G. (2011). «La democrazia senza partiti». *La Repubblica*.

# DEMOCRAZIA E RESPONSABILITÀ POLITICA NEL PARLAMENTARISMO EUROPEO, TRA UNIONE E STATI MEMBRI

NICOLA LUPO  
*Luiss Guido Carli di Roma*

**SOMMARIO:** 1. *I problemi della democrazia parlamentare in Europa: «aritmie democratiche», non «deficit democratico».*–2. *La democrazia parlamentare come meccanismo per far valere la responsabilità politica dei governanti.*–3. *Le alterazioni dei ritmi e dei cicli democratici, nell'Unione e negli Stati membri.*–4. *Le elezioni europee come elezioni fisiologicamente anche nazionali, nel sistema parlamentare euro-nazionale.*–5. *Verso un migliore coordinamento temporale.*

## 1. I PROBLEMI DELLA DEMOCRAZIA PARLAMENTARE IN EUROPA: «ARITMIE DEMOCRATICHE», NON «DEFICIT DEMOCRATICO»

Il problema della democrazia europea, che l'art. 10 TUE definisce sin da subito come una democrazia rappresentativa (o parlamentare), non consiste tanto in una mancanza di democrazia, quanto nelle difficoltà che derivano dal sovrapporsi e dall'intreccio tra dinamiche democratiche diverse e in larga parte collegate tra di loro. Questa è la ragione per cui la formula, abusata, del «deficit democratico» e la diagnosi che è a essa sottesa circa i mali della democrazia dell'Unione europea, diffusesi a partire dalla prima elezione diretta del Parlamento europeo, nel 1979<sup>1</sup>, risultano essere parziali, se

---

<sup>1</sup> Cfr. il manifesto del congresso dei giovani federalisti europei (JEF) del 1977 (dovuto a R. CORBETT, che ne fu il leader dal 1979: <https://federalunion.org.uk/the-first-use-of-the-term-democratic-deficit/>) e MARQUAND (1979).

non sbagliate. Tant'è che sulla loro base sono stati suggeriti alcuni rimedi – a partire dall'incremento dei poteri del Parlamento europeo – che, pur adottati nel corso del tempo e in sé certamente positivi, non hanno fin qui risolto i problemi della democrazia parlamentare europea.

«Deficit», com'è noto, significa «mancanza». Tuttavia, se guardiamo alla quantità di democrazia che esiste nell'Unione europea, considerando insieme le istituzioni dell'Unione e quelle dei suoi Stati membri, sarebbe molto difficile affermare, soprattutto quando si confronta il continente europeo con altre parti del globo, che il problema dell'Unione europea consista nel non avere abbastanza democrazia: per cui, vi sarebbe, appunto, una mancanza di democrazia. Quella del «deficit democratico» appare perciò una formula errata se, com'è necessario, si includono nell'analisi le dinamiche democratiche e parlamentari degli Stati membri, che incidono profondamente sull'indirizzo politico dell'Unione, anche e anzitutto perché per definizione sono appunto tali dinamiche a determinare la composizione del Consiglio europeo e del Consiglio dell'Unione, e poi anche gli equilibri decisionali all'interno di tali istituzioni<sup>2</sup>: non va dimenticato, infatti, che tutti i governi degli Stati membri, con la sola eccezione di Cipro, adottando forme di governo parlamentari o, al più, semipresidenziali, sono necessariamente legati tramite un rapporto fiduciario con almeno un ramo del loro Parlamento nazionale<sup>3</sup>.

I problemi democratici dell'Unione non discendono da una mancanza di democrazia, bensì da un difficile coordinamento, anzitutto sul piano temporale, tra le dinamiche democratiche – intese sia come dinamiche elettorali, sia come dinamiche parlamentari – dell'Unione e dei suoi Stati membri. Da ciò il riferimento alle «aritmie»: i problemi democratici dell'Unione Europea, pertanto, vanno identificati non in un preteso «deficit democratico», bensì nell'incapacità dei meccanismi democratici tradizionali, a partire dalla responsabilità politica, di funzionare in modo soddisfacente con riguardo alle dinamiche che si realizzano nell'Unione europea.

---

<sup>2</sup> Sulla necessità di non applicare i requisiti democratici alle sole istituzioni dell'Unione Europea cfr., ad esempio, LEQUESNE (2021, 7 ss.), (sottolineando, anche in chiave auto-critica, come l'esercizio della democrazia negli Stati membri faccia parte a pieno titolo del gioco democratico europeo). Ove invece si tenti di applicare i principi democratici alle sole istituzioni dell'Unione, le difficoltà sono piuttosto evidenti: cfr., ad esempio, NANOPOULOS, VERGIS (2019, 122 ss.).

<sup>3</sup> Cfr. i contributi di IBRIDO (2018), CLEMENTI (2018) e OLIVETTI (2018).

## 2. LA DEMOCRAZIA PARLAMENTARE COME MECCANISMO PER FAR VALERE LA RESPONSABILITÀ POLITICA DEI GOVERNANTI

Le peculiarità della democrazia parlamentare nell'Unione Europea si colgono meglio se si sottolinea la centralità, nelle democrazie contemporanee, dei meccanismi volti a far valere la responsabilità politica dell'Esecutivo; e, più specificamente, di quelli diretti a consentire, entro termini certi, una possibilità di ricambio dei titolari di quel potere.

La caratteristica tipica delle democrazie contemporanee, soprattutto secondo la versione fatta propria da Joseph Schumpeter e ripresa da Karl Popper, consiste nell'essere sistemi istituzionali idonei a far valere la responsabilità politica dei governanti, che consentono cioè agli elettori di rimuoverli, attraverso periodiche elezioni, ove essi non abbiano agito in modo valutato (dagli stessi elettori) soddisfacente. Cruciale è perciò, a questi fini, il concetto di responsabilità politica: si presume che i cittadini, anche attraverso l'azione dei parlamenti, possano identificare le responsabilità dei governanti e, in caso, rimuoverli nelle (successive) elezioni.

Ad esempio, per Schumpeter, il metodo democratico è quel meccanismo istituzionale in cui gli individui acquisiscono il potere di decidere attraverso una competizione per il voto popolare<sup>4</sup>. Oppure, basti qui richiamare la definizione proposta da Popper, secondo cui la democrazia è quel sistema istituzionale che consente di sbarazzarsi di un governo senza spargimenti di sangue, bensì attraverso elezioni generali<sup>5</sup>. Questo comporta che, nell'ottica di entrambi gli autori, diventa centrale il carattere temporalmente limitato del potere che si esercita<sup>6</sup>.

Tuttavia, i meccanismi volti a far valere la responsabilità politica e ad esercitare il controllo parlamentare e dell'opinione pubblica sull'operato del governo, pur essenziali al fine di assicurare il carattere democratico dei regimi contemporanei, non sono mai di facile attuazione e incontrano enormi difficoltà nell'adattarsi alle dinamiche dell'Unione europea.

Come è stato acutamente osservato<sup>7</sup>, nell'Unione europea si riscontra l'assenza di un ciclo politico unico o comunque dominante, paragonabile al ciclo elettorale nei sistemi democratici nazionali: le istituzioni dell'Unione seguono orologi diversi – alcuni legati ad appuntamenti elettorali – e le politiche chiave si sviluppano con cicli variegati. Inoltre, e soprattutto, le tempistiche con cui agiscono le istituzioni dell'Unione sono altamente sensibili alle influenze dagli Stati membri, in particolare al calendario delle elezioni che hanno luogo negli Stati più grandi.

<sup>4</sup> Cfr. SCHUMPETER (1946).

<sup>5</sup> Cfr. POPPER (1966).

<sup>6</sup> Cfr., per tutti, LINZ (1998).

<sup>7</sup> Così GOETZ (2017).

Sin dall'inizio, il processo di integrazione europea ha svuotato i meccanismi di responsabilità politica e di controllo parlamentare tradizionalmente operanti a livello degli Stati membri, nelle forme di governo parlamentare, per effetto dei quali le decisioni prese dai governi sono ritenute legittime grazie alle loro radici indirette nella volontà popolare derivanti dal legame fiduciario tra governo e Parlamento<sup>8</sup>. Gli strumenti tradizionali del controllo parlamentare faticano non poco a incidere in un sistema decisionale a più livelli, nell'ambito del quale i Parlamenti nazionali e lo stesso Parlamento europeo difficilmente riescono a ritagliarsi un ruolo incisivo<sup>9</sup>.

La tentazione di attribuire altrove la responsabilità politica per le scelte compiute, ossia il gioco dello scaricabarile<sup>10</sup>, è perciò diventata talmente attraente e così spesso praticata nell'Unione da introdurre una serie di intralci nel cuore dei meccanismi democratici, com'è noto molto delicati, della democrazia europea. E ha finito così per rendere la democrazia europea particolarmente vulnerabile agli attacchi provenienti dai (numerosi) nemici che i sistemi democratici incontrano nel mondo contemporaneo<sup>11</sup>.

Analogamente, per effetto dei medesimi fenomeni, a livello degli Stati membri, i ritmi tradizionali della democrazia parlamentare non funzionano più in modo soddisfacente: le fasi del processo decisionale diventano irregolari e imprevedibili, la responsabilità politica per le opzioni compiute tende a dissolversi, ponendo le forze di opposizione in una condizione di significativo svantaggio. I ritmi caratteristici della democrazia parlamentare non scompaiono, ma vengono emarginati, interrotti e schiacciati e mancano di sincronia tra loro, lasciando quindi le opposizioni politiche in condizioni di debolezza<sup>35</sup>.

### 3. LE ALTERAZIONI DEI RITMI E DEI CICLI DEMOCRATICI, NELL'UNIONE E NEGLI STATI MEMBRI

Per descrivere sinteticamente un quadro siffatto il ricorso all'immagine delle «aritmie» può forse rivelarsi efficace. Pur con tutte le approssimazioni del caso, rende meglio il senso di quali siano i limiti e i problemi della democrazia parlamentare nell'Unione Europea, considerata, come si è fatto sin qui,

<sup>8</sup> Cfr. LINDSETH (2010).

<sup>9</sup> Cfr., tra gli altri, CRUM, OLEART (2023) e PLEINO-SANDBERG, RAUNIO (2023).

<sup>10</sup> Cfr. HOBOLT, TILLEY (2014) e PINELLI (2016). Sul ruolo cruciale della responsabilità politica cfr. COSTANZO (2008).

<sup>11</sup> Cfr., tra gli altri, LEVITSKY, ZIBLATT (2018); APPLEBAUM (2020). Con un'ottica anzitutto agli Stati Uniti, cfr. anche NICHOLS (2021).



come inscindibilmente connessa ai sistemi democratici di suoi Stati membri, rispetto all'abusata – e già criticata – formula del «deficit democratico».

È noto che le disfunzioni del ritmo cardiaco, le cosiddette aritmie cardiache, si verificano allorquando gli impulsi elettrici che coordinano i battiti del cuore non funzionano correttamente, causando un battito cardiaco troppo veloce, troppo lento o irregolare. Un battito che dunque continua a esserci, ma con importanti irregolarità, le quali rendono più a rischio il funzionamento di organi vitali e dell'apparato cardiocircolatorio nel suo insieme.

Ebbene, alla luce di ciò che si è appena osservato, ben si può sostenere che nella democrazia dell'Unione Europea si registrino significative aritmie sia nelle dinamiche politico-istituzionali che hanno luogo a livello europeo, sia in quelle che si registrano a livello nazionale. È appunto dal loro intreccio che discendono una serie di alterazioni dei tempi e dei ritmi con cui, almeno a stare ai principi tradizionali, dovrebbe funzionare una democrazia parlamentare.

Si tratta di un intreccio che per larga parte è strutturale, derivando dalla stessa architettura delle istituzioni europee, che è strettamente connessa a quella delle forme di governo di ciascuno Stato membro: la legittimazione democratica dell'Unione, come sancito dall'art. 10, par. 2, TUE, non si fonda solo sul Parlamento europeo, ma altresì sul fatto che in Consiglio siedano i rappresentanti dei governi «a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini».

Ad ogni modo, i tempi e i ritmi tipici delle democrazie parlamentari, ossia i cicli politico-elettorali, diversi in ciascuno Stato membro, sono stati significativamente alterati dal processo di integrazione dell'Unione e dalle sue dinamiche democratiche, che si sono innestate sulle tradizioni democratiche più o meno consolidate in ognuno dei suoi Stati membri. Come è stato acutamente osservato<sup>12</sup>, le tempistiche con cui agiscono le istituzioni dell'Unione sono altamente sensibili alle influenze dagli Stati membri, in particolare al calendario delle elezioni che hanno luogo negli Stati più grandi e nell'Unione europea si riscontra l'assenza di un ciclo politico unico o comunque dominante, paragonabile al ciclo elettorale nei sistemi democratici nazionali: le istituzioni dell'Unione seguono orologi diversi – alcuni legati ad appuntamenti elettorali – e le politiche chiave si sviluppano con cicli variegati<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. GOETZ (2012), (sottolineando che «the configuration of terms, mandates, and tenures across the key EU institutions is scarcely synchronized»). Cfr. anche Id. (2015).

<sup>13</sup> Così GOETZ (2012). Cfr. anche la ricostruzione, in termini manualistici ma assai accurata, di DE VRIES, HOBOLT, PROKSCH, SLAPIN (2021), che presenta il pregio di analizzare in stretta connessione le dinamiche democratiche nelle istituzioni europee e quelle nei suoi Stati membri.

Si pensi ad esempio al ciclo di bilancio dell'Unione, di durata settennale, che non è in alcun modo sincronizzato con le elezioni per il Parlamento europeo né con la durata in carica della Commissione europea. Peraltro, in concreto, e con un certo grado di paradosso, questa mancata sincronizzazione dei tempi si è rivelata preziosa nel momento in cui si è trattato di reagire alla crisi pandemica: la mancata chiusura del quadro finanziario pluriennale 2021-2027 prima delle elezioni del 2019 ha infatti consentito, grazie a quello che è stato autorevolmente definito come un «felice allineamento di pianeti»<sup>14</sup>, di disporre di più leve, incluse le risorse proprie, nel momento in cui si è trattato, nella prima metà del 2020, di adottare misure comuni volte a fronteggiare l'impatto del Covid-19, in particolare con SURE e *Next Generation EU*<sup>15</sup>. Peraltro, proprio il *Next Generation EU* ha introdotto, con il *Recovery and Resilience Facility*, una ulteriore – e assai stringente, specie per gli Stati che hanno chiesto e ottenuto più risorse – programmazione quinquennale, sagomata appunto sulla proiezione pluriennale del bilancio dell'Unione, ma disallineata rispetto ai cicli politici elettorali tanto europeo, quanto nazionali, dando perciò luogo a incroci per più versi peculiari e potenzialmente problematici<sup>16</sup>.

#### 4. LE ELEZIONI EUROPEE COME ELEZIONI FISIOLGICAMENTE ANCHE NAZIONALI, NEL SISTEMA PARLAMENTARE EURO-NAZIONALE

In prospettiva, un buon punto di partenza per provare a superare, o almeno ad attenuare, i problemi che si sono fin qui evidenziati potrebbe consistere nel prendere atto di questa sovrapposizione come elemento fisiologico, evitando perciò di rappresentare la dinamica politico-istituzionale in essere nel continente europeo considerando in via esclusiva il livello nazionale o, simmetricamente, soltanto quello dell'Unione Europea.

A questo mira, in particolare, la teoria del sistema parlamentare euro-nazionale<sup>17</sup>. Una teorizzazione che punta a evidenziare come ciascuna delle istituzioni in gioco, quelle dell'Unione Europea come quelle di ciascuno Stato membro, sia chiamata a rapportarsi contemporaneamente con tutte le altre (o

<sup>14</sup> Così MONTI (2023).

<sup>15</sup> Cfr. DE FEO (2020), e CALZOLARI, COSTAMAGNA (2021).

<sup>16</sup> Alcuni spunti in LUPO (2023).

<sup>17</sup> Cfr. MANZELLA (2015); LUPO (2014); FASONE, LUPO (2016); LUPO, PICCIRILLI (2017); MANZELLA (2017). Per alcune critiche a questa formula, supportando invece quella del «multi-level parliamentary field», cfr. CRUM (2017).

quasi). Questo vale per gli Esecutivi, ma anche per i Parlamenti – sia per quello europeo, sia per quelli nazionali, tenuti anch'essi a interloquire direttamente, per quanto possibile, con le istituzioni europee – per i giudici e altresì per i cittadini. Questi ultimi, ogni volta che sono chiamati alle urne, si esprimono perciò non esclusivamente per i rappresentanti che sono chiamati a eleggere, ma altresì, al contempo, formulano una loro valutazione anche sui loro rappresentanti che operano ad altri livelli in cui si articola il sistema parlamentare euro-nazionale e sui governi che essi esprimono.

Questo comporta, tra l'altro, che nella democrazia europea ogni elezione ha, strutturalmente e inevitabilmente, una valenza multipla. La letteratura politologica che da tempo qualifica le elezioni per il Parlamento europeo come «elezioni di secondo ordine», ossia determinate più dai *cleavage* politici nazionali che dalle alternative che si delineano in ambito europeo<sup>18</sup>, si fonda sul fenomeno che si è appena descritto, ma tende a farlo – un po' come si è visto accadere con la formula del «deficit democratico» – in modo assai parziale e insoddisfacente.

E ciò specie ove la formula delle elezioni europee come «elezioni di secondo ordine» – peraltro oggetto di recenti rimediazioni<sup>19</sup>, specie alla luce della maggiore importanza assunta dalle formazioni euro-scettiche, le quali hanno fatto sì che l'intensità e la direzione del processo di integrazione europea siano stati elementi sempre più rilevanti nelle campagne elettorali per il Parlamento europeo<sup>20</sup> – sia intesa come volta a evidenziare una patologia di tali elezioni e del comportamento degli elettori che, idealmente, dovrebbero invece porre al centro della loro attenzione le sole tematiche della politica continentale<sup>21</sup>.

È quest'ultima lettura della formula in questione che, invero, appare di dubbio fondamento. Nell'ambito di un sistema parlamentare euro-nazionale è assolutamente fisiologico che con le elezioni europee gli elettori esprimano un giudizio anche e anzitutto sull'operato dei loro governi, che sono i protagonisti della dinamica europea, e degli attori nazionali in genere.

Allo stesso modo, in parallelo, le elezioni nazionali tendono sempre più a diventare anche elezioni europee: nel duplice senso che gli elettori in esse valutano anche come i partiti politici hanno agito in sede europea e che tali

<sup>18</sup> Così, all'indomani delle elezioni del 1979, REIF, SCHMITT (1980). Cfr. inoltre, tra i tanti, HOBOLT, WITTHOCK (2011); GATTERMANN, DE VREESE, VAN DER BRUG (2021).

<sup>19</sup> Cfr., ad esempio, BRESSANELLI (2015); DE SIO, RUSSO, FRANKLIN (2019); PLESCIA, WILHELM, KRITZINGER (2020); WILHELM, KRITZINGER, PLESCIA, RAUBE, WOUTERS (2020); EHIN, TALVING (2020); GATTERMANN, DE VREESE, VAN DER BRUG (2021).

<sup>20</sup> In questo senso, da una prospettiva italiana ma con valenza più generale, cfr., prima delle elezioni del 2019, LUPO, MANZELLA (2019); e, successivamente, alla luce di un'accurata analisi dei dati, ANGE-LUCCI, DE SIO, PAPARO (2020).

<sup>21</sup> Ad esempio, cfr. REIF, SCHMITT, NORRIS (1997).

elezioni, ancorché nazionali, originano effetti assai significativi e spesso decisivi quanto alla determinazione dell'indirizzo politico dell'Unione Europea. Non può certo sorprendere che l'indirizzo politico dell'Unione Europea non sia determinato esclusivamente dalle dinamiche tra le istituzioni dell'Unione Europea o tra i partiti europei, all'indomani delle elezioni del Parlamento europeo, ma altresì dal gioco politico-istituzionale che si svolge in ciascuno degli Stati membri, alla luce delle elezioni nazionali.

## 5. VERSO UN MIGLIORE COORDINAMENTO TEMPORALE

Sul piano del riformismo istituzionale, l'analisi fin qui condotta porta a domandarsi se le aritmie che si sono evidenziate nelle dinamiche europee possano essere quanto meno attenuate. In particolare, è noto che nel disegno dei meccanismi istituzionali democratici un peso fondamentale è riconosciuto alle norme che fissano scadenze temporali: un calendario ben funzionante è decisivo per la corretta dinamica democratica. Gli esempi offerti dal diritto comparato sono numerosi, sia in positivo, sia in negativo. Volendosene qui richiamare, in conclusione, solo uno, si può citare la riforma costituzionale del 2000 in Francia che, nell'omogeneizzare a cinque anni il mandato del Presidente della Repubblica a quello dell'Assemblea nazionale e nel richiedere che le elezioni presidenziali si svolgano poco prima di quelle parlamentari, ha attenuato molti dei nodi problematici che erano emersi nella V Repubblica, evitando in particolare il realizzarsi di ulteriori casi di *cohabitation* e facendo ulteriormente virare la forma di governo in chiave presidenziale<sup>22</sup>.

Di qui il problema nel coordinare meglio, anche e anzitutto sul piano temporale, le tante e diverse dinamiche democratiche che coesistono all'interno dell'Unione<sup>23</sup>. A partire da una prospettiva di riforma della legge elettorale per il Parlamento europeo, con la quale non solo si prevedendo, con norme europee, un unico sistema elettorale e un'unica data in cui svolgere le elezioni, ma si attribuiscono altresì due schede a ciascun elettore: una per liste e seggi transnazionali, guidate dai candidati a presidente della Commissione europea (i c.d. *Spitzenkandidaten*)<sup>24</sup>; l'altra per eleggere, nella circoscrizione di appartenenza

<sup>22</sup> Cfr., tra i tanti, M. MORABITO (2016); ROSSETTO (2008).

<sup>23</sup> Si veda, in particolare, GOETZ (2014).

<sup>24</sup> Sul tentativo di istituire una convenzione costituzionale nel senso di indicare preventivamente i candidati a Presidente della Commissione europea e sul suo (parziale) fallimento la letteratura è cospicua: cfr., per tutti, RAUBE, CRUM (2023).

all'interno di ciascuno Stato membro, i candidati nelle liste presentatesi a livello nazionale<sup>25</sup>.

Sembrerebbe un modo per muoversi nella giusta direzione, che è quella, come si diceva, di prendere atto della stretta interconnessione del sistema politico-istituzionale europeo con quelli di ciascuno degli Stati membri, tutti all'interno del sistema parlamentare euro-nazionale, garantendo così un miglior funzionamento della indubbiamente complessa, ma quanto mai necessaria, democrazia parlamentare europea. Il resto dell'opera, probabilmente, compete a riforme da introdurre da parte di ciascuno Stato membro, chiamato per quanto possibile ad adeguare i ritmi della sua democrazia parlamentare a quelli europei, in modo da evitare che un troppo frequente e asimmetrico ricorso alle urne, nei vari livelli territoriali in cui si articola la democrazia parlamentare europea, accentui ulteriormente quella tendenza allo *short-termism* (traducibile come «presentismo» o «veduta corta»), che già rappresenta forse il principale inconveniente dei sistemi democratici, nell'ambito della competizione nella quale essi sono chiamati a confrontarsi, su scala globale, con sistemi che democratici non sono.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ANGELUCCI, D.; DE SIO, L.; PAPARO, A. (2020). «Europe matters... upon closer investigation: A novel approach for analysing individual-level determinants of vote choice across first- and second-order elections, applied to 2019 Italy». *Italian Political Science Review / Rivista Italiana Di Scienza Politica*, 50(3), pp. 334-349.
- APPLEBAUM, A. (2020). *Twilight of Democracy: The Seductive Lure of Authoritarianism*. Doubleday. New York.
- BRESSANELLI, E. (2015). «Le elezioni europee del Maggio 2014: ancora e sempre di secondo ordine?». In C. Hanretty, S. Profeti (eds.), *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni*. Il Mulino, Bologna, pp. 95-114
- CALZOLARI, L.; COSTAMAGNA, F. (2021). «La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU». In P. Manzini, M. Vellano (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, CEDAM, Padova, p. 169 s., spec. 178 s.
- CLEMENTI, F. (2018). «La V Repubblica francese e il ciclo di razionalizzazioni degli anni Settanta». In R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e stati membri*. Bologna. Il Mulino. 85 ss.

---

<sup>25</sup> Cfr., in proposito, anche per i relativi riferimenti ai dibattiti svoltisi e alle proposte formulate dal Parlamento europeo, anche sulla scorta dei lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa, JACQUÈ (2022) e COSTA, FASONE (2024).

- COSTA, O.; FASONE, C. (2024). *The law and politics of electoral reform*. In M. Ceron, T. Christiansen, D. G. Dimitrakopoulos (eds.), *The Politicization of the European Commission's Presidency: Spitzenkandidaten and Beyond*, Palgrave, London, 109-130.
- COSTANZO, P. (2008). «Oscillazioni della «forma di governo» dell'Unione europea nel «Traité simplifié compliqué»». *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 45 ss., spec. 58 ss.
- CRUM, B. (2017). «National Parliaments and Constitutional Transformation in the EU». *European Constitutional Law Review*, 4, 817 ss.
- (2023). «Why the European Parliament lost the Spitzenkandidaten-process». *Journal of European Public Policy*, 2, pp. 193–213.
- CRUM, C.; OLEART, A. (2023). «Information or Accountability? A Research Agenda on European Commissioners in National Parliaments». *Journal of Common Market Studies*, 61(3), pp. 577-864.
- DE FEO, A. (2020). *The MFF 2021-2027: A Game Changer?*. In B. Laffan, A. De Feo (eds.), *EU Financing for Next Decade. Beyond the MFF 2021-2027 and the Next Generation EU*, EUI, Firenze, p. 323 s., spec. 329 s.
- DE SIO, L.; RUSSO, L.; FRANKLIN, M. N. (2019). *Explaining the outcome. Second-order factors still matter, but with an exceptional turnout increase*. In L. De Sio, M. N. Franklin, L. Russo (eds.), *The European Parliament Elections of 2019*, Luiss University Press, Roma, p. 57 s.
- DE VRIES, C. E.; HOBOLT, S. B.; PROKSCH, S. O.; SLAPIN, J. B. (2021). *Foundation of European Politics. A Comparative Approach*. OUP, Oxford, spec. 55 s.
- EHIN, P.; TALVING, L. (2020). «Second-order effects or ideational rifts? Explaining outcomes of European elections in an era of populist politics». *Italian Political Science Review / Rivista Italiana di Scienza Politica*, 50(3), pp. 350-367.
- FASONE, C.; LUPO, N. (2016). «Conclusion. Interparliamentary Cooperation in the Framework of a Euro-national Parliamentary System». In N. Lupo, C. Fasone (eds.), *Interparliamentary Cooperation in a Composite European Constitution*, Hart, Oxford, 345 ss.
- GATTERMANN, K.; DE VREESE, C. H.; VAN DER BRUG, W. (2021). «Introduction to the special issue: No longer second-order? Explaining the European Parliament elections of 2019». *Politics*, 41(4), 423 ss.
- GOETZ, K. (2014). «A Question of Time: Responsive and Responsible Democratic Politics». *West European Politics*, 37, 379-399.
- (2017). «Political Leadership in the European Union: A Time-Centred View». *European Political Science*, 48 ss.
- GOETZ, K. H. (2012). *Time and Power in the EU*, in E. Jones, A. Menon, S. Weatherill (eds.), *The Oxford Handbook on the EU*, OUP, Oxford, 703 s., spec. 705 s.
- (2015). *Synchronisation demokratischen Regierens in der Europäischen Union*, in H. Straßheim, T. Ulbricht (eds.), *Zeit der Politik: Demokratisches Regieren in einer beschleunigten Welt*, Nomos, Baden-Baden, 132 s.

- HOBOLT, S. B.; TILLEY, J. (2014). *Blaming Europe? Responsibility Without Accountability in the European Union*. Oxford University Press. Oxford.
- HOBOLT, S. B.; WITTRICK, J. (2011). «The second-order election model revisited. An experimental test of vote choices in European Parliament elections». *Electoral Studies*, 30 (1), 29 ss.
- IBRIDO, R. (2018). «L'evoluzione della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza costituzionale dei sei Stati fondatori». In R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e stati membri*. Bologna. Il Mulino. 57 ss.
- JACQUÈ, J. P. (2022). «The European Parliament's Institutional Proposals Following the Conference on the Future of Europe: Much Ado About Nothing?». *Common Market Law Review*, 59, pp. 129-142
- LEINO-SANDBERG, P.; RAUNIO, T. (2023). «From Bad to Worse: The Continuous Dilemma Facing Parliaments in European Economic and Fiscal Governance». *Government and Opposition*, 1-18.
- LEQUESNE (2021). «Préface». In L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe électif dans l'Union européenne. Quinzièmes Journées Jean Monnet*. Bruxelles, 7 ss.
- LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. (2018). *How Democracies Die*. Crown, New York.
- LINDSETH, P. L. (2010). *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation-State*. New York.
- LINZ, J. (1998). «Democracy's Time Constraints». *International Political Science Review*, 19(1), 19 ss.
- LUPO, N. (2014). «Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella costituzione «composita» nell'Unione europea: le diverse letture possibili». In A. Ciancio (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma, 365 ss.
- (2023). «PNRR e cicli politico-elettorali, tra Unione europea e Stati membri». *federalismi*, 28, pp. III-XIV.
- LUPO, N.; MANZELLA, A. (2019). *Il Parlamento europeo. Un'introduzione*, Luiss University Press, Roma, p. 133 s.
- LUPO, N.; PICCIRILLI, G. (2017). «Introduction: the Italian Parliament and the New Role of National Parliaments in the European Union». In N. Lupo, G. Piccirilli (eds.), *The Italian Parliament in the European Union*, Hart, Oxford, 1 ss.
- MANZELLA, A. (2015). «Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema». *Rivista AIC*, 1.
- (2017). «The European Parliament and the National Parliaments as a System». In S. Mangiameli (ed.), *The Consequences of the Crisis on European Integration and on the Member States*, Springer, Cham, 47 ss.
- MARQUAND, D. (1979). *Parliament for Europe*. Jonathan Cape. London.
- MONTI, M. (2023). «Postfazione». In M. Buti, *Jean Monnet aveva ragione? Costruire l'Europa in tempi di crisi*, EGEA, Milano.

- MORABITO, M. (2016). *Histoire Constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*. XIV ed. LGDJ. Paris.
- NANOPOULOS, E.; VERGIS, F. (2019). «The Inherently Undemocratic EU Democracy. Moving beyond the ‘Democratic Deficit’ Debate». In E. Nanopoulos, F. Vergis (eds.), *The Crisis behind the Eurocrisis. The Eurocrisis as a Miltidimensional Systemic Crisis of the EU*. Cambridge University Press. Cambridge. 122 ss.
- NICHOLS, T. (2021). *Our Own Worst Enemy: The Assault from within on Modern Democracy*. Oxford University Press. New York.
- OLIVETTI, M. (2018). «Il regime parlamentare nell’Europa centro-orientale dopo il 1989». In R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e stati membri*. Bologna. Il Mulino. 113 ss.
- PINELLI, C. (2016). «Il doppio cappello dei governi fra Stati e Unione europea». *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 639 ss.
- PLESCIA, C.; WILHEM, J.; KRITZINGER, S. (2020). «First-order breakthrough or still second-order? An assessment of the 2019 EP elections». In S. Kritzinger, C. Plescia, K. Raube, J. Wilhelm, J. Wouters (eds.), *Assessing the 2019 European Parliament Elections*, London, Palgrave, 2020, 76 ss.
- POPPER, K. R. (1966). *The Open Society and Its Enemies. The Spell of Plato*. London.
- REIF, K.; SCHMITT, H. (1980). «Nine Second-Order National Elections. A Conceptual Framework for the Analysis of European Election Results». *European Journal of Political Research*, 8, 3 ss.
- REIF, K.; SCHMITT, H.; NORRIS, P. (1997). «Second-order elections». *European Journal of Political Research*, n. 1-2, 109-124.
- ROSSETTO, J. (2008). *Les effets du quinquennat sur l’exercice de la fonction présidentielle. Certitudes et prospective*. In B. Mathieu (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 243 ss.
- SCHUMPETER, J. A. (1946). *Capitalism, Socialism, Democracy*. London.
- WILHELM, J.; KRITZINGER, S.; PLESCIA, C.; RAUBE, K.; WOUTERS, J. (2020) *Conclusions. From second-order towards first-order elections*. In S. Kritzinger, C. Plescia, K. Raube, J. Wilhelm, J. Wouters (eds.), *Assessing the 2019 European Parliament Elections*, London, Palgrave, 235 ss.



## LA FORMA DI STATO E DI GOVERNO ITALIANA ALLA PROVA DEL PNRR

CARLO COLAPIETRO  
*Università degli Studi Roma Tre*

1. Il rapporto tra forme di Stato e forme di governo costituisce uno dei temi classici del diritto costituzionale. Rappresenta, di fatto, un aspetto essenziale nello studio degli ordinamenti giuridici contemporanei che si dirama in una complessa articolazione di questioni estremamente attuali e pervasive. Nella prospettiva schmittiana della Costituzione come «decisione politica fondamentale», anzi, il diritto costituzionale si esaurirebbe nello studio di esse.

Diversi studiosi hanno elaborato sulla questione dottrine che ne analizzano gli aspetti di definizione concettuale, nonché i profili di imprescindibile implicazione reciproca. Tra questi, Costantino Mortati può essere considerato uno dei teorici di maggior spessore sul tema.

Difatti, nelle prime pagine delle sue lezioni su *Le forme di governo*, pubblicate nel 1973, Mortati cristallizza lo stretto legame tra la forma di Stato e la forma di governo sottolineandone l'intrinseca connessione, poiché esse «rappresentano i due aspetti di un unico fondamentale problema: quello che attiene al modo di essere del rapporto tra Stato-autorità e Stato-società».

Per entrare meglio nel vivo del dibattito è necessario prendere le mosse da definizioni ben note: lo studio delle forme di Stato indica tradizionalmente l'esame del rapporto che intercorre tra governanti e società civile, fotografando – in altri termini – l'assetto complessivo della comunità statale. In via generale, la locuzione «forma di Stato» si distingue dall'espressione «forma di governo» che concerne, invece, la distribuzione del potere, latamente inteso,

tra gli organi dello Stato come apparato. Una prospettiva che, di fatto, permette un punto di osservazione privilegiato sulle modalità in cui viene elaborata ed eseguita la direzione politica dello Stato.

Certamente, definizioni di questo tipo, incidenti su fenomeni sociali e soggette a continui processi di ibridazione, devono essere utilizzate senza rigidità. Un impianto teorico siffatto deve essere, anzi, lo strumento primario nella comprensione della geometria di fenomeni attuali e complessi, il mezzo decisivo per progettare riforme che incidano efficacemente sugli ordinamenti.

2. Tali propositi diventano ancor più stringenti oggi, alla luce degli investimenti dell'UE sul futuro dell'Europa e degli Stati membri dopo l'emergenza pandemica. Com'è ben noto l'Unione Europea ha concordato un Piano di ripresa per gettare le basi di economie e società dei Paesi europei più sostenibili, resilienti e preparate alle opportunità della transizione ecologica e digitale.

La risposta dell'Italia, attraverso l'adozione del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, pone in essere uno strumento che incide necessariamente sulla forma di governo, in particolare sulla *determinazione dell'indirizzo politico nazionale* e su alcuni degli elementi fondamentali della forma di Stato, specie nei rapporti tra Stato e Regioni.

2.1 L'esame, anche se per brevi cenni, dell'incidenza del PNRR sull'indirizzo politico investe ogni livello dell'*agere pubblico*, non limitandosi alla sola analisi dei rapporti tra Governo e Parlamento. Difatti, come è stato evidenziato proprio rispetto all'attuazione del Piano di Ripresa e Resilienza, una vera separazione tra politica e amministrazione non si è mai realizzata alla lettera, soprattutto nelle società contemporanee complesse in cui le decisioni amministrative non sono mai esclusivamente esecutive, bensì implicano l'esercizio di una discrezionalità anche di tipo politico. Difatti, l'apparato amministrativo di supporto partecipa, oltre che all'attuazione, anche all'elaborazione delle politiche pubbliche. Insomma, per una piena attuazione del PNRR si dovranno anche vincere delle resistenze, dei blocchi corporativi, invisibili alla dinamica politica e democratica, dal momento che, di fatto, è la burocrazia – grazie anche alle conoscenze ed alle competenze di cui è depositaria – ad esercitare il potere reale.

Proprio alla luce di ciò, sembra potersi anche spiegare la *ridefinizione dei rapporti endogovernativi* in atto, in particolar modo attraverso il rafforzamento delle strutture di coordinamento: il riferimento è all'accentuazione della «centralità» del Presidente del Consiglio dei Ministri, in uno con la Presidenza del Consiglio e la neo-istituita Cabina di regia, nonché ai muta-

menti strutturali che stanno interessando le amministrazioni centrali dello Stato (*in primis*, il ruolo centrale acquisito dal Ministero dell'economia e delle finanze). Tutto ciò va a discapito, almeno apparentemente, sia del principio di collegialità, su cui dovrebbero basarsi le decisioni del Consiglio dei Ministri, sia del ruolo del Parlamento.

Deve essere sottolineato, però, un profilo a mio parere fondamentale: è dagli inizi degli anni '90, con il passaggio dal parlamentarismo consensuale a quello maggioritario, che si assiste ad un *rafforzamento della posizione del Governo*, ad una sua «centralità» inedita nell'ambito del nostro sistema istituzionale. In particolare, l'Esecutivo trae particolare forza dalla sua funzione di congiunzione con l'ordinamento dell'Unione europea e dal fondamentale ruolo giocato nell'ambito del sistema delle autonomie. Pertanto, la constatazione per cui oggi «vi è più Governo e meno Parlamento» non è altro che lo sviluppo di qualcosa che era già *in fieri* da tempo. È pur vero, però, che sino ad oggi la costruzione delle politiche nazionali sull'asse Roma-Bruxelles si era dispiegato soprattutto nelle procedure di formazione del bilancio, mentre oggi si assiste ad un *condizionamento dell'Unione europea anche sugli atti e le politiche che* – per quanto strettamente connesse al raggiungimento di obiettivi economici – *sono massimamente espressione dell'indirizzo politico*, come la riforma della giustizia e quella della pubblica amministrazione, nonché la tutela dei diritti sociali.

Il PNRR, di fatto, «cristallizza» o «normativizza» l'indirizzo politico, vincolando le Aule parlamentari e i Governi da qui al 2026. Si crea, infatti, un duplice e antitetico fenomeno: se l'indirizzo politico cristallizzato nel PNRR, in qualche modo espressione anche del Governo che ha contribuito in modo determinante alla definizione del Piano, ne esce decisamente rafforzato, viceversa l'indirizzo politico e la politica nazionale del futuro Governo sembrano uscirne fortemente indeboliti. Basti pensare che il PNRR definisce le priorità (*an, quomodo e tempus*) degli interventi normativi di domani.

Tuttavia, sembra potersi fare, invece, una valutazione prognostica non del tutto pessimistica sul ruolo che il Parlamento giocherà nel prossimo futuro. Il Parlamento, infatti, potrà esercitare un fondamentale potere di indirizzo al momento della votazione dell'atto instaurativo del rapporto fiduciario, un indirizzo mirato anche al raggiungimento degli obiettivi previsti dal PNRR.

In secondo luogo, la circostanza che il PNRR italiano sia stato costruito includendo al suo interno il Piano nazionale di riforme (PNR) non è di secondaria importanza, perché mostra come sia possibile, ed anzi necessario, integrare il processo di attuazione del PNRR nel ciclo di bilancio, aprendo anche

alla possibilità di un intervento di manutenzione dell'attuazione del PNRR, sia mediante il ciclo di bilancio che i disegni di legge collegati.

Allo stesso tempo, il Piano impatterà sull'articolazione e il dispiegarsi del rapporto fiduciario. Infatti, le Camere potranno esercitare nuovi spazi di controllo, in ragione del fatto che i parametri di valutazione dell'attività di Governo sono ora chiaramente definiti.

In sostanza, alla luce dell'ormai acquisita *irreversibilità dei rapporti in essere tra l'ordinamento europeo e quello nazionale*, anche sulla determinazione dell'indirizzo politico, il PNRR potrebbe costituire l'occasione per il Parlamento di recuperare terreno, attraverso il miglioramento della programmazione legislativa, della qualità e semplificazione della stessa, nonché del controllo e della valutazione *ex ante* ed *ex post*.

2.2 Altresì, per quanto attiene all'incidenza del PNRR sulla forma di Stato, è necessario rimodulare in parte la prospettiva di osservazione.

È innegabile che nel corso di questi ultimi anni siano emerse delle fratture nel tessuto socio-economico e nell'impostazione delle dinamiche dei rapporti interistituzionali. La gestione della pandemia e la messa a punto del PNRR hanno portato alla luce la piena attualità della *critica relazione tra Stato e territorio* e in particolare del *divario tra Nord e Sud*, indirizzando con nuovo vigore il dibattito politico e accademico sullo sviluppo del *regionalismo italiano* e sul *necessario riequilibrio delle asimmetrie territoriali*.

Del resto, il *bilanciamento territoriale* rappresenta una delle priorità che sostanziano trasversalmente le sei Missioni del PNRR. Non solo la previsione di misure per la *riduzione del divario di cittadinanza* ha una rilevanza fondante nel Piano, ma, in un'ottica di più ampio respiro, la *coesione territoriale* stessa, nella sua interezza, è un obiettivo programmatico. Difatti, la coesione – in quanto punto focale di tutto il *Next Generation EU* – assume il ruolo di principio e finalità, proponendosi di ispirare politiche volte a ridurre le disparità locali, regionali, fra centri urbani e aree rurali, confrontandosi – come già enucleato dall'Agenda ONU 2030 – con temi come quello delle disuguaglianze di genere e di reddito, nonché della lotta alla povertà ed alla disoccupazione.

Non a caso, alcune delle misure più interessanti messe in campo dal PNRR per fronteggiare le diverse crisi generate o acuite dall'avvento della pandemia rientrano nell'ambito delle politiche di *welfare* e, più nello specifico, nel c.d. «*welfare di comunità*», quale forma di collaborazione tra cittadini, istituzioni locali ed enti del Terzo settore, nel perseguimento del fine comune del benessere dei consociati. In particolare, molte di tali misure possono rinvenirsi

all'interno della Missione «*Inclusione e coesione*», che prevede una serie di investimenti *ad hoc* nell'ambito della «*Strategia nazionale per le aree interne*».

Ebbene, rispetto a tali aree il Piano prevede interventi – soprattutto tramite trasferimenti diretti alle autorità locali – volti a risolvere i principali problemi di disagio e fragilità sociale, con l'intensificazione dell'erogazione di *servizi di natura socioassistenziale* in favore di soggetti a rischio di emarginazione (come anziani o giovani in difficoltà), tramite la realizzazione di *infrastrutture sociali* che consentano di incrementare l'erogazione di servizi sul territorio, facilitando il collegamento con i centri urbani.

Con questi presupposti, le previsioni e i propositi del Piano rendono ancor più tangibile il rilievo nazionale e l'interesse europeo della *politica sul territorio* da cui muovere. In questo contesto, le Regioni possono e devono assumere un ruolo di rilievo nella piena realizzazione del principio costituzionale di solidarietà, che trova espressione nell'*obiettivo di coesione sociale e territoriale*: un fine sempre auspicato ma fortemente ostacolato dalle contingenze, in particolar modo nel Mezzogiorno.

La *coesione*, la cui sistematica funzione è «fare della diversità territoriale un punto di forza», ha *in primis* una natura politica da cui derivano poi la consistenza socioeconomica e territoriale. Il fine ultimo del processo d'integrazione nazionale ed europea, difatti, è quello di costruire una unitarietà politica non raggiungibile con i soli strumenti di mercato.

Il fenomeno della *coesione*, nato dal principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost., non può che essere il mezzo più idoneo a fondare un sistema pluralista, aggregante e rappresentativo degli interessi in un sistema democratico. Si dà pertanto vita a quello che può essere definito *un sistema multidimensionale*, se si considera il profilo prettamente territoriale della coesione, fondato sul *principio di sussidiarietà verticale e orizzontale*, quale canone di attribuzione delle competenze concorrenti.

Si potrebbe dire, con le parole di Amorth, che, in questo contesto, le Regioni e le politiche attuative ispirate al principio di sussidiarietà debbano essere, pertanto, *presidi dell'unitarietà come difesa dell'uguaglianza sostanziale*.

Il Piano sembra, quindi, voler dare nuova linfa alla funzione costituzionale del *principio di sussidiarietà* come cardine di un modello organizzativo ispirato ad *una sempre maggiore responsabilità dell'amministrazione*.

Le Istituzioni europee, dunque, richiedono interventi perequativi che di fatto si ritrovano in analoghe previsioni costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 119 Cost., configurando un sempre più solido *dovere amministrativo inderogabile di perequazione*. Ed è proprio dalla Costituzione che è necessario prendere le mosse per orientarsi su quale dovrà essere un modello virtuoso di *governance*

degli interventi previsti dal Piano, ma anche per evidenziarne i possibili elementi contraddittori.

Infatti, relativamente al *riparto delle competenze legislative e amministrative* degli artt. 117 e 118 Cost., emerge la contraddizione tra una disciplina che rientrerebbe nella sfera della competenza esclusiva dello Stato, inerendo ai «rapporti dello Stato con l'Unione europea» ed ai «livelli essenziali delle prestazioni», ma che, tuttavia, incide inevitabilmente e sensibilmente sulle competenze legislative e amministrative regionali. In sostanza, il PNRR si viene configurando come *una sorta di «clausola di supremazia» che consente* – a Costituzione invariata – *di derogare al riparto di competenze* di cui all'art. 117 Cost.

Ad aumentare la contraddittorietà di una tale ripartizione, già solo a livello di principio, si aggiunge anche quello che è stato poi il tenore dell'effettivo lavoro di elaborazione dei contenuti del Piano e dei testi legislativi in sua attuazione.

Le Regioni, infatti, avrebbero dovuto essere coinvolte attraverso lo strumento dell'*intesa* e non avere il ruolo, poi inveratosi nella prassi attuativa del Piano, di meri destinatari di flussi informativi.

A tal proposito, si parla di un «*federalismo di mera esecuzione*», in cui gli enti dell'autonomia del territorio sono meri fautori di politiche decise «lontano» dagli organismi politici esponenziali delle realtà a cui si riferiscono. Da una parte, bisogna stare attenti perché, come è stato detto, «il regionalismo rimane una prospettiva attuale per il nostro Paese, perché generatrice di democrazia [...] e di responsabilità politica e amministrativa»; dall'altra, mi chiedo se la pandemia, prima, e l'adozione del PNRR, poi, non abbiano costituito una «*culpa felix*» nel riportare alla luce *la centralità dello Stato nella definizione e attuazione delle politiche sociali*.

3. Di certo, *il PNRR rappresenta un coacervo di potenzialità*, tuttavia non sembra pleonastico osservare – amaramente – che, soprattutto in questa fase, gli interventi attuativi futuri dovranno tener conto delle criticità e delle mancanze delle politiche territoriali passate.

Tale accortezza non deve però rappresentare un fardello, ma una chiave di lettura adatta ad affrontare al meglio l'occasione di un progetto di interventi di natura composita, per *l'inveramento dei principi di eguaglianza e unitarietà previsti nel nostro dettato costituzionale*.

# LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE GRUPOS VULNERABLES A TRAVÉS DE ACCIONES AFIRMATIVAS: EL CASO MEXICANO

YESSICA ESQUIVEL ALONSO<sup>1</sup>

*Academia Interamericana de Derechos Humanos  
Universidad Autónoma de Coahuila*

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Participación política de grupos vulnerables.*—3. *El caso mexicano.* a) Mujeres. b) Indígenas. c) Personas de la comunidad LGBT+. d) Personas con discapacidad. e) Migrantes.—4. *Breves conclusiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El complejo problema que gira en torno a la representación política se manifiesta a través del amplio debate sobre las mayorías y minorías. Donde usualmente las minorías se encuentran subrepresentadas o no representadas; y donde las mayorías se aferran a los beneficios obtenidos a través de los mecanismos de representación vigentes. Dentro de estas minorías, encontramos a diversos grupos poblacionales que históricamente han sido discriminados y han sido excluidos del goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Estos grupos son reconocidos como grupos en situación de vulnerabilidad han encontrado dificultades para ejercer sus derechos ya se por razón de edad, género, estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales.

---

<sup>1</sup> Doctora por la Universidad Complutense de Madrid, profesora de la Academia Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Esta segregación se acentúa en los derechos de participación política donde usualmente encontramos poca, cuando no inexistente representación de los grupos vulnerables, en los cargos de elección popular. Este diagnóstico es un común denominador en diversas democracias contemporáneas, y México no es la excepción, donde mujeres, personas indígenas, con discapacidad, migrantes, de la comunidad LGBT+<sup>2</sup>, privadas de la libertad entre otros, tienen menos oportunidades de acceder a un escaño.

Para evitar que la discriminación continúe y que se limiten los derechos de participación política de los diversos grupos vulnerables identificados, se han confeccionado algunas acciones afirmativas que tienen el objetivo garantizar la postulación y registro de estos grupos, asegurando con ello una representación real y efectiva de todas las personas. La inclusión de estas medidas temporales ha permitido una mayor participación política de la población vulnerable y, estas acciones responden, en buena parte, a las sentencias emitidas por tribunales con un alto sentido de responsabilidad social, y al compromiso del poder legislativo en emitir normas efectivamente inclusivas.

Es por ello que, este artículo tiene como propósito explorar el nivel de participación política de algunos grupos vulnerables, identificar las acciones afirmativas que se han confeccionado para garantizar su representación política en México, reparando en aquellas que surgen desde el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, para finalmente, esbozar algunas breves reflexiones en torno a los desafíos que plantea la adopción de estas nuevas reglas de inclusión.

## 2. PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE GRUPOS VULNERABLES

El concepto de vulnerabilidad hace referencia a una exclusión, rechazo, marginación y/o discriminación histórica y social que concluye en un rezago o déficit en el acceso y disfrute de los derechos humanos, y suele acompañarse

---

<sup>2</sup> Para efectos prácticos utilizaremos la abreviatura LGBT+ también doctrinalmente aceptada, aunque no desconocemos que la denominación es mucho más amplia. Específicamente las siglas utilizadas significan Lesbiana (mujer que se siente atraída erótica y efectivamente por mujeres), Gay (hombre que siente atraído erótico afectivamente hacia otro hombre) Bisexual (personas que se sienten atraídas por un género diferente al suyo y de su mismo género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con ellas), Transgénero (individuos cuya identidad de género difiere de la que fue asignada al nacer), y la letra «T» incluye: Transexuales (las personas que se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género y al sexo opuesto a los que social y culturalmente se les asigna en función de su sexo de nacimiento, y que pueden optar una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física y corporalidad a su realidad psíquica, espiritual y social), Travesti (personas que se visten, y en general, copia los roles de género opuesto). El + se incorpora como una cláusula abierta para aglutinar otras identidades no mencionadas. (VV. AA., 2016).



de desigual distribución de ingresos. Esta condición tiene relación con la edad, la identidad de género, la orientación sexual, las condiciones de salud, el origen étnico, la nacionalidad, la raza, el idioma, entre otras; dichas condiciones generan que estos grupos padezcan ciertas desventajas sociales, jurídicas, personales y culturales.<sup>3</sup>

Los grupos en situación de vulnerabilidad son diversos según el contexto y la región. En nuestro país destacan los siguientes: mujeres, indígenas y afrodescendientes, personas con discapacidad, de la comunidad LGBT+, migrantes, etc., y aunque, esta vulnerabilidad no es estática porque puede cambiar con el paso del tiempo y el cambio de circunstancias, mientras no existan políticas públicas integrales que permitan palear estas desventajas, la condición de vulnerabilidad persistirá.

En este contexto, conviene señalar que, aunque las mujeres no son una minoría, por el contrario, representan casi el 50% de la población mundial<sup>4</sup> históricamente han enfrentado una desigualdad estructural por razón de género en todo el mundo. Esta situación las ha ubicado en condiciones de discriminación y marginación en el acceso a la educación, empleo, salario igualitario, salud y participación política, por citar solo algunos ejemplos.<sup>5</sup> En México, adicionalmente las mujeres se enfrentan a «un contexto de violencia extrema e inseguridad, una cultura patriarcal y machista, el aumento del crimen organizado en el país, impunidad y respuesta ineficaz por parte de las autoridades a los crímenes contra mujeres» (ONU, 2023: párr. 23). Si a este «caldo de cultivo» le añadimos

---

<sup>3</sup> Véase, Comisión de Atención a Grupos Vulnerables de la LXIII Legislatura. Disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/camara/Comision-de-Atencion-a-Grupos-Vulnerables/Blog-CAGV>; y <https://gruposvulnerablesmx.wordpress.com/>.

<sup>4</sup> Información disponible hasta el 2022 en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL.FE.ZS>

<sup>5</sup> En México de acuerdo con el Censo de Población y Vivienda 2020, realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), viven 126 millones de habitantes, de los cuáles 65 millones son mujeres, en: <https://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/mujeresyhombres.aspx?tema=P>. Aunque la diferencia del grado promedio de escolaridad es mínima entre mujeres y hombres: ellos fueron quienes presentaron mayor escolaridad 8.8 años en el 2010 y las mujeres, 8.5. Para 2020 esta cifra aumentó, en las mujeres fue de 9.6 y en los hombres de 9.8, en: <https://www.cuentame.inegi.org.mx/poblacion/escolaridad.aspx#:~:text=Aunque%20la%20diferencia%20del%20grado, en%20los%20hombres%20de%209.8>. Por lo que hace a la brecha de género, México retrocedió dos lugares en el Índice Global de Brecha de Género 2023, al pasar del sitio 31 al 33 respecto a la mediación del año pasado. El reporte anual del Foro Económico Mundial (WEF, por sus siglas en inglés) señala nuestros progresos, pero muestra que éstos son insuficientes porque persisten tasas de desempleo mayores para las mujeres e ingresos de sólo 52% de lo que perciben los hombres (World Economic Forum, 2023) En: Por lo que hace a la participación política vale la pena mencionar que las mujeres accedieron al voto hasta 1953. En los cargos de elección popular de dirección y mando como pueden ser las gubernaturas por ser unipersonales, se han electo 351 personas han sido electas para ocupar este cargo hasta 2019 y de ellas el 98% fueron hombres y solo 2% mujeres. Esto es en México hasta 2020, solamente se habían elegido siete titulares de los poderes ejecutivos locales y hasta este momento no ha habido una presidenta de la República mexicana.

el ingrediente de la interseccionalidad (niñas, indígenas, discapacitadas, adultas mayores, etc.) coloca a este grupo población en un alto grado de vulnerabilidad.

Otro grupo vulnerable son las personas indígenas<sup>6</sup> y afrodescendientes<sup>7</sup>, que comparten la problemática de ser grupos minoritarios étnicos y racializados, que sufren discriminación, exclusión y marginación en gran parte de América Latina por esta condición. Dicha situación ha generado no solo una obstaculización en el acceso y disfrute de sus derechos, también los ha condenado, en gran medida, a la pobreza<sup>8</sup>. Por otra parte, identificamos a las personas de la comunidad LGBT+ que padecen discriminación basada en su identidad de género, orientación sexual o expresión de género<sup>9</sup>. México, desafortunadamente, es uno de los países con altos niveles de violencia en contra de este grupo poblacional y con limitaciones en el acceso a la educación, salud y empleo<sup>10</sup>.

En este mismo contexto, se encuentran las personas con discapacidad, que son identificadas como aquellas que tiene deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales y pueden ser temporales o permanentes<sup>11</sup>. Este gru-

<sup>6</sup> De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda 2020, realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI, 2022), en México 23,2 millones de personas de tres años y más se autoidentifican como indígenas, lo que equivale a 19,4% de la población total del país; de estos 51,4% (11,9 millones) son mujeres y 48,6% (11,3 millones) hombres. De los 23,2 millones de personas que se autoidentificaron como indígenas 7,1 millones (30,8) hablaban alguna lengua indígena y 15,1 millones (69,2%).

<sup>7</sup> Según el INEGI de acuerdo con el Censo de 2020 en México viven 2,576,213 personas que se reconocen como afromexicanas y representan 2 % de la población total del país. De los cuales 50 % son mujeres y 50 % hombres, en: <https://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/afromexicanos.aspx?tema=P>.

<sup>8</sup> De acuerdo con el periódico el Economista (2018) «la pobreza afecta a 7 de cada 10 indígenas en México, y 3 de cada 10 son víctimas de pobreza extrema (...) Las carencias más pronunciadas que presentan son la falta de acceso a la seguridad social, los servicios de vivienda. En 2016, el Ceneval estimó que el 77.6% de los indígenas no tiene acceso a servicios básicos para la vida como agua, luz, gas, drenaje y comunicaciones». En el mismo sentido, en el Cuarto Examen Periódico Universal de México ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU se mencionó la preocupación «la pobreza y pobreza extrema afecta significativamente a los pueblos indígenas y que el Estado no les había garantizado un nivel de vida adecuado» (ONU, 2023).

<sup>9</sup> De acuerdo con el INEGI, en 2021, el total de la población de 15 años y más de edad en México se estima en 97.2 millones de personas. De estas, 5.0 millones se autoidentifican LGBTI+, lo que equivale al 5.1 % de la población de 15 años y más en el país. El 81.8 % se asume parte de esta población por su orientación sexual, 7.6 %, por su identidad de género y 10.6 %, por ambas. En: <https://www.inegi.org.mx/tablerosestadisticos/lgbti/#:~:text=Actualmente%2C%205.0%20millones%20de%20habitantes,e%20identidad%20de%20género%20LGBTI%2B>

<sup>10</sup> De acuerdo con el *Cuarto Examen Periódico Universal de México* ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2023), se mostró especial preocupación por el grave clima de violencia que enfrenta la comunidad LGBT+, así como la ausencia de registro sobre cuántas personas son asesinadas, desaparecidas o sufren atentados a la vida. Específicamente se informó que las personas transgénero eran víctimas frecuentes, con un promedio de 80 crímenes de odio anuales, entre otras violaciones a la integridad física y psicológica.

<sup>11</sup> Según el Censo de 2020 del INEGI, en México, hay 6,179,890 personas con algún tipo de discapacidad, lo que representa 4.9% de la población total en el país. De ellas 53% son mujeres y 47% son hombres. El INEGI identifica a las personas con discapacidad como aquellas que tienen dificultad para llevar a cabo actividades consideradas básicas: como ver, escuchar, caminar, recordar o concentrarse.

po población experimentan significativas desigualdades en materia de salud, educación, acceso a un empleo, entre otras, por lo que los instrumentos internacionales especializados en la materia enfatizan en la obligación de realizar los «ajustes razonables» que sean necesarios para no generar barreras en el acceso y disfrute de sus derechos.<sup>12</sup> En semejantes términos, las personas migrantes, refugiados y desplazados enfrentan la delicada problemática de ser víctimas de extorsión, amenazas, esclavitud y limitaciones a recursos básicos derivado de su estatus migratorio<sup>13</sup>. Adicionalmente, se han identificado racismo, xenofobia, discriminación y clasismo en contra de este grupo poblacional. Estos y otros grupos vulnerables padecen discriminación sistemática y desigualdad estructural, lo que limita no solo sus derechos civiles, sociales, económicos y culturales, sino también sus derechos políticos.

En el modelo de democracia representativa, pese a todas las áreas de oportunidad que se pueden advertir, siguen siendo el modelo que mejor ha funcionado, hasta este momento. La elección de representantes por el principio de mayoría y la conciliación de una representación proporcional de las minorías ha permitido que en esa representación política se refleje un amplio espectro de intereses poblacionales, pero no de todos. Fuera de esta representación han quedado muchos grupos en situación de desventaja y/o vulnerabilidad.

Desde esta óptica, surgen al menos dos cuestionamientos: ¿toda la población debe formar parte de los órganos que toman las decisiones? y ¿será legítimo erradicar los obstáculos que no permitan participar, registrarse y aparecer en la boleta electoral a grupos vulnerables? Si abrazamos los principios de la democracia que velan por la genuina participación de todas las personas, es exigible eliminar las barreras sociales y/o culturales que no permitan el efectivo ejercicio de los derechos político-electorales de votar y ser votados. En consecuencia, la respuesta a las interrogantes anteriores es un sí, sin matices; este posicionamiento permitirá transitar a una sociedad más inclusiva e igualitaria.

Para que esto sea posible, además de la voluntad política, se requiere implementar acciones afirmativas, discriminación positiva, cuotas electora-

---

<sup>12</sup> Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (CNDH, 2020).

<sup>13</sup> Según el Cuarto Examen Periódico Universal de México ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2023), donde se lamentan que el Gobierno siga colaborando en políticas de disuasión de la inmigración, que se basa en detener personas en centros de detención e inmigrantes sobrepoblados, insalubres y peligrosos. Se destacó la violencia contra personas refugiadas, migrantes y de la población LGBT+, así como la discriminación en educación y salud. Se reportó que había sentencias firmes en caso de masacres de migrantes, por desaparición forzada, secuestro, homicidio y otros delitos.

les y asientos reservados, todas medidas temporales encaminadas a combatir la infrarrepresentación política de los grupos vulnerables, que, por esta condición, tienen menos posibilidades de acceder a los puestos de elección popular.<sup>14</sup>

En materia electoral, y en términos muy generales, las acciones afirmativas permiten combatir la discriminación y promueven la igualdad en el acceso a los cargos de elección popular<sup>15</sup>. En este sentido, México ha implementado diversas medidas legislativas y judiciales para garantizar la igualdad de condiciones en la efectiva participación política de todas las personas, como podremos ver a continuación.

### 3. EL CASO MEXICANO

La presencia de minorías en la representación política en México se dio a partir de la reforma electoral de 1977, lo que permitió la inclusión de partidos minoritarios por la vía de la representación proporcional. Sin embargo, la presencia de grupos vulnerables es un tema relativamente reciente en nuestro país que ha representado retos muy complejos en su efectiva aplicación<sup>16</sup>. Entre los grupos vulnerables que identificamos se encuentran las mujeres, indígenas, personas de la comunidad LGBT+, personas con discapacidad y migrantes, entre otros<sup>17</sup>, por lo que a continuación analizaremos brevemente cada caso.

<sup>14</sup> Existe una nutrida literatura que se desarrolla en Europa y Estados Unidos, con un dominio de investigaciones con énfasis en la comparación en perjuicio de los estudios de caso. Véase entre otros: JANKOWSKI y MARCINKIEWICZ (2017); McALLISTER y STUDLAR (2022); JONES (2005); KROOK (2006, 2010); y BIRD (2014).

<sup>15</sup> Art. 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. XX Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; 1, párrafos 1 y 24; y art. 23 de la Convención Americana sobre derechos Humanos 1978; arts. 2, 3 y 6 de la Carta Democrática Interamericana de 2001; art. 5, inciso c Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965; art. 42 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990; art. 7 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; arts. I, II y III Convención sobre los Derechos Políticos de la mujer 1953; art. 6 Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial 1963; arts. 2 y 7 Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992; art. 6 Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, entre otros.

<sup>16</sup> En este sentido véase SUP-RAP-47/2021 y SUP-REC-187/2021.

<sup>17</sup> Sabemos que existen otros grupos igualmente importantes como afrodescendientes, jóvenes, adultos mayores, privados de la libertad, personas en situación de calle, refugiados, etc., pero por cuestiones de espacio no serán abordados en esa ocasión.

## a) Mujeres

La práctica social y política demuestra que las mujeres no cuentan con las mismas posibilidades de acceso a puestos de decisión política, de participación en la toma de decisiones, ni de consideración de sus capacidades para ocupar puestos públicos. La desigualdad y la discriminación se evidencian en el todavía insuficiente ejercicio del derecho a la participación y representación política, a la ciudadanía plena de las mujeres a nivel mundial, pero con especial énfasis en México (Albaine, 2015; Young, 1996).

Por ello, fue necesario desarrollar estrategias y acciones encaminadas a disminuir las brechas de desigualdad entre hombres y mujeres para así poder superar la asimetría ocasionada por una práctica social desigual y discriminatoria (Pateman, 1995). Un documento internacional relevante fue la Declaración y Plataforma de Acción Beijing, donde los derechos políticos de las mujeres adquirieron relevancia destacando la obligación de adoptar medidas para garantizar a la mujer igualdad de acceso y plena participación en las estructuras de poder y en la adopción de decisiones.<sup>18</sup> Con ese fin, se adoptaron medidas especiales y temporales para corregir las condiciones persistentes de la discriminación de hecho, con el objetivo de alcanzar la igualdad sustantiva de oportunidades y de resultados respecto de los hombres.<sup>19</sup>

La participación política de las mujeres ha registrado importantes avances en las últimas décadas, sin embargo, los esfuerzos de los Estados encaminados para su puesta en práctica siguen siendo limitados. Desde la década de los 90, la mayoría de los países latinoamericanos hicieron frente a este problema a través de la adopción de cuotas de género.<sup>20</sup> En México las cuotas de género iniciaron en las entidades federativas<sup>21</sup>, pero no fue hasta 1996 con la reforma del entonces Código Electoral de Instituciones y Procedimientos

<sup>18</sup> Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, ONU, 1995, párrafo 190, pp. 140 y 141.

<sup>19</sup> Artículo 4, numeral 1 de la Convención CEDAW. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/11-Convencion-CEDAW.pdf>.

<sup>20</sup> En el contexto regional, encontramos que actualmente de 21 países de América Latina (Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, Haití, México, Nicaragua, Rep. Dominicana, Panamá, Paraguay, Perú, El Salvador, Uruguay, y Venezuela) en el 85.71% (18 países) contemplan legislación sobre las cuotas de género. Asimismo, de acuerdo con sus legislaciones la introducción de los porcentajes en la búsqueda paridad se advierte de la siguiente manera: con el 50% encontramos a Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, Venezuela; con 45% Perú; con 40% Chile, República Dominicana; con 30% Colombia, Brasil, El Salvador y Haití y, con 20% Paraguay.

<sup>21</sup> De acuerdo con VIZCARRA RUIZ «Chihuahua aprobó una cuota de 30% en 1994, Sonora, el Estado de México, Distrito Federal, Michoacán, Oaxaca, Guerrero, Jalisco, Durango, Puebla y Sinaloa adoptaron posteriormente algún tipo de cuota antes de que la reforma de 2002 los obligara a hacerlo en sus códigos electorales» (VIZCARRA RUIZ, 2020).

Electorales (COFIPE) cuando se estableció la obligación a los partidos políticos de no exceder del 70% de sus candidaturas para un mismo sexo.<sup>22</sup> Más tarde, con la reforma electoral de 2008 se modificó el porcentaje, por lo que los candidatos registrados de un mismo sexo no podían exceder del 60%.<sup>23</sup> Finalmente, en junio de 2019 entró en vigor la reforma constitucional denominada «Paridad en todo» que consistió en introducir una cuota de representación de 50% de cada género en todos los espacios de decisión.<sup>24</sup>

Al mismo tiempo que las cuotas de género ganaban terreno en el ámbito legislativo, en el campo de la jurisprudencia comenzaron a surgir criterios importantes como la jurisprudencia 3/2015<sup>25</sup>, donde se subrayó que son medidas especiales y temporales que buscan promover la igualdad entre género y no deben considerarse discriminatorias, siempre y cuando sean razonables, proporcionales y objetivas.

En México se han desarrollado acciones afirmativas para incluir la efectiva participación de las mujeres en los órganos de representación popular (preponderantemente en instituciones colegiadas como el Poder Legislativo), sin embargo, en reciente época también se ha cuestionado si el principio de paridad también incluye a los cargos unipersonales (Ejecutivos) y los cargos de libre designación como los de la Administración pública.<sup>26</sup>

Paralelamente, se ha asumido como política rectora prevenir, combatir y erradicar la violencia política en razón de género (VPG), una conducta reproachable que ha dificultado el acceso y permanencia de mujeres a los espacios públicos.<sup>27</sup> A esta problemática se le suman las resistencias de postular candi-

<sup>22</sup> En la historia democrática de México solo nueve mujeres han sido gobernadas, las primeras en 1979 en el estado de Colima y las más recientes en Sonora y en la Ciudad de México.

<sup>23</sup> En las elecciones de 2018, de 48 candidaturas a la gubernatura en nueve entidades, únicamente 11 fueron de mujeres y en más de 40 años y hasta la administración pasada, de un total de 236 integrantes de los gobernantes del gobierno federal, sólo 23 mujeres habían ocupado el cargo de Secretarías de Estado.

<sup>24</sup> En 2017 solo 17 de las Secretarías de Estado tenían como titular una mujer, mientras que en 83% de las Secretarías, el titular era hombre. Por lo que hace al Poder Judicial Federal, en el caso del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las mujeres representan solo 18% en la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el porcentaje de mujeres magistradas corresponde a 28%, mientras, en el Consejo de la Judicatura Federal, las consejeras cerca de 29% del total de quienes lo integran

<sup>25</sup> Rubro: «Acciones afirmativas a favor de las mujeres. No son discriminatorias».

<sup>26</sup> Véase entre otras las SUP-RAP-116/2020 y acumulados, SUP-REC-46/2015, SUP-RAP-220/2022 y acumulados, SUP-JDC-115/2022, SUP-JRC-34/2022, SUP-REC-2152/2021, SUP-REC-2021, SUP-JDC-91/2022, SUP-JDC-117/2021 y SUP-JDC-425/2022.

<sup>27</sup> Diario Oficial de la Federación de 13 de abril de 2020, por el que se reforman la Ley General de Acceso a las Mujeres a una vida libre de violencia, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, de la Ley General de Partidos Políticos, de la Ley General de Materia de Delitos Electorales, de la Ley Orgánica de la Fiscalía de la República, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

daturas femeninas por parte de las élites partidistas, por lo que el rechazo a todas las formas de VPG (física, sexual, verbal, económica, patrimonial, simbólica, psicológica, etc.) es sancionable desde el punto de vista administrativo, penal e incluso puede ocasionar la inelegibilidad de la candidatura en el proceso electoral subsecuente.<sup>28</sup>

En suma, este contexto ha permitido un avance significativo en la presencia de más mujeres en los órganos representativos, incluso en el proceso electoral federal 2023-2024 tenemos, por primera vez en la historia, a dos candidatas a la Presidencia de la República con verdaderas posibilidades de triunfo.<sup>29</sup> Esta posibilidad no ha sido gratuita obedece al esfuerzo de incluir acciones afirmativas y de las cuotas electorales en favor de las mujeres.

## b) **Indígenas**

En América Latina la población multiétnica y pluricultural es resultado de un proceso de integración histórica que involucra a los indígenas originarios y a los emigrantes de Europa, África y Asia. Este proceso trajo consigo el surgimiento de la clase mestiza-criolla mayoritaria en el contexto latinoamericano, sin embargo, los efectos negativos de este proceso se evidencian a través de la discriminación, exclusión y limitación de acenso social de indígenas y afrodescendientes, quienes usualmente ocupan el lugar más bajo en desarrollo económico, social y político (Cedillo Delgado, 2020: XI).

Estas minorías son reconocidas como étnicas, esto es, «el conjunto de personas que, al sustentar ciertas características específicas de orden biológico, cultural, político, social lingüísticos y económico, son diferentes del grupo mayor» (Martínez Montiel, 1988: 2). Asimismo, los problemas de exclusión y racismo que padecen los indígenas explican de alguna manera su escasa participación política, toda vez que los sistemas políticos se encuentran cooptados por élites dominantes que limitan los canales de participación institucional.

<sup>28</sup> Véase Jurisprudencia de la Sala Superior 21/2018, de rubro «Violencia política de género. Elementos que la actualizan en el debate político», Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, TEPJF, año 11, núm. 22, 2018, pp. 21 y 22. Para mayor abundamiento véase: ESQUIVEL ALONSO (2023) y ESQUIVEL ALONSO y BELANDRIA GARCÍA (2023).

<sup>29</sup> Las elecciones generales del 2 de junio de 2024 en México serán las más grandes de la historia, según el Instituto Nacional Electoral (INE), debido a que se espera la afluencia de unos 98 millones de posibles votantes, lo que representa entre 8 y 9 millones de personas más que en las elecciones generales de 2018. En lo que va de la campaña presidencial, no son pocas las veces que se ha dicho que los mexicanos elegirán presidente entre dos mujeres, algo inédito en la historia del país. Aunque en términos estrictos no serán las dos únicas candidatas, sí se trata de una afirmación correcta, ya que Claudia Sheinbaum y Xóchitl Gálvez serán las representantes en la contienda de los dos principales partidos mexicanos: Morena y PAN.

En este contexto, cobra especial relevancia las cuotas indígenas, porque son un mecanismo legal e institucional que obliga a los partidos políticos a incluir entre sus candidatos a puestos de elección a personas indígenas, lo que ha permitido integrar a este sector poblacional en los cargos de representación política. Los avances son importantes tal como se advierte en México<sup>30</sup>, Perú (Pineda Bravo, 2013) y Costa Rica (Salazar, 2006). Sin embargo, también se han detectado simulaciones en su ejercicio. Por ejemplo, Cedillo Delgado señala que en México «(...) la mayoría de los diputados electos en estos distritos no pertenecen a alguna etnia, no viven en comunidades indígenas ni son miembros de organizaciones comunales» (Cedillo Delgado, 2020). Por lo que, a más de dos décadas del establecimiento de «asientos reservados indígenas» para impulsar su participación y representación, no se ha logrado una sustantiva presencia de ellos en el espacio público.

Es conveniente señalar que el proceso de confección de cuotas electorales pasa por reconocer desafíos relevantes como: la compatibilidad del sistema de usos y costumbres de algunos grupos indígenas, el recalcitrante machismo que impide la participación política de la mujer indígena y la normalización de la violencia de estos grupos. Ciertamente estas acciones afirmativas tienen claros oscuros, sin embargo, dichas medidas legales permiten promover la inclusión indígena para aumentar la participación política indígena y tratar de posicionar en la agenda pública sus problemas y necesidades.

México es un país pluricultural compuesto por personas ciudadanas con diversas culturas, cada una con sus propias particularidades<sup>31</sup>. Es importante considerar que el concepto de indígena no se limita únicamente a ser originario de un lugar; implica otros elementos que lo definen como tal, como la cultura, la identidad, la pertenencia al lugar y la cosmovisión. Una persona es considerada indígena cuando tiene conciencia de su diversidad cultural, histórica y social, se identifica con su cultura y el pueblo indígena lo reconoce como parte de él. Este criterio de conciencia de identidad indígena es fundamental, según la Constitución Mexicana<sup>32</sup> y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Para el proceso electoral 2022-2021 se establecieron 21 distritos indígenas (asientos reservados) para personas que se autoadscriben como tal. En México 21.5% de la población se autoadscribe como indígenas, el máximo número de diputados que los ha representado en una legislatura entre 1985 y 2020 fue de 14, es decir, apenas el 2.8% (INE, 2021).

<sup>31</sup> En México, de acuerdo con el INEGI hasta el 2022, existían 23.2 millones de personas de tres años y más que se autoidentifican como indígenas, lo que equivale a 19.4% de la población total de ese rango de edad. Disponible en <https://inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=7519>

<sup>32</sup> Artículo 2 de la CPEM.

<sup>33</sup> Artículo 1 del Convenio No. 169 de la OIT.



La complejidad de identificar quién es o no indígena ha llevado a las autoridades a establecer una serie de requisitos. Un primer criterio que durante años prevaleció fue la autoadscripción simple, que señalaba que bastaba con la autoidentificación de pertenecer a una comunidad indígena, sin embargo, esta flexibilidad permitió que personas usurparán estas identidades para acceder a las acciones afirmativas, lo que provocó más tarde el cambio de criterio.<sup>34</sup> Un segundo criterio fue la autoadscripción calificada, que consistió en probar a través de diversos medios la calidad de indígena, esto es, con el dominio de la lengua, el reconocimiento como indígena por parte de las autoridades de la comunidad, haber ocupado un cargo de autoridad al interior de la comunidad, hacer activismo en favor de la comunidad indígena, demostrar el vínculo con la comunidad, entre otros<sup>35</sup>. Estos criterios, con todo lo discutible que eventualmente puedan ser, hasta este momento han permitido conciliar el acceso a las acciones afirmativas y la certeza jurídica de las calidades de quienes pretenden participar.

Una sentencia relevante fue la que introduce 21 distritos electorales para postular exclusivamente candidaturas indígenas. Esta medida fue cuestionada en el SUP-RAP-121/2020 y acumulados de 29 de diciembre de 2020, donde se controvertía los criterios para definir los distritos indígenas y las calidades de las personas que accedían por esta vía. Al respecto, la Sala Superior, decidió aumentar de 21 a 28 los distritos al advertir que se habían ignorado la alta presencia indígena en siete distritos y, tras evidenciar la importancia de éstos «asientos reservados» como garantías de acceso a la población indígena a los espacios de representación, que históricamente les han sido negados.

En suma, las cuotas indígenas constituyen un importante paso para asegurar la participación de este grupo subrepresentado. La suma de esfuerzos institucionales y sociales mejorará su representación política, esto es, primero a partir de la incorporación gradual de más personas indígenas que permitan desarrollar una agenda legislativa y políticas públicas que involucre las diversas demandas de este sector, y segundo, porque esto facilitará contrarrestar la marginación y discriminación que padecen.

---

<sup>34</sup> Jurisprudencia 12/2013, de rubro: «Comunidades indígenas. El Criterio de autoadscripción es suficiente para reconocer a sus integrantes». Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, TEPJF, año 6, núm. 12, 2013, pp. 25 y 26. En el mismo sentido, el SUP-REC-876/2018.

<sup>35</sup> Jurisprudencia 2/2023, de rubro: «Comunidades indígenas. Los partidos políticos deberán presentar elementos que demuestren el vínculo de la persona que pretenden postular con la comunidad a la que pertenecen, en cumplimiento a una acción afirmativa» Pendiente de publicación en la Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia electoral del TEPJF. En este sentido véase SUP-JDC-55/2022 y SUP-JDC-557/2022.

### c) **Personas de la comunidad LGBT+**

Entre las minorías infrarrepresentadas encontramos a la comunidad LGBT+ donde, aunque existe escasa literatura al respecto, tenemos algunos ejemplos de desarrollo de acciones afirmativas en Gran Bretaña, Estados Unidos y Canadá, donde se afirma que la presencia de parlamentarios LGBT+ se asocia con la mejora de sus derechos (Haider-Markel *et al.*, 2000; Haider-Markel y Meie, 1996; 2003).

El primer caso del que tenemos noticia en materia electoral, sobre la solicitud de personas transgénero que querían ejercer sus derechos político electoral se suscitó en el 2018<sup>36</sup>. La sentencia es también conocida como «Caso muxes», porque entre estas personas que se reconocían como transgénero había dos que se identificaron como muxes, esto es, personas indígenas del tercer género que viven en el Istmo de Tehuantepec en Oaxaca<sup>37</sup>.

La resolución SUP-JDC-304/2018, 26 de febrero de 2020, fue motivado por dos partidos políticos que solicitaron el registro de sus candidaturas ante el Organismo público autónomo (OPLE) de Oaxaca, al advertir la autoridad que no reunían los porcentajes de paridad solicitó subsanar dicha omisión. Por tal motivo, los partidos rectificaron sus propuestas y 17 personas que originalmente se encontraban identificados como hombres se inscribieron en la lista de mujeres, y esta vez se autoadscribieron como mujeres transgénero.

La autoridad al advertir dicha situación inició una investigación de oficio para tener la certeza de la identidad de género de las candidaturas, tras realizarla negó el registro. Inconformes los partidos con la decisión del OPLE impugnaron ante la Sala Superior, la negativa de registro como candidatas trans. Al respecto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ordenó negar el registro de las 17 candidaturas al advertir que el cambio de adscripción de identidad se debió a la solicitud de cumplimiento del requisito de paridad, toda vez que en la primera solicitud de registro se habían identificado como hombres. Sin embargo, decidió mantener el registro de las dos personas que se reconocían como muxes al no advertir variación de su identidad de género con motivo del requisito de paridad de género<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Tesis 1/2019, rubro: «Autoadscripción de género. La manifestación de identidad de las personas es suficiente para acreditarla (Legislación del Estado de Oaxaca y Similares), Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 12, número 23, 2019, pp. 27 y 28.

<sup>37</sup> Tesis II 2019, rubro: «Autoadscripción de género. Las autoridades electorales deben adoptar medidas necesarias para permitir la postulación de personas transgénero a cargo de elecciones popular (Legislación del Estado de Oaxaca y similares)», Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 12, número 23, 2019, pp. 28 y 29.

<sup>38</sup> Para mayor abundamiento véase: ESQUIVEL ALONSO y GONZÁLEZ BRIONES (2022).

Más tarde, en la sentencia SUP-JDC-18/2020 y SUP-JDC-12/2020, de 26 de febrero de 2020, se solicitaron introducir acciones afirmativas para la comunidad LGBT+ en los cargos de consejeros Distritales y Municipales. El caso inició con la solicitud de una activista de la comunidad LGBT+ al OPLE de Aguascalientes donde pedía conocer qué acciones había realizado el Instituto electoral local para garantizar a este grupo vulnerable el acceso a los cargos de consejeros distritales y municipales.

Al no recibir respuesta del OPLE promovió un juicio ciudadano, el Tribunal Electoral Local ordenó a la autoridad administrativa local dar respuesta, y ordenó al Consejo General establecer una medida afirmativa en favor de los grupos en situación de vulnerabilidad. Al respecto la Sala Superior señaló que la resolución impugnada era congruente porque reconocía la situación de vulnerabilidad del colectivo LGBT+ y la discriminación que sufren.

En sentido diverso, encontramos el SUP-JDC-10263/2020, de 10 de febrero de 2021<sup>39</sup>, donde en una convocatoria abierta para participar por una magistratura de un Tribunal Local, el Senado de la República designó a una mujer al considerar que por paridad y alternancia de género era el perfil adecuado. Ante tal decisión una persona que se autoadscribe como «no binaria» controvertió el referido nombramiento y argumentó que existió una omisión en la convocatoria al no considerar acciones afirmativas en beneficio de la comunidad LGBT+<sup>40</sup>. Al respecto, la Sala Superior del TEPJF confirmó la designación controvertida y calificó de infundado el agravio, porque aunque una persona encuadre en un grupo vulnerable no significa que tenga un derecho exclusivo y personal oponible a principios constitucionales (paridad), ni tienen un derecho de preferencia sobre otro grupo vulnerable (mujeres).

En suma, no cabe duda de que en materia de acciones afirmativas en favor de la comunidad LGBT+ ha habido un avance muy significativo en la inclusión genuina de este grupo vulnerable en el sistema de representación política mexicana. No obstante, la conciliación en el acceso a los espacios igualitario frente a otros grupos en situación de desventaja ha generado problemas relevantes de no fácil resolución, tal como se plantea con los espacios para las mujeres, en la estricta aplicación del principio de paridad, entendida en beneficio del sexo femenino.

---

<sup>39</sup> Esta sentencia tiene un voto concurrente que enfatiza en el uso de la ponderación como ruta para resolver colisión de acciones afirmativas entre dos grupos en situación de vulnerabilidad.

<sup>40</sup> El género no binario se refiere a que existen personas que no se identifican ni como varones ni como mujeres, se dice que tienen identidades de género no binarias, otras personas pueden fluir entre ambos géneros sin identificarse con uno u otro. Para mayor abundamiento, véase: UNAM (2019).

#### d) **Personas con discapacidad**

Históricamente se han propuesto diferentes aproximaciones teóricas para acercarse al entendimiento de la discapacidad. Estas distintas concepciones sobre la discapacidad suelen circunscribirse en al menos, dos modelos el «médico» y el «social». El modelo médico considera la discapacidad como un problema de la persona causado de forma directa por una enfermedad, trauma o condición de salud, que requiere de un tratamiento y cuidados médicos profesionales. Como consecuencia, en este modelo el tratamiento de la discapacidad está encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona y un cambio de su conducta<sup>41</sup>.

Por lo que hace al, modelo social de la discapacidad la considera como un problema de origen social centrado en la completa integración de las personas en la sociedad. Es decir, en este modelo la discapacidad no es un atributo de la persona, sino un complicado conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el ambiente social. Por lo tanto, el manejo del problema requiere la actuación social, y es responsabilidad colectiva de la sociedad hacer las modificaciones ambientales necesarias para la participación plena de las personas con discapacidades en todas las áreas de la vida social.<sup>42</sup> Por lo tanto, el problema es más ideológico o de actitud, y requiere la introducción de cambios sociales, tales como ajustes razonables adecuadas a las necesidades de las personas<sup>43</sup>.

Este último enfoque es el más adecuado por el análisis de los derechos político-electorales de las personas con discapacidad, toda vez que impone al Estado la obligación de hacer efectivo el derecho a votar, ser votado, acceder a la función pública, libertad de reunión y la libertad de expresión política, entre otros (Nussbaum, 2006). México previo al proceso electoral 2003 aprobó ciertas medidas que permitieron a las personas con discapacidad hacer más accesible el ejercicio al voto. Se contó, por ejemplo, con información en lenguaje braille para utilizar la boleta electoral.

---

<sup>41</sup> Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (CNDH, 2020).

<sup>42</sup> En este sentido el TEPJF se pronunció en el SUP-JDC-92/2022, al afirmar que de la interpretación de las disposiciones constitucionales y convencionales se desprenden diversas razones que sustentan la obligación del Congreso de la Unión de generar las medidas necesarias para garantizar los derechos político electorales de las personas con discapacidad, a fin de eliminar las barreras sociales y realizar ajustes razonables al entorno para que puedan ejercer esos derechos en igualdad de condiciones con los demás, conforme al modelo social de discapacidad.

<sup>43</sup> Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (CNDH, 2020).

Posteriormente, se crearon sendos instrumentos para propiciar la inclusión y no discriminación de las personas con discapacidad: la «Guía para la acción pública. Elecciones sin discriminación. Participar y votar en igualdad» y el «Protocolo para la inclusión de las personas con discapacidad como funcionarios y funcionarias de mesas directivas de casilla», ambos de 2017. Dichos documentos tuvieron por objeto la incorporación de medidas de nivelación para el efectivo acceso de todas las personas en el ejercicio de sus derechos y libertades, eliminando así las barreras físicas, de comunicación y normativas que generan desigualdad. Más tarde, en 2022 se emitió el «Protocolo para garantizar el derecho al voto y el derecho de participación ciudadana de las personas con discapacidad» donde se establecieron una serie de pautas para garantizar el derecho al voto de las personas con discapacidad física, auditiva, visual, intelectual, psicosocial, y recomendaciones generales para sensibilizar a funcionarios de casilla.

En materia jurisdiccional se ha emitido sentencias relevantes, así tenemos la sentencia SUP-JDC-1744/2020, de 20 de agosto de 2020, que destaca porque en los procesos de designación de autoridades administrativas electorales, se deben de implementar medidas diferenciadoras que busquen una nivelación contextual de las personas con discapacidad en atención al tipo de diversidad funcional que posean. Por otra parte, resulta relevante la SUP-JDC-1458/2021, de 12 de enero de 2022, por ser una sentencia en formato de lectura fácil, con la finalidad de que sea accesible para cualquier persona, al margen, del grado de discapacidad que tenga. En semejantes términos, destacan las sentencias SUP-JDC-216/2023 y SUP-JDC-220/2023 ambas del 21 de junio de 2023, donde se subrayó que las autoridades electorales locales deben emitir convocatorias que sean del conocimiento de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad por lo que deben utilizar formatos accesibles en audio, braille, fácil lectura y cualquier medio que resulte adecuado para su difusión y entendimiento.

En suma, las acciones afirmativas implementadas tanto por las autoridades administrativas como por las jurisdiccionales han permitido avanzar en la inclusión y garantía de los derechos de participación política de las personas con discapacidad. Con ello, se ha permitido realizar ajustes razonables para permitir el acceso a un sector poblacional que ha sido discriminado eliminado así las barreras en el acceso y la igualdad de oportunidades.

#### e) **Migrantes**

Los derechos políticos de las personas migrantes tienen que ver con la posibilidad de ejercitar derechos que les permitan participar en la vida política

y democrática del país de acogida, incluso si no tienen la calidad de ciudadanos. El reconocimiento de estos derechos depende de cada país, del estatus legal y de las leyes nacionales. En el contexto mexicano, los derechos políticos de las personas migrantes son importantes y están sujetos a regulaciones específicas. México, es un país de tránsito y tiene una población de migrantes internacionales muy importante, tanto de países de América Central que transitan hacia los Estados Unidos como de otras partes del mundo<sup>44</sup>.

En el marco normativo nacional, la Constitución mexicana prohíbe la discriminación por origen étnico, nacional, género, religión u orientación sexual<sup>45</sup>. Esto implica que las personas migrantes, independientemente de su origen, deben ser tratadas de manera igualitaria y sin discriminación en lo que respecta a sus derechos políticos. Sin embargo, las personas extranjeras que residen en México no tienen reconocidos sus derechos políticos. Específicamente, el artículo 33 constitucional establece para ellas una prohibición absoluta de participar en los asuntos políticos del país, a la vez que les garantiza el respeto a sus derechos humanos<sup>46</sup>.

Por otro lado, tomando en consideración el índice de personas que emigran, México ha establecido un sistema para permitir a la ciudadanía que reside en el extranjero votar en las elecciones federales, como las elecciones presidenciales. Esto incluye a los migrantes que trabajan o residen en otros países. La regulación del voto de los mexicanos en el extranjero se estableció en junio de 2005 a través de reformas al COFIPE el voto de los mexicanos en el extranjero. Con estas regulaciones, se organizaron las elecciones presidenciales en el extranjero en 2006 y 2012.

Posteriormente, con la reforma político-electoral del 2014 se estableció en el artículo 329<sup>47</sup> de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Elec-

<sup>44</sup> En el 2020 en total 11.185.737 personas emigraron, constituyendo el segundo país con más personas desplazadas a otros países (8,75% de la población total. Los principales países a los que van las personas mexicanas es Estados Unidos, donde van el 97,03%, seguido de lejos por Canadá, el 0,78% y España, el 0,54%. En: <https://datosmacro.expansion.com/demografia/migracion/emigracion/mexico#:~:text=México%2C%20con%2011.185.737%20de,75%25%20de%20su%20población%20total>.

<sup>45</sup> Artículo 1 de la CPEUM, «(...) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (...)». Última reforma DOF de 24 de enero de 2024.

<sup>46</sup> Artículo 33 de la CPEUM, «(...) los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país». Última reforma DOF de 24 de enero de 2024.

<sup>47</sup> Artículo 329 de la LEGIPE, «Del Voto de los Mexicanos Residentes en el Extranjero

1. Los ciudadanos que residan en el extranjero podrán ejercer su derecho al voto para la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos y senadores, así como de Gobernadores de las entidades federativas y del jefe de Gobierno del Distrito Federal, siempre que así lo determinen las Constituciones de los Estados o el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

torales (LGIPE) que los ciudadanos residentes en el extranjero podrían votar para las elecciones de presidente de la República, senadores y gobernadores de las entidades federativas. Las modalidades para el ejercicio del voto que se habilitaron iban desde el voto por correo, la votación personal en los módulos de las embajadas y consulados, así como el voto electrónico.<sup>48</sup>

Más tarde, las exigencias de garantizar los derechos político-electorales de las personas migrantes, no solo se limitó a el sufragio activo, sino también al pasivo, es decir, la posibilidad de ser votados. Fue así como encontramos la destacada sentencia SUP-RAP-121-2020 y acumulados, cuando se discutió la implementación de acciones afirmativas para diversos grupos vulnerables entre los que se encuentran las personas migrantes. En el análisis que hace la Sala Superior destaca que reconoce a la comunidad migrante como un grupo en situación de vulnerabilidad y exige que se implementen medidas afirmativas para permitir su representación legislativa en el Congreso de la Unión en las elecciones de 2021.

En la diversa sentencia SUP-JDC-346/2021 y acumulados, de 24 de marzo de 2021, la Sala Superior analizó la acción afirmativa confeccionada por el INE en favor de la comunidad migrante, que, entre otras cosas, incluía condiciones específicas para acreditar la vinculación con su estado de origen y la comunidad migrante. Sin embargo, posteriormente la autoridad administrativa amplió las condiciones para acreditar la calidad de migrante o vínculo con la comunidad e introdujo el requisito de aparecer en el padrón electoral o nominal de residentes en el extranjero, lo que, a juicio de la Sala Superior distorsionaba la acción afirmativa dirigida a la comunidad migrante limitando con ello la participación política efectiva de este grupo poblacional.

---

2. El ejercicio del voto de los mexicanos residentes en el extranjero podrá realizarse por correo, mediante entrega de la boleta en forma personal en los módulos que se instalen en las embajadas o consulados o, en su caso, por vía electrónica, de conformidad con esta Ley y en los términos que determine el Instituto.

3. El voto por vía electrónica sólo podrá realizarse conforme a los lineamientos que emita el Instituto en términos de esta Ley, mismos que deberán asegurar total certidumbre y seguridad comprobada a los mexicanos residentes en el extranjero, para el efectivo ejercicio de su derecho de votar en las elecciones populares». Última reforma del DOF de 2 de marzo de 2023.

<sup>48</sup> Sobre el derecho al voto de las personas en el extranjero se han emitido diversas sentencias y tesis. Ver más: Tesis III/2018, Voto en el extranjero. Su reconocimiento y regulación en elecciones locales es potestad del congreso de cada entidad federativa (legislación de Nayarit y similares); SUP-JDC-573/2005 (primer recurso primero presentado en materia del voto de los mexicanos residentes en el extranjero); SUP-JDC-282/2007 al SUP-JDC-295/2007 y SUP-JDC-2027/2007 (militantes de un partido político desde el extranjero); SUP-JRC-306/2011 (posibilidad del voto por internet); SUP-JDC-1076/2021 y acumulados (obligación del INE de regular las tres formas previstas en la normativa electoral para ejercer el voto desde el extranjero).

En suma, las cuotas para minorías incluyen medidas de tratamiento preferencial y acciones afirmativas. Desde luego que estas medidas suelen ser polémicas, ya que limitan los espacios de las mayorías, también porque se deja de lado otras características como el mérito y con frecuencia se cuestiona la proporcionalidad de los cálculos de distribución de estos espacios. No obstante, la no vinculación de las minorías en nuestros días sigue siendo un problema de representación democrática, por lo que las cuotas, acciones afirmativas y tratos preferenciales, hasta este momento, son la vía de acceso que permitirá garantizar mayor representatividad de estas voces minoritarias.

#### 4. BREVES CONCLUSIONES

La representación política debe permitir la visibilidad de los diversos grupos poblacionales, incluyendo los infrarrepresentados, para ello es necesario apostar por una política de inclusión más justa. En la medida, que esto sea materialmente posible, la representación será más fiel a las características del cuerpo social porque responderá a la heterogeneidad poblacional y a las necesidades de los representados.

Aquellos Estados que han incursionado en los procesos de incorporación de poblaciones en situación de desventaja han generado incomodidad, cuestionamientos e incluso se ha alegado una discriminación en perjuicio de las mayorías. Tal como hemos advertido a lo largo de este texto, la introducción de acciones afirmativas, cuotas o asientos reservados han llegado a tensionar en más de una ocasión, con otros principios y derecho igualmente importantes como la paridad y la certeza jurídica, entre otros. Pese a ello, la representación de todas las personas en el espacio público se erige como una poderosa herramienta en la lucha contra la discriminación, y cada paso está direccionado a la búsqueda de mayor justicia e igualdad social. México es un ejemplo de que se puede avanzar en esta área, y ha respondido gradualmente y desde diferentes espacios a esa deuda histórica.

Desde luego, debemos considerar que para que un país pueda integrar paulatinamente a sus diferentes sectores poblacionales es deseable que cuente con un marco legal inclusivo y con políticas públicas integrales que permita la visibilización de minorías y grupos vulnerables. Sin embargo, esto no siempre es así, por ello los esfuerzos realizados desde los tribunales se vuelven trascendental y un punto de análisis relevante.

Es así como las acciones realizadas por el Poder Judicial específicamente por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en México revelan



a través de sus sentencias una genuina preocupación por garantizar una participación más efectiva y real de todos los sectores poblacionales, con especial protección para aquellos que se encuentran en desventaja. Estos esfuerzos se traducen en sentencias, que no han estado exentas de críticas, pero que sus resultados, hasta este momento, han sido sustancialmente positivos. Actualmente, México cuenta con congresos cada vez más paritarios, existe la posibilidad de tener representación indígena, cada vez llegan más personas discapacitadas, migrantes o de la comunidad LGBT+ a los espacios de decisión pública.

En suma, el trabajo apenas ha iniciado, la inclusión y la búsqueda de igualdad de oportunidades en el acceso al espacio público implica superar muchos desafíos, pese a ello, el arribo de personas que pertenecen a grupos vulnerables en espacios de representación pública permite construir una agenda de trabajo renovada e incluyente, que da fuerza y voz a grupos que no la han tenido, generando así una representación más real, viva y congruente.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBAINE, L. (2015). Obstáculos y desafíos de la paridad de género. Violencia política, sistema electoral e interculturalidad. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, 52, 145-162.
- BIRD, K. (2014). Ethnic quotas and ethnic representation worldwide. *International Political Science Review*, 35(1), 12-26.
- CEDILLO DELGADO, R. (2020). *Representación política de indígenas y afrodescendientes en América Latina: los casos de México, Perú y Costa Rica*, Instituto Electoral del Estado de México, Centro de Formación y Documentación Electoral, Toluca, México.
- CNDH (2020). La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.
- EL ECONOMISTA (2018). «7 de cada 10 indígenas en México son pobres». Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/economia/7-de-cada-10-indigenas-en-Mexico-son-pobres-20180916-0007.html>.
- ESQUIVEL ALONSO, Y. (2023). «Violencia política de género: el caso Nuevo León 2021», en Mendoza Ibarra, J. F. et al. (coords.), *Democracia y participación política en Nuevo León*, Tirant Lo Blanch, México, 225-254.
- ESQUIVEL ALONSO, Y., BELANDRIA GARCÍA, J. R. (2023). «La libertad de expresión y violencia política de género», en Cardona Acuña, L. A. y Rodríguez Pérez, R. E. (eds.), *Derechos humanos: Problemas de desarrollo económico y social*, Universidad Autónoma de Coahuila, México, 23-36.

- ESQUIVEL ALONSO, Y., GONZÁLEZ BRIONES, K. V. (2022). «Re-pensar el mundo binario y su relación con la paridad de género en materia electoral», en Camarillo Goeva, L. A. *et al.* (coords.), *Juzgar con perspectiva de género. Aportaciones teóricas para la judicatura en Baja California*, Universidad Autónoma de Baja California, México, 71-88.
- GLOBAL GENDER GAP REPORT (2023). *World Economic Forum 2023* Disponible en: <https://es.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2023/>. [Consultado el 13 de febrero de 2024].
- HAIDER-MARKEL, D. P. et al. (2000). Minority Group Interests and Political Representation: Gay Elected Officials in the Policy Process, *Journal of Politics*, 62(2), 568-577.
- HAIDER-MARKEL, D. P., y Meier, K. J. (1996). The politics of gay and lesbian rights: expanding the scope of the conflict. *Journal of Politics*, 58(2), 332-349.
- (2003). Legislative Victory, Electoral Uncertainty: Explaining Outcomes in the Battles over Lesbian and Gay Civil Rights. *Review of Policy Research*, 20(4), 671-690.
- INE (2021). *INE garantizará el voto de pueblos y comunidades indígenas en las elecciones en curso: Carla Humphrey*. Disponible en: <https://centralectoral.ine.mx/2021/04/29/ine-garantizara-el-voto-de-pueblos-y-comunidades-indigenas-en-las-elecciones-en-curso-carla-humphrey/> [Consultado el 13 de febrero de 2024].
- INEGI (2022). *Comunicado de prensa núm. 430/22, página 1/7* Disponible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP\\_Pueblo-sInd22.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_Pueblo-sInd22.pdf) [Consultado el 13 de febrero de 2024]
- JANKOWSKI, M., MARCINKIEWICZ, K. (2017). Ineffective and counterproductive? The impact of gender quotas in open-list proportional representation system. *Politics and Gender*, 15 (1), 1-31.
- JONES, M. P. (2005). The desirability of gender quotas: considering context and design. *Politics and Gender*, 1(4), 645-652.
- KROOK, M. L. (2006). Reforming Representation: The Diffusion of Candidate Gender Quotas Worldwide. *Politics and Gender*, 2(3), 303-327.
- (2010). Women's Representation in Parliament: A Qualitative Comparative Analysis», *Political Studies*. *Political Studies Association*, 58(5), 886-908.
- MARTÍNEZ MONTIEL, L. M. (1988). *La Gota de Oro. Migración y Pluralismo étnico en América Latina*, Instituto Veracruzano de Cultura, Veracruz.
- MCALLISTER, I., STUDLAR, D. T. (2022). Electoral systems and women's representation: a long-term perspective. *Representation*, 39(1), 3-14.
- NUSSBAUM, M. (2006). *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species*. Membership, Harvard University Press, Cambridge.
- ONU (2023). *Informe nacional presentado en virtud de las resoluciones 5/1 y 16/21 del Consejo de Derechos Humanos*, Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/WG.6/45/MEX/1).

- PATEMAN, C. (1995). *El contrato sexual*, Anthropos. Editorial del Hombre, Barcelona.
- PINEDA BRAVO, E. (2013). *El acceso a los indígenas al Congreso de la República, una mirada al diseño del sistema electoral y el principio de igualdad*, Jurado Nacional de Elecciones, Lima.
- SALAZAR, R. (2006). *El indígena costarricense. Una visión etnográfica*, Editorial Tecnológica de Costa Rica, San José.
- VIZCARRA RUIZ, M. A. (2020). De la implementación de las cuotas de género a la «legislatura de la paridad de género» en México. *De Prácticas y Discursos: Cuadernos de Ciencias Sociales*, 9(12), 2250-6942.
- UNAM (2019). *El género no binario más allá de lo femenino y lo masculino*. Disponible en: [http://www.unamiradaalaciencia.unam.mx/download/pdf\\_prensa/unamirada\\_746.pdf](http://www.unamiradaalaciencia.unam.mx/download/pdf_prensa/unamirada_746.pdf) [Consultado el 13 de febrero de 2024].
- VV.AA. (2016). *Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México.
- YOUNG, I. M. (1996). Vida política y diferencia de grupos: una crítica del ideal de ciudadanía universal, en Castell, C. (ed.), *Perspectiva feminista en teoría política*, Paidós, Barcelona, 99-126.

## LE ISTITUZIONI DEL FUTURO (E I C.D. *FUTURE STUDIES*) NEI PROCESSI DECISIONALI

LUCA BARTOLUCCI  
*Luiss School of Government*

SOMMARIO: 1. *Premessa.*–2. *I c.d. «future studies» e il «foresight» governativo.*–3. *Le istituzioni per il futuro.*–4. *Le istituzioni parlamentari per il futuro.*–5. *Qualche considerazione conclusiva.*

### 1. PREMESSA

La nostra era è destinata ad essere segnata da profondi cambiamenti, che accelerano a una velocità tale da sfidare la capacità di adattamento della società. È sempre più pericoloso, pertanto, fare politica solo a breve termine. Eppure, la sottomissione a un eterno presente è una delle maggiori criticità delle società moderne. Anche in politica, il sistematico prevalere di una logica di breve periodo rappresenta un problema che produce diverse e gravi conseguenze. Peraltro, a causa dell'invecchiamento della popolazione, l'età dell'elettore mediano risulta essere in costante crescita e questo contribuisce al sistematico prevalere di una logica tutta contingente e di breve periodo (Lupo, 2019).

La politica del «qui e ora» sembra avere come unico obiettivo quello di catturare quotidianamente consensi e intercettare gli impulsi dell'opinione pubblica, senza poter considerare il medio e lungo termine (De Rita-Galdo, 2018, IX). Una certa 'furia del presente' (Allegretti, 2014, 177) ha, infatti, caratterizzato costantemente le scelte della politica, almeno quella italiana,

oscurando ogni preoccupazione collettiva per il futuro e impedendo la valutazione prospettica delle decisioni di oggi nel tempo (Arconzo, 2018, 629). La democrazia rappresentativa stessa è afflitta dal «presentismo» (Boston, 2017; MacKenzie, 2016) e ha una tendenza radicata ad essere «parziale nei confronti del presente» e a «trascurare i rischi ambientali a lungo termine» (Thompson 2010, 17).

Appare quindi centrale sottolineare la necessità di orientare al futuro le decisioni – soprattutto legislative – in un momento in cui il progresso tecnologico ha comportato un cambiamento di prospettiva delle Costituzioni e un cambiamento nella valutazione del rapporto tra la Costituzione e il futuro: dall'attenzione al «futuro» delle Costituzioni si passa progressivamente al 'futuro' come dimensione da preservare (Bifulco, 2008, 122).

È il principio di sostenibilità la chiave per rendere le decisioni orientate verso l'obiettivo di tutelare le generazioni future, senza compromettere il benessere di quelle presenti<sup>1</sup>. L'idea della sostenibilità delle scelte ha ormai assunto valore di 'paradigma postmoderno' capace di innervare il complesso degli ordinamenti giuridici (Porena, 2017; Cruz e Z. Bodnar, 2012, 41) e si può considerare uno dei concetti emergenti del costituzionalismo contemporaneo (Groppi, 2016)<sup>2</sup>.

Molte sono state le soluzioni prospettate per rispondere all'esigenza di allungare lo sguardo dei decisori politici. Vi è stato perfino chi ha sostenuto la necessità di intervenire sulla separazione dei poteri per istituzionalizzare la sostenibilità: un nuovo modello a quattro poteri dovrebbe includere un livello istituzionale per difendere gli interessi dei posteri nei processi decisionali. Il concetto di *check and balance*, infatti, che era stato introdotto per evitare una 'tirannia della maggioranza', deve evolversi nella società moderna attraverso controlli temporali per proteggere le generazioni future da una 'tirannia del presente' (Tremmel, 2015, 212).

Inserire clausole sulla sostenibilità nelle Costituzioni, in particolare, è un tentativo per 'aggiustare' quelle che sono le dinamiche 'naturali' delle democrazie elettorali. Infatti, per quanto riguarda la sostenibilità «uno dei principa-

<sup>1</sup> Il rapporto 'Our Common Future' della Commissione Brundtland delle Nazioni Unite del 1987 definisce lo sviluppo sostenibile come «*the development that meets the needs of the present without compromising the needs of the future generations*». Cfr. *Our Common Future*, Report of the World Commission on Environment and Development (c.d. 'Brundtland Commission'), 1987, par. 27, allegato al documento dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite A/42/427, Development and International Cooperation: Environment, 2 Aug. 1987, p. 8.

<sup>2</sup> Come si nota in Groppi, 2016, il sostantivo 'sostenibilità' (o, più frequentemente, l'aggettivo 'sostenibile' o la locuzione 'sviluppo sostenibile') sia presente in 53 Costituzioni degli Stati membri delle Nazioni Unite.

li problemi nell'adottare decisioni che tutelino le esigenze del futuro, a scapito, se necessario, di interessi del presente, è costituito dalla dinamica della democrazia elettorale, cioè dalla necessità delle élites politiche di conquistare il consenso a breve termine degli attuali elettori, senza tener conto di chi, non essendo presente, non può influire con il suo voto sulla contesa elettorale» (Groppi, 2016, 51).

La giurisprudenza costituzionale è un altro fattore che tenta, da più parti, di inserire una visione del futuro nella ragionevolezza delle scelte legislative<sup>3</sup>. Alcuni, in dottrina, ritengono che siano le Corti costituzionali i primi attori a dover difendere l'equità intergenerazionale (Palombino, 2022). Tuttavia, l'azione delle Corti – che, pure, è del tutto cruciale in materia – rischia di non essere sufficiente, poiché queste ultime non hanno quella legittimazione necessaria per guidare da sole un processo tanto profondo. Anche le istituzioni che condividono l'indirizzo politico sono del resto chiamate a farsi carico delle istanze intergenerazionali.

Anche per tale ragione, la strada che sembra più feconda è quella dell'inserimento di meccanismi istituzionali e procedurali per orientare le decisioni al futuro, entrando nel campo di quello che è stato definito delle '*implementation strategies*' dell'istanza intergenerazionale (Boston, 2017; González-Ricoy, 2016; sugli *advisory bodies in legislatures*: Acosta, Nestore, Jarquín-Solís e Doubleday, 2022).

Sono stati immaginati meccanismi per incentivare comportamenti più lungimiranti del legislatore. Molto interessante, ad esempio, è l'idea della possibile introduzione di una *procedural sustainability provision*, che muove dall'idea in base alla quale l'aspetto centrale della garanzia deve spostarsi dal piano sostanziale a quello procedurale (Groppi, 2016, 64)<sup>4</sup>. Qualcosa di simile sta cercando di introdurre il Governo italiano, presentando un disegno di legge in materia di semplificazione normativa (AS 1192) che contiene, al suo interno, anche una disposizione che introduce una nuova «valutazione di impatto generazionale delle leggi». Si tratta proprio di uno strumento procedurale volto a introdurre nell'ordinamento un momento di valutazione ex ante dei diseg-

<sup>3</sup> Si pensi, per tutte, alla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul clima del 24 marzo 2021, con la quale quest'ultimo ha giudicato parzialmente incostituzionale la legge tedesca sul cambiamento climatico, approvata nel 2019, per l'assenza di indicazioni dettagliate sulla riduzione delle emissioni dopo il 2030, sostenendo che il legislatore avrebbe dovuto prendere delle precauzioni per salvaguardare le libertà fondamentali delle generazioni future.

<sup>4</sup> Attraverso clausole costituzionali, cioè, che non stabiliscano in astratto il principio della sostenibilità ma che individuino i procedimenti attraverso i quali devono essere assunte le decisioni politiche e il cui rispetto possa essere controllato dalle giurisdizioni costituzionali.

ni di legge del Governo in relazione al loro impatto ambientale e sociale sui giovani e sulle future generazioni (Bartolucci, 2024).

Oltre questa soluzione, «la quasi totalità delle proposte finora emerse nel dibattito teorico, o sperimentate sul piano normativo, ruotano intorno alla individuazione di speciali e nuovi organismi consultivi, messi a fianco dell'organo legislativo o inseriti nel sistema amministrativo con particolari condizioni di indipendenza dalle istituzioni di Governo, anche sul piano finanziario» (D'Aloia, 2016, 385). Così, in alcune esperienze si è optato per una soluzione istituzionale: la creazione, cioè, di organi appositamente dedicati al futuro.

D'altro canto, i Parlamenti, sempre sospinti dalle scadenze elettorali, sono spesso visti come una delle parti più deboli nelle politiche di sostenibilità all'interno delle democrazie rappresentative. Sotto la pressione delle imminenti scadenze elettorali, soggetto alle pressanti richieste di elettori e lobbisti, suddiviso in commissioni specializzati col compito di rispondere alle immediate esigenze degli interessi di settore, il potere legislativo è spesso visto come un anello debole della politica di sostenibilità (Kinski e Whiteside, 2022, 2). Ecco, dunque, che nuovi organismi all'interno dei Parlamenti, dedicati espressamente al futuro, possono essere utili per allungare lo sguardo del legislatore.

Non solo: si stanno sempre più diffondendo i c.d. «*future studies*», il cui obiettivo è quello di anticipare i cambiamenti della civiltà (sociali, tecnologici, culturali): i c.d. «*megatrend*», cercando di prevedere gli sviluppi attraverso l'elaborazione di scenari. In ambito governativo, in particolare, esistono meccanismi e istituzioni dedicati specificamente al c.d. «*foresight*» o «*strategic foresight*», che può essere definito come la capacità di immaginare ciò che accadrà in futuro e pianificare le azioni presenti e future sulla base di questa conoscenza. Allo stesso modo, la c.d. «*anticipatory governance*» è un sistema di istituzioni, regole e norme che fornisce un modo per utilizzare la previsione allo scopo di ridurre il rischio e aumentare la capacità di rispondere agli eventi prima che si sviluppino, anziché in fasi successive. Si tratta di un processo per monitorare i potenziali eventi, fornire un avviso tempestivo di eventi imminenti e avvisare i politici delle potenziali conseguenze. Se, infatti, gli sviluppi vengono rilevati precocemente, si può agire nel presente per prevenirli o per indirizzare le loro conseguenze.

L'analisi di alcune di tali esperienze può dunque essere utile quantomeno perché potrebbe essere utile immaginare qualcosa del genere anche in Italia, per allungare lo sguardo del legislatore e salvaguardare, in concreto, del valore costituzionale della sostenibilità: un valore che è espressamente presente (a partire dalla legge cost. n. 1 del 2012), con esclusivo riferimento al debito pubblico, in Costituzione, negli artt. 81 e 97 (Lupo, 2019; sul punto, sia con-

sentito anche un rinvio a Bartolucci, 2020). Non solo: con la legge cost. n. 1 del 2022 anche le «future generazioni» sono entrate espressamente nella Carta fondamentale (Bifulco, 2022; Fracchia, 2022; Cecchetti, 2022)<sup>5</sup>.

Per affrontare i cambiamenti, anche la pubblica amministrazione e il governo devono iniziare a sperimentare nuovi approcci che permettano di rispondere a questi con maggiore flessibilità e velocità.

## 2. I C.D. «*FUTURE STUDIES*» E IL «*FORESIGHT*» GOVERNATIVO

Per *futures studies*, o «studio dei futuri», s'intende una disciplina il cui obiettivo è quello di anticipare i cambiamenti della civiltà (sociali, tecnologici, culturali): i c.d. «*megatrend*», cercando di prevedere gli sviluppi attraverso l'elaborazione di scenari.

Esistono diverse metodologie nell'ambito dello studio dei futuri, che riguardano la generazione di possibili scenari futuri e l'analisi del contesto presente in cui operiamo. Questi metodi sono oggi utilizzati anche in ambito business e aziendale, per individuare possibili *trend* futuri e nuovi percorsi di crescita<sup>6</sup>.

In generale, i metodi e gli strumenti di anticipazione sono sempre più utilizzati per cercare di immaginare e governare le trasformazioni verso futuri più sostenibili in diversi ambiti politici. Il settore pubblico deve prepararsi per il futuro, identificando e trovando continuamente soluzioni innovative per beneficiare delle opportunità future riducendo i rischi attraverso una maggiore resilienza dei propri sistemi.

Anche nelle amministrazioni pubbliche, gli usuali strumenti di pianificazione non sono più sufficienti. Gli studi di futuro (previsione strategica, *strategic foresight*, Commissione Europea, OCSE o *futures literacy*, UNESCO), possono essere pertanto un valido strumento per una PA che sia in grado di non subire i cambiamenti, bensì di governarli. Lo stesso vale per il Parlamento e per il Governo, che dovrebbero sfruttare tale campo di conoscenza per non farsi trovare impreparati nelle sfide che li attendono.

Particolarmente interessante l'approccio dell'OCSE, che si basa sul *strategic foresight*<sup>7</sup>: un modo strutturato di utilizzare le idee sul futuro per anticipare e prepararsi meglio al cambiamento. L'esplorazione di diversi futuri plausibili che potrebbero sorgere e le opportunità e le sfide che potrebbero presentare

<sup>5</sup> La legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 è volta a inserire la tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione. In particolare, interviene sugli articoli 9 e 41 Cost., introducendo una disposizione esplicita sulla tutela dell'ambiente e, con essa, delle generazioni future.

<sup>6</sup> Dal sito: <https://www.instituteforthefuture.it/futures-studies/>.

<sup>7</sup> Qui altri documenti utili: <https://www.oecd.org/strategic-foresight/ourwork/>



è quindi utilizzata per prendere decisioni migliori. La previsione può supportare il processo decisionale del governo tramite: *Better anticipation* (per anticipare meglio i cambiamenti che potrebbero emergere in futuro); *Policy innovation* (rivelare opzioni per la sperimentazione di approcci innovativi); *Future-proofing* (per sottoporre a stress test strategie e politiche esistenti o proposte).

In poche parole, queste tecniche si basano sul creare scenari futuri scenari, compresa la verifica mediante analisi e simulazione di risposte politiche alternative e delle loro conseguenze. Si tratta dunque di immaginare molteplici futuri e di tentare di gestirne, per tempo, le possibili conseguenze. La previsione consiste nel concettualizzare ciò che potrebbe accadere e ciò che deve essere fatto in modelli alternativi per proteggere i nostri interessi.

La diffusione di tali pratiche potrebbe essere propedeutica per una vera e propria istituzionalizzazione della previsione strategica, tramite la creazione istituzioni ad essa dedicate (ad es. unità, commissioni, ecc.) o tramite la creazione di una cultura della previsione all'interno delle strutture istituzionali esistenti.

Molti Stati, infatti, già hanno al loro interno una varietà di esperienze di istituzionalizzazione di tali elementi (OECD, 2022, 4). Il *foresight*, in particolare, è un processo che permette di raccogliere e analizzare informazioni che aiuteranno a costruire una visione di futuro a medio-lungo termine. Tutte le attività di *foresight* servono a considerare il futuro come qualcosa che è possibile influenzare, piuttosto che come qualcosa già deciso.

Come si è rilevato, vi è la necessità che i dipendenti pubblici ricevano formazione e sostegno nello sviluppo della capacità di previsione. Infatti, i paesi che hanno sistemi di previsione altamente istituzionalizzati hanno lavorato per aumentare la previsione all'interno del servizio pubblico. A tal fine, la soluzione ideale sarebbe quella di avere «agenti di previsione» in ciascuno dei ministeri (OECD, 2022, 4).

Sembra allora utile, a tal proposito, illustrare alcune caratteristiche di casi di istituzionalizzazione del *foresight*.

Le capacità di *foresight* dell'Australia esistono all'interno di team specializzati in vari ministeri del governo, tra cui il Dipartimento degli affari esteri e del commercio, il Dipartimento dell'istruzione, delle competenze e dell'occupazione e il Dipartimento dell'industria, della scienza, dell'energia e delle risorse (OECD, 2022, 5). Un *Futures Hub* è finanziato da una joint venture tra il governo australiano e l'*Australian National University* ed è una risorsa dell'intero governo e dell'intera nazione per supportare il pensiero, la pianificazione e il lavoro politico attraverso l'esame di futuri strategici rilevanti per il futuro della sicurezza nazionale. The *Futures Hub* guida l'*Australian Strategic Futures Network*, una rete di collaborazione con membri dei team di

previsione del governo statale e federale (OECD, 2022, 5). La *Commonwealth Scientific and Industrial Research Organization* (CSIRO) è l'agenzia scientifica nazionale australiana e dispone di un gruppo di previsione dedicato (CSIRO Futures) e di un *Insight Team* che analizza le tendenze emergenti, i driver e gli scenari e applica approcci di modellazione per generare approfondimenti e informare la strategia futura e decisioni politiche con particolare attenzione alla tecnologia digitale e alla scienza basata sui dati (OECD, 2022, 5).

Anche il Canada ha uno degli ecosistemi di previsione governativa più consolidati al mondo. Al centro c'è *Policy Horizons Canada*, l'organizzazione che, dal 2009, fornisce ricerca sul futuro, servizi di previsione strategica e sviluppo di capacità di previsione (OECD, 2022, 5). La struttura istituzionale che supporta *Policy Horizons* garantisce un alto livello di partecipazione dalla direzione del servizio pubblico. Con oltre 40 dipendenti a tempo pieno, *Policy Horizons* è attualmente una delle più grandi organizzazioni di previsione del settore pubblico dedicate al mondo. Questa capacità consente lo sviluppo di competenze consolidate e un'analisi previsionale approfondita su questioni future relative a un'ampia gamma di temi di politica pubblica, nonché una significativa funzione di sensibilizzazione per costruire capacità di previsione nei dipartimenti e nelle agenzie in tutto il governo federale (OECD, 2022, 5).

La Finlandia, come si vedrà infra, è uno degli Stati che dedicano maggiore attenzione al futuro, anche a livello parlamentare, e ha uno dei sistemi di previsione più elaborati al mondo (OECD, 2022, 6). L'enfasi sulla previsione in Finlandia si è evoluta dopo una crisi economica all'inizio degli anni Novanta e in risposta a problemi di sicurezza legati alla geografia del paese (OECD, 2022, 6). La Finlandia ospita reti di previsione all'interno del governo nazionale e regionale, del mondo accademico, della società civile e del settore privato che insieme formano un complesso ecosistema anticipatorio (OECD, 2022, 6).

La rete nazionale di previsione finlandese funziona sotto l'autorità dell'Ufficio del Primo Ministro in collaborazione con Sitra, il Fondo finlandese per l'innovazione. Sitra, sebbene tecnicamente situata sotto il parlamento, è in gran parte indipendente, anche nel modo in cui gestisce i suoi fondi<sup>8</sup>. Esistono capacità di previsione interne all'interno di vari ministeri del governo, che fanno sforzi per stabilire capacità di previsione dedicate in tutti i ministeri.

Il prodotto di punta della previsione in Finlandia è il rapporto sul futuro del governo, che viene condotto ogni quattro anni all'inizio del mandato di una

---

<sup>8</sup> Sitra ha il mandato di «assicurare il futuro benessere della Finlandia» e di «sostenere e sfidare» il governo, spesso sollevando questioni che non sono sempre una priorità per chi è al potere.

nuova amministrazione. Si tratta di una tradizione che risale agli anni '90 con il tema dello studio fissato dal Presidente del Consiglio in collaborazione con un gruppo interministeriale. Nell'arco di due anni si svolge un processo altamente partecipativo che coinvolge tutte le parti interessate, con budget e personale dedicati (Saritas e Ababio Anim, 2017; Rosenström e Balcom Raleigh, 2015, 2). Il Parlamento è coinvolto nella stesura della relazione incentrata sulle priorità strategiche a lungo termine e la relazione intende fungere da risorsa per tutti partiti politici nella progettazione delle loro piattaforme di campagna elettorale (Shallowe et al., 2020).

In Estonia, il sistema di previsione è stato ispirato dalla Finlandia. Il *Foresight Act* è la base giuridica per l'istituzionalizzazione della previsione in Estonia. Con questo si è istituito il *Foresight Council*, composto da esperti di ricerca, tecnologia e affari, e il *Foresight Centre*, un *think tank* all'interno del parlamento estone (OECD, 2022, 6). Il Consiglio approva le attività del Centro di previsione. Il Centro prevede possibili scenari futuri per i responsabili politici in modo che progettino le politiche «a prova di futuro» (OECD, 2022, 6). Il Centro esegue una valutazione successiva del lavoro di previsione dopo un certo periodo, integrando una componente di valutazione al loro lavoro che confronta i progressi effettivi con gli scenari e prospettive dopo un certo periodo di tempo. Questa funzione consente ai professionisti della previsione di «dimostrare il loro valore ai decisori (Shallowe et al., 2020, 37).

Non esiste un organismo di previsione centrale in Germania, ma piuttosto una rete di istituzioni pubbliche e indipendenti ma sostenute pubblicamente o finanziate (OECD, 2022, 7). Le istituzioni con capacità di previsione includono: l'Agenzia tedesca per l'ambiente (*Umweltbundesamt*), l'Ufficio per la pianificazione politica (*Büro für Politische Planung*), con sede presso l'Ufficio del Cancelliere federale (*Bundeskanzleramt*), il Servizio federale degli esteri, il Ministero federale dell'ambiente, della conservazione della natura e della sicurezza nucleare e il Ministero della cooperazione e dello sviluppo economico. L'Ufficio di pianificazione delle forze armate federali (*Planungsamt der Bundeswehr*) – una sezione civile delle forze armate federali – ha capacità di previsione consolidate per affrontare questioni sociali e tecnologiche più ampie (OECD, 2022, 7).

Il sistema decentralizzato comprende programmi o processi di previsione finanziati anche a livello subnazionale, compresi gli stati di Baviera, Baden-Württemberg, Renania-Palatinato (Dreyer e Stang, 2013). Il Ministero federale dell'istruzione e della ricerca (*Bundesministerium für Bildung und Forschung*) organizza esercizi di previsione in cooperazione con partner a livello subnazionale (*Länder*) e organi competenti all'interno del governo federale e del Bundestag tedesco.

Anche i Paesi Bassi hanno una ricca storia di lungimiranza legata al lavoro pionieristico della *Royal Dutch Shell* nel settore (OECD, 2022, 7). All'interno del governo, i Paesi Bassi sono un esempio di paese in cui le capacità di previsione sono dislocate in agenzie specializzate incaricate di fornire analisi delle politiche strategiche in campi selezionati. Un esempio lampante è l'Agenzia olandese per la valutazione ambientale (PBL), sebbene ve ne siano altre come il *Central Planning Bureau*, che svolge attività di previsione in base alla domanda dei partiti politici, dei ministri del governo o dei membri del parlamento. Queste agenzie collaborano con e sono finanziati attraverso i bilanci dei ministeri del governo ma hanno uno status indipendente. Le agenzie lavorano molto prima delle elezioni per aiutare a preparare consigli per i governi entranti.

Singapore ha una lunga storia di supporto ad alto livello per la previsione strategica, legata alla sicurezza del paese e al contesto geopolitico (OECD, 2022, 8). Il *Center for Strategic Futures* all'interno dell'Ufficio del Primo Ministro ha un ruolo centrale tra le unità di previsione del governo. Le unità di previsione settoriale esistono in tutto il governo. Un esempio degno di nota è l'Unità di previsione strategica presso il Ministero delle finanze, che ha il mandato di garantire che il lavoro sul futuro del governo sia integrato nel processo di bilancio del ministero.

Infine, anche il Parlamento europeo dispone di diverse unità che si occupano di questioni relative alla previsione, che sono rilevanti nel contesto dello *European Strategy and Policy Analysis System* (ESPAS) (OECD, 2022, 8). Una di queste unità è il *European Parliamentary Research Service's Strategic Foresight and Capabilities Unit* che si occupa delle tendenze globali e di questioni più ampie. L'Unità opera sotto gli auspici del Servizio di ricerca del Parlamento europeo<sup>9</sup>. Uno dei suoi compiti è produrre materiali di base per i membri del Parlamento europeo su questioni economiche globali e tendenze sociali e le loro implicazioni per l'Unione europea. Ulteriori attività per promuovere «la cultura anticipatrice all'interno del Parlamento europeo includono, ad esempio, briefing e seminari<sup>10</sup>.

Un altro organo di previsione del Parlamento europeo è il *Panel for the Future of Science and Technology* (STOA), che si occupa principalmente di questioni tecnologiche e scientifiche. Lo scopo di STOA è informare i parlamentari e alimentare i dibattiti in parlamento. Il panel STOA è composto da 27 membri del Parlamento europeo nominati da 11 delle sue commissioni perma-

<sup>9</sup> European Parliament Research Service (<https://epthinktank.eu/about/>).

<sup>10</sup> European Parliament Research Service, EPRS Strategic Foresight and Capabilities Unit (<https://epthinktank.eu/author/eprsglobaltrends/>).

nenti <sup>11</sup>. Il Parlamento e le commissioni possono formulare richieste e richieste di lavoro di previsione. L'obiettivo di STOA è agire come «intermediario onesto» e fornire una prospettiva lungimirante e consulenza su diverse opzioni, tenendo conto del potenziale impatto che scelte specifiche potrebbero avere sulla società (OECD, 2022, 8).

In Italia, il 23 dicembre 2020, la Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA) ha ritenuto di sviluppare le sue attività in ambiti destinati ad assumere crescente importanza per le amministrazioni pubbliche, quali la previsione strategica e l'amministrazione anticipante, anche in relazione all'offerta formativa relativa al management ed al *policy design* dello sviluppo sostenibile. A tal fine, è stato istituito presso la SNA un gruppo di lavoro denominato «Unità per la previsione strategica e l'amministrazione anticipante», con l'obiettivo di promuovere nelle pubbliche amministrazioni la conoscenza sulla coerenza delle politiche, la previsione strategica, la resilienza e il management per lo sviluppo sostenibile, anche attraverso la raccolta di buone pratiche, nel quadro dell'Agenda ONU 2030, e di rafforzare l'offerta formativa della SNA in materia.

In seguito, un progetto della Scuola Nazionale dell'Amministrazione, sulla «*Anticipatory Governance Initiative*», è stato selezionato nell'ambito del programma *Technical Support Instrument* della Commissione europea. Il progetto ha l'obiettivo di promuovere la diffusione delle metodologie di anticipazione strategica (*strategic foresight*) nell'elaborazione delle politiche pubbliche attraverso attività di *capacity building* come la definizione di percorsi formativi per sviluppare le competenze necessarie ad integrare l'approccio di anticipazione strategica nel *modus operandi* dei decisori pubblici e l'individuazione di possibili modalità di istituzionalizzazione della previsione strategica nei principali ambiti di definizione delle politiche pubbliche. Si tratta di un progetto che avrà una durata di 18 mesi e sarà sviluppato congiuntamente con altri due Stati membri, Malta e Lituania.

La selezione di questo progetto mostra due evidenze: da una parte, conferma l'importanza attribuita dalla Commissione europea all'impegno degli Stati membri ad elaborare strategie e a definire politiche volte al futuro, e far fronte ai megatrend emergenti. Dall'altra parte, tuttavia, mostra come l'unica attenzione al tema in Italia è data dalla SNA, mentre non risulta che ci siano, nell'ambito della Presidenza del Consiglio o nelle altre amministrazioni centrali organismi che si occupano di *strategic foresight*.

---

<sup>11</sup> Panel for the Future of Science and Technology (<https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/about/history-and-mission>).

### 3. LE ISTITUZIONI PER IL FUTURO

Nel 2013 l'ex segretario generale delle Nazioni Unite, Ban Ki-moon, ha pubblicato una relazione (dal titolo *Intergenerational solidarity and the needs of future generations*), con la quale ha presentato alcune istituzioni nazionali create per proteggere le esigenze delle generazioni future. Tra queste, il Committee for the future finlandese e le esperienze dell'Ungheria (*Ombudsman for Future Generations*), del Galles (*Future Generations Commissioner for Wales*), del Canada (*Canadian Commissioner of the Environment and Sustainable Development*), della Nuova Zelanda (*Parliamentary Commissioner for the Environment*), della Norvegia (*Norwegian Ombudsman for Children*) e della Germania (*Parliamentary advisory council on sustainable development*). Ispirato da questa relazione, nel 2014 il Difensore civico ungherese per le generazioni future ha organizzato una conferenza internazionale a Budapest, così creando una rete di istituzioni nazionali per le generazioni future (il *Network of Institutions of Future Generations*).

Analizzando alcune di queste istituzioni – tra quelle che non ricadono nell'ambito parlamentare – si può notare, ad esempio, come il Difensore civico ungherese per le generazioni future ('*Ombudsman for Future Generations*'), istituito sin dal 1995 come commissario parlamentare, nel 2008 è stato trasformato nel Difensore civico per le generazioni future, rendendo l'Ungheria uno tra i primi Paesi a introdurre tale figura indipendente. Nel 2011, peraltro, ci sono stati notevoli cambiamenti: la Costituzione ungherese, riprendendo una precedente previsione legislativa, affidava la tutela dei diritti fondamentali ad un apposito Commissario (art. 30) e la tutela delle generazioni future ad uno dei due Vice-Commissari, l'*Ombudsman for Future Generations* (Ambrusné, 2010; Carlino, 2019)<sup>12</sup>. Pur agendo in modo autonomo nel suo lavoro quotidiano, l'*Ombudsman* deve riferire al Parlamento (Jávor, 2006)<sup>13</sup> e informare

<sup>12</sup> I cui compiti sono definiti nello specifico dall'Act n. CXI del 2011 on the Commissioner for Fundamental Rights. La composizione dell'organo è pertanto peculiare, posto che al Commissario si affiancano due vice, impegnati nella tutela degli interessi delle generazioni future e in quella dei diritti delle minoranze presenti sul territorio ungherese. Sono tre commissari fusi in un unico organo dalle competenze generali, che si articola però al suo interno in un Commissario generale e due sostituti con specifici obiettivi. Per via di tale strutturazione, i due vice sono tenuti a informare il Commissario delle conclusioni del loro lavoro e non possono esercitare in autonomia il potere di sollevare questioni dinanzi la Corte costituzionale, potendo solamente sollecitare il Commissario. Cfr. Carlino, 2019, 19.

<sup>13</sup> Inoltre, l'*Ombudsman*, insieme al Commissario, presenta una relazione annuale al Parlamento sul suo lavoro, che il Parlamento deve approvare.

regolarmente il Commissario, le istituzioni interessate e il pubblico in merito all'attuazione degli interessi delle generazioni future (Varga, 2015, 254)<sup>14</sup>.

Una creazione più recente è il *Welsh Future Generations Commissioner*. Istituito nel 2016 con il *Well-being of Future Generations Act* (2015), cerca di realizzare il principio dello sviluppo sostenibile, dare consulenza agli enti pubblici e pubblicare, ad ogni termine elettorale, un Rapporto sulle generazioni future che contiene una valutazione dei miglioramenti che gli enti pubblici dovrebbero adottare per conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile<sup>15</sup>.

Si può facilmente scorgere dunque una cesura tra queste istituzioni: mentre alcune si possono annoverare tra gli organi parlamentari veri e propri (come quella finlandese), altre sono (in modi e con strutture diverse) organizzate come organismi indipendenti a tutela delle generazioni future.

#### 4. LE ISTITUZIONI PARLAMENTARI PER IL FUTURO

L'analisi nel presente contributo ha l'obiettivo di esaminare le istituzioni per il futuro – e per il *foresight* – in ambito parlamentare: in particolare, risulta che, nel mondo, dal 1990, sono state istituite dieci istituzioni per il *foresight* parlamentare (che in tre casi hanno avuto vita breve) (Koskimaa e Raunio, 2022).

Lo scopo di tali istituzioni è quello di tentare di prevedere temi di lungo-periodo e scenari parlamentari e il loro obiettivo è quello di aumentare la consapevolezza dei megatrend sociali e intervenire, cercando di farlo con qualche anticipo, sulle varie crisi e opportunità che possono sorgere (sui temi più vari, come, ad esempio, la digitalizzazione, il *climate change*, la pandemia, e così via).

Gli organismi parlamentari sul futuro sono organi nuovi, che nell'ambiente parlamentare – piuttosto stabile nel tempo – possono considerarsi una vera e

<sup>14</sup> Può altresì raccomandare al Commissario di avviare indagini d'ufficio su questioni ambientali; controlla l'attuazione della strategia di sviluppo sostenibile approvata dal Parlamento e può proporre l'adozione e la modifica delle leggi che promuovono (o violano) gli interessi delle generazioni future; infine, può proporre al Commissario di rivolgersi alla Corte costituzionale. Quest'ultima previsione è ancora più rilevante in ragione dell'avvenuta abolizione dell'*actio popularis*, a seguito della quale un controllo di costituzionalità *a posteriori* di tipo astratto non può più essere innescato da qualunque persona, bensì soltanto dal Governo, da un quarto dei parlamentari e, appunto, dal Commissario per i diritti fondamentali (Carlino, 2019, 19).

<sup>15</sup> La legge del 2015 richiede ai ministri gallesi di riferire ogni anno sui progressi verso la realizzazione di obiettivi a lungo termine e di pubblicare, dodici mesi prima di un'elezione generale, un «Rapporto sulle tendenze future» che delinea le tendenze sociali, economiche, ambientali e culturali, nonché le sfide e le opportunità che creano. Il Commissario riferisce annualmente ai ministri gallesi e redige un rapporto sulle generazioni future ogni cinque anni. Il Commissario non può annullare le decisioni prese dagli enti pubblici ma può formulare raccomandazioni, basate sul principio dello sviluppo sostenibile, che gli enti pubblici sono tenuti ad osservare.

propria innovazione istituzionale. Come notano Koskimaa e Raunio, combinare un approccio orientato al futuro con i normali affari parlamentari può non essere semplice, e come questi nuovi organismi operano può essere cruciale per il loro consolidamento all'interno dei parlamenti. Infatti, come abbiamo visti poc' anzi, molto del lavoro di *foresight* è svolto dai governi, ad esempio tramite organismi come i difensori civici e gli *ombudsmen for future generations*.

Eppure, anche se tale lavoro viene svolto dal governo o da altre istituzioni, è necessario che anche i Parlamenti abbiano, al loro interno, un organismo che si occupi di futuro, perché solo in tal modo i parlamentari potranno avere il necessario expertise per interfacciarsi con tali questioni e per svolgere un controllo più accurato nei confronti delle strutture governative. Peraltro, come è stato notato, solo istituire organismi simili permette ai parlamentari di influenzare la loro mentalità per renderla più attenta agli effetti di lungo termine delle politiche (Koskimaa e Raunio, 2022).

Inoltre, includere alcuni parlamentari nel lavoro di tali organi legislativi permette di estendere la loro influenza ad altre sedi: si pensi ai dibattiti nei gruppi parlamentari e nei partiti, nelle commissioni, in Aula (Koskimaa e Raunio, 2022).

Analizzando le soluzioni *interne* al Parlamento, si deve partire senz'altro dalla Finlandia, dove è stata istituita una commissione parlamentare per le generazioni future, il *Committee for the Future* (Koskimaa e Raunio, 2020)<sup>16</sup>, che può essere considerato il capostipite di tali organismi.

Questa commissione sembra essere l'unica istituzione parlamentare permanente con un mandato specifico per studiare il futuro<sup>17</sup>. Questa non fa parte, nell'ambito del Parlamento finlandese, del procedimento legislativo. Non elabora i progetti di legge e quindi la divisione tra maggioranza e opposizione non è così importante come nelle altre commissioni: se da una parte questo è un vantaggio, dall'altra impone alla commissione di dover dimostrare continuamente la sua utilità per continuare ad esistere.

La commissione per il futuro è essenzialmente libera di determinare la propria agenda e le proprie procedure, può decidere su quali questioni concentrarsi e come condurre la propria attività. Ciò non significa che non debba affrontare inevitabili compromessi<sup>18</sup>. Quest'organo, istituito per la prima volta

<sup>16</sup> Quest'ultimo è stato fondato nel 1993 per generare un dialogo con il Governo su un futuro di grandi problemi e opportunità.

<sup>17</sup> L'unica istituzione che sembra avvicinarsi è il *Scotland Futures Forum*, un *think tank* del Parlamento scozzese. Istituito nel 2005 riunisce sia i parlamentari sia esperti esterni, lavora in modo *non-partisan*, con l'obiettivo di guardare oltre il ciclo elettorale per stimolare il dibattito a lungo termine.

<sup>18</sup> Infatti, se decide di analizzare questioni controverse e di attualità, il rischio è che finisca per assomigliare ad una normale commissione parlamentare, con il principale *cleavage* tra maggioranza e opposi-



in via temporanea nel 1993, è stato trasformato in commissione permanente solo nel 2000<sup>19</sup>. Molti pensavano che non fosse necessaria, in quanto le commissioni permanenti esistenti ben avrebbero potuto esercitare una pianificazione a lungo termine nell'ambito del controllo legislativo, mentre altri respingevano a priori l'idea di una commissione che non svolgeva attività legislativa o di bilancio (Arter, 2000, 149)<sup>20</sup>.

Il compito principale della commissione è preparare la risposta del Parlamento al 'Rapporto sul futuro' del Governo, presentato una volta ogni legislatura. Inoltre, rilascia pareri alle altre commissioni in merito al bilancio nazionale, alla Relazione annuale del Governo e su varie altre questioni riguardanti il futuro, quando e se richiesto; discute le tendenze future e le questioni correlate; funge da organo parlamentare responsabile della valutazione dello sviluppo tecnologico e delle sue conseguenze sociali. Tuttavia, gli sforzi più importanti sono dedicati ai suoi progetti, poiché il potere di decidere la propria agenda è uno dei pilastri della forza della commissione.

Come detto poc' anzi, il compito principale della commissione è preparare la risposta ufficiale del Parlamento (il Rapporto sul futuro, *tulevaisuusmietintö*) al Rapporto sul futuro del Governo (*tulevaisuusselonteko*). Si tratta di precisa scelta alla base della creazione della commissione: lo scopo era quello di far instaurare un dialogo col Governo, ma su un documento abbastanza ampio che non avrebbe provocato tensioni con le altre commissioni parlamentari (Seo, 2017, 131)<sup>21</sup>.

Il problema principale è il tempo: il rapporto della commissione viene in genere presentato alla fine della legislatura quando la plenaria è di solito impegnata con questioni politicamente più importanti. Così il tempo per discutere la complessa relazione della commissione tende ad essere breve. Inoltre, poiché il rapporto del Governo è già stato pubblicato, la risposta della commissione è, in un certo senso, una notizia ormai vecchia, ma ciò non toglie che il rapporto della commissione possa indirizzare i temi del Rapporto sul futuro

---

zione. Se, invece, decide di operare in modo più consensuale, il rischio è quello di dare la priorità a questioni meno rilevanti.

<sup>19</sup> In effetti, nel dicembre 1999 la commissione affari costituzionali del Parlamento finlandese ha votato contro la trasformazione della commissione per il futuro in commissione permanente, ma nel voto finale in Assemblea è stato approvato lo *status* permanente della commissione per il futuro.

<sup>20</sup> La commissione per il futuro è dunque dal 2000 una commissione permanente con 17 parlamentari e uno staff di 4 persone. Ci sono poi un segretario generale e un consulente scientifico permanente che assistono la commissione.

<sup>21</sup> Dopo aver ricevuto il rapporto, la commissione chiama dozzine di esperti sul tema, molto spesso accademici. All'interno dei confini formali del 'dialogo', i principali strumenti della commissione sono le risoluzioni che possono essere inserite nel Rapporto, attraverso le quali può 'fare pressione' sul Governo, pur non essendo vincolanti.

del Governo successivo. Quando funziona, il ‘dialogo’ produce quindi una significativa continuità politica tra i Governi <sup>22</sup>.

Il secondo compito ufficiale della commissione è adottare pareri (*lausunto*) sui disegni di legge su richiesta di un’altra commissione. I rapporti più lunghi sono pubblicati in volumi e sono spesso lavori d’eccellenza <sup>23</sup>. Tuttavia, le relazioni raramente ricevono grande attenzione, probabilmente perché si tratta di lavori dettagliati e difficili da collegare ad altre questioni parlamentari <sup>24</sup>.

Negli anni Novanta pochi credevano che la commissione potesse avere una influenza diretta sulle posizioni del Parlamento. I risultati della ricerca di Koskimaa e Raunio suggeriscono che non troppo è cambiato in quest’ambito: la commissione è ancora troppo lontana dall’ordinario lavoro del Parlamento finlandese. Tuttavia, la commissione è stata progettata specificamente per la rilevazione di tendenze più ampie.

Gli effetti della commissione per il futuro sono difficilmente misurabili. Dopotutto, a parte le sue risoluzioni che nella migliore delle ipotesi fungono da linee guida generali, non produce alcuna decisione vincolante. Non può fare molto per frenare le due principali cause alla radice della miopia politica: i brevi termini elettorali e i potenti interessi organizzati.

Oltre alla Commissione finlandese, vi sono una serie di altre esperienze parlamentari (Koskimaa e Raunio, 2022): quella del Senato cileno (*Senato, Comision de Desafíos del Futuro, Ciencia, Tecnología e Innovación*; 2012); del Senato brasiliano (*Comissão Senado do Futuro*; 2013); quella del Bundestrat austriaco (*Ausschuss für Innovation, Technologie und Zukunft*; 2015); quella dell’Estonia (*Foresight Centre*; 2017); della Corea del Sud (*National Assembly Futures Institute*; 2018); dell’Islanda (*Prime Minister’s Committee for the Future*; 2018 e poi *Future Committee*; 2021); quella delle Filippine (*Committee on Sustainable Development Goals, Innovation and Futures Thinking*; 2019); quella della Lituania (*Committee for the Future*; 2020), infine, quella dell’Uruguay (*Comisión de Futuro*; 2021).

Si nota subito una differenza: Estonia e Corea del Sud, infatti, hanno un istituto di ricerca, composto da esperti, che opera all’interno del Parlamento; tutti gli altri, invece, sono vere e proprie commissioni parlamentari.

<sup>22</sup> Gli intervistati da Koskimaa e Raunio hanno citato relazioni – sul benessere sociale, le riforme, la digitalizzazione dell’istruzione e lo sviluppo della popolazione, ad esempio – che sono emerse in programmi governativi dopo l’attenzione loro rivolta dalla commissione per il futuro.

<sup>23</sup> Ad esempio, l’OCSE ha considerato il recente lavoro della commissione sulle tecnologie radicali come uno dei migliori rapporti di previsione tecnologica nel mondo (*Committee for the Future*, 2018).

<sup>24</sup> Tutto il lavoro della commissione per il futuro è caratterizzato dalla lentezza e dall’atteggiamento elastico nei confronti del tempo: non è infatti necessario seguire il ritmo frenetico del processo legislativo e i prodotti finali della commissione vanno ben oltre i termini elettorali.

Una delle esperienze più celebri rimane quella del *Commissioner for Future Generations* del Parlamento israeliano. Inserito nella *Knesset Law* nel 2001, «era chiamato ad intervenire in via consultiva nella discussione di progetti di legge che avessero una particolare rilevanza intergenerazionale; poteva presentare *reports* al Parlamento su materie che potessero avere implicazioni sugli interessi delle generazioni future<sup>25</sup>; presentava una relazione annuale alla *Knesset* sulla sua attività e sui problemi riscontrati» (D'Aloia, 2016; Shoham e Lamay, 2006)<sup>26</sup>.

Altra esperienza degna di nota è quella tedesca: il *Parliamentary Advisory Council for Sustainable Development*. Creato nel 2004, la sua missione è quella di assicurare il monitoraggio parlamentare della strategia di sostenibilità del governo e di solidificare la base istituzionale per la riuscita attuazione di tale concetto. Sebbene non possa considerarsi una vera e propria commissione parlamentare, si può ritenere che la sua istituzione abbia portato a una maggiore attenzione formale alla sostenibilità nel processo parlamentare (Kinski e Whiteside, 2022).

Analizzando velocemente alcune delle istituzioni poc'anzi citate, possiamo notare come la commissione cilena è stata istituita nel 2012 ed è una commissione permanente con cinque senatori. La commissione opera in un modo *non-partisan* rispetto alle altre commissioni e indaga sulle sfide scientifiche e sociali a lungo termine (Koskimaa e Raunio, 2022, 10 s.).

La commissione brasiliana è stata istituita nel 2013 ed è una commissione permanente con undici senatori, col compito di stimolare dibattiti su argomenti sociali e sul futuro del paese. In Austria, la commissione del *Bundesrat* è stata istituita nel 2015 e ha 16 membri, ma consulta esperti esterni e produce report, anche sugli sviluppi tecnologici e sulle altre innovazioni. Anche in Estonia, l'obiettivo del *Foresight Centre* è quello di analizzare gli sviluppi a lun-

<sup>25</sup> Tra cui ambiente, risorse naturali, salute, economia, demografia, qualità della vita, pianificazione edilizia, e altre ancora.

<sup>26</sup> Il Commissario era nominato dallo *Speaker* della *Knesset* tra una serie di candidati proposti da una commissione pubblica (e poteva essere rimosso solo per gravi motivi) e aveva un personale di dodici membri. Tale Commissario ha operato, per alcuni anni (2001-2006: dopo la scadenza del primo *commissioner*, nel 2006, Shlomo Shoham, il successore non è stato nominato e la disciplina è stata modificata nel 2011) come organo interno della *Knesset*, con lo scopo di analizzare l'impatto delle proposte di legge esaminate dal Parlamento sulle generazioni future. Attingendo alla nozione di sviluppo sostenibile, la commissione poteva ritardare l'approvazione della legislazione considerata potenzialmente dannosa per le generazioni future. Tale organismo aveva il compito di consigliare la *Knesset* su questioni che avevano rilevanza per le generazioni future, fino a poter attivare un potere di veto per interrompere il processo legislativo fino a quando il suo rapporto non era stato discusso. Pur non avendo quindi il potere di fermare la legislazione creata attraverso il processo democratico, poteva fare pressione sul Parlamento e sul Governo. L'ambito di applicazione erano 'le generazioni future', non meglio definito nella legge; tuttavia, il ruolo della commissione è stato visto anche come a tutela degli interessi dei bambini.

go termine della società, identificando i nuovi *trends* e producendo reports e brevi documenti<sup>27</sup>.

In generale, dunque, nei Parlamenti – a livello globale – vi è la tendenza verso una maggiore attenzione alle sfide del futuro e una maggiore attenzione al *foresight*. Come notano Koskimaa e Raunio, otto parlamenti hanno istituito commissioni per il futuro e altri due hanno centri per il *foresight* all'interno dell'ambito parlamentare. Eppure, in termini di influenza sul procedimento legislativo vero e proprio, è importante che vi sia un link con l'esecutivo. Inoltre, poiché le commissioni sul futuro hanno un ampio mandato è naturale che la controparte sia spesso l'ufficio del primo ministro.

Conclusivamente si può affermare che, sulla scia della nuova consapevolezza per i 'megatrend' della società, l'elaborazione di politiche sensibili per il futuro è diventato un tema 'caldo' per i responsabili politici. I modi in cui superare la miopia politica e progettare istituzioni che favoriscano politiche lungimiranti stanno quindi ricevendo più attenzione (Caney, 2016, 135 s.; Jacobs, 2016, 433 s.). La commissione finlandese è spesso considerata un precursore e un modello, perché ha consolidato un insieme di compiti e pratiche e perché la sua esistenza non è messa in discussione, ma altre esperienze, sia a livello governativo sia parlamentare, si stanno affacciando sempre più spesso in giro per il mondo.

## 5. QUALCHE CONSIDERAZIONE CONCLUSIVA

Alla luce dell'analisi che si è condotta, si ritiene auspicabile che, anche in Italia, vengano creati organismi che si occupano specificamente di *foresight* e del futuro. In particolare, appare necessario non solo istituire, a livello governativo, quantomeno un ministero senza portafoglio con tale compito, oppure un dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri, ma anche una apposita commissione parlamentare, magari bicamerale, che si occupi del tema.

L'articolazione governativa dovrebbe avere almeno il compito, come accade in Finlandia, di redigere annualmente una relazione, che potrebbe poi essere analizzata dalla Commissione parlamentare sul futuro. A tale organismo governativo, potrebbe anche essere affidato un ruolo nelle analisi di impatto, che spesso oggi risultano per più aspetti carenti.

---

<sup>27</sup> Per maggiori informazioni su questi e altri organismi parlamentari sul futuro, cfr. Koskimaa e Raunio, 2022, 8 s.

Oltre a esaminare la relazione del governo sul futuro, l'agenda della commissione parlamentare dovrebbe essere libera e potrebbe confrontarsi con i temi che, di volta in volta, ritiene più rilevanti.

All'interno della commissione, come nelle altre esperienze comparate, potrebbe essere meno rilevante il cleavage maggioranza-opposizione: anche meno di quello che ci sarebbe in una eventuale funzione di valutazione politiche pubbliche. Le commissioni sul futuro, infatti, operano in modo più consensuale rispetto alle commissioni parlamentari permanenti, che sono fortemente condizionate, ovviamente, dal rapporto tra maggioranza e opposizione e con il Governo.

Posto che, ad eccezione della Commissione finlandese, tutte le altre esperienze sono cominciate dopo il 2012, è ancora presto per affermare che si tratta di istituzioni che hanno successo. Eppure, allo stesso tempo, rispondono a una esigenza che si fa sempre più forte negli ordinamenti democratici e nei regimi rappresentativi, soprattutto a fronte di una politica che si trova esposta a sempre più frequenti elezioni (europee, nazionali, regionali e locali).

Appare pertanto urgente ideare meccanismi, anche istituzionali, che permettano di uscire dalla trappola del presentismo, facendo allungare lo sguardo del legislatore. Come ricordato, il governo italiano ha fatto un primo passo in tale direzione proponendo l'introduzione della valutazione di impatto generazione delle leggi. Potrebbe essere questa l'occasione, per le Camere, di riflettere sul tema e introdurre qualche meccanismo a tutela delle generazioni future.

Peraltro, occuparsi del futuro potrebbe essere anche un modo, per i parlamenti attuali – pensando soprattutto a quello italiano – per uscire dalla loro crisi, che li vede spesso impegnati quasi esclusivamente nella conversione di decreti-legge. Il Parlamento potrebbe, in tal modo, non solo dirigersi con maggiore decisione verso un potenziamento delle funzioni di indirizzo e di controllo, ma potrebbe anche smettere di «inseguire» il Governo – dedicandosi quasi esclusivamente alla conversione di decreti-legge – per porre in essere invece una autonoma declinazione della funzione legislativa, sia in materie oggetto di decretazione d'urgenza, sia in altri ambiti, anche rispondendo alle tante sollecitazioni che giungono da più parti (si pensi ai moniti della Corte costituzionale e alle proposte di referendum abrogativo): una eventuale commissione per il futuro – insieme ad un eventuale opera di *foresight* del governo – potrebbe offrire nuovi spunti al Parlamento, che si potrebbero sfruttare anche per recuperare un ruolo nel procedimento legislativo, al di fuori della decretazione d'urgenza.

Nel procedimento legislativo ordinario, d'altro canto, è normale che il governo abbia l'interesse di assicurare il passaggio della sua proposta o di

quelle della sua maggioranza, anche attraverso meccanismi procedurali progettati per far sì che i parlamentari della maggioranza seguano la linea del governo. Si pensi, restando sul caso italiano, a tutte quelle prassi che stanno caratterizzando l'*iter legis*<sup>28</sup>.

Al contrario, nell'*anticipatory governance* il *cleavage* tra maggioranza e opposizione – nonché l'interesse del Governo – sarebbe molto meno incisivo e permetterebbe al Parlamento di lavorare meglio rispetto a quanto non faccia nel procedimento legislativo, facendogli altresì guadagnare una nuova funzione. D'altro canto, molto spesso, nella storia, i Parlamenti hanno sviluppato autonomamente le loro funzioni, attraverso un processo di *enlargements of functions*.

Il *foresight* è diverso dagli altri metodi di lavoro dei parlamenti moderni e questo implica che per fargli prendere piede deve riuscire a coesistere con il modo dominante della politica partigiana.

Come si ipotizzava poc'anzi, tale attività potrebbe essere anche meno divisiva di una eventuale funzione di valutazione delle politiche pubbliche, in quanto quest'ultima si esplicherebbe comunque su politiche approvate da questa o da quest'altra parte politica. Invece, lo studio del futuro potrebbe essere neutro politicamente: ma neutre non sarebbero, poi, le soluzioni, che tornerebbero nella piena disponibilità della politica *partisan*.

L'obiettivo, in ultima analisi, è quello di inserire un momento di riflessione «*future-oriented*» in Parlamento, inizialmente anche fuori dal procedimento legislativo, per tentare di iniziare a superare quella 'furia del presente' che ha oscurato ogni preoccupazione collettiva per il futuro e impedito di valutare nel tempo le decisioni dell'oggi.

D'altro canto, riprendendo una splendida immagine, il Parlamento può considerarsi il «porticato» tra Stato e società civile. Oggi, il porticato non basta più: non ci si può limitare a guardare (e rappresentare) chi è (adesso) nella piazza, ma si deve tener conto anche di chi quella piazza la occuperà in futuro, per espressa previsione costituzionale, agendo anche nell'interesse delle future generazioni. Per tale ragione, è necessario un vero e proprio cambiamento di paradigma per le Camere, anche recuperando quella funzione «pedagogica» che già Bagehot annoverava tra i principali compiti di un Parlamento: stavolta, però, educando al futuro.

---

<sup>28</sup> Prassi che già si potevano scorgere, in misura minore, prima dell'emergenza: questioni di fiducia su maxi-emendamenti, anche nel procedimento di conversione di decreti-legge; monocameralismo di fatto o alternato; decreti-legge c.d. «a perdere» (o «matrioska»); disomogeneità dei decreti-legge e delle leggi di conversione; abrogazione o modifica esplicita ad opera di un decreto-legge di norme contenute in un altro decreto-legge ancora in corso di conversione (c.d. «decreti staffetta precoce»). Sul punto, cfr. Spadacini, 2022.

## BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA M., NESTORE M., JARQUÍN-SOLÍS M. E. & DOUBLEDAY R. (2022), *A typology of advisory bodies in legislatures and research perspectives*, in *The Journal of Legislative Studies*.
- ALLEGRETTI U. (2014), *Storia costituzionale italiana*, Bologna.
- AMBRUSNÉ É. T. (2010), *The Parliamentary Commissioner for Future Generations in Hungary and its Impact*, in *Intergenerational Justice Review*, n. 1.
- ARCONZO G. (2018), *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 3.
- ARTER D. (2000), *The Model for Parliaments in the Future? The Case of the Finnish Committee for the Future*, in *Politiikka*, 42/3.
- BARTOLUCCI L. (2020), *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova.
- (2024), *La valutazione di impatto generazionale delle leggi come forma di attuazione degli articoli 9 e 97 della Costituzione*, in *Federalismi.it*.
- BIFULCO R. (2008), *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano.
- (2022), *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*.
- BOSTON J. (2017), *Governing for the future: designing democratic institutions for a better tomorrow*. Bingley.
- CANEY S. (2016), *Political Institutions for the Future: A Fivefold Package*, in *Institutions for Future Generations*, a cura di I. González-Ricoy e A. Gosseries, Oxford.
- CARLINO V. (2019), *Ungheria: le autorità indipendenti e la «democratic erosion»*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 3.
- CECCHETTI M. (2022), *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1.
- CRUZ P. M. E BODNAR Z. (2012), *Globalização, Transnacionalidade e sustentabilidade*, Itajaí.
- D'ALOIA A. (2016), *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. del dir.*, Annali IX, Milano.
- DE RITA G. E GALDO A., *Prigionieri del presente. Come uscire dalla trappola della modernità*, Torino.
- DREYER I E STANG G. (2013), *Foresight in Government – Practices and Trends Around the World*, Yearbook of European Security.
- FRACCHIA F. (2022), *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in «negativo»*, in *Il diritto dell'economia*, 1.
- GONZÁLEZ-RICOY I. (2016), *Constitutionalising intergenerational provisions*, in *Institutions for future generations*, a cura di I. González-Ricoy e A. Gosseries, Oxford.

- GROPPI T. (2016), *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1.
- JACOBS A. M. (2016), *Policy Making for the Long Term in Advanced Democracies*, in *Annual Review of Political Science*, n. 19.
- JÁVOR B. (2006), *Institutional protection of succeeding generations – Ombudsman for future generations in Hungary*, in *Handbook of Intergenerational Justice*, a cura di J. Tremmel, Northampton.
- KINSKI L. E WHITESIDE K. (2022), *Of parliament and presentism: electoral representation and future generations in Germany*, in *Environmental Politics*.
- KOSKIMAA V. E RAUNIO T. (2020), *Encouraging a longer time horizon: The Committee for the Future in the Finnish Eduskunta*, in *The Journal of Legislative Studies*.
- KOSKIMAA V. E RAUNIO T. (2022), *Should legislatures invest in foresight work? Assessing parliamentary future institutions*, paper presentato al Workshop of parliamentary scholars and parliamentarians di Wroxton.
- LUPO N. (2019), *Tutelare le generazioni future senza intaccare il diritto di voto*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 ottobre.
- MACKENZIE M. (2016), *Institutional design and sources of short-termism*, in *Institutions for future generations*, a cura di I. González-Ricoy and A. Gosseries, Oxford.
- OECD (2022), *Foresight and Anticipatory Governance in Practice. Lessons in effective foresight institutionalization*.
- PALOMBINO G. (2022), *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Firenze.
- PORENA D. (2017), *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino.
- ROSENSTRÖM U E BALCOM RALEIGH N. (2015), *Inclusive Foresight for Finland*, in *AAI foresight*.
- SARITAS, O. E ABABIO ANIM D. (2017), *The Last and Next 10 Years of Foresight, Working Paper in Series: Science, Technology and Innovation*, National Research University Higher School of Economics, Mosca.
- SEO H. S. (2017), *Reaching Out to the People? Parliament and Citizen Participation in Finland*, Tampere.
- SHALLOWE A. et al. (2020), *A Stitch in Time? Realising the Value of Futures and Foresight*, in *Thersa.org*.
- SHOHAM S. E LAMAY N. (2006), *Commission for future generations in the Knesset*, in *Handbook of Intergenerational Justice*, a cura di J. Tremmel, Northampton.
- SPADACINI L. (2022), *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale. Distorsioni del bicameralismo, degenerazione del sistema delle fonti e inefficacia dei controlli*, Bari.
- THOMPSON D. F. (2010), *Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 13 (1).



- TREMME J. (2015), *Parliaments and future generations: The four-power-model*, in *The Politics of Sustainability: Philosophical perspectives*, a cura di D. Birnbacher e M. Thorseth, Londra.
- VARGA A. Z. (2015), *The Commissioner for Fundamental Rights*, in *The Basic (Fundamental) Law of Hungary. A Commentary of the New Hungarian Constitution*, a cura di A. Z. Varga, A. Patyi e B. Schanda, Dublino.

# LA PARTECIPAZIONE DEI CITTADINI ALL'ELABORAZIONE DELLE POLITICHE PUBBLICHE: IL CASO ITALIANO

VALENTINA CAPUOZZO<sup>1</sup>

*Alma Mater Studiorum – Università di Bologna*

**SOMMARIO:** 1. *Introduzione.*–2. *Un inquadramento comparato.*–3. *Privati e politiche pubbliche in Italia: l'evoluzione del rapporto cittadino-Pubblica amministrazione dalla burocrazia alla governance.*–4. *Segue. La normativa regionale vigente.*–5. *Riflessioni conclusive.*

## 1. INTRODUZIONE

Fissazione dell'agenda, formulazione del programma, implementazione, valutazione: ogni fase del processo di *policy making* presuppone l'intervento di molteplici attori, soggetti pubblici e privati quali parlamento, governo, amministrazioni locali, burocrazia, magistratura, partiti, gruppi di pressione, movimenti, esperti, organizzazioni di interesse<sup>2</sup>. Può dirsi dunque che le politiche pubbliche sono partecipative per definizione. Cosa si intende, allora, per partecipazione ai fini della presente ricerca? Ci si riferisce, specificamente, alla pratica di coinvolgere i cittadini nel processo decisionale che conduce alla *policy*<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato.

<sup>2</sup> Per un approfondimento si veda BOBBIO, POMATTO, RAVAZZI (2017), in part. pp. 21 e ss.; LA SPI-NA, ESPA (2011), pp. 37 e ss.

<sup>3</sup> Per un approfondimento si veda ALEMANNO (2015).

Vi sono diversi motivi per cui si chiede la partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Il primo è quello di consentire all'amministrazione una migliore conoscenza dei fatti e degli interessi su cui basare le scelte, che vede il privato in funzione di ausilio per la pubblica amministrazione. Il secondo motivo è quello di difendere il privato rispetto a eventuali mancanze dell'azione pubblica. Si pensi a garanzie come quella del contraddittorio nel procedimento, che obbligano l'amministrazione ad agire secondo le regole della giustizia, rendendola più equa. Il terzo, infine, è quello di consentire ai soggetti interessati dalla decisione di esprimere la propria opinione nel processo decisionale, perciò obbligando l'amministrazione a rispettare altresì il principio di democrazia<sup>4</sup>.

La partecipazione dei cittadini alle politiche pubbliche viene dunque a incidere sul rapporto tra Stato e cittadino<sup>5</sup>, collocandosi «sul crinale tra i tre principi che reggono i poteri pubblici, quello di autorità (su cui si fonda il potere esecutivo), quello di giustizia (assicurato, di regola, dalle Corti), quello di democrazia (a cui provvedono normalmente le assemblee rappresentative)» (Cassese, 2007, p. 14).

Da ciò la delicatezza della disciplina che ne regoli le modalità di esecuzione. Invero, uno sbilanciamento eccessivo sulla partecipazione dei privati rischia di indebolire l'amministrazione pubblica, che potrebbe rimanere preda degli interessi organizzati più forti. Un'eccessiva garanzia delle forme giudiziarie può costare in termini di efficienza, se significa imbrigliare l'azione pubblica in sovrabbondanti adempimenti formali. E un eccessivo spazio alla voce della società civile potrebbe comportare il rischio che la partecipazione dei cittadini al *policy making* divenga un «surrogato della democrazia» (*Ibidem*), concedendo a un gruppo di privati di prevalere rispetto ai funzionari pubblici i quali, in quanto preposti all'attuazione dei fini stabiliti dalla politica, rispondono in ultima istanza ai rappresentanti dell'intera collettività.

In questa cornice, la presente analisi intende riflettere sull'evoluzione della normativa regionale italiana in materia di partecipazione e consultazione dei cittadini, interrogandosi in particolare circa la sua adeguatezza rispetto alla sempre maggiore valorizzazione di questi ultimi nelle decisioni pubbliche cui si è assistito a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, nell'ottica della forma non gerarchica di esercizio del potere sottesa all'approccio di *governance*.

<sup>4</sup> Così CASSESE (1970, 2007); BARONE (1969).

<sup>5</sup> Cfr. CASSESE (2007), pp. 15 e 16, che osserva come il tema della partecipazione dei privati all'elaborazione delle politiche pubbliche «riguarda un aspetto essenziale del rapporto tra cittadino e Stato, quello in cui il secondo si apre al primo e lo fa entrare nel processo di decisione pubblica».

Il lavoro è strutturato in tre parti. La prima è dedicata a un inquadramento comparato del fenomeno, con uno sguardo altresì allo scenario sovranazionale (paragrafo 2). La seconda focalizza l'attenzione specificamente sul caso italiano, analizzando in particolare l'evoluzione del rapporto cittadino-pubblica amministrazione che ha avuto luogo a partire dagli anni Settanta del secolo scorso (paragrafo 3). La terza parte, infine, è riservata all'esame della normativa vigente, che rivela una crescente attenzione del legislatore regionale ai processi partecipativi, di cui si auspica l'implementazione, in specie per i benefici connessi alla trasposizione e, dunque, risoluzione *ex ante* dei possibili conflitti (paragrafi 4 e 5).

## 2. UN INQUADRAMENTO COMPARATO

Il coinvolgimento dei cittadini nell'elaborazione delle politiche pubbliche si presenta differente a seconda dei diversi ordini giuridici, poiché coinvolge l'aspetto del rapporto società civile-Stato e quello dell'equilibrio tra i tre poteri, esecutivo, giudiziario e legislativo, che cambiano a seconda dei diversi contesti ordinamentali<sup>6</sup>.

Ricorrendo a una schematizzazione, è possibile individuare tre modelli di partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Il primo può definirsi della separazione ed è venuto evolvendo in Francia. Il secondo è quello funzionalista, venuto diffondendosi in particolare negli Stati Uniti. V'è poi un paradigma intermedio, che caratterizza l'esperienza del Regno Unito.

Il modello della separazione si contraddistingue per la sottrazione al giudice del controllo sulla procedura di partecipazione, che rimane appannaggio esclusivo dell'amministrazione. Ecco dunque la separazione: da un lato, l'amministrazione che consulta durante il procedimento; dall'altro, il giudice che può sindacare la decisione assunta al termine del procedimento<sup>7</sup>. Il modello è diffuso in Francia, in particolare nel settore ambientale. Gli articoli L121 e ss. del *code de l'environnement* disciplinano la cosiddetta procedura di *débat public*, che si presenta come una fase separata del processo amministrativo di decisione ed è governata da un'autorità amministrativa indipendente, la *Commission nationale du débat public*<sup>8</sup>. È dunque garantita l'indipendenza del soggetto che gestisce la procedura, che appunto è un'*authority*, ma, «intro-

<sup>6</sup> Per approfondire il punto si rimanda, *ex aliis*, a BAGNI (2017), in part. pp. 71 e ss.

<sup>7</sup> Per un approfondimento, si v. *ex aliis* DELAUNAY (2004).

<sup>8</sup> Sul *débat public* si v. *ex aliis* DELAUNAY (2002); HOSTIOU, HÉLIN (1993).

dotta la democrazia nell'amministrazione (...) si sottrae l'esercizio della democrazia amministrativa al controllo dei giudici» (Cassese, 2007, p. 8). Il che non sorprende in considerazione della fisionomia costituzionale del sistema francese, dominato dalla prevalenza dell'esecutivo e sempre attento a evitare l'intrusione del giudiziario nella sfera amministrativa.

Nel paradigma funzionalista di partecipazione, la procedura partecipativa non è sottratta al controllo del giudice, il quale tuttavia si autolimita, rispettando l'ampio potere discrezionale dell'amministrazione nella definizione delle procedure entro cui assicurare la partecipazione dei privati<sup>9</sup>. Il tipo è diffuso negli Stati Uniti, ove l'*Administrative Procedure Act* regola minuziosamente i modi di consultazione. Diversamente rispetto alla Francia, dunque, il giudice, pur lasciando larga discrezionalità alla pubblica amministrazione, può esercitare il proprio potere di *judicial review* sulla fase del procedimento in cui si realizza la partecipazione privata.

Il modello inglese, a formazione giurisprudenziale<sup>10</sup>, può considerarsi una sorta di via di mezzo tra il tipo della separazione e quello funzionalista. In esso, la partecipazione è meno definita, riservando un ruolo rilevante alla *government policy* e rispettando la *collective knowledge* dell'amministrazione. La procedura, tuttavia, non è sottratta al riesame del giudice, il quale può invocare il principio di *fairness* per far valere l'obbligo dell'amministrazione di ascoltare gli interessati<sup>11</sup>.

Un rilievo a parte merita invece l'ordinamento sovranazionale europeo. La peculiarità che lo contraddistingue è invero l'assenza, in esso, di una società civile propriamente intesa<sup>12</sup>, per cui la partecipazione assume un significato diverso da quello proprio degli ordinamenti interni. In particolare, l'obbligo giuridico che le normative europee pongono in materia di partecipazione dei cittadini alle decisioni pubbliche finisce per diventare un obbligo indiretto che non grava sugli apparati sovranazionali, bensì su quelli nazionali. Così,

<sup>9</sup> Per un approfondimento, si veda *ex multis* STEWART (1975).

<sup>10</sup> Cfr. in particolare *Court of Appeal, Civil Division R v Liverpool Cooperation*, 14 febbraio 1972; *House of Lords Bushell and another v Secretary of State for the Environment*, 4 febbraio 1980; *Queen's Bench Division R v Birmingham City Council*, 22 gennaio 1993.

<sup>11</sup> Per un approfondimento si v., *ex aliis*, GARNER (1964).

<sup>12</sup> Cfr. CASSESE (2007), p. 15: «Nell'arena sovranazionale (...) sono assenti o si affermano con difficoltà tutti i legami che solitamente un ordinamento giuridico rappresentativo ha con la collettività che ne sta alla base: la nozione di cittadinanza, la previsione di periodiche elezioni, l'*accountability* dei poteri pubblici alla collettività. Tutto questo dipende dall'ancora forte legame di esclusività del rapporto tra lo Stato e la società che la compone come elemento costitutivo».

l'Unione europea viene a incidere sui rapporti Stati nazionali-cittadini, ricevendo appunto un coinvolgimento meramente indiretto<sup>13</sup>.

### 3. PRIVATI E POLITICHE PUBBLICHE IN ITALIA: L'EVOLUZIONE DEL RAPPORTO CITTADINO-PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DALLA BUROCRAZIA ALLA *GOVERNANCE*

In Italia, il tema della partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche è venuto evolvendo di pari passo ai profondi cambiamenti che, negli ultimi decenni, hanno interessato il modello italiano di pubblica amministrazione, ispirati all'avvertita esigenza di rendere più efficiente, economica ed efficace l'azione pubblica. Invero, dopo la crisi degli anni Settanta, il fallimento delle ambiziose politiche di riforma avviate nel periodo di ricostruzione successivo alla Seconda guerra mondiale e la diffusa sfiducia nella capacità dello Stato, da solo, di guidare il coordinamento dello sviluppo socioeconomico<sup>14</sup> si sono tradotti nella ricerca di modelli alternativi a quello burocratico classico<sup>15</sup>, le cui rigidità avevano spesso finito per rivelarsi disfunzionali per l'interesse pubblico.

Ecco dunque l'emergere, dapprima, del modello del *New public management* (NPM) che, ispirato alla teoria economica neoclassica, si è caratterizzato per gli interventi di ridimensionamento della sfera pubblica e l'introduzione di sistemi di gestione mutuati da imprese private. Poi, quando una serie di crisi economiche ha incrinato anche la concezione del primato del mercato rispetto allo Stato<sup>16</sup>, la constatazione della troppa semplicistica e, per questo, disfunzionale assimilazione del complesso rapporto cittadino-pubblica amministrazione a quello consumatore-fornitore ha condotto a un nuovo cambio di paradigma.

È emerso un nuovo approccio, detto della *governance*, che subentra al modello istituzionale e formale di *government*, conducendo alla ricerca di modelli decisionali condivisi<sup>17</sup>. Il concetto di *governance* è invero associato all'esercizio dei poteri con l'obiettivo di creare consenso attorno alle scelte pubbliche, e perciò si caratterizza per la centralità delle interazioni presenti ai vari livelli del contesto sociopolitico, nonché per l'orientamento all'ambiente economico e sociale esterno<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Per un approfondimento, si veda il *Dossier* «Le consultazioni dei cittadini e dei portatori di interesse», a cura del Servizio Studi per la qualità degli atti normativi del Senato della Repubblica, pp. 17 e ss.

<sup>14</sup> Per un approfondimento si veda AMATO (2022).

<sup>15</sup> Su cui si veda BORGONVI, FATTORE, LONGO (2015), pp. 59 e ss.

<sup>16</sup> Per un approfondimento si veda, ancora, AMATO (2022).

<sup>17</sup> Cfr. BORGONVI, FATTORE, LONGO (2015), pp. 69 e ss.

<sup>18</sup> Per un approfondimento si veda RHODES (1997).

È in questo contesto che nasce l'attenzione del legislatore per i cosiddetti processi partecipativi dei cittadini all'elaborazione delle politiche, che sono in grado di produrre soluzioni più efficienti in quanto permettono di raccogliere e analizzare un numero maggiore di informazioni, di tenere in considerazione opinioni e valori diversi, di garantire una maggiore adattabilità e flessibilità della *policy*<sup>19</sup>.

Il processo partecipativo è dunque una forma di partecipazione in cui risulta preponderante l'elemento del dialogo e del confronto in vista di una determinata scelta pubblica. Si tratta di un percorso volto a porre in comunicazione enti, soggetti privati, associazioni e persone coinvolti dalla *policy*, per consentire la completa rappresentazione delle posizioni, degli interessi o dei bisogni sulla questione, giungendo a una proposta e alla sua eventuale negoziazione in funzione di una codecisione che risulti dall'accordo delle parti coinvolte.

Occorre a questo punto domandarsi se tale codecisione sia realmente in grado di tradurre nell'esperienza l'obiettivo inclusivo che si prefigge. A questo proposito, in dottrina v'è chi sostiene che la partecipazione cui mira la *governance* non sia altro che una mera «forma di «assorbimento» delle rivendicazioni, basata sulla propaganda e la semplice apertura di sedi di discussione e negoziazione, senza una effettiva partecipazione e recepimento delle istanze nei processi decisionali» (Algostino, 2011, p. 124).

Si è parlato a tale proposito di un «inganno della tavola rotonda» (Ivi, p. 127) che, pur presentando come democratiche tali decisioni, tenderebbe in realtà a imporle per il tramite di un processo in cui la comunicazione accattivante eluderebbe il conflitto lasciando irrisolto il nodo centrale, vale a dire quello della ricezione delle istanze provenienti dai cittadini.

Sono tre i rilievi su cui si fonda tale visione critica. Il primo mette in evidenza il paradosso di procedure che, pur mirando all'inclusione, in realtà coinvolgono soltanto alcuni, con il pericolo di scivolare in decisioni oligarchiche ed elitarie potenzialmente escludenti coloro i quali sostengono altre politiche in forma auto-organizzata<sup>20</sup>. Il secondo sottolinea il problema dell'egual peso

<sup>19</sup> Sul punto si veda BELLIGNI (2004). In senso fortemente critico rispetto a tale approccio, si veda ALGOSTINO (2011), in part. pp. 122 e ss.

<sup>20</sup> Cfr. ALGOSTINO (2011), p. 124: «La *governance* conferirebbe, rispetto al *government*, una legittimazione ulteriore, o differente, al processo decisionale e favorirebbe la realizzazione dell'inclusione: è una inclusione reale ed effettiva, su un piano di eguaglianza, o una forma di «assorbimento» delle rivendicazioni, basata sulla propaganda e la semplice apertura di sedi di discussione e negoziazione, senza una effettiva partecipazione e recepimento delle istanze nei processi decisionali?» e ancora, p. 125: «Nulla togliendo alle esigenze di miglior comunicazione e informazione, il nodo centrale non dovrebbe essere la ricezione delle istanze provenienti dai cittadini? Convincere della democrazia o essere democrazia?». L'A. sostiene che «in altri termini la cooptazione della società civile nei processi di *governance* sembra coeren-

attribuito a ciascuno nel processo partecipativo, in grado di assicurare un'eguaglianza meramente formale ma non sostanziale<sup>21</sup>, così rischiando di lasciar prevalere gli interessi organizzati più forti. Infine, si rileva come il proliferare degli accordi negoziali fra parti sociali dia luogo all'espandersi di una *soft law* che rischia di condurre al progressivo abbandono della legge come norma valida per tutti<sup>22</sup>.

Se l'ultimo rilievo critico è legato a circostanze ordinamentali relative al modo di produzione del diritto, la cui progressiva trasformazione e i rischi che ne conseguono ci porterebbero lontano rispetto al focus di questa ricerca<sup>23</sup>, può rilevarsi che la strada per superare le altre criticità sottolineate deve passare innanzitutto per una puntuale disciplina dei processi partecipativi. Da ciò l'esigenza di studiare lo stato attuale della normativa italiana.

#### 4. *SEGUE*. LA NORMATIVA REGIONALE VIGENTE.

Il rilievo da cui partire è il riscontro offerto dagli Statuti regionali, che affermano generalmente il principio della partecipazione e consultazione dei cittadini<sup>24</sup>, in coerenza con la sussidiarietà orizzontale di cui all'articolo 118, comma 4, della Costituzione<sup>25</sup>, che attraverso tali processi partecipativi riceve forme di attuazione.

Ebbene, l'analisi della normativa vigente rivela una crescente attenzione del legislatore regionale per i processi partecipativi. Oltre agli istituti e strumenti di partecipazione per così dire tradizionali, come il referendum e

---

te non rispetto al proposito di recepire le istanze sociali ma rispetto a quello di evitare che abbia spazio per affermarsi chi – specie se in forma (auto)organizzata – sostiene politiche altre» (p. 126).

<sup>21</sup> Ivi, p. 127: «I partecipanti sono seduti intorno allo stesso tavolo, i posti sono tutti eguali, tutti hanno un eguale diritto ad intervenire: una situazione idilliaca per la democrazia? Forse sì, se si fossero già rimossi quegli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (Cost. it., art. 3, c. 2). In presenza, però, di disuguaglianze le eguali posizioni del tavolo tondo non sono che una finzione, che nasconde, sotto le vesti di una artificiosa parità, la riproduzione delle disuguaglianze (...) La democrazia è accordo, è compromesso, in un senso alto del termine, ma solo se si muove dal riconoscimento che è conflitto e, conseguentemente, dalle differenze di posizione e di *status* delle parti e dal loro diseguale trattamento in funzione riequilibratrice (o emancipatrice), non sancendo esclusioni ma favorendo inclusione.»

<sup>22</sup> Ivi, p. 131.

<sup>23</sup> Per un approfondimento si veda, *ex multis*, STAIANO (2015).

<sup>24</sup> Cfr. lo Studio *Le leggi regionali di partecipazione e consultazione dei cittadini*. Focus, Presidenza del Consiglio dei Ministri. Dipartimento per le riforme istituzionali, 29 ottobre 2021, reperibile al seguente indirizzo web <https://www.riformeistituzionali.gov.it/media/1405/focus-llrr-partecipazione-e-consulazione-29ottobre2021.pdf>, in part. pp. 65 e ss.

<sup>25</sup> Per un approfondimento si vedano, *ex aliis*, D'ATENA (1997, 2001); MASSA PINTO (2003); RESCIGNO (2002); STAIANO (2006).



l'iniziativa legislativa, nell'ultimo decennio si segnala invero una tendenza all'adozione di leggi organiche sulla partecipazione, atte a regolarne strumenti e modalità.

Allo stato sono sette le Regioni che hanno predisposto tale disciplina. Si tratta in particolare di Emilia Romagna<sup>26</sup>, Marche<sup>27</sup>, Puglia<sup>28</sup>, Toscana<sup>29</sup>, Umbria<sup>30</sup>, Provincia autonoma di Bolzano<sup>31</sup> e Provincia autonoma di Trento<sup>32</sup>. Da ultimo anche la Campania ha presentato una proposta di legge recante «Disposizioni in materia di promozione della partecipazione all'elaborazione delle politiche pubbliche»<sup>33</sup>.

L'esame di queste normative ne rivela una struttura simile che evidenzia un ruolo centrale di Regioni e Province autonome nella promozione dei processi partecipativi, la regolazione dei quali viene finalizzata alla massima inclusione possibile delle istanze provenienti dalla società civile. E confrontando le finalità con gli esiti, è possibile riscontrare alcune tendenze positive.

È innanzitutto il caso della motivazione, prevista dalla maggior parte delle discipline regionali per il provvedimento finale, che deve dar conto di come gli esiti del processo partecipativo siano stati considerati ai fini della scelta pubblica. In particolare, le risultanze del processo partecipativo confluiscono in un documento o rapporto finale in ordine al quale, secondo le discipline di Emilia Romagna<sup>34</sup>, Marche<sup>35</sup> e Toscana<sup>36</sup>, occorre motivare sia per l'accoglimento sia per un eventuale scostamento. La disciplina pugliese<sup>37</sup> e della Provincia autonoma di Trento<sup>38</sup> prevedono invece la motivazione se il provvedimento finale si discosti dall'esito del processo partecipativo.

Si tratta di un dato molto rilevante, che valorizza le istanze emerse in sede di confronto e le conduce nel cuore dell'elaborazione della *policy*, allo stesso tempo evitando di tenere in considerazione *sic et simpliciter* l'esito del proces-

<sup>26</sup> Legge regionale n. 15 del 2018.

<sup>27</sup> Legge regionale n. 31 del 2020.

<sup>28</sup> Legge regionale n. 28 del 2017.

<sup>29</sup> Legge regionale n. 46 del 2013.

<sup>30</sup> Legge regionale n. 14 del 2010.

<sup>31</sup> Legge provinciale n. 22 del 2018.

<sup>32</sup> Legge provinciale n. 3 del 2006.

<sup>33</sup> Si tratta della proposta di legge n. 269 dell'8 novembre 2022, reperibile sul sito istituzionale del Consiglio regionale della Campania al seguente indirizzo web: <https://www.cr.campania.it/leggi-progetti/proposte/dettaglio-documento?id=29202>.

<sup>34</sup> Art. 19, comma 1, legge regionale n. 15 del 2018.

<sup>35</sup> Art. 11 legge regionale n. 31 del 2020.

<sup>36</sup> Art. 12 legge regionale n. 46 del 2013.

<sup>37</sup> Art. 4, comma 7, legge regionale n. 28 del 2017.

<sup>38</sup> Art. 17-quindecies legge provinciale Trento n. 3 del 2006.

so partecipativo, che potrebbe far scivolare la procedura in quella forma di surrogato della democrazia che occorre evitare.

Due tra le sette normative vigenti si discostano tuttavia da questo dato. L'Umbria dispone invero che la natura politica dei contributi emersi dalla consultazione<sup>39</sup> non sia idonea a fondare elementi di motivazione giuridicamente rilevanti<sup>40</sup>. E la provincia autonoma di Bolzano considera alla stregua di suggerimenti o raccomandazioni la dichiarazione congiunta che raccoglie gli esiti del processo partecipativo, sul cui accoglimento o rigetto non occorre motivare ma, laddove questa contemplici indicazioni concrete, informare in maniera adeguata dei risultati partecipanti e cittadinanza<sup>41</sup>. Si tratta di un elemento di criticità che rischia di castrare le voci emerse dal confronto, tanto più se si tenga in considerazione il disposto per cui la dichiarazione congiunta deve essere unanimemente condivisa<sup>42</sup>. È chiaro che occorrerebbero delle indicazioni più precise circa le modalità di esercizio del confronto, che invece l'articolo 20 della legge provinciale non si cura di indicare, così aprendo potenzialmente la porta al rischio – di cui pure si è sopra discusso – di favorire la prevalenza degli interessi meglio organizzati.

Un altro elemento che invece può considerarsi positivamente è quello relativo al sostegno assicurato dagli enti territoriali ai processi partecipativi, generalmente previsto dalle normative vigenti con la sola eccezione della legge provinciale di Bolzano. Sostegno va inteso in senso ampio. A quello finanziario difatti si affianca anche il supporto metodologico, logistico e organizzativo, così come la diffusione della cultura della partecipazione attraverso l'informazione preventiva, oltreché la promozione di iniziative formative. Anche qui a discostarsi dal coro, assieme alla provincia autonoma di Bolzano, è la disciplina umbra, che menziona la sola diffusione delle tecnologie utili a garantire a tutte le fasce della popolazione l'accesso al processo decisionale partecipato<sup>43</sup>.

Degna di nota infine è la predisposizione, in tutte le normative vigenti, di un termine volto ad assicurare la ragionevole durata della procedura. Anche siffatta previsione va annoverata fra gli aspetti positivi, poiché mira a evitare il rischio che le istanze dei cittadini possano rimanere ingabbiate in lungaggini procedurali. Con l'avvertenza, tuttavia, che la ragionevole durata non può poi tradursi in un'approssimazione del confronto, foriera del pericolo contra-

<sup>39</sup> Art. 64 legge regionale Umbria n. 14 del 2010.

<sup>40</sup> Art. 66 legge regionale Umbria n. 14 del 2010.

<sup>41</sup> Artt. 20 e 23 legge provinciale n. 22 del 2018.

<sup>42</sup> Art. 20, comma 3, legge provinciale n. 22 del 2018.

<sup>43</sup> Art. 64, comma 5, legge regionale n. 14 del 2010.

rio di svilire la partecipazione a una mera ratifica<sup>44</sup>. Anche in tal senso appare critica la disciplina della legge provinciale di Bolzano, poiché il tempo da essa previsto, vale a dire 1,5 giorni<sup>45</sup>, sembra davvero troppo esiguo per un confronto dialettico delle posizioni sul tavolo.

## 5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Tirando le fila di quanto fin qui affermato, può dirsi che i considerevoli vantaggi per l'efficienza e l'efficacia dell'azione pubblica connessi ai processi partecipativi sono destinati a operare solo a condizione di una puntuale disciplina, idonea a scongiurare i rischi paradossalmente antidemocratici che una partecipazione privata in balia degli interessi del gruppo più forte o meglio organizzato recherebbe con sé.

Ebbene, la normativa venuta evolvendo negli anni più recenti offre dei segnali positivi in questo senso, mostrando un legislatore regionale particolarmente sensibile al tema della partecipazione dei cittadini al *policy making*. L'auspicio è quello di un'ulteriore implementazione della disciplina sui processi partecipativi, che si accompagni altresì a campagne di sensibilizzazione della cittadinanza circa i vantaggi della partecipazione, così da valorizzarne appieno le potenzialità.

Oltre a incrementare la qualità democratica nella fase di elaborazione delle politiche<sup>46</sup>, i processi partecipativi presentano invero il notevole pregio di trasporre *ex ante* le conflittualità connesse alla scelta pubblica, stimolando dunque la risoluzione già nella fase della formulazione della *policy* e spiandone la strada dell'attuazione.

Tali caratteristiche consentono di creare consenso e accettazione in ordine alle scelte pubbliche, rappresentando altresì un mezzo attuativo del principio di sussidiarietà orizzontale nel privilegiare, ai sensi dell'articolo 118, com-

---

<sup>44</sup> Si v. sul punto ALGOSTINO (2011), p. 129 «la democrazia è accordo, è compromesso, in un senso alto del termine, ma solo se si muove dal riconoscimento che è conflitto e, conseguentemente, dalle differenze di posizione e di status delle parti e dal loro diseguale trattamento in funzione riequilibratrice... la concertazione muove dal presupposto che la soluzione possa essere trovata attraverso un accordo fra le parti, il suo principio base è quello del contratto, ma questo, in presenza di interessi divergenti, se non opposti, e di rapporti di forza squilibrati, nasconde dietro la veste accattivante del dialogo, della concordanza, la vecchia e poco presentabile legge del più forte».

<sup>45</sup> Art. 20, comma 2, legge provinciale n. 22 del 2018.

<sup>46</sup> Questo circolo virtuoso tra Stato e cittadino può invero contribuire a scalfire quella disaffezione, frutto della crisi della rappresentanza, che negli ultimi anni affligge il rapporto tra cittadini e istituzioni pubbliche: si v. per un approfondimento PÉREZ MIRAS, RAFFIOTTA, TERUEL LOZANO, VECCHIO (2018); OLAYA GODOY VÁZQUEZ (2018), pp. 165 e ss.

ma 4, Cost., l'intervento dei soggetti nell'ambito più vicino possibile agli interessi coinvolti. È evidente, dunque, la particolare utilità che i processi partecipativi presentano dinanzi alle sfide, su tutte quelle della transizione ecologica e digitale, che caratterizzano l'attuale stagione di riforme.

Si tratta di una tappa fondamentale sulla strada del costituzionalismo verso la definizione del rapporto tra Stato e cittadino. Nell'ottica di una sovranità statale limitata «che si esercita nell'interesse generale, quindi sopra persone che non sono in tutto e per tutto subordinate, cioè a dire sopra uomini liberi»<sup>47</sup>, il processo partecipativo *ex ante* può rappresentare una delle espressioni di quella «capacità giuridica» che consente al cittadino «di pretendere che il potere pubblico si adoperi in suo favore»<sup>48</sup>.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALEMANN, A. (2015). *Stakeholder engagement in regulatory policy*, in *OECD, Regulatory Policy in Perspective*, OECD Publishing. Parigi.
- ALGOSTINO, A. (2011). *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav*. Jovene. Napoli.
- AMATO, G. (2022). *Bentornato Stato, ma*. Il Mulino. Bologna.
- BAGNI, S. (2017). *Il popolo legislatore*. Bononia University Press. Bologna.
- BALAGUER CALLEJÓN F. (2007). *Democrazia e sussidiarietà. Il principio di sussidiarietà nella Costituzione spagnola e negli Statuti di autonomia, nella prospettiva europea*. Astrid on-line.
- BARONE, G. (1969). *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*. Giuffrè. Milano.
- BELLIGNI, S. (2004). *Miss Governance, I presume*. *Meridiana*, n° 50-51.
- BIFULCO, L.; VITALE, T. (2005). *La contrattualizzazione delle politiche sociali e il welfare locale: vecchi problemi alla ricerca di nuove soluzioni*, in Bifulco, L., *Le politiche sociali. Temi e prospettive emergenti*. Carocci. Roma.
- BOBBIO, L.; POMATTO G.; RAVAZZI S. (2017). *Le politiche pubbliche. Problemi, soluzioni, incertezze, conflitti*. Mondadori. Milano.
- BORGONOV, E.; FATTORE, E.; LONGO F. (2015). *Management delle istituzioni pubbliche*. Egea. Milano.
- BREYER S. G.; STEWART R. B.; SUNSTEIN C. R.; VERMEULE A. (2006). *Administrative Law and Regulatory Policy-Problems, Text and Cases*. Aspen Law & Business. New York-Aspen.

---

<sup>47</sup> JELLINEK (1905).

<sup>48</sup> *Ibidem*.

- BRUNAZZO, M. (2017). *Istituzionalizzare la partecipazione? Le leggi sulla partecipazione in Italia. Istituzioni del Federalismo*, n°3.
- CASSESE, S. (1970). *Il privato e il procedimento amministrativo. Archivio giuridico*, n° 1-2.
- (2007). *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato. Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n° 1.
- CERI P. (1996). *Partecipazione sociale. Enciclopedia delle Scienze Sociali*. Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani. Roma.
- CERVIA, S. (2015). *Quando la partecipazione promuove social innovation: il caso del Consejo de Salud catalano*, in SANNELLA A.; TONIOLO F. *Le sfide della società italiana tra crisi strutturali e social innovation*. Ca' Foscari Digital publishing. Venezia.
- D'ATENA, A. (1997). *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana. Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*.
- (2001). *Costituzione e principio di sussidiarietà. Quaderni costituzionali*, n° 1.
- DELAUNAY, B. (2002). *La réforme de la procédure du débat public entre en vigueur. Actualité Juridique Droit Administratif*.
- (2004). *Les limites aux recours contre les décisions de la Commission nationale du débat public. Actualité Juridique Droit Administratif*.
- DONOLO, C. (2006). *Il futuro delle politiche pubbliche*. Mondadori. Milano.
- GARNER, J. F. (1964). *Consultation in Subordinate Legislation. Public L*.
- HOSTIOU R.; HÉLIN J. C. (1993). *Droit des enquêtes publiques*. Le Moniteur. Parigi.
- JELLINEK, J. (1905). *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. J. C. B. Mohr. Tübingen.
- LA SPINA, A.; ESPA, E. (2011). *Analisi e valutazione delle politiche pubbliche*. Il Mulino. Bologna.
- MASSA PINTO, I. (2003). *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*. Jovene. Napoli.
- OLAYA GODOY VÁZQUEZ M. (2018). *Los instrumentos participativos como propuesta de solución a la desafección ciudadana en las Instituciones públicas y sus representantes políticos*, in Pérez Miras, A.; Rafiotta, E. C; Teruel Lozano, G. M.; Vecchio F. (2018). *Sovranità e rappresentanza. Giustizia costituzionale e nuove forme di partecipazione politica*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- PELLIZZONI, L. (2008). *Politiche pubbliche e nuove forme di partecipazione. Partecipazione e Conflitto*, n° 3.
- PÉREZ MIRAS, A.; RAFIOTTA, E. C; TERUEL LOZANO, G. M.; VECCHIO F. (2018). *Sovranità e rappresentanza. Giustizia costituzionale e nuove forme di partecipazione politica*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- RESCIGNO, G. U. (2002). *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali. Diritto Pubblico*.
- RHODES, R. A. W. (1997). *Understanding Governance*. Open University Press. Maidenhead.

- STAIANO, S. (2006). *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*. *Federalismi.it*, n° 5.
- STAIANO, S. (2015). *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale*. *Diritto e Società*, n° 4.
- STEWART, R. B. (1975). *The reformation of American Administrative Law*. *Harvard Law Review*.
- VELASTRO, A. (2010). *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*. *Astrid-online*.

# LA PARTECIPAZIONE DEI CITTADINI EUROPEI AL PROCESSO LEGISLATIVO: RIFLESSIONI E PROSPETTIVE DI UN DIALOGO INCOMPLETO<sup>1</sup>

DI CLAUDIO DI MAIO E GIUSEPPE LANEVE<sup>2</sup>

**SOMMARIO:** 1. *Cenni introduttivi.*–2. *l’iniziativa dei cittadini europei nella sua evoluzione normativa e giurisprudenziale.* 2.1 *Le peculiarità dell’ICE.*–3. *Il meccanismo di partecipazione ibrida attraverso le piattaforme.*–4. *La Conferenza sul Futuro dell’Europa: back to the future?*–5. *Considerazioni conclusive.*–6. *Riferimenti bibliografici.*

## 1. CENNI INTRODUTTIVI

Le crisi polisenso e multiformi del nostro tempo (Morrone, 2014) scorrono a velocità e profondità diverse, alimentando (e a loro volta alimentandosi da) un contesto globale ad altissima complessità, peraltro pervaso da assetti di potere erettisi attorno all’economia, alla scienza e alla tecnologia, con ricadute evidenti sul terreno delle forme di governo e delle stesse forme di stato, e investono in pieno il circuito democratico-rappresentativo, il senso di fiducia dei cittadini, i luoghi e i soggetti della decisione politica, le istituzioni nel loro complesso, non risparmiando (tutt’altro) neanche quelle di garanzia (Laneve, 2021). Sono le categorie fondative dello stesso Stato costituzionale liberal-

---

<sup>1</sup> Frutto comunque della elaborazione comune dei due autori, i paragrafi 1, 2.1 sono stati scritti da G. Laneve, i paragrafi 2, 3, 4 sono scritti da C. Di Maio. Le conclusioni sono attribuibili ad entrambi gli autori.

<sup>2</sup> Claudio Di Maio è docente a contratto di Diritto dell’Unione europea, Università della Calabria. Giuseppe Laneve è professore associato di Diritto Costituzionale, Università di Macerata.

democratico ad avvertire una significativa fragilità proprio nei meandri di quel terreno nel quale si sono a fatica insinuate nel corso degli ultimi due secoli, con una straordinaria accelerazione impressa a partire dalla seconda metà del Novecento (Ruggeri, Morrone, 2014). Esse, pertanto, non sono più solo indotte a riplasmarsi di continuo seguendo i virtuosi flussi rigenerativi che scorrono tra esse e le evoluzioni del tessuto sociale nel quale costantemente devono sperimentare la loro tenuta, quanto costrette a rimettersi seriamente e profondamente in discussione. Non devono quindi più sorprendere gli studi che già prima della crisi pandemica denunciavano la sofferenza delle democrazie, una sofferenza che non può circoscriversi alle sole democrazie incerte ma che investe anche quelle mature. (Graber, M. A. – Levinson, S. – Tushnet, Vidaschi, Di Gregorio, Benvenuti).

L'Unione europea – nel suo manifestarsi ancora come un autentico laboratorio costituzionale – non può essere da meno rispetto a questi processi che, invero, offrono, proprio in questa dimensione del tutto peculiare, profili, criticità, ma anche prospettive e terreni di sperimentazione in qualche modo inediti. Il fermento intorno all'UE, che non anima solo le sue istituzioni e la sua governance, ma la sua stessa natura o se si preferisce la sua semantica, si alimenta continuamente anche in ragione della sempre più crescente attenzione che gli stessi cittadini europei prestano, supportati dalla inarrestabile evoluzione dei mezzi di circolazione delle idee e dall'affermazione di nuove piattaforme di discussione nello spazio pubblico europeo, nei confronti di tematiche a loro modo nuove (la sostenibilità dell'ecosistema e quella verso le generazioni future, il valore della scienza, la convivenza con culture profondamente diverse, la trasformazione digitale etc.). Un'attenzione che non può, a sua volta, ripercuotersi sulle pretese di competenza, capacità e responsabilità da parte dei decisori politici. Tutto questo riporta con prepotenza al centro dell'analisi scientifica il tema della partecipazione dei cittadini ai processi decisionali europei che rappresenta uno dei piani di azione di quella cittadinanza europea che, a trent'anni dalla firma del Trattato di Maastricht, non sembra aver esaurito il suo processo di definizione. Anche qui non ci si deve troppo sorprendere solo se si considera, con la migliore dottrina, quanto il concetto stesso di cittadinanza rimandi a una condizione di appartenenza politica, individuando in modo specifico «la relazione esistente tra un individuo e una comunità organizzata in senso politico» (Morrone, 2015, 306).

Partendo da queste premesse, il presente contributo si propone di offrire una prima analisi dei meccanismi che consentono ai cittadini europei di partecipare – in senso ampio – al procedimento legislativo e decisionale dell'UE. Trattandosi di tematiche che attingono da diversi ambiti scientifici, è stato scelto



un approccio multidisciplinare, che tiene conto anche degli ultimi eventi consultivi che hanno coinvolto i principali attori politici e sociali in ambito europeo. Partendo, quindi, dagli istituti più tipici dell'ordinamento europeo, si cercherà di sondare pregi, potenzialità e limiti di queste interazioni, con un particolare riguardo alle ricadute che scaturiscono dalla trasformazione digitale.

## 2. LA PARTECIPAZIONE DEI CITTADINI EUROPEI: NOTE INTRODUTTIVE

La partecipazione dei cittadini all'interno del processo decisionale e di *governance* dell'Unione europea costituisce, per certi versi, una grande sfida già presente sin dalle prime fasi del processo di integrazione ma anche il presupposto necessario per le scelte più importanti e la cura che, secondo alcuni studiosi, può far uscire l'UE da quel patologico *deficit* democratico a cui sarebbe opportuno che gli Stati Membri ponessero rimedio. Per un versante della dottrina, infatti, l'UE sconta una mancanza strutturale – ben oltre la semplice democraticità delle sue istituzioni – generata dall'insolita mancanza di «una corrispondenza biunivoca tra funzione ed istituzione: il più importante organo legislativo, il Consiglio dei Ministri, ha anche importanti poteri in campo esecutivo, ed è composto da rappresentanti degli esecutivi nazionali; la Commissione, che aspira ad essere l'unico esecutivo europeo, ha un ruolo strategico (che intende assolutamente mantenere) nel processo legislativo grazie al suo esclusivo potere di iniziativa» (Majone, 2010: 613). Per un altro gruppo di studiosi, invece, «l'architettura istituzionale e il processo decisionale dell'Unione europea riflettono semplicemente la duplice legittimità dell'UE come un'unione di Stati e di cittadini a cui sono state conferite competenze per raggiungere obiettivi comuni» (Pech, Peers, 2016); in altri termini, il principio democratico per l'UE andrebbe ricercato *in primis* (e non solo) nella rappresentanza in seno agli organi decisionali e nella atipicità di azioni e obbiettivi che, per loro natura, debbono tener conto di una pluralità di Stati e di soggetti.

Per quanto riguarda, invece, il concetto di partecipazione, esso può assumere differenti sfaccettature se si osserva dal punto di vista dei Trattati istitutivi, non sempre assimilabili a quelle relative alla dimensione statale: rispetto ai metodi di inclusione dei cittadini e delle associazioni da parte delle istituzioni europee, è necessario operare una «distinzione tra il dialogo «civile» sancito dall'art. 11, paragrafi 1 e 2, TUE e quello «sociale» previsto nell'art. 152 TFUE. Entrambi, infatti, costituiscono modalità essenziali di espressione del principio di democrazia partecipativa (Morgese, 2011: 42). Insieme a questi

due esempi, vale la pena ricordare che il paragrafo 3 del medesimo articolo stabilisce che «[a]l fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate». Sia nei primi due casi, che nel terzo, ci troviamo dinanzi ad un diritto non direttamente attivabile dai destinatari – siano essi organi, società civile o stakeholders – poiché è un preciso compito delle istituzioni quello di assicurare la conoscenza e stimolare il dibattito pubblico per lo scambio di opinioni. Su questo punto – come vedremo più avanti – sono molte le iniziative che vedono direttamente coinvolte le massime istanze europee nel dialogo con i cittadini; tuttavia, rimane sempre un accesso alla discussione «*by grace and favour*» (Friedrich, 2006: 12) e comunque vincolata ad una certa discrezionalità dei funzionari europei.

Ciò che invece appare come strumento specifico e dedicato alla partecipazione diretta dei cittadini è l'iniziativa dei cittadini europei (ICE) che conferisce la possibilità per un milione di residenti nell'Unione – provenienti da almeno un quarto degli Stati membri – di presentare un atto sotto forma di proposta alla Commissione europea. Pur con le dovute specificità, si tratta di un diritto desumibile dagli artt. 10 e 11, par. 4, TUE, così come rintracciabile anche in quanto disposto dall'art. 24, par. 1 TFUE.

Certamente, questo istituto spicca per la sua innovatività, specie se si considera la peculiarità del sistema di *governance* europeo; in tal senso, la dottrina ha avuto modo di sottolineare alcuni caratteri distintivi: da un lato, c'è chi evidenzia che tale strumento conferisce la possibilità al *demos* europeo di «suggerire» questioni rilevanti alle istituzioni che esercitano il potere legislativo, annoverando l'ICE all'interno del più ampio insieme dei meccanismi di democrazia partecipativa (Raspadori, 2010: 675); altri studiosi, invece, sono stati più propensi nell'accostarlo ad esempi più concreti di democrazia diretta (Pinelli, 2010: 138). Certo è che l'istituto offre un sicuro canale di espressione delle istanze particolari, pur non conferendo ai cittadini europei quella potestà *strictu sensu* di esprimere una volontà ultima sulle norme europee.

## 2.1 Le peculiarità dell'ICE

L'ICE, dapprima disciplinata dal Regolamento n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio del 2011 e poi, in seguito a diversi inviti avanzati anche dallo stesso Parlamento europeo (vedi ad esempio la Risoluzione del 28 ottobre 2015) verso una sua revisione, dal più recente Regolamento 788/2019, entrato in vigore il 1 gennaio 2020, è un istituto atti-

vatosi negli ultimi anni con una certa frequenza pur senza raggiungere in molti casi risultati concreti, attorno al quale è confluita una certa attenzione scientifica da parte non solo degli studiosi del diritto dell'Unione europea (Auer, Mastroianni-Maffeo, Santini), ma anche di quelli del diritto costituzionale (Simoncini-Longo, Simoncini, Vipiana).

L'ICE offre una serie di spunti di interesse soprattutto se inserita in un contesto più ampio in cui vivo è il dibattito che promuove la necessità per i sistemi rappresentativi di confrontarsi con elementi dinamizzanti, che impediscano la sclerosi dei meccanismi decisionali e contengano, per quanto è possibile, il fenomeno dell'autoreferenzialità della classe politica. L'esperienza comparata è di aiuto in tal senso: basti guardare alla nota decisione della Corte costituzionale del Sud Africa *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Others* (2006 (12) BCLR 1399 (CC), Case CCT 12/05), che collegando la partecipazione al concetto di dignità civica, ha riconosciuto l'opportunità di una dialettica reciprocamente solidale tra gli elementi rappresentativi e partecipativi della democrazia. Sul fronte interno, autorevole dottrina ha parlato della esigenza di innestare proprio sul tronco della rappresentanza – che non può relegarsi a mero *second best* – i rami della partecipazione (Luciani, 2006, vedi anche Bifulco). Di certo, l'ICE va letta alla luce del contesto ordinamentale nel quale si inserisce e non già solo con le lenti utilizzate negli ordinamenti statali visto che qui si conoscono istituti simili ma non al primo sovrapponibili, come dimostra ad esempio il caso della nostra iniziativa legislativa popolare (Vipiana).

Due, in particolare, sono infatti i rilevi distintivi degni di interesse: da un lato il fatto, non certo secondario, per cui l'ICE è espressamente prevista per l'adozione non già di un predeterminato e specifico provvedimento normativo, come avviene con la legge nel caso ex art. 71 Cost., quanto, in maniera più generica e ampia, di un «atto giuridico» dell'UE ritenuto necessario per l'attuazione dei Trattati; dall'altro, e se si vuole ancora più significativamente, l'ICE tecnicamente non potrebbe annoverarsi tra le iniziative così come le conosciamo, dal momento che l'organo cui è rivolta non è quello titolare del potere di adottare direttamente l'atto «auspicato» bensì quello, la Commissione europea, titolare del potere di iniziativa nei confronti del Parlamento e del Consiglio: si tratterebbe, pertanto, più che di un'iniziativa, di una «richiesta di attivazione di un'iniziativa» (Vipiana, 555).

Il ruolo della Commissione è pertanto centrale e si snoda in due momenti essenziali: un primo, di tipo preliminare, funzionale alla registrazione dell'iniziativa presentata da almeno sette persone fisiche («gruppo di organizzatori») residenti in sette Paesi membri e volta ad evitare soprattutto che la

materia oggetto di proposta dei cittadini esuli manifestamente dalla competenza della Commissione a proporre iniziative legislative; un secondo, successivo all'eventuale registrazione, e alla conseguente raccolta delle dichiarazioni necessarie (almeno un milione), di risposta nel merito sull'iniziativa presentata.

Su entrambi questi momenti si è pronunciata la giurisprudenza europea.

Con riferimento alla registrazione, è degna di nota innanzitutto la decisione del Tribunale dell'Unione europea resa nella causa T-646/13, con cui il giudice europeo ha annullato il rifiuto di registrazione da parte della Commissione riscontrando in questo il difetto di adeguata motivazione (sulla decisione, cfr. Simoncini, 2017; Inglese, 2018). A seguito di tale pronuncia, la Commissione ha nuovamente riesaminato la proposta disponendo la registrazione di nove atti sugli undici proposti. Quest'ultima decisione è stata poi fatta oggetto di ulteriore impugnazione da parte della Romania la quale asseriva, in primo luogo, che le proposte registrate esulassero manifestamente dalla competenza della Commissione di proporre atti legislativi, in violazione di quanto previsto dall'allora vigente Regolamento 211/2011 (articolo 4, par. 2, lett. b) e dal principio di attribuzione delle competenze (articolo 5, par. 2, TUE[8]). In secondo luogo, lo Stato ricorrente sosteneva che la Commissione avesse violato l'obbligo di motivazione degli atti di cui all'articolo 296, par. 2, TFUE, per non aver adeguatamente motivato le ragioni secondo cui essa sarebbe stata competente a proporre gli atti oggetto dell'ICE. Con sentenza del 24 settembre 2019, il Tribunale ha respinto il ricorso ritenendo infondati entrambi i motivi.

La Corte di Giustizia, con sentenza 20 gennaio 2022, caso Romania/Commissione, Causa C-899/19 ha confermato la decisione del Tribunale, in tanto ribadendo che il principio per cui la disposizione regolamentare che vuole la registrazione subordinata alla condizione che l'ICE non esuli manifestamente dalla competenza della Commissione di presentare una proposta di atto legislativo, deve essere interpretata e applicata dalla Commissione stessa «in modo da assicurare una facile accessibilità all'ICE» (punto 44). Quindi, la Corte, nel solco di quanto già affermato dal Tribunale, ha ritenuto che la Commissione possa presentare proposte di atti legislativi anche laddove siano – a seguito dell'ICE, come nel caso di specie – destinati a completare l'azione dell'Unione nei settori di competenza di quest'ultima al fine di garantire il rispetto dei valori enunciati all'articolo 2 TUE e la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica», senza per questo alterare il principio di attribuzione delle competenze. Ancora, secondo la Corte, in presenza delle condizioni di registrazione previste dal Regolamento 211/2011 (art. 4, par. 2, corrispondente all'art. 6, par. 3 del Regolamento 2019/788), deve ritenersi che la Commissione sia «tenuta a procedere» alla registrazione e, pertanto, «non [sia] investita

*di un ampio potere discrezionale* quanto alla registrazione di una proposta di ICE». Compito della Commissione, in sede di registrazione, è quello di verificare se «da un punto di vista oggettivo» le misure proposte possano essere adottate sulla base dei trattati (punto 76).

Per quel che concerne, invece, la fase successiva, e dunque la decisione della Commissione nel merito dell'ICE registrata, la Corte di Giustizia (19 dicembre 2019, causa C-418/18), chiamata a giudicare sul ricorso di alcuni cittadini avverso la sentenza del Tribunale dell'Unione europea (*One of Us a. c./Commissione*, T-561/14) che aveva ritenuto legittima la decisione della Commissione di non dare seguito a un'ICE proposta (in tema di protezione del diritto alla vita e dell'integrità di ogni essere umano), ha confermato la decisione del Tribunale, fissando però alcuni elementi essenziali. In particolare, all'interno di un sistema di equilibri tra poteri come quello delineato dai Trattati, di cui è parte il potere di iniziativa legislativa spettante alla Commissione, la finalità dell'ICE è quello di invitare la stessa Commissione a presentare una proposta appropriata e non a obbligare tale istituzione a intraprendere l'azione prospettata (p. 57).

Ciò detto, la Corte ha ritenuto l'ICE capace di «conferire ai cittadini dell'Unione un diritto paragonabile a quello di cui dispongono il Parlamento e il Consiglio» di chiedere alla Commissione di presentare qualsiasi proposta appropriata ai fini dell'attuazione dei Trattati (p. 61.). In entrambi i casi, pertanto, cioè proposta proveniente da Parlamento o Consiglio e dai cittadini tramite ICE, la Commissione conserva intatto il suo potere di iniziativa e dunque la libertà di non presentare alcuna proposta, a condizione che fornisca le ragioni all'istituzione interessata.

La Corte ha altresì statuito che la democrazia rappresentativa, che costituisce uno dei valori su cui si fonda l'Unione, è stata completata, ad opera del Trattato di Lisbona, attraverso strumenti di democrazia partecipativa, come il meccanismo dell'ICE, i quali hanno come obiettivo quello di favorire la partecipazione dei cittadini al processo democratico e di promuovere il dialogo tra i cittadini e le istituzioni dell'Unione. Come rilevato dall'Avvocato generale nelle Sue Conclusioni, tale obiettivo si iscrive nell'equilibrio istituzionale preesistente e si esercita nei limiti delle attribuzioni che sono conferite a ciascuna istituzione dell'Unione dai Trattati, dovendosi considerare che gli autori di questi ultimi non hanno inteso, con l'instaurazione di tale meccanismo, privare la Commissione del potere di iniziativa legislativa che le è riconosciuto dall'articolo 17 TUE.

Ma il fatto che la Commissione non sia tenuta ad intraprendere un'azione a seguito di un'ICE non significa che un'iniziativa siffatta sia privata di effetto

utile. Anzi: un'ICE che sia stata registrata in conformità alle previsioni regolamentari e che rispetti la procedura ivi stabilita fa sorgere una serie di obblighi specifici in capo alla Commissione (pubblicazione senza indugio nel registro previsto a questo scopo, al fine di portare a conoscenza del pubblico le questioni, prospettate dall'ICE; ricezione, a un livello appropriato, degli organizzatori di un'ICE che abbia raccolto il sostegno di almeno un milione di firmatari, al fine di consentire loro di esporre in dettaglio le tematiche sollevate; esposizione delle proprie conclusioni giuridiche e politiche riguardo all'ICE, corredata dall'eventuale azione che intende intraprendere, nonché le ragioni che essa ha per intraprendere o non intraprendere tale azione).

Il valore aggiunto dell'ICE, come riconosciuto sempre dall'Avvocato generale nelle Conclusioni, non sta nella certezza dell'esito, bensì nelle possibilità e nelle opportunità che esso crea per i cittadini dell'Unione di dar vita a un dibattito politico in seno alle istituzioni di quest'ultima senza dover attendere l'avvio di un procedimento legislativo (par. 70). L'ICE è insomma uno strumento che garantisce ai cittadini un accesso privilegiato alle istituzioni dell'Unione (par. 69).

Le pronunce dei giudici europei «si caratterizzano per un approccio attento [...] alla correttezza, formale e sostanziale della procedura amministrativa di registrazione (Inglese, 2020: 203), ma sono certamente essenziali per comprendere quali siano i reali margini di sviluppo di questo e «la dimensione intrinsecamente politico-partecipativa dell'iniziativa dei cittadini europei e conseguentemente [...] la funzione propulsiva all'interno dell'UE» (Zicchittu, 2022: 182).

### 3. IL MECCANISMO DI PARTECIPAZIONE IBRIDA ATTRAVERSO LE PIATTAFORME

Nel contesto dell'Unione europea, i meccanismi partecipativi, intesi in senso ampio, acquistano una molteplice natura e rilevanza. Ciò si evince, *in primis*, dalle fonti primarie, giacché «prendendo in considerazione il Trattato sull'Unione europea (TUE), il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e la Carta sui diritti fondamentali dell'Unione europea, sono ben 14 le disposizioni nelle quali sono contenuti riferimenti alla partecipazione dei cittadini alla vita dell'Unione» (Raspadori, 2022: 224). Questa importanza che viene riservata ai cittadini non va sottovalutata, specie se si considera la crescente pressione esercitata dai movimenti di opinione all'interno degli Stati membri, forieri di altrettante interazioni tra la società europea e le stesse

istituzioni statali e sovranazionali. Del resto, è ben dimostrato che i cittadini percepiscono sempre più la natura transnazionale delle sfide che l'Unione si trova ad affrontare, alimentando una crescente richiesta, ancora non rilevata, di partecipazione che va al di là delle mere elezioni (Alemanno, 2020: 37).

Tuttavia, se da un lato i Trattati ci forniscono una definizione abbastanza nitida di quali siano i meccanismi partecipativi, risulta molto più delicato l'aspetto che riguarda il modo in cui il singolo può interagire con i suddetti processi. Talvolta, infatti, sarebbe opportuno circoscrivere il campo dei destinatari di taluni sistemi di partecipazione: come alcuni studiosi hanno osservato, è bene distinguere quei diritti per cui è possibile configurare perfettamente la capacità del singolo di agire autonomamente da quelli in cui, per evidenti necessità procedurali, ci si deve attendere un coinvolgimento più concreto dei cittadini in quanto appartenenti a formazioni sociali (comitati, *think tank* o gruppi di interesse); in tal senso, l'aspettativa è piuttosto che questi strumenti possano trasformare il ruolo e gli atteggiamenti delle organizzazioni della società civile, il che potrebbe avere effetti positivi democratici anche sui loro membri (Bouza García, 2012: 258).

Ciò nonostante, la capacità di influenzare le decisioni in capo al singolo cittadino, in particolar modo per ciò che concerne la possibilità di intavolare una sorta di dialettica informata e costruttiva con la Commissione europea, è stata ricercata anche attraverso la realizzazione di programmi e piattaforme che pretendono stimolare l'inclusione di pareri e opinioni da parte di soggetti attivi e relative parti interessate: un esempio concreto è il programma «Legiferare meglio»<sup>3</sup> che, al momento in cui si scrive, è uno dei progetti considerati di maggiore impatto per quanto concerne l'inclusione di *stakeholder* nelle fasi decisionali (OECD, 2019: 265). Questa attività, che in realtà si compone di diversi ambiti e che vede la compartecipazione anche delle altre due istituzioni che esercitano il potere legislativo, prevede la possibilità per ogni cittadino – in possesso di un metodo di riconoscimento univoco denominato EULOGIN – di presentare opinioni, idee e approfondimenti su una delle proposte che sono in fase di presentazione da parte della stessa Commissione. La raccolta di questi dati avviene attraverso il portale web *Have Your Say*, nelle 24 lingue ufficiali dell'UE e disponibile anche per le persone in possesso di disabilità<sup>4</sup>. Il programma, lanciato nel 2017, ha ottenuto una recente riforma<sup>5</sup> che ha senza

<sup>3</sup> Accordo interistituzionale «Legiferare meglio» tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea del 13 aprile 2016, [http://data.europa.eu/eli/agree\\_interinst/2016/512/oj](http://data.europa.eu/eli/agree_interinst/2016/512/oj)

<sup>4</sup> Per come previsto nella *Strategia europea 2021-2030 del 3 marzo 2021*, COM(2021) 101 final.

<sup>5</sup> A partire dalle considerazioni presenti nella Comunicazione della Commissione, *Legiferare meglio: bilancio e perseveranza nell'impegno del 15 aprile 2019*, COM(2019) 178 final.

dubbio incrementato le possibilità di interazione, soprattutto per ciò che riguarda l'invito da parte della Commissione a fornire esempi concreti su come migliorare la legislazione dell'UE<sup>6</sup>.

Nel medesimo programma, con l'intento di rinforzare l'azione di monitoraggio degli oneri derivanti dalla legislazione dell'UE, trova spazio anche una sorta di misurazione della *performance* denominata REFIT<sup>7</sup> che, più recentemente, è stata affiancata dall'istituzione di un'ulteriore piattaforma di consultazione denominata *Fit For Future*: quest'ultima, sebbene persegua gli stessi fini, è orientata alla partecipazione dei portatori di interessi che rappresentano imprese e organizzazioni non governative e ai componenti delle PMI, che hanno la possibilità di intavolare una dialettica di confronto con autorità nazionali, regionali e locali degli Stati membri, con il Comitato delle regioni e con il Comitato europeo economico e sociale.

L'utilizzo del metodo consultivo tramite piattaforma è certamente semplice, intuitivo e immediato. Tuttavia, a nostro avviso, comporta anche il protrarsi di alcune questioni critiche che investono direttamente il sistema di *governance* e il rispetto della democraticità nelle decisioni: tralasciando i possibili problemi relativi alla comunicazione istituzionale, in cui Commissione e Parlamento sono ampiamente impegnati con proprie strutture nazionali<sup>8</sup>, è opportuno tenere presente che tali iniziative presuppongono non solo la conoscenza di determinati ambiti, del funzionamento delle istituzioni europee, nonché degli spazi di competenza entro cui possono agire le istituzioni sovranazionali (DAMATO, 2017); rispetto alla piattaforma ICE, ad esempio, questo limite si manifesta in modo più evidente, soprattutto perché diventa essenziale il raggiungimento di un «corretto equilibrio tra i poteri di iniziativa della Commissione e quelli dei cittadini europei» (Ferraro, 2017).

Un ulteriore elemento critico, talvolta tralasciato, riguarda la cd. *digital literacy* che, all'interno dell'Unione europea, ha raggiunto livelli senza dubbio più confortanti, ma con ricadute asimmetriche rispetto ad ogni Stato membro: come dato assoluto, infatti, possiamo assumere che il 54% delle persone nell'UE di età compresa tra i 16 e i 74 anni possiede abilità digitali di base (Eurostat, 2022) ma è altrettanto vero che i dati più alti sono apprezzabili solo in alcuni Stati membri (Paesi Bassi e Finlandia) mentre il resto del territorio dell'Unione rimane ancora con qualche *deficit* strutturale e con necessità di *empowerment*.

<sup>6</sup> Sul punto, si veda il Documento di lavoro del 15 aprile 2019, SWD(2019)156, sezione 4.

<sup>7</sup> COM(2012)746 del 12 dicembre 2012.

<sup>8</sup> Sul punto, si rinvia a EUROPEAN COMMISSION (2022).



Un'altra questione di grande importanza è la fiducia che i cittadini ripongono nella sfera digitale e, ancor di più, il grado di conoscenza e percezione dei loro diritti in rete: dal punto di vista normativo – benché si tratti di una *declaration* – è certamente positiva la proposta lanciata dalla Commissione europea<sup>9</sup> che, nei fatti, corrisponde ad una sorta di *Bill of Rights* per il consolidamento di una più solida cittadinanza digitale europea; allo stesso modo, questo strumento potrebbe favorire – anche in ambito giurisdizionale – «un ripristino di un equilibrio costituzionale che, negli ultimi decenni, ha visto prevalere le libertà economiche sui diritti fondamentali», assumendo che «i valori europei non solo proteggono i diritti, ma migliorano anche il mercato interno e le libertà» (De Gregorio, 2022). Dal punto di vista più pratico, il rapporto tra gli strumenti digitali e i cittadini degli Stati membri sembra sostanzialmente orientato verso la fiducia, ma restano sullo sfondo alcune forme di scetticismo: secondo un recente studio, infatti, l'82% della popolazione dei 27 Stati membri è sostanzialmente favorevole alla promozione di un quadro comune per i diritti e i doveri digitali (Eurobarometro, 2021) ma, allo stesso tempo, il 43% degli intervistati asserisce che i vantaggi derivanti dall'utilizzo dei mezzi informatici possono equipararsi agli svantaggi.

Questo non significa che le piattaforme non siano funzionali, né tantomeno che la visione elaborata dalle istituzioni europee non sia da apprezzare: le nuove agorà digitali sono (e saranno) sempre più parte della cd. «infosfera», ovvero sono strumenti capaci di cambiare, interpretare e rivoluzionare la realtà, essendo sempre in rapida evoluzione (Floridi, 2017). Tuttavia, è compito delle istituzioni preposte (e del diritto) identificare i limiti di questa interazione, ponendo il cittadino al centro di queste dinamiche, assicurando che «il progresso tecnologico si svolga in armonia con le esigenze di tutela individuali e collettive, nel rispetto di una dimensione antropocentrica» (Pajno et al., 2019: 206).

Infine, per quanto riguarda la fiducia e lo stimolo ad utilizzare la dimensione digitale come naturale prolungamento della realtà «analogica», si può facilmente ipotizzare che le scelte dei cittadini futuri e, di conseguenza, le richieste di partecipazione saranno sempre più complesse. Qualsiasi remora, a nostro avviso, non si supera rendendo ancora più complicato il rapporto tra istituzioni e individui, bensì tenendo presente sin da ora il ruolo sociale che può rivestire la tecnologia: più sinteticamente, «since technology will be essential, the democratization of the processes of design and development of new technologies becomes a requirement» (Laouris, 2015: 132).

---

<sup>9</sup> COM(2022) 27 final del 26 gennaio 2022

#### 4. LA CONFERENZA SUL FUTURO DELL'EUROPA: BACK TO THE FUTURE?

Nell'ultimo anno, il dibattito a livello sovranazionale è stato senza alcun dubbio arricchito da questioni cruciali per la vista dell'UE e degli stessi Stati Membri ma, quasi a voler rimarcare la necessità di un momento di riflessione, la grande platea dei cittadini è stata chiamata a raccolta per esprimere le proprie idee attraverso la Conferenza sul Futuro dell'Europa (CoFoE): una piattaforma di consultazione ad ampio raggio, simile a quella già descritta per le altre consultazioni che – diversamente dai precedenti tentativi – offriva la possibilità di raccogliere idee, eventi e discussioni sui temi considerati rilevanti per l'evoluzione del processo di integrazione europea.

Prescindendo dalle volontà politiche di questo grande evento di consultazione pubblica <sup>10</sup>, è bene considerare sin da ora che questo processo di coinvolgimento ad ampio raggio costituisce uno degli sforzi più profondi introdotti dalle istituzioni europee. Benché alcuni studiosi abbiano subito espresso pareri negativi o discordanti sulle reali possibilità di successo (Thierse, 2021; Palacio, 2021; Nguyen, 2021), resta innegabile che la Conferenza – la quale si reggeva in realtà su più livelli di azione, tra essi articolati – ha registrato un grado di partecipazione apprezzabile e degno di nota. Il fulcro di questo dialogo tra cittadini e Componenti della Plenaria, come detto, è stato veicolato attraverso una piattaforma multilingue che, dal momento del lancio e fino al 9 maggio 2022, ha raccolto 48.530 contributi, con 18.955 idee, 22.570 commenti e 7.005 eventi che hanno riguardato tutti i 10 argomenti raggruppati per la consultazione (Kantar Public, 2022).

Questi dati, certamente, possono risultare modesti ma costituiscono un buon terreno di analisi se letti alla luce dell'intero meccanismo di funzionamento della Conferenza. Tutti questi interventi sulla piattaforma – inclusi quelli derivanti dagli eventi fisici di discussione – sono stati poi raccolti e analizzati per fungere da input al lavoro dei cd. Panel di cittadini: questi gruppi intermedi, ciascuno costituito da 200 cittadini europei scelti in modo casuale e provenienti dai 27 Stati membri, si sono occupati di sintetizzare le proposte per poi inviarle alla Conferenza plenaria. Quest'ultimo consesso, al quale spettava il compito di dibattere in piena parità le risultanze derivanti dalle fasi precedenti, si componeva di 108 rappresentanti del Parlamento europeo, 54 per conto del Consiglio e 3 provenienti dalla Commissione europea; a questi,

---

<sup>10</sup> Desumibili dalla lettera di Emmanuel Macron, *Pour une Renaissance européenne*, 2019, consultabile su <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/03/04/pour-une-rennaissance-europeenne>

si aggiungevano ulteriori 108 rappresentanti di tutti i parlamenti nazionali e 108 cittadini. La società chiamata a partecipare veniva selezionata includendo 80 rappresentanti dei panel europei di cittadini, 27 membri dei panel che si sono celebrati a livello nazionale o provenienti da eventi di discussione (uno per Stato membro), unitamente al presidente del Forum europeo della gioventù. Per ogni incontro, debitamente organizzato con ritrasmissione in diretta, hanno fatto seguito le relazioni intermedie, le relazioni redatte dagli Stati membri e una relazione conclusiva.

Vista in questi termini, la CoFoE non può che essere considerata alla luce di tutti i livelli decisionali coinvolti. È bene, altresì, rimarcare che la consultazione si è svolta in un periodo di particolari restrizioni – incluso alla libera circolazione – ma anche di grande centralità per il dibattito europeo. È altrettanto vero che questa metodo per l'aggregazione dei massimi attori coinvolti nel processo di integrazione europea è già stata utilizzata in passato (Fabbrini, 2020: 6) ma non attraverso la commistione di mezzi fisici e digitali, né tantomeno in un clima di profonda attenzione da parte dell'opinione pubblica. Dal punto di vista funzionale, infine, è opportuno considerare altre due questioni rilevanti: analizzando la CoFoE come «processo» e rispetto al tema della selezione dei cittadini, si rileva senza dubbio un punto di possibile criticità che – a nostro parere – difficilmente avrebbe potuto trovare un rimedio in tempi così brevi; è bene ricordare che la partecipazione, per sua natura, deve essere intesa come «prendere parte» ad un dato procedimento (Peter, 2013: 11), senza alcuna discriminazione, ma non necessariamente con le medesima intensità. Pensando, invece, alla CoFoE come «luogo» di partecipazione, è evidente che quest'ultima ha assunto una dimensione inedita, sia per il diretto coinvolgimento del più ampio ventaglio possibile di attori istituzionali, sia per la presenza costante di rappresentanti ammessi a dialogare direttamente con un «triologo» ampliato, alla stregua di un possibile «organismo interistituzionale» (von Ondarza, Ålander, 2021).

L'ultima Conferenza plenaria, tenutasi il 29 e 30 aprile 2022 ha adottato 49 proposte, accompagnate da circa 300 misure che dovrebbero aiutarne l'adozione. Raggruppate in nove macro-temi – che spaziano dal cambiamento climatico alla giustizia sociale e all'occupazione, dal ruolo dell'UE nel mondo alla trasformazione digitale – le conclusioni possono sintetizzarsi in alcune azioni e punti chiave: la richiesta di un decisivo avanzamento nella produzione e nell'utilizzo delle energie rinnovabili, un approccio comune alle politiche sanitarie e all'assistenza sanitaria per tutti i cittadini dell'UE, l'estensione – come da tempo richiesto anche in altre occasioni – del diritto di iniziativa per il Parlamento europeo, la rimozione dell'unanimità in seno al Consiglio sulla

politica estera e il miglioramento delle politiche educative in materia di ambiente, nuove tecnologie, aspetti sociali e valori europei.

Le suddette proposte descrivono bene le risultanze di una consultazione così ampia ma va altresì ricordato che la Conferenza plenaria non aveva nei suoi presupposti il compito di elaborare progetti di revisione sostanziale dei Trattati, bensì di coadiuvare, dibattere e facilitare la conclusione dei lavori dei diversi livelli di dialogo con i cittadini e le parti interessate, in piena parità, con i rappresentanti delle istituzioni europee. A queste ultime, è stato riservato il compito di prendere atto e dar seguito alle proposte ritenute attuabili e necessarie.

Se da un lato, è certamente vero che il peso decisionale rimane ancora in capo a coloro che posseggono la potestà legislativa nell'UE, è altrettanto innegabile che l'enorme processo consultivo, caratterizzato da un apprezzabile grado di trasparenza, consente a tutti gli attori coinvolti (nonché a tutti i cittadini interessati) di sondare e verificare il grado di adozione delle proposte formulate e delle misure ad esse collegate che – va ulteriormente ribadito – non sono tutte bisognose di una modifica dei Trattati istitutivi<sup>11</sup>. A nostro avviso, solo un'analisi complessiva di quest'azione partecipativa consente di determinare l'elemento innovativo della CoFoE che, pur con tutti i difetti che si addicono ad un primo esperimento di questa portata, è un'occasione che ha contribuito a creare un livello senza precedenti di responsabilità politica, in un moderno «embrione di spazio pubblico europeo» (Martines, 2022: 15) che – se fosse mantenuta in modo permanente – potrebbe promuovere non solo nuove conversazioni tra i popoli europei e le istituzioni pubbliche<sup>12</sup> – sia comunitarie che nazionali – ma anche tra i popoli stessi (Alemanno, 2022).

## 5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La cittadinanza dell'Unione europea, a più di trent'anni dalla sua nascita, è certamente ben diversa da ciò che gli stessi estensori del Trattato di Maastricht potevano immaginare. Benché si sia deciso di mantenere il suo caratteristico profilo accessorio, ovvero subordinato allo *status civitatis* dei Paesi membri, lo spazio in cui essa ha trovato realizzazione piena e concreta è molto più

<sup>11</sup> In tal senso, il Parlamento europeo ha presentato una richiesta ai sensi dell'art. 48 TUE, con risoluzione del 9 giugno 2022 sulla richiesta di una Convenzione per la revisione dei trattati (2022/2705(RSP) ha accolto alcune delle raccomandazioni proposte dalla Conferenza plenaria. Sui profili procedurali si rinvia a L. Gianniti, ). *Brevi note sui profili interni del procedimento di revisione dei Trattati europei*. In Azzariti, G. et al. (a cura di), Studi in onore di Franco Modugno. Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

<sup>12</sup> Alcune desumibili già nel *Preliminary technical assessment* del Consiglio (Doc. 10033/22) e nella comunicazione valutativa della Commissione (COM(2022) 404 final).

ampio delle aspettative. Negli ultimi anni, anche in funzione dell'importanza che le fonti dell'UE hanno voluto riservarle, la partecipazione dei cittadini ha subito importanti passi in avanti sul piano del dialogo con le istituzioni, l'espressione di idee e opinioni, in parte coadiuvate dal sempre più crescente utilizzo di piattaforme e meccanismi di coinvolgimento che uniscono la dimensione fisica a quella digitale. Pertanto, alla luce di quanto discusso, ci sembra che alcuni quesiti rimangano centrali in questo dibattito: quale impatto rivestono le iniziative e le idee promosse dai cittadini nel processo legislativo europeo? Quale legame intercorre, oggi, tra cittadinanza e partecipazione? Quale funzione può assumere la commistione e l'utilizzo di strumenti tradizionali e nuove tecnologie?

Rispetto al primo punto, è abbastanza chiaro che gli strumenti già definiti dai Trattati istitutivi (es. ICE) e quelli che derivano dall'implementazione di nuove piattaforme (es. *Have your Say*) sono di enorme rilevanza sul piano giuridico poiché offrono un canale di influenza diretta sull'operato della Commissione che, dal canto suo, continua a mantenere un ruolo centrale in tutto il processo legislativo. Ciò nonostante, se da un lato il rinnovato assetto normativo di alcuni istituti e i progressi nella comunicazione istituzionale dell'UE sono da considerarsi come un dato positivo, è pur vero che le risultanze di tutti questi processi si traducono in un formale invito a prendere in considerazione le questioni sollevate, che – come qualcuno ha già osservato – possono avere le capacità di spostare l'attenzione degli attori decisionali e degli Stati membri relativamente ad alcune questioni considerate cruciali nell'opinione pubblica europea (Terpan, 2015; Petropoulou, 2021) dando anche maggiore trasparenza alle misure di implementazione delle politiche europee, verso cui l'attenzione delle consultazioni rimane sempre preminente.

Rispetto al secondo punto, è evidente che il rapporto tra questi due concetti che sono costitutivi del costituzionalismo europeo sta mutando anche (ma non solo) per effetto dei cambiamenti socio-giuridici di cui è protagonista l'Unione europea. Ciò nonostante, riteniamo sia opportuno concentrarsi non solo sulle regole positive, bensì innescare uno sforzo culturale e sociale: il collegamento tra cittadinanza e rappresentanza politica sposta il focus sull'esigenza di ri-costituire o ri-plasmare le forme politiche di organizzazione degli interessi e i correlativi canali di partecipazione delle «parti», in cui è (sempre di più) frammentata la società contemporanea, alle istituzioni democratiche (Morrone, 2015).

Rispetto al rapporto tra partecipazione e tecnologie, oltre a quanto si è già argomentato, siamo ben propensi all'utilizzo dei nuovi mezzi di coinvolgimento sociale e comunicazione tra cittadini, sempre che questi ultimi rimanga-

no al centro della sfera di tutela di quei diritti – come quelli di partecipazione politica – che trovano solo un nuovo spazio nell’arena digitale: sembra che il web possa giovare, senza dubbio, al funzionamento della sfera pubblica ma non come motore autonomo, bensì come strumento di ausilio, sia rispetto alla organizzazione di movimenti sociali (che però agiscono nella vita reale), sia in vista della predisposizione di arene partecipative attraverso le quali i cittadini possano seguire e discutere l’approvazione di iniziative e progetti dei pubblici poteri (Manetti, 2018).

Concludendo, quindi, è bene ritornare allo stesso concetto di partecipazione politica e di democrazia partecipativa, assumendo che quest’ultima non rappresenta una mera consultazione, ma neppure sfocia in una vera codecisione. Il vantaggio, dal punto di vista della sfera pubblica, è la possibilità non solo di mantenere un dialogo informato con i cittadini, bensì di renderli agenti della discussione, dando luogo all’espressione da parte di ognuno del proprio punto di vista ma anche ad ammettere la possibilità di modificarlo, grazie al confronto con gli altri, riequilibrando il proprio senso di anonimato e di isolamento con la percezione dell’interesse comune (Allegretti, 2015: 333).

## 6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALEMANN, A. (2022). *Unboxing the Conference on the Future of Europe and its democratic raison d’être*. *European Law Journal*, 26(5-6), 484-508.
- (2020). *Europe’s Democracy Challenge: Citizen Participation in and Beyond Elections*. *German Law Journal*(21), 35–40.
- ALLEGRETTI, U. (2015). *Democrazia partecipativa*. Enc. Dir. Annali, IV.
- BIFULCO, R. (2009). *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa, Relazione al Convegno «La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive»*, in Astrid Online.
- DE GREGORIO, G. (2022). *The Declaration on European Digital Rights and Principles. A First Analysis from Digital Constitutionalism*. The Digital Constitutionalist. <https://digi-con.org/the-declaration-on-european-digital-rights-and-principles-a-first-analysis-from-digital-constitutionalism/>
- EUROBAROMETRO. (2021). *Digital rights and principles*. <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2270>
- EUROPEAN COMMISSION. (2022). *Europe Direct Contact Centre. Annual Activity Report 2021*. [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/edcc\\_annual\\_activity\\_report\\_2021.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/edcc_annual_activity_report_2021.pdf)

- EUROSTAT. (2022). Individuals' level of digital skills (from 2021 onwards). Retrieved from [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ISOC\\_SK\\_DSKL\\_I21\\_\\_custom\\_2397093/bookmark/table?lang=en&bookmarkId=dc481686-c938-4e07-b03c-8e039f532857](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ISOC_SK_DSKL_I21__custom_2397093/bookmark/table?lang=en&bookmarkId=dc481686-c938-4e07-b03c-8e039f532857)
- FABBRINI, F. (2020). *The Conference on the Future of Europe: A New Model to Reform the EU?* DCU Brexit Institute – Working Paper, 12.
- FERRARO, F. (2017). *Il Tribunale dell'Unione si pronuncia nuovamente sull'iniziativa dei cittadini europei: solo luci o anche qualche ombra?* Il diritto dell'Unione Europea. [http://www.dirittounioneuropea.eu/Tool/Evidenza/Single/view\\_html?id\\_evidenza=120](http://www.dirittounioneuropea.eu/Tool/Evidenza/Single/view_html?id_evidenza=120)
- FERRI, M. (2022). *La Corte di Giustizia, confermando la decisione della Commissione di registrare la proposta di iniziativa dei cittadini europei «Minority Safe-Pack», precisa il rapporto tra valori e competenze dell'Unione*. Osservatorio sulle fonti, 1. <http://www.osservatoriosullefonti.it>
- FLORIDI, L. (2017). *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*. Raffaele Cortina Editore. Milano
- FRIEDRICH, D. (2016). *Participatory Democracy in the European Union? European Governance and the Inclusion of Civil Society Organisations* in Migration and Environmental Policies. Relazione presentata al Fifteenth International Conference of the Council for European Studies.
- GARCÍA BOUZA, L. (2012). *How Could the New Article 11 TEU Contribute to Reduce the EU's Democratic Malaise?* In Dougan, M.; Nic Shuibhne, N.; Spaventa, E. (Eds.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*. hart publishing. Oxford
- GIANNITI, L. (2011). *Brevi note sui profili interni del procedimento di revisione dei Trattati europei*. In Azzariti, G. et al. (a cura di), *Studi in onore di Franco Modugno*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- GRIMM, D. (1996). *Una Costituzione per l'Europa?* In Zagrebelsky, G; Portinaro, A.; Luther, J. (a cura di), *Il futuro della Costituzione*. Einaudi. Torino
- HABERMAS, J. (1996). *Una Costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*. In Zagrebelsky, G; Portinaro, A.; Luther, J. (a cura di), *Il futuro della Costituzione*. Einaudi. Torino
- KANTAR PUBLIC. (2022). *Multilingual Digital Platform of the Conference on the Future of Europe. Final Report*. <https://www.politicheeuropee.gov.it/media/6468/kantar-final-report-cofoe.pdf>
- INGLESE, M. (2020). *L'iniziativa dei cittadini europei a dieci anni dal Trattato di Lisbona: tra consolidate criticità e inesplorate prospettive*. Federalismi.it, 19, 194-215.
- PETROPOULOU, I. D. (2021). *Habemus Legitimacy? The European Commission Opens Public Consultation for a Guidance Document*, *European Journal of Risk Regulation*, 12, pp. 861–65.

- LANEVE, G. (2021). *Pluralismo e limite (al potere e per l'altro): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo*. In AA. VV. (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Ruggeri, III*, Editoriale Scientifica. Napoli, pp. 2249-2470.
- LAOURIS, YIANNIS. (2014). *Commentary*. In Floridi, L. (a cura di), *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*. Springer. New York.
- LUCIANI, M. (2019). *Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale*, intervento alla Tavola Rotonda AIC, Roma, Osservatoriocostituzionale.it., 1-2, 200-209.
- MANETTI, M. (2018). *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*. *Rivista AIC*, 3, 375-401.
- MAJONE, G. (2010). *Integrazione europea, tecnocrazia, e deficit democratico*. *Rassegna Italiana di Sociologia*, 4, 599-625.
- MARTINES, F. (2021). *La Conferenza sul futuro dell'Europa: uno strumento innovativo di partecipazione democratica per rafforzare la legittimità dell'Unione?*. I Post di AISDUE, 2, 9-29.
- MORGESE, G. (2011). *Principio e strumenti della democrazia partecipativa nell'Unione europea*. In Triggiani, E. (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*. Cacucci. Bari.
- MORRONE, A. (2015). *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*. *Quaderni costituzionali*, 2, 303-323.
- NGUYEN, T. (2021). *Time to be honest. The future will not be decided by the Conference on the Future of Europe*. Policy Position. Jaques Delors Centre.
- OECD. (2019). *Prospettive OCSE 2018 sulla politica della regolazione*. OECD Publishing. Parigi.
- PALACIO, A. (2021). *The EU Is Still Flying Blind*. Project Syndicate.
- PECH, L.; PEERS, S. (2016). *Referendum Briefing 3: Does the EU have a 'democratic deficit'?*, <http://eulawanalysis.blogspot.com>
- PETER, F. (2013). *The Human Right to Political Participation*. *Journal of Ethics and Social Philosophy*, 2, 2-16.
- PINELLI, C. (2010). *Le «disposizioni relative ai principi democratici»*. In Bassanini, F.; Tiberi, G. (a cura di), *Le nuove istituzioni europee*. Commento al Trattato di Lisbona. Il Mulino. Bologna.
- RASPADORI, F. (2010). *La democrazia partecipativa e il diritto di iniziativa dei cittadini europei*. *Studi sull'integrazione europea*, 3, 675-689.
- (2022). *La partecipazione dei cittadini all'Unione europea e lo spettro della democrazia*. *Federalismi.it*, 12, 220-240.
- RUBECHINI, P. (2011). *La regolamentazione dell'iniziativa dei cittadini europei*. *Giornale di diritto amministrativo*, 7, 709-717.
- SCARLATTI, P. (2012). *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*. *Rivista AIC*, 1.
- TERPAN, F. (2015). *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, *European Law Journal*, 1, pp. 68-96.



- THIERSE, S. (2021). *The Conference on the Future of Europe – Finally, an opportunity for more top-down bureaucracy?* Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/cofoe-bureaucracy/>
- VEDASCHI, A. (2020). *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, DPCE Online, 2, pp. 1453-1489.
- VON ONDARZA, N.; ÅLANDER, M. (2021). *The Conference on the Future of Europe, Obstacles and Opportunities to a European Reform Initiative That Goes beyond Crisis Management*. SWP Comment, C 19.
- ZICCHITTU, P. (2022). *La svolta politica dell'iniziativa dei cittadini europei*. Quaderni costituzionali, 1, 167-186.

# LOS PROBLEMAS EN LA INVESTIDURA DEL PRESIDENTE DE CASTILLA Y LEÓN TRAS LAS ELECCIONES DE FEBRERO DE 2022<sup>1</sup>

ANDRÉS IVÁN DUEÑAS CASTRILLO  
*Profesor permanente laboral (acreditado a titular)*  
*de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid*

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *El modelo de investidura de los Presidentes autonómicos y sus diferencias con la del Presidente del Gobierno.*—3. *El caso de Castilla y León tras las elecciones autonómicas de 2022.*—4. *Conclusiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 152.1 CE estipula que las Comunidades Autónomas contarán con una Asamblea Legislativa elegida por sufragio universal, un Consejo de Gobierno y un Presidente elegido de entre y por los miembros de tal Asamblea. Disciplina, por tanto, una forma de gobierno parlamentaria. Aunque dicho precepto estableciera que tal modelo sólo era obligatorio para aquellas Comunidades que accedieran a su autonomía a través de la denominada vía rápida, todas lo hicieron suyo, después de que la UCD y el PSOE conviniesen que quienes accedieran por la vía lenta habían de contar también con Poder Legislativo propio en los Acuerdos Autonómicos de 1982 y el Tribunal Constitucio-

---

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte del proyecto de investigación PID2019-104414GB-C31 sobre «Diseño constitucional y calidad democrática (DICOCADE)».

nal haya dicho que es canon de constitucionalidad para todas las Comunidades Autónomas en su sentencia 225/1998.

La mayoría de los entes subestatales autonómicos han seguido el procedimiento establecido para la investidura del Presidente del Gobierno en el artículo 99 CE para designar a sus Presidentes autonómicos, aunque algunas Comunidades, al inicio, decidieron optar por otro sistema y designar Presidente al líder del Grupo Parlamentario con más diputados en el caso de que ninguna propuesta fuera exitosa. Este modelo, actualmente, sólo está vigente en Castilla-La Mancha. Otras han optado por una votación entre los candidatos nominal, de tal manera que es casi imposible que no salga elegido ningún candidato, excepto en caso de empate, como sucede en Asturias o el País Vasco. Pero la nota común más característica que diferencia a las Comunidades Autónomas del sistema estatal son los plazos estipulados en los diferentes Estatutos de Autonomía y reglamentos parlamentarios, en primer lugar, para que el Presidente del correspondiente Parlamento autonómico nombre al candidato a la Presidencia de la Comunidad y, en segundo lugar, para que se convoque la sesión de investidura.

Tras las elecciones autonómicas de 2015 la mayoría de Parlamentos autonómicos están fragmentados y la regla es que es necesario llegar a acuerdos para que el candidato a la Presidencia logre reunir los apoyos requeridos, ya sea a través de fórmulas de un único apoyo de investidura o Gobiernos de coalición. Esto ha causado problemas, tanto en el ámbito estatal como autonómico. En el plano nacional, la Presidencia del Congreso de los Diputados no ha convocado la sesión de investidura hasta que el candidato a la Presidencia del Gobierno no ha tenido asegurados los apoyos necesarios, como sucedió en 2016 cuando era candidato Mariano Rajoy y tras las elecciones de abril de 2019, ya siendo candidato Pedro Sánchez. La consecuencia ha sido la paralización del impulso político del Gobierno del Estado, con largos tiempos de Gobierno en funciones.

La diferencia, como se advertía un poco más arriba, es que en el plano autonómico sí que están regulados expresamente tales plazos. Así sucede en Castilla y León. El artículo 135 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León dispone que el plazo con el que cuenta el Presidente de las Cortes para formular una propuesta de candidato a la Presidencia de la Junta es de quince días a contar desde la constitución de las Cortes o el cese del Presidente. No se dice nada expresamente acerca de la sesión de investidura, pero se podría interpretar que en el momento de nombramiento del candidato también se debería convocar la sesión de investidura, como se explicará más adelante.

Esto no ha sucedido tras las elecciones de 14 febrero de 2022 en Castilla y León. El 6 de marzo tuvo lugar la sesión constitutiva de la Asamblea Legislativa de esta Comunidad Autónoma, pero no ha sido hasta el 11 de abril (¡casi dos meses después de las elecciones!) cuando ha tenido lugar la sesión de investidura y la correspondiente elección del Presidente Fernández Mañueco. Castilla y León ha vivido una inusual situación de Gobierno en funciones, con la correspondiente parálisis de la acción de Gobierno, a la que se le sumaba la extraordinaria convocatoria de elecciones anticipadas por primera vez desde la constitución de esta Comunidad Autónoma.

Lo que se pretende estudiar en este texto es, por tanto, si el Presidente de la Cámara parlamentaria estaba obligado a convocar la sesión de investidura en el plazo establecido en el reglamento de las Cortes y explorar posibles soluciones para que no se vuelva a producir tal situación.

## 2. EL MODELO DE INVESTIDURA DE LOS PRESIDENTES AUTONÓMICOS Y SUS DIFERENCIAS CON LA DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO

Como se acaba de decir en la introducción, todas las Comunidades Autónomas han hecho suyo el modelo institucional establecido en el artículo 152.1 CE. Aunque tal precepto estaba previsto tan sólo para aquellas que accediesen a la autonomía a través de la vía rápida, la decisión de que todas ellas tuvieran Poder Legislativo propio supuso que hicieran suyo este sistema, lo que ha supuesto «una recepción acrítica de los modelos organizativos tradicionales» (Pendás García, 1988: 85).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional desmintió lo establecido en la Carta Magna en la STC 225/1998. En ella, el Alto Tribunal utiliza como canon de constitucionalidad el precepto del artículo 152.1 CE para enjuiciar un caso relacionado con una Comunidad Autónoma que accedió a su autonomía por la vía lenta –Canarias–, por lo que cierra el modelo autonómico en su plano institucional. Se podría decir que, por tanto, ya no existe principio dispositivo en este ámbito, dado que las Comunidades Autónomas que no se constituyeron por la vía del artículo 151 CE no pueden optar por un modelo diferente al del artículo 152.1 CE, aunque éste sólo se refiera a aquéllas. La posición mantenida por el Tribunal Constitucional es la que sostenía un sector de la doctrina, que argüía que la mención que hacía el artículo 152.1 CE a las Comunidades Autónomas de la vía rápida, las de «verdadera sustancia política», era tal para diferenciarlas de aquellas que «se mueven solamente en el nivel secundario de

la simple centralización administrativa» (Ramón Fernández, 1978: 351). La posición del Tribunal Constitucional, sin embargo, no fue unánime, y el magistrado Cruz Villalón emitió un voto particular en el cual fundamentaba que las Comunidades Autónomas que no se hubieran constituido por la vía del artículo 151 CE no estaban vinculadas por el artículo 152.1 CE, como también han defendido otros autores (v. gr., Giménez Sánchez, 2010). En conclusión, las Comunidades Autónomas apenas tienen diferencias entre sus modelos institucionales<sup>2</sup>, pero sí que podemos encontrar algunas en el caso de la investidura de sus Presidentes.

Como ya se ha dicho en la introducción, la mayoría de Comunidades Autónomas ha optado por tomar como referencia el artículo 99 CE, que regula la investidura del Presidente del Gobierno, para hacer lo propio con la de sus Presidentes. Como es lógico, la mayor diferencia entre el ámbito estatal y el autonómico es que, en este último, la figura del Rey no tiene ningún papel, por lo que tal función «en unos Estatutos de Autonomía y Leyes autonómicas reguladoras del Gobierno se otorga (...) al Presidente del Parlamento; en otros a los grupos parlamentarios o a las fuerzas políticas con representación parlamentaria» (Bastida Freijedo, 1993: 12). Esta falta de la figura regia ha llevado a que se norme alguna diferencia en la regulación de las investiduras de los Presidentes autonómicos, como se verá a continuación.

Una de las mayores particularidades es la investidura automática del Presidente de la Comunidad en el caso de que no se alcancen las mayorías requeridas en el tiempo determinado para ello. Así lo regularon Andalucía, Castilla-La Mancha y Navarra, aunque sólo continúa vigente en la segunda de ellas. El antiguo artículo 29.3 de la Ley Orgánica 13/1982 de Amejoramiento del Fuero de Navarra (LORAFNA), hasta su reforma por la Ley Orgánica 1/2001, disponía que, de no conseguirse la mayoría requerida en el plazo de dos meses (mayoría absoluta en primera votación y mayoría simple en segunda y posteriores votaciones), sería designado el candidato del partido que tuviera mayor número de escaños. También lo establecía así el antiguo artículo 37.3 del Estatuto de Autonomía de Andalucía y el actual artículo 14.5 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Una regulación muy parecida a la que ya existía en el artículo 28 de la Ley 38/1978 de elecciones locales y existe en el artículo 196 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General para la elección del Alcalde.

---

<sup>2</sup> He tenido ocasión de desarrollar con más detalle el modelo institucional de las Comunidades Autónomas en DUEÑAS CASTRILLO, A. I. (2021: 187-220).

El anterior modelo podría considerarse que es similar al de otras Constituciones europeas de nuestro entorno, que entran dentro del llamado parlamentarismo negativo. Así, en las Constituciones de Holanda, Suecia, Dinamarca, Noruega o Reino Unido, el Primer Ministro es nombrado tal sin necesidad de una relación de confianza previa con el Parlamento, por lo que «la presunción del favor parlamentario al Gabinete ministerial es *iuris tantum*, es decir, admite prueba en contrario del voto de censura» (Alzaga Villamil, 2016: 482), pero siempre en un momento posterior a su elección.

El anterior modelo de investidura fue objeto de controversia constitucional. La STC 16/1984 dio su punto de vista positivo a la regulación prevista en la LORAFNA. El Tribunal Constitucional, en cualquier caso, dijo en esta sentencia que siempre se ha de dar a la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma la oportunidad de pronunciarse, como sucedía en las anteriores normativas andaluza y navarra y sigue estando establecido en la castellano-manchega. En caso contrario, según el Tribunal, «aceptar que la propuesta del Presidente del Parlamento pueda realizarse en favor de un candidato que no haya dado oportunidad alguna a la Asamblea de pronunciarse sobre un programa resultaría así un fraude a la voluntad de la ley» (FJ 8). Pero en el momento en el que ya se ha dado tal oportunidad, el Alto Tribunal no encuentra ninguna objeción a que, de no darse las mayorías requeridas, pueda ser investido el candidato del partido con mayor número de escaños sin la confianza previa del Parlamento.

Otra diferencia que encontramos en algunas Comunidades Autónomas es cuando no se confiere ninguna potestad —o está condicionada— al Presidente de la Cámara para proponer el candidato, sino que se otorga a los Grupos Parlamentarios (artículo 164 del Reglamento del Parlamento Vasco y artículo 27.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana) o a los diputados (artículo 3 de la Ley del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias y artículo 25 del Estatuto de Autonomía de Extremadura).

En el caso del País Vasco, serán los Grupos Parlamentarios los encargados de presentar sus propuestas a *Lehendakari* ante la Mesa del Parlamento, mientras que en la Comunidad Valenciana la facultad de presentar candidatos corresponde a los Grupos, sin que el Presidente de la Cámara pueda designar a ninguno que no haya sido previamente propuesto por aquéllos.

En Asturias el Presidente de la Junta proclamará candidatos a aquellos que hayan sido previamente propuestos por, al menos, cinco diputados; mientras que en Extremadura el Presidente de la Asamblea propondrá a un candidato de entre los que, previamente, le hayan sido presentados por la cuarta parte de los miembros de la Cámara.

En cualquier caso, los dos modelos más peculiares son los del País Vasco y Asturias, donde el voto a los candidatos (pueden ser varios) propuestos es nominal, de tal manera que la investidura se producirá siempre, a no ser que se dé el –casi improbable– caso de empate entre dos o varios candidatos.

En el resto de autonomías, la función del Presidente de la Cámara es una labor de arbitraje (Revenga Sánchez, 1986: 96), aunque se puede mencionar alguna particularidad más. Es el caso de Aragón, donde el Presidente de las Cortes está obligado a realizar nuevas propuestas de candidatos en sucesivos plazos de 10 días (artículo 48.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón).

La característica común más importante que diferencia la investidura de los Presidentes de las Comunidades Autónomas con las del Presidente del Gobierno y que, a efectos de lo que se habla en este artículo, es la que más nos interesa, es la regulación de los plazos para, por un lado, formular una propuesta de candidato por parte del Presidente del Parlamento, los Grupos Parlamentarios o los diputados; y, por otro, convocar la sesión de investidura.

En el ámbito estatal, la inexistencia de tales plazos supone que «el momento de la propuesta del candidato queda a criterios del Monarca, que dispondrá de un tiempo razonable en función de la composición de la Cámara y los acuerdos políticos que puedan adoptarse» (Álvarez Vélez, 2016: 6), aunque, como es lógico en nuestro modelo constitucional, sea el Presidente del Congreso el verdadero árbitro en la investidura del Presidente del Gobierno (Aragón Reyes, 2017: 23). Pero, a pesar de no contar con plazos para convocar la sesión de investidura tras la propuesta regia, lo que puede ser beneficioso para buscar los más apoyos políticos posibles (Delgado Ramos, 2012: 213), estoy de acuerdo con Álvarez Vélez en que el Presidente del Congreso –y de cualquier otro Parlamento–, ha de convocar «el Pleno de investidura con rapidez, para evitar el seguir con un Presidente del Gobierno en funciones, y no cuando el candidato consiga los acuerdos» (2017: 10), cosa que no sucedió en Castilla y León, como se verá en el siguiente epígrafe.

Para evitar el problema anterior, como se acaba de indicar, las Comunidades Autónomas no han dejado tanto margen de maniobra al Presidente de sus respectivas Asambleas para convocar tal sesión de investidura, sino que imponen, primero, un plazo para nombrar candidato y, segundo, otro para convocar la sesión de investidura. Tales plazos van desde los 10 hasta los 30 días, aunque en muchos casos no se especifica si son hábiles o naturales. Al no decirse expresamente nada, ha de entenderse que son hábiles, conforme a lo que es habitual en el Derecho Parlamentario (Álvarez Vélez, 2012: 21).

### 3 EL CASO DE CASTILLA Y LEÓN TRAS LAS ELECCIONES AUTONÓMICAS DE 2022

Castilla y León es una de las Comunidades que hizo suyo el proceso establecido en el artículo 99 CE para la investidura del Presidente del Gobierno. El artículo 26.3 de su Estatuto de Autonomía dispone que al inicio de cada legislatura o en caso de dimisión, fallecimiento o pérdida de la condición de procurador del Presidente, las Cortes eligen a un Presidente por mayoría absoluta en primera votación y simple en segunda, mientras que, si no se obtienen tales mayorías en el plazo de dos meses desde la primera votación, se disolverán automáticamente las Cortes y se procederá a la elección de un nuevo Parlamento.

El artículo 135.1 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León establece, a diferencia de otras Comunidades, como se ha explicado con anterioridad, que es el Presidente de las Cortes el encargado de proponer a un candidato a la Presidencia de la Junta de Castilla y León previa consulta con los portavoces designados por los partidos, grupos políticos o coaliciones con representación parlamentaria. Tal propuesta la ha de realizar como máximo en el término de quince días desde la constitución de las Cortes o el cese del Presidente.

El Reglamento no menciona, sin embargo, ningún plazo expreso para la convocatoria de la sesión de investidura, pero se puede entender de manera implícita que tal plazo para proponer a un candidato lo es también para convocar la sesión de investidura. Es decir, que en el mismo momento en el que se nombra candidato, se ha de convocar también el Pleno en el que se discuta su elección<sup>3</sup>. Y esto es así porque, de manera inmediatamente posterior a que el artículo 135.1 del Reglamento diga que «la propuesta deberá formularse como máximo en el término de quince días desde la constitución de las Cortes o el cese del Presidente», el apartado 2 de este precepto regula cómo se iniciará la sesión de investidura. Por tanto, no hay margen entre la propuesta y la posterior convocatoria, sino que ambas deberían ser en el mismo momento.

Buscando una interpretación auténtica de este precepto, en palabras del que fuera Presidente de las Cortes de Castilla y León cuando se aprobó el Reglamento en vigor en febrero de 1991, Carlos Sánchez-Reyes de Palacio, tal

---

<sup>3</sup> Cabe mencionar aquí que tal interpretación se puede hacer también para la convocatoria de la sesión de investidura en el ámbito estatal. El tenor literal del artículo 170 del Reglamento del Congreso de los Diputados es claro cuando establece que «en cumplimiento de las previsiones establecidas en el artículo 99 de la Constitución, y una vez recibida en el Congreso la propuesta de candidato a la Presidencia del Gobierno, el Presidente de la Cámara convocará el Pleno». Es decir, la sesión de investidura se debería convocar de manera automática en el momento en el que el Presidente del Congreso recibe la propuesta regia a la Presidencia del Gobierno, sin dilaciones mayores, aunque en la práctica parlamentaria no haya sido así.



plazo se estableció para evitar posibles dilaciones indebidas para que se produjese el debate de investidura, y se entendió que este plazo no lo era sólo para formular la propuesta de candidato a Presidente de la Junta, sino también para convocar el Pleno para discutir su elección<sup>4</sup>. Es decir, la interpretación teleológica de la norma lleva a esa misma conclusión: se pretendía evitar con la introducción de este plazo lo que ha sucedido, como veremos, en la investidura de 2022 del Presidente Fernández Mañueco, esto es, impedir dilaciones en la elección del Presidente de la Junta y que se prolongase una situación de Gobierno en funciones.

La costumbre parlamentaria en las Cortes de Castilla y León confirma la anterior interpretación hasta la investidura de 2022. En todas las investiduras tras la celebración de unas elecciones desde 1991<sup>5</sup>, excepto en la de 2022, se celebró el Pleno de investidura y se eligió al candidato a la Presidencia de la Junta de Castilla y León unos días más tarde (normalmente la semana siguiente) a la propuesta realizada por la Presidencia de las Cortes, como se puede observar en el siguiente cuadro:

| <b>Elecciones</b> | <b>Propuesta de candidato publicada en el Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León</b> | <b>Pleno de investidura y elección del Presidente de la Junta de Castilla y León</b> | <b>Presidente</b>          |
|-------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|
| 26/05/1991        | 28/06/1991                                                                                     | 3-4/07/1991                                                                          | Juan José Lucas.           |
| 28/05/1995        | 27/06/1995                                                                                     | 3-4/07/1995                                                                          | Juan José Lucas.           |
| 13/05/1999        | 8/07/1999                                                                                      | 12-13/07/1999                                                                        | Juan José Lucas.           |
| 25/05/2003        | 24/06/2003                                                                                     | 1-2/07/2003                                                                          | Juan Vicente Herrera.      |
| 27/05/2007        | 25/06/2007                                                                                     | 27-28/06/2007                                                                        | Juan Vicente Herrera.      |
| 22/05/2011        | 22/06/2011                                                                                     | 23-24/06/2011                                                                        | Juan Vicente Herrera.      |
| 24/05/2015        | 26/06/2015                                                                                     | 2-3/07/2015                                                                          | Juan Vicente Herrera.      |
| 26/05/2019        | 5/07/2019                                                                                      | 9-10/07/2019                                                                         | Alfonso Fernández Mañueco. |
| 13/05/2022        | 22/03/2022                                                                                     | 11-12/04/2022                                                                        | Alfonso Fernández Mañueco. |

<sup>4</sup> Agradezco la conversación que tuve con Carlos Sánchez-Reyes de Palacio el 18 de agosto de 2022, en la que me explicó que, efectivamente, en el momento en el que se aprobó el Reglamento de las Cortes de Castilla y León en sesión plenaria extraordinaria el día 24 de febrero de 1990 en el Alcázar de Segovia, siendo él el Presidente de la institución, había consenso entre los procuradores en entender de esta manera el plazo establecido en el artículo 135.1 del Reglamento.

<sup>5</sup> Datos consultados en la web del Senado: [https://www.senado.es/web/conocersenado/biblioteca/dossieresareastematicas/detalle/index.html?id=aut\\_investidura\\_17](https://www.senado.es/web/conocersenado/biblioteca/dossieresareastematicas/detalle/index.html?id=aut_investidura_17)

De los anteriores datos, destaca que la única sesión de investidura que tuvo una dilación mayor a la semana fue la celebrada los días 11 y 12 de abril de 2022, que coincide con la única vez que se han celebrado elecciones en Castilla y León después de que el Presidente de la Junta dispuso de su competencia para disolver anticipadamente las Cortes y convocar elecciones autonómicas, de conformidad con el artículo 37 del Estatuto de Autonomía.

El Presidente Fernández Mañueco decidió romper el Gobierno de coalición entre su partido, el PP, y Ciudadanos el 20 de diciembre de 2021 de manera sorprendente, pues ya se había logrado un acuerdo para sacar adelante los presupuestos de la Comunidad Autónoma, se habían debatido en Comisión las enmiendas y estaba convocado el Pleno de las Cortes que los discutiría y, previsiblemente, los aprobaría, para esa misma semana que daba comienzo el lunes 20 de diciembre <sup>6</sup>. La justificación que usó el Presidente de la Junta fue la «falta de lealtad» de sus socios de Gobierno, al entender que Ciudadanos estaba dialogando con el PSOE para apoyar una supuesta moción de censura que éstos estarían dispuestos a presentar en marzo de 2022 <sup>7</sup>, como ya había ocurrido con anterioridad en la Región de Murcia en marzo de 2021, aunque aquí el Presidente López Miras logró continuar en la Presidencia gracias al voto de varios diputados tránsfugas <sup>8</sup> de Ciudadanos <sup>9</sup>. Lo cierto es que en Castilla y León el PSOE había presentado una moción de censura (la primera en la historia de la Comunidad Autónoma) en marzo de 2021, apoyada por sus 35 procuradores <sup>10</sup>, aunque sin éxito, ya que no salió adelante gracias a los votos del PP, Ciudadanos y Vox <sup>11</sup>. El artículo 142 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León impide a los firmantes de una moción de censura presentar otra hasta que no transcurra un año desde su presentación, por lo que los procuradores del Grupo Parlamentario Socialista no podían registrar otra hasta marzo de 2022. Por eso, la justificación del Presidente Fernández Mañueco para convocar elecciones anticipadas se podría decir que es políticamente débil, dado que no había posibilidades de que su Gobierno decayese,

<sup>6</sup> <https://www.efe.com/efe/castillayleon/portada/castano-sobre-los-presupuestos-2022-cs-votara-lo-mismo-que-el-pp/50000470-4701277>

<sup>7</sup> [https://www.elconfidencial.com/espana/2021-12-20/castilla-y-leon-disolucion-cortes-convoca-elecciones-13-de-febrero\\_3344394/](https://www.elconfidencial.com/espana/2021-12-20/castilla-y-leon-disolucion-cortes-convoca-elecciones-13-de-febrero_3344394/)

<sup>8</sup> Sobre el concepto de diputados tránsfugas, véase Fernández Esquer (2021).

<sup>9</sup> <https://elpais.com/espana/2021-03-18/fracasa-la-mocion-de-censura-de-psoe-y-ciudadanos-en-murcia.html>

<sup>10</sup> <https://2004.ccy.es/SIRDOC/PDF/PUBLOFI/BO/CCL/10L/BOCCL1000221A.pdf#page=3>

<sup>11</sup> <https://elpais.com/espana/2021-03-22/el-psoe-clama-por-el-cambio-en-castilla-y-leon-y-la-coalicion-de-pp-y-cs-le-acusa-de-fomentar-el-transfuguismo.html>

principalmente, como todo parecía indicar, cuando tenía la aprobación de los presupuestos para la Comunidad bien atada.

Los resultados de las elecciones de febrero de 2022 dibujaron un Parlamento castellanoleonés diferente al que había salido tras las celebradas en 2019<sup>12</sup>. El Partido Popular fue el que logró más diputados, desbancando al PSOE aunque lo siguió muy de cerca, mientras que Ciudadanos se hundió y Vox logró un fuerte grupo parlamentario. Al final, los números eran parecidos a los de 2015, con la diferencia de que el PSOE no había ganado esta vez las elecciones y Ciudadanos fue sustituido como aliado *natural* del PP por Vox. En cualquier caso, el PP se quedó muy lejos de la mayoría absoluta que dijo buscar su candidato cuando convocó las elecciones<sup>13</sup>, mientras que el buen resultado electoral de Vox le llevó a pedir la Vicepresidencia de la Junta la misma noche electoral<sup>14</sup>.

El escenario estaba servido: era imposible un Gobierno monocolor del PP y la única opción viable era una coalición gubernamental entre este partido y Vox. El acuerdo se dio el 10 de marzo de 2022, en el que también se incluía que la Presidencia de las Cortes de Castilla y León iría para la formación ultraderechista<sup>15</sup>, siendo así la primera vez que este partido ocuparía el *primer sillón* de una institución autonómica en España. Sin embargo, el Presidente de las Cortes de Castilla y León, Carlos Pollán, no siguió la costumbre parlamentaria de convocar la sesión de investidura de manera inmediatamente posterior a la designación del candidato a la Presidencia de la Junta, sino que él y su partido usaron su posición institucional para presionar en la negociación por algún alto cargo en el Gobierno de la Junta, alargando así una situación de Gobierno en funciones que no se había dado hasta la fecha en Castilla y León<sup>16</sup>. Finalmente, la situación se desbloqueó y se convocó el Pleno de investidura tres semanas después de haberse realizado la propuesta de Candidato a la Presidencia de la Junta y casi dos meses después de las elecciones.

<sup>12</sup> <https://resultados.elpais.com/elecciones/2022/autonomicas/08/index.html> / <https://www.jcyl.es/web/es/elecciones/resultados.html>

<sup>13</sup> [https://www.abc.es/espana/castilla-leon/abci-alfonso-fernandez-manueco-posible-mayoria-absoluta-aleje-sanchismo-castilla-y-leon-202112210151\\_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.newtral.es%2Fmanueco-mayoria-absoluta-hemeroteca%2F20220214%2F](https://www.abc.es/espana/castilla-leon/abci-alfonso-fernandez-manueco-posible-mayoria-absoluta-aleje-sanchismo-castilla-y-leon-202112210151_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.newtral.es%2Fmanueco-mayoria-absoluta-hemeroteca%2F20220214%2F)

<sup>14</sup> <https://www.leonoticias.com/elecciones/castilla-y-leon/abascal-cara-vicepresidente-20220213224359-nt.html>

<sup>15</sup> <https://www.elperiodico.com/es/politica/20220310/vox-presidencia-cortes-cuatro-asientos-13351420>

<sup>16</sup> [https://www.eldiario.es/castilla-y-leon/politica/vox-amenaza-manueco-detalla-organigrama-firma-segundo-acuerdo-no-tendra-investidura\\_1\\_8863433.html](https://www.eldiario.es/castilla-y-leon/politica/vox-amenaza-manueco-detalla-organigrama-firma-segundo-acuerdo-no-tendra-investidura_1_8863433.html) / <https://www.diariodeleon.es/articulo/castillayleon/manueco-vox-logran-cerrar-pacto-gobernar-junta/202203232044502204468.html>

#### 4. CONCLUSIONES

Aunque el modelo institucional autonómico es muy similar entre sí, se pueden encontrar variables entre las Comunidades Autónomas, que las diferencian entre ellas y el ámbito estatal.

Es el caso de la investidura de los Presidentes autonómicos. Casi todas las Comunidades han hecho suyo el modelo de investidura establecido en el artículo 99 CE para el Presidente del Gobierno, pero algunas dispusieron fórmulas novedosas que pueden ayudar a facilitar la elección presidencial en momentos de fragmentación parlamentaria como el que vivimos hoy en día. Así sucede con la designación automática del Presidente, vigente en Castilla-La Mancha, o el voto nominal en Asturias y País Vasco.

La particularidad común que encontramos en todas las Comunidades Autónomas, que singulariza sus investiduras del plano estatal, son los plazos para realizar la propuesta de candidato y convocar el sucesivo Pleno de debate de investidura.

En este texto se ha analizado el caso concreto de Castilla y León y, más específicamente, los problemas que ha habido en la investidura del Presidente Fernández Mañueco tras las elecciones de febrero de 2022. Esta Comunidad Autónoma regula expresamente en el Reglamento de las Cortes de Castilla y León el plazo para realizar la propuesta de candidato a la Presidencia de la Junta por parte del Presidente del Parlamento autonómico, pero no dice nada sobre el momento en el que ha de convocarse el Pleno que debata la elección del candidato.

Sin embargo, se puede interpretar de manera implícita que el plazo para la propuesta de candidato es el mismo que para la convocatoria del Pleno de investidura, de tal manera que el Presidente de las Cortes ha de convocar dicha sesión en el momento en el que realiza la propuesta de candidato.

Así ha sucedido desde que entró en vigor el actual Reglamento de las Cortes de Castilla y León, excepto tras las elecciones de 2022. Aquí el Presidente de las Cortes y su partido hicieron uso de su posición institucional para presionar en las negociaciones políticas del futuro Gobierno de coalición, por lo que se puede concluir que desoyeron lo establecido en la norma que regula el funcionamiento de la Cámara y no atendieron a la costumbre parlamentaria que se había seguido hasta entonces.

A mayor abundamiento, es muy preocupante que se haga un uso partidista de un órgano, como la Presidencia de un Parlamento autonómico, que está llamado a ser neutral y árbitro de los debates en esta sede, además de representar al conjunto de la institución, y no sólo a la formación política de la que forma parte la persona que lo encarna.

En definitiva, el caso concreto de Castilla y León demuestra una mala praxis dentro de la institución parlamentaria, que parece empeorar la crisis institucional y de representatividad que vive España. Esto también nos lleva a señalar que es necesario dejar claros los plazos parlamentarios en la norma para otorgar una mayor seguridad jurídica y evitar sucesos como el vivido en esta Comunidad Autónoma, que la llevó a un momento de impás político y a sufrir su mayor período de Gobierno en funciones desde su creación.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. (2016). «La investidura del Presidente del Gobierno y las similitudes y diferencias sobre el pluralismo político y la democracia interna de los partidos». *Revista General de Derecho Constitucional*, 22.
- ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (2016). *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Marcial Pons, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid.
- ARAGÓN REYES, M. (2017). «Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. (1993). «Investidura de los Presidentes Autonómicos y parlamentarismo negativo». *Revista Jurídica de Asturias*, 17.
- DELGADO RAMOS, D. (2013). «Breves notas sobre una cuestión controvertida: ¿es posible acortar los plazos para la investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno?». *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 26.
- 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.
- FERNÁNDEZ ESQUER, C. (2021). «Acabar con el transfuguismo sin deteriorar la democracia». *Diario El Confidencial*, 31 de mayo de 2021. Disponible en [https://blogs.elconfidencial.com/economia/tribuna/2021-05-31/acabar-transfuguismo-deteriorar-democracia\\_3106392/](https://blogs.elconfidencial.com/economia/tribuna/2021-05-31/acabar-transfuguismo-deteriorar-democracia_3106392/)
- GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M. (2010). «La forma de gobierno autonómica tras las revientes reformas de los Estatutos de Autonomía». *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 22.
- PENDÁS GARCÍA, B. (1988). «Gobierno y forma de gobierno de las Comunidades Autónomas. Reflexiones sobre el dogma de la homogeneidad y sus límites». *Documentación Administrativa*, 215.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (1978). «La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución». *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. 1. UNED. Madrid.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (1986). «Notas sobre el procedimiento de designación del Presidente del órgano colegiado ejecutivo en las Comunidades Autónomas». *Revista Vasca de Administración Pública*, 14.

## DESCENTRALIZACIÓN Y CALIDAD DEMOCRÁTICA: LA FORMA DE GOBIERNO EN LOS AYUNTAMIENTOS

ÁNGEL FERNÁNDEZ SILVA  
*Universidad de Salamanca*

SUMARIO: 1. *Descentralización como presupuesto para el buen gobierno: fundamentos político-administrativos.*—2. *El régimen jurídico del gobierno local y su marcado mimetismo.*—3. *La forma de gobierno en los ayuntamientos: las competencias del alcalde y del pleno.*—3.1 El protagonismo del alcalde. 3.1.1 La elección del alcalde. 3.1.2 Las competencias del alcalde 3.2 El pleno y las comisiones. 3.3 La moción de censura.—4. *La influencia de los partidos políticos en la forma de gobierno local.* 4.1 De los alcaldes en minoría a los gobiernos en coalición.—*Bibliografía.*

### 1. DESCENTRALIZACIÓN COMO PRESUPUESTO PARA EL BUEN GOBIERNO: FUNDAMENTOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS

Desde el constitucionalismo histórico siempre se ha buscado la división del poder para evitar la acumulación de prerrogativas en el Estado y, forzando tal ideal, como una forma de mejor gobierno. Si la división clásica de poderes —hoy más difuminada— resultaba ser para el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, no menos relevante resulta para los países descentralizados otra división vertical del poder consistente en una distribución de competencias entre los niveles territoriales del Estado, tal y como se articula en el Título VIII de la Constitución Española.

En nuestro país, esta descentralización impregna nuestra forma de Estado y de gobierno, hundiendo sus raíces en razones históricas y políticas de sobra

conocidas. No menos interesante resulta entender la descentralización como sinónimo de buen gobierno; esto es, como un derecho de la colectividad a intervenir en la gestión de sus intereses de una forma más directa. Tal ideal ha sido articulado en España gracias al principio de autonomía del art. 2 CE (enunciado como derecho, incluso, para nacionalidades y regiones) pero sobre todo, para lo que nos interesa, como garantía de autonomía también para las entidades locales (arts. 137 y 140 CE). De hecho, autores como Ferrando Badiá (1977, 10) –citando a De Virga o De Vergottini– destacaban como ventajas de la descentralización una mejor adecuación de la acción estatal a las necesidades de los ciudadanos; o el propio acercamiento de los ciudadanos al Estado. En un sentido similar se puede defender cómo en España descentralizamos el poder para conseguir integración política y eficacia en la gestión (Martín de la Vega, 2018, 131).

Además, y sin ánimo de desviarnos del tema, estas formas de gestión más cercanas al ciudadano combaten una de las actuales patologías de nuestro sistema: la crisis de representación y la desconfianza hacia las instituciones, siendo el ámbito local donde se han desarrollado experiencias más intensas de gobierno abierto e instituciones de la denominada democracia participativa<sup>1</sup>. La Administración se legitima en la medida en que cumple adecuadamente su función de servicio a la sociedad, al resolver por ende *los problemas sociales* (Merino, 2010, 985). La relación representante-representado resulta mucho más íntima en el ámbito local, y ello es debido no sólo a la cercanía física y tradición de las entidades locales, sino sobre todo al carácter cotidiano de las competencias que ejercen<sup>2</sup>.

Hoy parece claro, siguiendo a diversos autores, que la autonomía local consagrada en el art. 140 CE va más allá de una mera autonomía administrativa, pues los Ayuntamientos ejercen verdaderas competencias políticas y constituyen la primera Administración frente a la que reivindicar demandas e intereses por parte de la ciudadanía. Para algunos autores, el reconocimiento de los entes locales como verdaderos gobiernos deriva no sólo de su autonomía sino de su carácter democrático (Díez, 2019, 115; Salvador, 2019, 32). Los Ayuntamientos ejercen poder político –y por ende poder del Estado– porque sus dirigentes son elegidos democráticamente; de lo contrario serían meras Administraciones al servicio del Estado. Su autonomía es cualitativamente superior a

<sup>1</sup> Sobre el particular: RAMÍREZ (2014, 177-210).

<sup>2</sup> Las competencias propias se establecen en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Una lista que no se agota, ya que se ve ampliada por las competencias delegadas previstas en el artículo 27 de la misma norma, así como por otros procesos de transferencia de competencias a entidades locales fruto del desarrollo autonómico de normativas sobre el régimen local.

la de la provincia como consecuencia de la elección directa de los concejales, o por tener legitimidad democrática absoluta y directa (Velasco, 2004, 126). Por este motivo quizás, los entes locales mantienen una autonomía singular e indispensable para entender la forma de gobierno no sólo a nivel local sino en todo el país, pues ya desde el siglo XIX la propia existencia de los municipios entroncó más con el origen democrático del poder que con una mera división administrativa del mismo (Ortega, 2011, 271).

Sin embargo, esta filosofía ‘descentralizadora’ como sinónimo de buen gobierno contrasta, como se verá, con la actitud expansiva del legislador estatal en la regulación de las bases del régimen local, lo que ha causado cierta homogeneidad en la forma de gobierno de los ayuntamientos. Al mismo tiempo, dicha autonomía local se ve ligeramente distorsionada no sólo en lo jurídico, sino también por la influencia de los partidos y sus direcciones en la formación de listas electorales y la decisión de pactos o coaliciones de gobierno de ciudades importantes.

## 2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL GOBIERNO LOCAL Y SU MARCADO MIMETISMO

Es lugar común en nuestra disciplina afirmar que el marco local se caracteriza por una fuerte homogeneidad o uniformidad (Jiménez, 2003, 73), pues el régimen de los Ayuntamientos –pese a su autonomía– aparece configurado en buena medida en normas de carácter estatal como la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) y la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG). Este es un problema que atañe más bien a nuestro sistema de fuentes y que no es exclusivo del régimen jurídico local pero que, en la práctica, ha dejado en manos del legislador autonómico la regulación de cuestiones accesorias de las entidades locales, como ha señalado algunos autores (Salvador, 2019, 21; Jiménez, 2003, 74). El legislador estatal se ha excedido en la regulación del marco jurídico local dejando escaso margen a las autonomías pues, en sentido contrario, de haber concedido cierto espacio al legislador autonómico nos encontraríamos probablemente con una mayor diversidad.

Dicha actitud expansiva del legislador estatal en la determinación del régimen jurídico local también ha mermado la autonomía local. Este principio se manifiesta en la capacidad de autoorganización de los ayuntamientos, pero también su autonomía normativa, lo que se suele plasmar en los reglamentos orgá-



nicos y de funcionamiento propios, actuando el ROF<sup>3</sup> como instrumento estatal de referencia. Como ha indicado Sánchez Morón (2011, 373), se ha dejado poco espacio a los citados reglamentos locales vinculados a la LBRL, ocasionando una estructura municipal que es similar en todo el territorio nacional.

Por ende, puede resultar hasta cierto punto incoherente con la autonomía local consagrada en la Constitución Española el hecho de que, como se verá, la legislación estatal influya decisivamente en la forma de gobierno de nuestros ayuntamientos, algo que sucede con menor intensidad en el caso de las autonomías, cuya homogeneidad en el diseño institucional y electoral se ha debido en muchos casos a falta de creatividad y pereza del legislador autonómico. Esto sucede muy en particular en el caso del régimen electoral y político, donde se encuentran grandes semejanzas en el grueso de autonomías entre sí y a su vez con la regulación estatal (Gavara, 2007, 2; Fernández Esquer, 2022, 273).

Cabría preguntarse, por lo anterior, si la autonomía local es de menor intensidad o calidad que la autonómica y, en ese caso, si este hecho es consecuencia de las previsiones constitucionales u otros condicionantes. La primera diferencia entre ambas es la indefinición o indeterminación constitucional de la autonomía local<sup>4</sup>, esto es, que la misma no aparece constitucionalmente definida, lo que también indica la propia fragilidad del concepto y la necesidad de trazar garantías sobre la misma (Salvador, 2019, 27). De ello se derivan como mínimo tres consecuencias; la primera y más evidente es que será el legislador estatal el que determine el contenido de dicha autonomía local, como acertadamente analiza la autora<sup>5</sup>, a diferencia de lo que ocurre con las autonomías, cuyas competencias aparecen –aunque de forma algo confusa– reconocidas en el Texto Constitucional.

El segundo problema o consecuencia de la citada indeterminación de la autonomía local es el de sus límites. Parece claro que dicha autonomía tiene como límite su propio reconocimiento constitucional (Fossas y Velasco, 2008, 323), del que se deriva un *núcleo esencial* indisponible para el legislador<sup>6</sup>. Una tercera consecuencia es que ha sido la jurisprudencia constitucional, quien ha perfilado las características de dicha autonomía. Al respecto, aunque inicialmente el TC consideró la autonomía local como meramente ad-

<sup>3</sup> Real Decreto 2568/1986

<sup>4</sup> Op cit. p. 32.

<sup>5</sup> Op. Cit. pp. 27 y ss.

<sup>6</sup> Para el TC, la garantía institucional de la autonomía local «no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado (...) sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 32/1981).

ministrativa<sup>7</sup>, pronto cambió de parecer en las STCS 5/1983 y 193/1988 reconociendo la vocación política de los entes locales.

Por lo anterior, el diseño institucional y el funcionamiento del gobierno local se han caracterizado por la homogeneidad, con algunas excepciones, en buena medida porque la legislación estatal básica ha desarrollado su arquitectura dejando escaso margen para autonomías y para las propias entidades locales. Pero, más concretamente, la mencionada Ley de bases regula con detalle —a pesar de su carácter básico— cuestiones fundamentales para el funcionamiento de las entidades locales como los órganos necesarios, las competencias del pleno y del alcalde, configurándolas prácticamente como *números clausus*, o los servicios públicos que un ayuntamiento debe proporcionar en función de su población. Al respecto, el Libro Blanco para la reforma del Gobierno Local<sup>8</sup> nos recuerda que *«el componente fundamental de «lo materialmente básico» (en referencia a la competencia estatal) se halla constituido por aquellas cuestiones más estrechamente relacionadas con la delimitación de la autonomía constitucionalmente consagrada, a saber, la estructura orgánica y —sobre todo, competencial de municipios y provincia»*, una consideración que, según el citado texto, aparece avalada por el TC<sup>9</sup>.

No cabría admitir, por ende, que el legislador autonómico le atribuyera competencias de entidad al pleno o al alcalde, pues la legislación básica ha agotado el elenco de competencias repartidas. Como se ha defendido, la actitud expansiva del legislador estatal también puede reducir la potestad de autoorganización de las propias entidades locales, y no resulta muy coherente con el principio de descentralización que impregna todo el Título VIII de la Constitución. Lo habitual en Estados federales es que el régimen local sea competencia del nivel territorial intermedio —en nuestro caso las autonomías— y no de la federación. Aunque algunos Estatutos de Autonomía han regulado cuestiones relativas a las entidades locales, la mayoría repiten cuestiones contenidas en la legislación estatal (garantía de autonomía, competencias atribuidas al municipio, elección directa de concejales por sufragio universal) o bien se refieren a cuestiones accesorias del régimen local como las agrupaciones de municipios, las mancomunidades y las comarcas, por lo que la capacidad de innovación del Estatuyente o del legislador autonómico siguen siendo reducidas. Ejemplos de lo anteriormente señalado lo constituyen el Estatuto Catalán (se refiere en el Capítulo VI al gobierno local) o el andaluz (arts. 60, 91 y 92).

<sup>7</sup> En las STCS 4/1981 y 32/1981

<sup>8</sup> *Libro Blanco para la reforma del Gobierno Local*, Ministerio de Administraciones Públicas (2005, 30).

<sup>9</sup> SSTC 32/1981, FJ 5.º; 214/1989, FJ 1.º; STC 33/1993, FJ 3.º, etc.

Asimismo, la influencia de las cuestiones contenidas en la LOREG hacia la forma de gobierno local resulta decisiva, pues se regulan con detalle cuestiones como la elección del alcalde, la moción de censura o la cuestión de confianza; aspectos que resultan determinantes para el devenir de todo mandato representativo. En este sentido, si bien la legislación estatal encuentra su justificación en la competencia del Estado para regular las bases del régimen local ex. art. 149.1.18, creo que la Ley orgánica de régimen electoral se ha excedido en el desarrollo de los aspectos esenciales del derecho de participación, o en lo que comúnmente pueda considerarse como régimen electoral «general», pues perfectamente podía haber concedido margen al legislador autonómico para innovar en el diseño de la moción de censura y la cuestión de confianza. Es decir, si el principio de autonomía inspira la forma de Estado en nuestro país y justifica la propia existencia de autonomías y ayuntamientos, no parece muy coherente utilizar las fuentes del derecho para estrechar dicha autonomía normativa.

### 3. LA FORMA DE GOBIERNO EN LOS AYUNTAMIENTOS: LAS COMPETENCIAS DEL ALCALDE Y DEL PLENO

Concluido el análisis del marco jurídico, se propone en estas líneas reflexionar sobre la forma de gobierno en los Ayuntamientos de tamaño mediano y grande o de régimen común, pues la misma incluye rasgos presidencialistas y elementos de nuestro parlamentarismo racionalizado<sup>10</sup>. Quizás haya que apuntar una consideración previa de índole teórica, porque el significado de *forma de gobierno* ha resultado poco pacífico al no estar del todo claro qué cuestiones incluye<sup>11</sup>. Particularmente, si el término sólo se refiere a la distribución del poder entre los órganos, o también incluye la forma; esto es, el resultado del ejercicio de tal poder.

Por esto mismo reflexionaremos, en primer lugar, sobre el ejercicio del poder por parte de los principales órganos administrativos y su relación: el al-

---

<sup>10</sup> Entiéndase aquí ‘parlamentarismo’ como forma de gobierno en la que órganos colegiados –con una composición determinada por el resultado electoral– tienen la potestad de adoptar decisiones, controlar y normalmente elegir al gobierno, y aprobar normas, como es el caso del pleno y las comisiones informativas en los ayuntamientos, siendo conscientes de que a nivel local no existirá ningún Parlamento en la medida en que no existe un poder legislativo.

<sup>11</sup> MORTATI (1973) define la forma de gobierno como «el modo en que se distribuyen y organizan las distintas funciones del estado entre los diversos órganos constitucionales», y de Vergottini pone el acento en el «modo en que la titularidad y el ejercicio de las funciones soberanas se reparte entre los órganos constitucionales»:

calde y el pleno, pero será importante también referirse a la dinámica del sistema de partidos y su influencia en la forma de gobierno local. En nuestro análisis, es evidente que debemos dejar al margen los municipios que funcionan bajo el régimen de concejo abierto (art. 29.3 de la LBRL y art. 2.1 del ROF) por resultar un régimen especial y bien diferenciado del régimen general<sup>12</sup>. Del mismo modo y como se verá, los ayuntamientos pequeños mantienen singularidades con respecto a los medianos y grandes, aun no funcionando bajo concejo abierto.

En lo jurídico, también existe cierta dicotomía entre municipios de gran población y el resto, introducida en buena medida por la Ley 57/2003. Las diferencias se observan en las competencias de los órganos, es decir, en lo regulado en la LBRL, no en la elección del alcalde, la moción de censura y cuestión de confianza, cuestiones reguladas para todos ellos en la LOREG, con la excepción de los municipios de menos de 250 habitantes. Al principio, el planteamiento del legislador pareció consistir en hacer un selecto grupo de municipios de gran población cercanos o superiores a los 500.000 habitantes pero, al final, se ha dispuesto un sistema casi a la carta en el que hay más de sesenta municipios de gran población, algunos de menos de 80.000 habitantes, como es el caso de Mijas, Gandía o Ferrol.

Por lo anterior, creo que la verdadera distinción en la forma de gobierno a nivel local no es consecuencia de la división jurídica entre concejo abierto, régimen común y municipios de gran población. Las diferencias se establecen en función del tamaño del municipio; es decir, entre municipios pequeños por un lado; medianos o grandes por otro; y los muy grandes por último (prácticamente sólo Madrid y Barcelona, de régimen especial<sup>13</sup>). El problema es que resulta complejo encasillar a los municipios en tales grupos en función de

---

<sup>12</sup> Se establece, junto al régimen general (gobierno del municipio por el Ayuntamiento), un régimen de Gobierno y la administración municipal especial en la que el gobierno y administración se ejercerá por una Asamblea integrada por todos los electores existentes en el municipio y por el Alcalde elegido directamente por ellos. Dicha asamblea tiene capacidad para decidir sobre las competencias atribuidas a dicho municipio, en una suerte de régimen de democracia directa aunque asistida evidentemente por funcionarios. Así, el art. 29.3 de la LBRL indica: en el régimen de Concejo Abierto, el gobierno y la administración municipales corresponden a un Alcalde y una asamblea vecinal de la que forman parte todos los electores.

<sup>13</sup> En cuanto al primero, el Estatuto de Autonomía de Madrid (art. 6) reconoce la posibilidad de que exista un régimen especial para la villa, derivado como es lógico de su condición de capital del Estado. Por lo anterior, se aprobó la Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y régimen especial de Madrid, que establece algunas diferencias en cuanto al funcionamiento y, sobre todo, estructura del Ayuntamiento, pues entre otras cosas existen una serie de Juntas y Concejales de Distrito que no abundan en el panorama local español. En el caso de Barcelona, también existe un régimen especial desarrollado, por un lado, en la Ley autonómica 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, y en la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona, en este caso tratándose de legislación estatal.

rangos de población, pero sólo con carácter aclaratorio consideraremos municipios pequeños a los de menos de 1.000 habitantes.

El principal rasgo distintivo de este tipo de municipios pequeños –en cuanto a su forma de gobierno– es que el alcalde es una figura aún más relevante que en los municipios medianos y grandes, al concentrar mayores competencias o renunciar a la delegación de muchas de ellas por cuestiones prácticas. Es decir, no sólo existen menos concejales y menos órganos en los que delegar, es que además no resulta habitual que existan concejales delegados (un concejal de cultura, un concejal de urbanismo, etc.). Tampoco es habitual constituir comisiones informativas por razón de la materia o junta de gobierno local, lo que concentra toda labor de control y fiscalización política en el pleno. De lo anterior también se deriva una consecuencia jurídico-política relevante: una menor producción normativa por parte del pleno<sup>14</sup>, y un menor sentido político del mismo (que no debate tan habitualmente mociones políticas como sí lo hacen ayuntamientos medianos).

Las diferencias no terminan ahí, pues la dinámica partidista en los municipios pequeños es sensiblemente inferior: no se constituyen grupos políticos, muchos concejales no están afiliados, y la dirección del partido mantiene una influencia sensiblemente inferior sobre la política de pactos o la formación de listas electorales<sup>15</sup>. En estos ayuntamientos, la estructura administrativa está concentrada y es muy reducida (pocos superan los diez funcionarios y algunos subsisten con dos, siendo únicamente obligatorio contar con un Secretario-Interventor), lo que incide en la concentración de poder en el alcalde ya mencionada.

Por otro lado y siguiendo con la clasificación efectuada, vamos a prestar especial atención a la forma de gobierno en municipios de carácter mediano y grande, pues no sólo comparten muchos caracteres sino que concentran buena parte de la población española<sup>16</sup>. En este sentido, la LRBRL considera órganos ‘necesarios’ en los ayuntamientos el alcalde, el pleno, la junta de gobierno local y los tenientes de alcalde, si bien en la práctica y como se verá las comisiones informativas juegan un papel esencial en la actividad municipal ordinaria. Para Fossas y Velasco (2008, 329), la redacción inicial de la LRBRL optó por una concepción ‘corporativa’ de la forma de gobierno local, al atribuir *«decisiones locales e incluso cotidianas a los plenos,*

<sup>14</sup> El número y extensión de las ordenanzas municipales en municipios pequeños es sensiblemente inferior al de los medianos y grandes, probablemente porque los asuntos que deben regular no sólo sean menor en número y tamaño, sino también en complejidad.

<sup>15</sup> En este sentido, son los candidatos quienes ‘hacen un favor’ al partido presentándose en el municipio bajo sus siglas.

<sup>16</sup> En España existen en la actualidad (2022) un total de 8.131 municipios, de los cuales 4.991 tienen menos de 5.000 habitantes. Sin embargo, el 40% de la población vive en municipios de más de 100.000 habitantes. Sólo en Castilla y León encontramos 2.248 municipios, de los cuales 721 tienen menos de 100 habitantes.

*donde están representados los distintos partidos políticos».* Como veremos a continuación y recuerdan algunos autores (Jiménez, 2003), las distintas reformas del régimen local reforzaron las competencias del alcalde y tendieron hacia la ‘parlamentarización’ del pleno, perdiendo éste órgano competencias administrativas.

En este sentido, parece que el legislador intentó quebrar de alguna forma la homogeneidad que había caracterizado hasta 2003 la regulación del régimen local, introduciendo elementos que recuerdan más a una forma parlamentaria de gobierno en los municipios de gran población, pero también indirectamente en los de régimen común. La reforma pareció confirmar dos tendencias que se venían produciendo y que el tiempo ha confirmado: la progresiva parlamentarización, y la diversificación de las formas de gobierno, fenómenos ya apuntados (Díez, 2019, 117). Dichas tendencias ya se habían manifestado en sendas reformas de la normativa local a finales de la década de los 90, introduciéndose –en la LBRL– la figura de los grupos políticos y, a través de la LOREG, la moción de censura y la cuestión de confianza.

El legislador trató de mejorar, de esta forma, los contrapesos del gobierno municipal con el refuerzo del pleno y la introducción de las comisiones informativas, órganos fundamentales de fiscalización. Sin embargo, también se reforzaron algunas competencias ejecutivas del alcalde que antes pertenecían sin mucho sentido al pleno, por lo que su figura ni mucho menos perdió protagonismo. Se introdujo, al mismo tiempo, la figura del concejal no adscrito, quebrando la obligatoriedad de pertenecer a un grupo político, aunque esto pudiera ocasionar problemas en la distribución inicial de fuerzas.

La reforma no consiguió la apertura de un mayor margen de decisión autonómico o local en torno a la organización municipal, aunque sí estableció *diferencias organizativas entre los municipios de régimen común y los municipios de gran población* (Díez, 2019, 118). Como indica Sánchez Morón (2011, 372), el legislador estatal estableció una regulación exhaustiva de la organización municipal, más detallada incluso que en el caso de los municipios de régimen común. En este sentido, evidentemente, el funcionamiento de los ayuntamientos se aparta del funcionamiento de los gobiernos autonómico y estatal. Como se ha defendido, las diferencias apuntadas impiden trazar un paralelismo efectivo entre la forma de gobierno estatal y autonómica de un lado, y la local por otro (Salazar, 2007, 113). A pesar de lo anterior, si entendemos el pleno como un órgano ‘quasilegislativo’ y de rendición de cuentas, podemos trazar un paralelismo entre éste y el Parlamento. El pleno sería el órgano que otorga la confianza al alcalde y que, por lo mismo, se la puede retirar, pues anualmente además debe aprobar un presupuesto como instrumento básico de gobierno para el alcalde y su equipo.

Por lo anterior y por lo que veremos, podría parecer que la forma de gobierno local se aparta poco de lo que entendemos como parlamentarismo racionalizado. Sin embargo creo que en un país que, como el nuestro, ha abrazado dicho parlamentarismo en los ámbitos autonómico y estatal, la forma de gobierno local es la menos *parlamentarizada* de nuestras formas de gobierno por el protagonismo del alcalde. Es decir, desde el punto de vista político pero también jurídico, el regidor municipal tiene un protagonismo superior a nivel local de lo que lo tiene el presidente a nivel estatal o autonómico; y mantiene una autonomía respecto del pleno superior de la que puede gozar el ejecutivo respecto de un Parlamento, no resultando tan complejo un gobierno del alcalde en minoría, como se verá.

La tesis aquí defendida pivota sobre la idea de que la Administración Local se encuentra jerarquizada –como cualquier otra– aunque en la cúspide se sitúan dos cabezas: el alcalde y el pleno. Entre ellas rige una relación de competencia y no de jerarquía (Velasco y Díez, 2008, 49). En este sentido, existe una menor dependencia del equipo de gobierno municipal hacia la aprobación o modificación de reglamentos y ordenanzas (competencia del pleno), pues tales instrumentos normativos resultan mucho más estables que la legislación estatal o autonómica. La capacidad de innovación –dentro de nuestro ordenamiento– de las leyes, las convierte en un instrumento fundamental para la acción política de los gobiernos, lo que convierte al Parlamento en un elemento central del debate político (a lo que debemos sumar la incidencia de las reservas de Ley en el desarrollo de determinadas materias). Sin embargo, dicha centralidad no se da con tanta intensidad para el caso del pleno municipal, ni tampoco las ordenanzas resultan tan relevantes para la acción política del gobierno local.

La autonomía y el protagonismo del alcalde anteriormente mencionados, como se verá, se manifiestan en la particular concepción de la cuestión de confianza vinculada a los presupuestos, pero también en el hecho de que el alcalde ejerza la presidencia del propio pleno, diluyendo así su confrontación directa con la oposición. Por último, y aunque prestaremos menos atención en estas líneas, no menos importante resulta la forma de elección del alcalde. El sistema escogido por el legislador orgánico no se basa en la lógica presidencialista (elección directa), aunque tampoco nítidamente en la parlamentaria. Como es sabido, el alcalde es elegido por el pleno, y en ausencia de mayoría absoluta de votos de concejales<sup>17</sup> es el candidato de la lista más votada (votos populares) quien es proclamado alcalde, estableciéndose así una singularidad con respecto al régimen estatal y a los autonómicos.

---

<sup>17</sup> Según el art. 196 de la LOREG, si un cabeza de lista obtiene en primera vuelta mayoría absoluta de votos de concejales es proclamado alcalde.

### 3.1 El protagonismo del alcalde

El protagonismo del alcalde y el elenco de competencias que le otorga la citada LBRL (art. 124), llegando incluso a presidir y moderar las sesiones del pleno, puede hacernos pensar que el gobierno de los Ayuntamientos se inclina hacia el semipresidencialismo. Sin embargo tales prerrogativas se deben conjugar con las competencias del pleno y la actividad casi diaria de las comisiones informativas. Además, la existencia de mecanismos de control como la moción de censura y la cuestión de confianza hacen descansar en el pleno –y por ende en todos los concejales– la posible destitución del mismo.

En términos político-electorales no se entiende la figura del regidor sin atender a la naturaleza de su elección. Sin embargo, el hecho de que la LOREG no haya optado por una elección directa del mismo –como se verá– creo que no ha impedido una consideración personalísima del cargo. La elección directa hubiera sumado un importante rasgo presidencialista sobre el sistema, y sería en mi opinión incompatible con la actual configuración de la moción de censura y cuestión de confianza, constituyendo este un nuevo argumento para advertir la parlamentarización parcial de la forma de gobierno local.

Como indican algunos autores desde el punto de vista de la ciencia política (Martínez-Fuentes, 2010, 147-160), se entremezclan aquí dos vertientes sobre la figura: una consideración personalísima del cargo y la influencia partidista en las elecciones locales. Además, en municipios grandes y especialmente en las capitales de provincia, aunque con conocidas excepciones, el alcalde aparece muy ligado al aparato de los partidos y apenas escapa de la política estatal o autonómica de pactos; pero en municipios medianos y pequeños destaca la lógica presidencialista y localista del alcalde, una evidencia que impide hablar de una única forma de gobierno a nivel local a pesar de la mencionada tendencia hacia la uniformidad por la influencia de la legislación estatal.

#### 3.1.1 LA ELECCIÓN DEL ALCALDE

En primer lugar, y en cuanto a la elección del mismo, a pesar de que el art. 140 CE admita la posibilidad de la elección directa del regidor por parte de los vecinos, junto a la posibilidad de que sea elegido por los concejales, la LOREG en su art. 196 optó por la segunda opción. La citada Ley orgánica determina que será alcalde el cabeza de lista que cuente con la mayoría absoluta de los votos de los concejales. Si no hubiera mayoría absoluta, será proclamado alcalde el candidato que encabece la lista de la formación que haya obtenido



mayor número de votos populares en las elecciones<sup>18</sup>. En ambos casos, según el art. 196 'a', sólo se permite que sea candidato a alcalde el que encabece una lista electoral, salvo en los municipios de menos de 250 habitantes.

De esta forma, si ningún candidato obtiene mayoría absoluta de concejales, el legislador 'premia' las listas electorales<sup>19</sup> con mayor número de votos populares, sin prestar demasiada atención a la mayoría de gobierno necesaria para sacar adelante previsiones normativas tan relevantes como los presupuestos, las ordenanzas y los reglamentos, que debe aprobar el pleno por mayoría simple. En primer lugar, se trata de un sistema que prima la formación de gobierno frente a la gobernabilidad, pues de esta forma la elección del alcalde se produce en todo caso, evitando así mandatos 'fallidos' sin nombramiento de regidor. En segundo lugar, estamos ante un sistema que se aparta de la lógica parlamentaria en la segunda de sus posibilidades pues, en ausencia de mayoría absoluta de concejales, es el candidato de la lista más votada (votos populares) quien ostenta la alcaldía, estableciéndose una singularidad para el régimen local que no encuentra parangón en los sistemas electorales autonómico o estatal.

El sistema de elección del alcalde mantiene importantes diferencias, por tanto, con el sistema de mayorías parlamentarias para la elección del presidente del gobierno previsto en el art. 99 CE, pues en este último caso se procura no sólo la elección de un presidente, sino la comprobación de una mayoría parlamentaria suficiente para procurar la estabilidad del Ejecutivo, algo que no ocurre en el caso del gobierno municipal. Por ende, podemos decir que el sistema escogido por la LOREG no se basa en la lógica parlamentaria, pues el legislador perfectamente podía haber entendido que, en ausencia de mayoría absoluta, se requiriera para la elección del alcalde la mayoría simple de votos de concejales por una simple analogía con el sistema estatal.

Sin embargo, tampoco ha optado el legislador por un sistema más propio de un régimen presidencialista como la elección directa del regidor, a pesar de que la Constitución ampara tal posibilidad, haciendo descansar la gobernabilidad en el pleno y dotándole de mecanismos de petición de responsabilidad más propios de un sistema parlamentario, como la moción de censura o la cuestión de confianza.

<sup>18</sup> En los Municipios comprendidos entre 100 y 250 habitantes pueden ser candidatos a Alcalde todos los Concejales; si alguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta de los votos de los Concejales es proclamado electo; si ninguno obtuviese dicha mayoría será proclamado alcalde el Concejale que hubiere obtenido más votos populares en las elecciones de Concejales.

<sup>19</sup> Listas electorales cerradas y bloqueadas donde, evidentemente, el poder de la jerarquía del partido es muy grande a la hora de constituir las mismas.

A pesar de la consolidación del sistema señalado para la elección del alcalde a través de concejales —cuya vigencia ha superado los veinte años— no son pocas las voces del ámbito académico y político que han reclamado un sistema de elección directa que refuerce la legitimidad democrática del cargo y, al mismo tiempo, que otorgue una mayor estabilidad en situaciones de crisis del modelo de partidos como la vivida recientemente. Para los objetivos del trabajo no es preciso entrar en este debate, aunque se debe apuntar el carácter personalísimo del cargo de alcalde, figura que en muchos casos trasciende de siglas políticas. Este protagonismo y liderazgo individual aparece en tensión con la mencionada influencia de los partidos en la forma de gobierno (Pano, 2010, 147; Carrillo, 1989, 29-46).

Parece, por tanto, que el legislador no ha querido encasillar el gobierno local en ninguno de los dos sistemas puros, trazando aquí una singularidad que no ha evitado una fuerte influencia partidista en la elección de listas, candidatos y posibles alianzas de gobierno. Como se ha señalado (García, 2011, 213) *«la diferencia no es irrelevante, ya que la implantación de un sistema de elección directa en toda su extensión requeriría una profunda modificación del sistema electoral que afectaría incluso al esquema de organización y funcionamiento de las entidades locales»*

### 3.1.2 LAS COMPETENCIAS DEL ALCALDE

Por otro lado y en cuanto a sus competencias, el alcalde ejerce la representación del municipio, nombra a los tenientes de alcalde, dirige la política y la administración local, dicta resoluciones dentro de sus competencias sin necesidad de la posterior aprobación por parte del pleno, y ejerce el resto de competencias mencionadas en el art. 124 de la LBRL. Al respecto, buena parte del impulso político del gobierno municipal reside en los tenientes de alcalde y concejales, aunque tales delegaciones de facultades de gobierno se producen por la mera voluntad del alcalde, pudiendo ser revocadas en cualquier momento.

Las competencias del alcalde no terminan ahí pues, curiosamente, tiene la potestad de convocar, presidir y moderar los plenos municipales. Aunque esta previsión pueda parecer de carácter simbólico, en mi opinión estamos ante un rasgo de una forma de gobierno quasipresidencialista. El alcalde gestiona los tiempos y tiene la capacidad de decidir si interviene o no en los distintos asuntos que debate el pleno, cerrando el turno de intervenciones si así lo desea.

En la práctica, no es el alcalde el que necesariamente rinde cuentas y debate con los portavoces de la oposición en el órgano fiscalizador por exce-

lencia (el pleno), sino que lo más habitual es que delegue tales previsiones en los portavoces o concejales delegados del equipo de gobierno. Es decir, mientras que nuestra forma parlamentaria de gobierno facilita que el presidente del Gobierno rinda cuentas ante el Parlamento y se someta a preguntas de la oposición, en los ayuntamientos la responsabilidad política del alcalde ante el pleno queda bastante difuminada si el mismo decide delegar –como es habitual– en los portavoces y concejales de su equipo.

Algunas voces han indicado que tal particularidad de la forma de gobierno local reside en la inexistencia de la separación de los poderes legislativo y ejecutivo (Salazar, 2007, 113), por lo que no existe base jurídica o política para que el alcalde rinda cuentas ante el pleno, dado que las competencias que ejerce se fundan en el principio de competencia, siendo independientes en muchos casos a las competencias ejercidas por el pleno. Dicho de otra forma, existe un modelo de distribución legal de poder entre los órganos municipales que no se apoya en la jerarquía de uno (pleno) frente a otros (alcalde, concejales), sino en el principio de competencia<sup>20</sup> (Velasco y Díez, 2008, 49). Dicho de otra forma, no se produce una vinculación tan íntima entre alcalde y pleno en términos de gobernabilidad, pues el primero no necesita del segundo para ejercer sus competencias. Mientras que a nivel estatal la función de mayoría de gobierno de nuestro Parlamento nos indica que la gobernabilidad de la nación depende en buena medida de la estabilidad de las alianzas parlamentarias del Gobierno, dicha relación aparece mucho más difuminada en el caso de los ayuntamientos.

Siguiendo aquella concepción más profunda de la forma de gobierno que también atiende el resultado, esto es, el cómo se nos gobierna; se puede decir que el alcalde es el órgano y actor principal para el gobierno del municipio, pues desde el punto de vista mediático pero también administrativo concentra las prerrogativas más relevantes con independencia del pleno y ejerce la máxima autoridad y representación del municipio. Es decir, resulta mucho más común por parte del electorado y la opinión pública juzgar la actuación del alcalde y no del gobierno municipal en su conjunto, a diferencia de lo que puede ocurrir con el gobierno de la Nación. Lo anterior también se explica porque a nivel local la relación entre gobierno y administración es muy estrecha, si bien conviene diferenciarse. Es el equipo de gobierno, junto a los concejales de la oposición, quienes conforman el pleno, y no representantes ajenos al gobierno como sucede en las cámaras legislativas. Es decir,

---

<sup>20</sup> Aunque dicho principio no impide esta rendición de cuentas, pues los poderes Legislativo y Ejecutivo tampoco coinciden en las funciones o competencias, siendo precisamente una de las funciones de Parlamento la de control al Gobierno. Estamos, por tanto, ante otro elemento que desnaturaliza parcialmente la forma parlamentaria de gobierno al ejercerse sobre el alcalde una rendición de cuentas más atenuada.

la relación no se da entre un poder ejecutivo (gobierno) y otro quasilegislativo (pleno), si no entre el equipo de gobierno y la oposición.

### 3.2 El pleno y las comisiones

El funcionamiento del Pleno y las Comisiones Informativas nos recuerdan a un parlamentarismo más propio de órganos legislativos. Esto ha permitido que estos órganos ejerzan cierta función de control al gobierno municipal –como si del Parlamento se tratara– pero su potestad reglamentaria no resulta tan determinante para la forma de gobierno como la función legislativa del Congreso, pues el alcalde siempre mantiene la competencia de dictar resoluciones sin necesidad de la posterior aprobación por el pleno.

En este sentido, las comisiones informativas ejercen en la práctica una labor semanal de control y fiscalización del gobierno municipal, pues a ella le son remitidos asuntos que posteriormente son adoptados bajo la forma de resolución de alcaldía o propuestos para su aprobación en pleno. Resulta obligatorio que la comisión apruebe el dictamen que posteriormente el pleno debate, un funcionamiento que nos recuerda al trabajo que las comisiones parlamentarias realizan con carácter previo al debate y la decisión del pleno. De este modo, el pleno también asume el deber de controlar políticamente la actuación del equipo de gobierno, adoptando al mismo tiempo decisiones administrativas de especial importancia o trascendencia para el municipio (Parejo, 2014, 11-20), y debatiendo mociones de contenido político. Las atribuciones del pleno aparecen reguladas en el art. 123 de la LBRL, destacando las funciones de control y fiscalización, la aprobación de reglamentos tanto de naturaleza orgánica como el resto de ordenanzas y reglamentos municipales, y otras<sup>21</sup>.

Por ende, el pleno no sólo ejerce funciones administrativas de relevancia, sino que también es el órgano político fiscalizador por excelencia y mantiene funciones político-deliberativas al permitir a los grupos presentar y debatir mociones. Al respecto, resulta habitual que los grupos políticos presenten mociones políticas ante el pleno, como si de proposiciones de Ley (o no de ley) se tratara, excediendo incluso de las propias competencias municipales<sup>22</sup>. Merece la pena

---

<sup>21</sup> La aprobación de los presupuestos, de la plantilla de personal, la autorización de gastos en las materias de su competencia, la determinación de los ingresos fiscales del ayuntamiento, la determinación de las formas de gestión de los servicios, así como el acuerdo de creación de organismos autónomos, de entidades públicas empresariales y de sociedades mercantiles, etc.

<sup>22</sup> Una nueva muestra de que los ayuntamientos ejercen una verdadera autonomía política y no solo administrativa es el contenido de la mociones debatidas por los plenos de los ayuntamientos, que en un

reflexionar sobre la naturaleza jurídica de tales mociones, pues no queda claro si el gobierno municipal queda obligado al cumplimiento de las mismas en todo caso, o sólo cuando el contenido aprobado resulta una competencia del pleno.

En mi opinión, y atendiendo al régimen de competencias establecido en la LRBRL, pero también atendiendo al principio de competencia, no resultarían de obligado cumplimiento para el gobierno local las mociones aprobadas por el pleno cuyo contenido resulte competencia del alcalde. Por ejemplo, una moción aprobada por el pleno que solicite el cambio de nombre de una calle o el nombramiento de un hijo predilecto de la ciudad sólo supondría una sugerencia al órgano que realmente ejerce esa competencia, que no es otro que el alcalde. Como del mismo modo sería nula de pleno derecho una resolución de alcaldía aprobando los presupuestos municipales o un reglamento, siendo esta una competencia que corresponde al pleno.

En el funcionamiento de tales órganos ‘quasilegislativos’ adquieren un importante protagonismo los grupos políticos municipales, pues salvo contadas excepciones el voto a los asuntos se produce ‘en bloque’, y es el portavoz del grupo político el que suele decidir (con o sin participación del resto de sus concejales compañeros) tanto el sentido del voto como el portavoz de su grupo para los distintos asuntos<sup>23</sup>. Al mismo tiempo, los portavoces también designan representantes en los principales órganos y comisiones municipales en una proporción similar a la distribución de concejales en el pleno que resulta consecuencia de los resultados electorales.

### 3.3 La moción de censura

La moción de censura a nivel local regulada en el art. 197 de la LOREG mantiene un notable paralelismo por su carácter constructivo con la configurada para el Congreso de los Diputados. Para que prospere es necesario que su presentación venga avalada por la mayoría absoluta de los concejales de la corporación y contenga un candidato a la alcaldía, pudiendo ser cualquier concejal que lo acepte. Parece claro que el triunfo de la moción de censura es más exigente que la propia elección del alcalde, pues cabe recordar que el regidor puede ser elegido no sólo sin necesidad de mayoría absoluta sino tampoco de mayoría simple.

---

alto porcentaje de las mismas abordan temáticas de política autonómica y nacional que, aun resultando de interés para el municipio, exceden claramente de las competencias municipales.

<sup>23</sup> Con la excepción ya indicada de los municipios de pequeño tamaño (podemos decir de, hasta 500/600 habitantes) donde no se establecen grupos políticos y no resulta tan extraño que un concejal ‘escape’ de la disciplina de voto indicada por su portavoz

La LOREG también establece mecanismos para procurar cierta estabilidad en el gobierno municipal y evitar repentinos cambios de gobierno, impidiendo en el punto segundo del citado artículo que un mismo concejal firme más de una moción de censura en el periodo de un año. Asimismo, la moción de censura prevé un mecanismo para evitar casos de transfuguismo en los que se perviertan las mayorías inicialmente configuradas como resultado de la voluntad popular. El citado precepto indica que «en el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias».

El art. 197 bis de la LOREG indica que el alcalde podrá plantear al pleno una cuestión de confianza sobre las ordenanzas fiscales, los presupuestos, el reglamento orgánico o la aprobación que ponga fin a la tramitación de los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal. En caso de no obtener la mayoría simple necesaria para sacar adelante dicha cuestión de confianza –y el asunto a ella aparejado– el alcalde cesará en su cargo. Aunque no proceda extenderse, representa una singularidad la configuración de la cuestión de confianza vinculada a los presupuestos y su cuestionable quiebra de principio democrático en su eventual aprobación por esta vía (art. 197 bis apartado quinto).

#### 4. LA INFLUENCIA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LA FORMA DE GOBIERNO LOCAL

Es indudable la repercusión que los partidos políticos ejercen sobre la forma de gobierno en España, sin que el gobierno local sea una excepción. Al respecto, la tendencia hacia la uniformidad en la forma de gobierno local no aparece sólo como consecuencia del régimen jurídico-institucional, sino que es consecuencia también de la influencia del sistema de partidos y sus recientes cambios.

La autonomía política local ha podido sufrir ciertas ‘injerencias’ de las direcciones autonómicas o nacionales de los partidos (Carrillo, 1989), sobre todo en lo que se refiere a los pactos de investidura o coaliciones de gobierno. La tendencia a nivel local ha mantenido cierto paralelismo con lo acontecido para los gobiernos autonómicos o nacionales, aunque algunos ayuntamientos han funcionado como ‘moneda de cambio’, formando parte de un pacto más amplio sobre el control de los principales órganos y sillas del consejo de go-

bierno de cada autonomía. Por ejemplo, Ciudadanos facilitó la presidencia del Gobierno de Castilla y León al Partido Popular en 2019, gobernando en coalición hasta febrero de 2022, aunque los ayuntamientos de Burgos y Palencia y las diputaciones de Zamora y Burgos pasaron a estar dirigidos por la formación naranja, a pesar de haber obtenido menos representantes que el PP.

Sin embargo, la capacidad de decisión de los líderes de los partidos nacionales –evidente en las capitales de provincia– pierde intensidad en municipios medianos y pequeños, bien por la irrelevancia de tales ayuntamientos para el panorama político nacional, o por el carácter más independiente de muchos de sus candidatos. Por último, otra importante excepción en el mimetismo local hacia la política estatal de pactos lo constituyen los municipios donde un partido o candidato con fuerte implantación local altera la habitual distribución de fuerzas <sup>24</sup>.

Los recientes cambios en el sistema de partidos también han impactado en el gobierno local y la composición de los ayuntamientos. Si bien lo habitual hasta 2015 era la composición bipartidista de los plenos, a partir de la fecha los nuevos partidos ‘aparecen’ en el panorama local dando lugar a representaciones más heterogéneas. En este sentido, procede distinguir los comportamientos en las alianzas de los mandatos 2015-2019 y 2019-2023. Si bien en 2015 resultaron más comunes los alcaldes en minoría que lograron gobernar gracias a pactos de investidura (de manera análoga a lo sucedido en muchos parlamentos autonómicos), en el mandato 2019-2023 se ha extendido la práctica del gobierno de coalición.

#### 4.1 De los alcaldes en minoría a los gobiernos en coalición

Como ya se ha señalado, el sistema de pactos para la elección del alcalde y la estabilidad del mandato ha venido en buena medida determinado por las estrategias partidistas nacionales, excluyendo aquellos territorios donde la dialéctica nacionalista constituye una clara excepción a la tónica habitual en el resto del Estado. Es decir, en las dos últimas legislaturas y ante la escasa proliferación de mayorías absolutas también a nivel local, han resultado habituales pactos de investidura y mandato entre formaciones políticas ideológicamente afines. Dicho de otra forma, aunque el sistema no exija la comprobación de mayorías previas

---

<sup>24</sup> Valgan como ejemplo las ciudades de Cádiz, Zamora, Ourense o Ávila. En las dos primeras el protagonismo de los alcaldes ‘trasciende’ a la fidelidad de voto hacia los partidos tradicionales. En Ourense el alcalde, con apoyo de PP, pertenece al partido local ‘Democracia Ourensana’, y en la última, el partido ‘Por Ávila’ gobierna el municipio desde el año 2015.

a la investidura de un alcalde en minoría, en la práctica se han extendido los pactos que aseguraban al equipo de gobierno mayoría en plenos y comisiones.

No obstante, la investidura de alcaldes en minoría y la mayor fragmentación plenaria ha generado desde 2015 no sólo situaciones inéditas en algunos ayuntamientos, sino algunas dificultades organizativas y funcionales. Coincidió con Alonso (2016, 43) cuando advierte de que se ha tenido que recurrir por ejemplo al voto ponderado en las comisiones informativas para ‘dar cabida’ a todos los grupos políticos de la Corporación, pero quizás los problemas más importantes han tenido que ver con la dificultad para acordar la composición de los órganos de gobierno de entes dependientes o supramunicipales, y el régimen de dedicaciones y altos cargos o personal eventual. La autora también recuerda con acierto cómo se prevé más complicado llegar al quórum necesario (mayoría absoluta) para adoptar los acuerdos mencionados en el art. 47.2 de la LRBRL.

La ausencia de una mayoría clara en muchos gobiernos municipales en el periodo 2015-2019 hizo que el pleno recobrara cierto protagonismo por la imprevisibilidad de algunas votaciones, pero también por la necesidad del pacto entre el partido de gobierno y su principal apoyo plenario. Esta situación no resultó ser una singularidad de la forma de gobierno municipal, pues desde la doctrina también se ha analizado con acierto cómo los parlamentos recuperaron su verdadero papel deliberativo y central en el procedimiento legislativo (Bilbao, 2017, 27; Presno, 2016, 48), obligando a la mayoría/minoría de gobierno a ceder en determinadas cuestiones o, incluso, a perder votaciones de proyectos clave.

No obstante, la naturaleza bifronte del gobierno municipal y la ausencia de poder legislativo han facilitado ciertas diferencias entre los niveles municipal y autonómico, pues las competencias del alcalde le permiten –incluso al regidor en minoría– ejercer la función ejecutiva con una estabilidad suficiente en la mayoría de los casos. Como bien recuerda Alonso (2016, 48), la potestad de autoorganización, la facultad de dictar resoluciones con escaso control del pleno, el elenco de competencias del art. 21 LRBRL y otras herramientas que le concede el ROF se entienden como herramientas suficientes para que un alcalde gobierne en minoría. Además, aunque la aprobación del presupuesto anual por parte del pleno resulta fundamental, su prórroga no determina como a nivel nacional la convocatoria electoral.

Pero volviendo a los acuerdos entre partidos, quienes en 2015 solicitaban el desarrollo de medidas concretas al gobierno municipal a cambio de su apoyo (aunque sin entrar en tales gobiernos), en 2019 exigieron formar parte del gobierno municipal en la mayoría de los casos. La conclusión evidente es que los gobiernos locales de ciudades medianas y grandes, con algunas excepcio-



nes, no han escapado de la política de pactos trazada a nivel nacional por los partidos, pues en nuestras autonomías también resultaron habituales entre 2015 y 2019 gobiernos en minoría con apoyos parlamentarios (o de investidura) de los nuevos partidos, mientras que en 2019 esos mismos partidos exigieron entrar ya en los gobiernos. Es evidente que la lógica partidista penetra en la autonomía municipal y resulta –junto al protagonismo del alcalde– el elemento clave de la forma de gobierno local.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO HIGUERA, C. (2016) «Gobernar en minoría ayuntamientos fragmentados», *Cuadernos de Derecho Local*. Fundación Democracia y Gobierno Local. pp. 37-67.
- BILBAO UBILLOS, J. M. (2017). «Un nuevo ciclo político sin mayorías absolutas: los parlamentos autonómicos recobran protagonismo tras las elecciones de 2015» *Revista Jurídica de Castilla y León* N.º 42 mayo.
- CARRILLO, E. (1989). «La nacionalización de la política local», *Política y Sociedad* núm. 3.
- DÍEZ SASTRE, S. (2019). Las formas de gobierno local tras cuarenta años de Ayuntamientos democráticos: evolución y retos. *Documentación Administrativa*, número 6, enero-diciembre.
- FERNÁNDEZ ESQUER, C. (2022). *Sistemas electorales regionales en Estados multinivel: los casos de Alemania, Bélgica, Italia y España*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- FERRANDO BADÍA, J. (1977). «La región y el Estado regional», *Revista española de la opinión pública*, n.º 47.
- FOSSAS E. Y VELASCO F. (2008) «España. El gobierno local» en Cienfuegos (Coord.) *Régimen jurídico municipal en Iberoamérica*. Instituto de investigaciones jurídicas (UNAM).
- GARCÍA GARCÍA M. J. (2011). «La elección directa del alcalde en el régimen local: justificación, alcance y repercusiones», *Revista Española de Derecho Constitucional* n. 91, enero-abril.
- GAVARA DE CARA, J. C. (2007). *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2003) Política y administración en la reforma del gobierno local (un estudio sobre la forma de gobierno y la alta administración en los «municipios de gran población») *Anuario del Gobierno Local*. Fundación Democracia y Gobierno Local. pp. 71-106.
- MARTÍN DE LA VEGA, A. (2018). «Calidad democrática y forma de gobierno en las Comunidades Autónomas» en Tudela, Kölling y Reviriego (coords.) *Calidad democrática y organización territorial*. Ed. Marcial Pons.

- MARTINEZ-FUENTES, G. Y ORTEGA, C. (2010). «The Political Leadership Factor in the Spanish Local Elections», *Lex Localis. Journal of Local Self-Government*, núm. 8.
- MERINO ESTRADA, V. (2010). «Calidad en la gestión de los servicios locales. Las cartas de servicios» en Carbonero Gallardo, J. M., *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales*: Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid.
- MORTATI, C. (1973)., *Lezioni sulle forme di governo*, Cedam, Padova.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2011). «El régimen local en los nuevos Estatutos de Autonomía», en Muñoz Machado, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal, Tomo I*: Iustel. 3.<sup>a</sup> edición. Madrid. pp. 253-285.
- PANO PUEY, E. (2017). «Alcaldías y ejecutivos corales: flexibilidad y adaptación en la forma de gobierno municipal», *Anuario de Derecho Municipal*.
- PAREJO ALFONSO, L. (2014). «Algunas reflexiones sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el modelo de autogobierno municipal», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 34, pp. 11-20.
- PRESNO LINERA, M. A. (2016). «¿Gobierno del Parlamento?» en el Blog <https://presnolinera.wordpress.com/2016/10/25/gobierno-del-parlamento/>
- RAMÍREZ NARDIZ, A. (2014). «La participación como respuesta a la crisis de la representación: el rol de la democracia participativa» en *Revista de Derecho Político de la UNED* núm. 90.
- RIVERO-YSERN, J. L. (2014). *Manual de Derecho Local*. Cizur Menor: Civitas. 7.<sup>a</sup> edición.
- SALAZAR BENÍTEZ, O. (2007). *El sistema de gobierno municipal*. CEPC Madrid.
- SALVADOR CRESPO, M. (2019). *El Gobierno Local en España*. Marcial Pons. Madrid.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2011). «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de régimen local», en Muñoz Machado, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal, Tomo I*, pp. 337-389, 3.<sup>a</sup> edición. Iustel. Madrid.
- VELASCO CABALLERO, F. (2004). «Autonomía local y subsidiariedad en la reforma de los Estatutos de Autonomía» *Anuario del Gobierno Local*. Fundación Democracia y Gobierno Local. Institut de Dret Públic.
- VELASCO CABALLERO, F. y Díez Sastre, S. (2008). «Sobre la forma de gobierno de Barcelona: régimen jurídico de las resoluciones administrativas del Consejo Municipal», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17.
- ZAFRA VÍCTOR, M. (2020). *La autonomía local en una constitución reformada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

## MODELLI POPULISTI E GOVERNI DI COALIZIONE<sup>1</sup>

LUIGI SICA

*Università degli Studi Suor Orsola Benincasa*

SOMMARIO: 1. *Introduzione.*—2. *La forma di governo parlamentare a pluripartitismo estremo e la logica del governo di coalizione.* 2.1 Realtà sociale e forma di governo. 2.2 Pluralismo sociale e articolazione costituzionale. 2.3 Partecipazione, rappresentanza e inclusione politica. 2.4 Partiti politici tra «rappresentanza forte» ed egemonia. 2.5 Rappresentanza sociale e governo di coalizione. 3. *L'unità del popolo tra unanimismo e politica delle alleanze.* 3.1 Le forze c.d. populiste nei governi di coalizione. 3.2 Unità del popolo ed *essenza* della rappresentanza. 3.3 Egemonia e differenziazione nel pensiero di Laclau.

### 1. INTRODUZIONE

Il contributo è volto ad investigare alcuni aspetti del rapporto tra istituzioni giuridiche e fenomeni politico-sociali. Il saggio è un'analisi sul come alcune peculiarità della forma di governo possono entrare in conflitto con specifiche modalità di costruzione della logica populista e di conseguenza influenzare l'affermazione, il rendimento e determinare la crisi dei partiti populistici stessi. Ci si concentrerà, non senza alcune digressioni di carattere comparativistico e riferimenti alla storia istituzionale meno recente, sulle linee di frizione tra la concezione unanimistica e organicistica della rappresentanza politica propria della logica populista e la partecipazione di partiti che in genere vengono defi-

---

<sup>1</sup> Luigi Sica, Assegnista di ricerca in Sociologia del Diritto, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa

niti o si definiscono populistici a maggioranza politiche composite con una specifica attenzione alla partecipazione della Lega e del M5S al governo di solidarietà nazionale nell'ultima parte della XVIII legislatura.

Sarà dunque necessario innanzitutto fornire brevissimi, cenni su quelle caratteristiche della forma di governo italiana che possono essere – e sono in effetti stati – forieri di attriti con alcuni elementi della mentalità populista.

Nel paragrafo successivo si rifletterà su come la forma di governo parlamentare a «pluripartitismo estremo», che dopo le elezioni del 2013 ha esaurito molte delle sue spinte bipolarizzanti, in un modello di integrazione inclusivo-assorbente sia strutturalmente portata alla necessità di formare governi di coalizione. Si faranno, poi, alcune considerazioni in ordine al tema del governo di coalizione partendo questa volta dalle modalità di costruzione del consenso da parte dei partiti politici. Si faranno, poi, alcune brevi considerazioni sul tema dei governi di unità nazionale.

Nel terzo paragrafo si analizzerà, uno dei nuclei teorici della politica populista: la concezione organicistica e tendenzialmente antipluralista del popolo, connessa anche alla strutturazione di una prospettiva alternativa di campo tra *elites* (soprattutto politiche) considerate corrotte, autoreferenziali o comunque in ogni modo deteriori, e un popolo considerato invece come un corpo unitario, coeso e portatore di interessi fondamentalmente non divergenti. Si proverà, poi, ad articolare alcune considerazioni sull'effetto di quanto appena detto sulla concezione populista della rappresentanza.

## 2. LA FORMA DI GOVERNO PARLAMENTARE A PLURIPARTITISMO ESTREMO E LA LOGICA DEL GOVERNO DI COALIZIONE

### 2.1 Realtà sociale e forma di governo

Elemento preliminare dello studio che ci si propone è individuare il concetto di «forma di governo» che si adotta. Le linee teoriche ricostruttive del concetto di «forma di governo» possono sostanzialmente essere ricondotte a due filoni, entrambi ovviamente concordano nell'individuare nel lemma l'espressione sintetica indicante i modi possibili di costituzione del governo e di operatività, a livello di indirizzo politico, di esecutivo e legislativo. La prima linea teorica, potremmo dire di stampo marcatamente normativista, è volta a identificare il concetto fondamentalmente come combinato disposto di norme costituzionali o subcostituzionali (Luciani, 2010). La seconda linea ricostruttiva, invece, è più attenta ai risvolti istituzionali dei fenomeni socio-politici. In

particolare il tema di fondo sul quale si confrontano questi due filoni analitici è la necessità o meno di «includere le caratteristiche di un sistema di partiti (loro numero, struttura parlamentare o meno, coesione, modo reciproco di considerarsi) tra le varianti istituzionali della forma di governo» (Elia, 1970).

Non è questo il luogo per indugiare in un ulteriore confronto tra le due posizioni. Sicuramente la seconda prospettiva è indubbiamente foriera di maggiori spunti analitici, non ultimo quello che ci si propone in questo contributo. Si adotterà di conseguenza un'ottica che ritiene non sia possibile «(né in funzione conoscitiva né in funzione prescrittiva) prescindere dal contesto partitico in cui si iscrivono le formule organizzative del rapporto tra esecutivo e legislativo», per la quale «le forme di governo dello stato democratico non possono essere né classificate né studiate, anche dal punto di vista giuridico, prescindendo dal sistema dei partiti» (Elia, 1970)<sup>2</sup>.

## 2.2 Pluralismo sociale e articolazione costituzionale

Nell'ambito di questo perimetro, e con alcune decisive trasformazioni che si vedranno a breve, la forma di governo italiana – indiscutibilmente rientrante nell'ampio genere del parlamentarismo – è stata dall'inizio del '48 ad oggi caratterizzata da uno spiccato pluripartitismo e dalla necessità *strutturale* di governi di coalizione<sup>3</sup>.

Gianni Ferrara, in uno studio risalente sul governo di coalizione divenuto ormai un classico, affronta in maniera particolarmente interessante le ragioni del «multipartitismo estremo» e i suoi nessi con la necessità storica dei governi di coalizione (Ferrara, 1973). Sarà opportuno affrontare in questa sede il

<sup>2</sup> Per Elia «Non è possibile (né in funzione conoscitiva né in funzione prescrittiva) prescindere dal contesto partitico in cui si iscrivono le formule organizzative del rapporto tra esecutivo e legislativo» e ancora successivamente «le forme di governo dello stato democratico non possono essere né classificate né studiate, anche dal punto di vista giuridico, prescindendo dal sistema dei partiti»; il giurista deve «includere le caratteristiche di un sistema di partiti (loro numero, struttura parlamentare o meno, coesione, modo reciproco di considerarsi) tra le varianti istituzionali della forma di governo».

<sup>3</sup> Per citare l'*incipit* de *Il governo di coalizione* di Ferrara: «La storia dei governi della Repubblica italiana è storia di governi di coalizione e di governi [si riferisce ai monocolori democristiani] costituiti in attea e per consentire che si determinassero le condizioni politiche per la formazione di governi di coalizione», ancora successivamente «istauratosi l'ordinamento repubblicano vennero a crearsi le condizioni *strutturali* volte a rendere necessario o tendenzialmente preferito il tipo di governo di coalizione». Sarebbe interessante stabilire il senso e il significato che l'Autore, di formazione marxista, attribuisce in questo passaggio alla espressione «condizioni strutturali», cioè se ritenesse egli che le condizioni della necessità dei governi di coalizione in Italia fossero attinenti alla struttura economica in senso marxiano della società italiana. Lo spunto è suggestivo e probabilmente da accogliere, ma non può essere chiaramente approfondito in questa sede.

tema, perché sul punto l'analisi di Ferrara, oltre ad essere un lucido e consequenziale complemento del discorso sulle forme di governo, costituisce dal punto di vista teorico l'esatto contraltare della logica populista di costruzione dell'unità popolare che si vedrà nei paragrafi seguenti.

Per l'Autore, il pluralismo politico è una diretta conseguenza del pluralismo sociale: la forma storica del multipartitismo (ancora senza aggettivo) «è la rappresentazione politica delle divisioni interne alla società» (Ferrara, 1973). Queste divisioni sono in generale derivanti dalla struttura socio-economica. Nel caso italiano il pluralismo – in aggiunta alle citate ragioni di stampo economicista – è in qualche modo aggravato «da altre distinzioni di carattere ideologico e politico», si pensi ad esempio alla frattura tra laici e cattolici fin dai tempi del *non expedit* o alla collocazione internazionale dei partiti nel secondo dopoguerra. Tale circostanza rende il multipartitismo italiano particolarmente «estremo», per citare l'attributo che Ferrara condivide con Elia (Ferrara, 1973)<sup>4</sup>. Questo era vero all'epoca del saggio e, *mutatis mutandis*, è vero ora.

Il pluralismo sociale non si ferma alla mera fattualità: esso è in un certo senso riconosciuto e garantito dalla Costituzione stessa. Si può dire anzi che la giuridicizzazione del pluralismo, l'incorporazione di esso all'interno di una teoria e di una pratica della sovranità popolare, sia una delle faglie storiche che dividono le Costituzioni di stampo liberale da quelle del secondo Novecento. L'art. 3 della Costituzione riconosce la pluralità e la differenza di condizioni sociali tra i cittadini e implicitamente la «natura di classe» della società italiana (Ferrara, 1973). Si può dire allora che il testo complessivo della Costituzione rende giuridicamente rilevanti le articolazioni sociali del pluralismo: i partiti, le organizzazioni religiose, i sindacati, le associazioni, le autonomie. Lo stesso testo costituzionale ha connesso i diritti di origine e matrice liberale, come la libertà di manifestazione del pensiero o la libertà di stampa, a quella dimensione pubblicistica; in essi si risolve, assieme al principio rappresentativo, l'esercizio – e non solo la mera titolarità – della sovranità popolare (Ferrajoli, 2001).

La logica della Costituzione, per usare un lemma che ritroveremo in seguito, è una logica spiccatamente differenziale, in cui la costruzione dello spazio politico avviene attraverso una dinamica di volta in volta egemonica o conflittuale. Quello spazio che – con l'art. 49 della Costituzione – possiamo

---

<sup>4</sup> Per Ferrara «Si può dire che il multipartitismo estremo che caratterizza certamente in sistema italiano, è il prodotto non solo del fenomeno della divisione in classi, ma dal fatto che questa divisione è aggravata da altre distinzioni di carattere ideologico e politico». È vero quando scrive Ferrara (si riferisce ad esempio alla frattura laici-cattolici, oppure alla collocazione internazionale Est-Ovest) ma è vero anche oggi (si veda ad esempio la discriminante territoriale Nord-Sud oppure il tema dell'europeismo).

definire «politica nazionale», di conseguenza, è uno spazio popolato da soggetti diversi: i partiti in primo luogo, ma anche tutta la serie di attori del pluralismo sociale. In questo senso il «concorrere» di cui all'art. 49 viene ad assumere un significato duplice. È vero che i partiti concorrono *tra di loro* nella definizione della politica nazionale, ma è anche vero che il *sistema dei partiti* e la politica parlamentare concorrono con gli altri soggetti del pluralismo nella definizione di un campo – la politica nazionale – che è attraversato da antinomie, conflitti, sinergie, momenti dialettici. Ciò avviene invariabilmente anche quando i modelli di partecipazione e lo stesso funzionamento dei corpi collettivi paiono andare in crisi, con l'affermazione di modelli personalistici, totalmente post-ideologici di aggregazione dei campi politici. Rimane uno spazio caotico e naturalmente polemico che sarà stabilizzato da compromessi contingenti o strutturali (cioè aventi natura costituzionale) ma non potrà mai essere portato ad unità. Le stesse soluzioni stabilizzatrici saranno più o meno soddisfacenti per alcuni attori politici e per alcuni interessi sociali, ma vedranno irrimediabilmente altri attori e altri interessi in una posizione più o meno recessiva.

Ogni sintesi sarà sempre imperfetta e imparziale. *Normativamente* oltre che analiticamente, il popolo che esercita la sovranità, nella logica della Costituzione e del costituzionalismo, non può essere inteso come un corpo unitario. Questo già prima del momento della rappresentanza.

### 2.3 Partecipazione, rappresentanza e inclusione politica

Il rapporto complesso tra differenziazione ed egemonia, insito in ogni tentativo di composizione incompleta e di sintesi imperfetta del pluralismo che non abbia la *terribile* e insieme illusoria ambizione dell'unità, si palesa con forza in quello che è l'altro grande ambito dell'esercizio della sovranità popolare: la rappresentanza politica.

Come è stato efficacemente schematizzato, possono individuarsi due modelli della partecipazione politico-partitica al circuito della rappresentanza: il modello esclusivo o selettivo e il modello inclusivo o assimilativo (Luciani, 2014).

Come esempio del primo modello può essere preso il sistema politico statunitense: in esso «un pluralismo sociale estremizzato [si traduce] in un pluralismo politico moderato». Il rigido bipartitismo ed una serie di vincoli di natura cronologicamente prima istituzionale, poi sociale, fanno sì che «l'estraneità di un pezzo significativo del potenziale elettorato ai valori dominanti suggerisca di tenerlo fuori dalla rappresentanza» e se non normativamen-

te fuori, almeno socialmente lontano, «riservandola a coloro che almeno in teoria e statisticamente, a quei valori sono fedeli» (Luciani, 2014). Si pensi a come il bipartitismo rischi talvolta di far sì che una lunga serie di domande sociali non vengano accolte o lo siano solo debolmente o marginalmente, dal sistema rappresentativo, aumentando così l'astensionismo (Dahal, 1972) Tuorto, 2006. Nei modelli esclusivi il problema della risposta rappresentativa all'eccesso (percepito) di differenziazione sociale viene risolto mantenendo il sistema politico artificialmente a «temperatura tiepida» (un tiepido che volge al fresco, si direbbe), tenendo fuori da esso alcune rivendicazioni di più complessa gestione.

Il secondo modello è quello delle democrazie europee del secondo Novecento. «Qui si presuppone che l'unità della comunità politica non si debba ottenere *selezionando*, bensì *organizzando* il pluralismo [corsivo dell'Autore]. La disarticolazione pluralistica delle società è data per scontata e non si pensa che occorran meccanismi di semplificazione; si punta, invece su soggetti sociali intermedi (partiti e sindacati su tutti) per strutturare la domanda sociale, incanalare il conflitto in procedure istituzionalizzate e mantenere attivo il collegamento tra società civile e società politica», ancora «l'inclusione delle masse nel processo di costruzione della rappresentanza appare capace di garantire la massima legittimazione delle istituzioni» (Luciani, 2014).

Conformemente alla propria concezione normativista della forma di governo, l'Autore citato ritiene che la più evidente conseguenza dell'adozione dell'uno o dell'altro modello di integrazione è l'adozione della forma di governo presidenziale, nel primo caso, e della forma di governo parlamentare nel secondo. Indubbiamente la corrispondenza esiste. Esiste, tuttavia, tra le altre che non si affrontano in questa sede, un'altra corrispondenza che può essere utile ai fini di quanto si sta dicendo: ed è una tendenziale simmetria tra modelli di partecipazione esclusivo-selettivi e modelli politici bipartitici e, dall'altra parte, tra modelli inclusivo-assimilativi e pluripartitismo (estremo o temperato che sia).

La corrispondenza di cui sopra, si diceva, è solo tendenziale. Valgono al contempo alcune significative eccezioni. Si pensi, ad esempio, al modello britannico, bipartitico ma con alcune nette caratteristiche del modello inclusivo (l'esistenza di uno Stato sociale, la centralità assoluta del momento sindacale nella organizzazione della sinistra partitica, ecc.) che lo distanziano pesantemente dal modello di integrazione statunitense.



L'esempio britannico viene in questa sede citato perché permette di introdurre un tema che è centrale: l'influenza delle caratteristiche di tipo istituzionale, in particolare delle leggi elettorali, nello strutturare il modo in cui le domande sociali possono aggregarsi e trovare espressione.

Se questa consonanza tendenziale è indicativa, allora, si potrebbe immaginare come il processo che ha visto dagli anni '80 agli anni '10 i sistemi politici europei, anche continentali, tendere verso schemi bipartitici possa essere considerato un elemento di crisi del modello integrativo inclusivo-assimilativo consolidatosi nel dopoguerra. Il fatto che, successivamente alla crisi di inizio secolo, i sistemi politici dell'Europa occidentale abbiano virato potentemente verso un pluripartitismo estremo, non significa certo che il modello di integrazione inclusivo abbia ripreso a funzionare, ma semplicemente che le domande sociali, per motivi in parte esogeni e in parte endogeni, non vengono più prese in carico efficacemente dal sistema politico. Indice ne è la straordinaria volatilità dei risultati elettorali.

## 2.4 Partiti politici tra «rappresentanza forte» ed egemonia

Arriviamo allora al punto nevralgico del discorso. Stanti a) il principio rappresentativo che consente – o dovrebbe astrattamente consentire – un certo grado di presa in carico delle domande sociali da parte del sistema politico a mezzo dei partiti; b) il principio di maggioranza per il quale è necessaria l'aggregazione di un certo numero di domande sociali politicamente rappresentate per far sì che si produca un indirizzo politico tale da provare a rispondere a quelle domande stesse; nel passaggio dal sistema sociale a quello politico come si aggregano fino alla soglia significativa le domande sociali rappresentate?

La risposta a questa domanda sta nella dialettica tra vocazione rappresentativa settoriale e vocazione egemonica del partito politico. Converrà in questo senso continuare a seguire il ragionamento di Ferrara, con la precisazione che, nonostante quel modello sia stato concepito in una fase storica nella quale i partiti svolgevano in maniera piuttosto efficace la loro funzione di intermediazione sociale, lo stesso modello può essere applicato oggi anche ad un livello inferiore di efficacia. Il modello funziona *meno*, si potrebbe dire, ma non *diversamente*.

Il partito è *parte*, che si contrappone ad un intero, la politica nazionale, fatto a sua volta di parti. Esso esiste perché la società in cui pianta le proprie radici è un sistema differenziale. Quell'intero – che in definitiva altro non è che

il popolo rappresentato – non può essere mai portato a unità. Esso, ci si tornerà dopo, rimane incompleto, proprio nella misura in cui è composto da elementi parziali, cioè partitici. In una società con un alto livello di differenziazione sociale e attraversata comunque da conflitti ideologici e politici (culturali, di identificazione carismatica, potremmo dire oggi) ogni partito struttura la propria rappresentatività sulla base di un nucleo duro di domande e soggettività sociali. Si pensi, ad esempio, a quello che è stata la classe operaia per i partiti comunisti, oppure al lavoro autonomo (e in parte anche subordinato) delle regioni settentrionali per la Lega. Si potrebbe definire questo nesso *strutturale* come «rappresentatività forte del partito politico». Lo si ripete: quella rappresentatività può essere definita «forte» rispetto al resto delle domande sociali che il partito prova ad aggregare (lo si vedrà subito), indipendentemente dal fatto che i nessi rappresentativi tra partito e società possano essere in assoluto più o meno effettivi. Tuttavia, ogni partito politico tende naturalmente ad allargare il proprio consenso al di là delle domande sociali originariamente rappresentate, aggregando ad esse una serie di altre istanze sociali ulteriori, in qualche modo compatibili – in una situazione paritaria o subordinata che sia – con le domande sociali che costituiscono il nucleo strutturale e originario, forte, lo si è chiamato, della sua rappresentanza. Per seguire il tracciato dell'esempio precedente si pensi al Togliatti di «Ceto medio e Emilia rossa», discorso tenuto a Reggio Emilia il 24 settembre 1946, o ai progetti di Lega nazionale di Salvini. Possiamo definire questa tensione a costruire un blocco sociale attorno ad alcuni interessi originari come il «tentativo egemonico» del singolo partito. Rappresentatività forte e tentativo egemonico stanno tra di loro in un equilibrio che è fundamentalmente instabile. Più il partito si concentra in maniera esclusiva sulle domande sociali e sugli interessi settoriali che gli sono consustanziali, minore sarà la sua capacità egemonica e, quindi, la sua forza politica. Più il partito sarà debole, meno efficacemente saranno rappresentate le sue domande sociali basilari e a questo punto i portatori di quelle domande saranno spinti a investire politicamente su soggetti che provano ad aggregarle in un differente schema egemonico. Esiste tuttavia anche un altro rischio, simmetrico rispetto al primo: più il partito riesce ad allargare a interessi secondari la propria rappresentatività, meno incisiva diventa la capacità di farsi carico efficacemente degli interessi originari, perdendo così il consenso e la partecipazione di quei gruppi sociali che a quegli interessi fanno riferimento.

Al di fuori delle aree di equilibrio sempre comunque instabile il partito rischia sempre la crisi, transitoria o definitiva che sia: implode o esplode, o diventa una stella nana o una supernova.

Questo discorso deve confrontarsi con l'altro principio delle democrazie rappresentative, quello maggioritario (Bobbio, 1981). A questo punto le possibilità sono due. Nel primo caso, l'operazione egemonica è talmente coronata da successo da rendere il partito in grado di definire, per un periodo di tempo più o meno lungo, l'indirizzo politico in maniera relativamente autonoma, sviluppando *al proprio interno* e offrendo alla società e alle istituzioni una sintesi delle istanze politiche rappresentate. Ciò può avvenire a seguito di una congiuntura storica specifica o in funzione di una particolare capacità strategica del gruppo dirigente del partito stesso, o anche attraverso una solida e ramificata organizzazione componentizia che renda il partito quasi una confederazione di partiti minori uniti dalla percezione della necessità storica dell'esercizio del potere<sup>5</sup>. Questa possibilità, tuttavia, è realizzabile anche attraverso meccanismi normativi, come ad esempio una legge elettorale fortemente maggioritaria, che in qualche modo forzi le domande sociali a strutturarsi in un sistema bipartitico. Nell'ultimo caso è probabile che la capacità rappresentativa del partito (dei due partiti) non riesca a soddisfare adeguatamente tutte le domande e tutti gli interessi sociali che pretenderebbe invece di rappresentare. Il sistema rischia così di virare verso modelli di integrazione politica escludenti. Il caso nel quale il tentativo egemonico trovi una spinta, ma anche un tutore e una cornice, nei fattori istituzionali e nello specifico nelle leggi elettorali non è infrequente. Più raro è che il tentativo egemonico riesca in ragione di elementi totalmente endogeni al sistema politico sociale.

## 2.5 Rappresentanza sociale e governo di coalizione

Si apre, allora, la seconda delle possibilità esaminate nella composizione di principio rappresentativo e principio maggioritario: la necessità del governo di coalizione (Ferrara, 1973)<sup>6</sup>. In questo caso la composizione in chiave maggioritaria degli interessi sociali non è antecedente al momento della costruzione del consenso dei partiti politici, ma è successiva. Essa avviene e si vivifica nell'ambito della politica parlamentare e non nel momento elettorale e pre-elettorale. I partiti, portatori già di per sé, di interessi e domande sociali più o

<sup>5</sup> Si potrebbero citare gli esempi della Democrazia cristiana in Italia, del Partito liberal democratico giapponese o del Partito rivoluzionario istituzionale messicano.

<sup>6</sup> Nella ricostruzione di Ferrara il problema del governo di coalizione si pone proprio quando l'azione egemonica di un partito che si candida alla determinazione dell'indirizzo politico non è in grado di intercettare gli interessi *della maggioranza* dei gruppi sociali presenti in uno spazio politico. Il governo di coalizione sarebbe a questo punto il risultato dell'impossibilità (storica) che una pratica egemonica diventi anche maggioritaria.

meno composite e tuttavia non rappresentativi della maggioranza popolare, cercano alleanze in Parlamento. La compatibilità, o meglio la *componibilità*, materiale e simbolica, degli interessi rappresentati da ogni singolo partito determinerà il successo e la stabilità della coalizione governativa, l'efficacia e la rappresentatività dell'indirizzo politico.

Il pluralismo del sociale, già politicamente attivo nel momento (logico) precedente alla formazione della rappresentanza, si manifesta ed opera pienamente anche in sede di politica parlamentare, nel momento (logico) precedente alla formazione del governo.

In Italia si è realizzato questo secondo modello. Ragioni sociali, storiche e, in parte, anche istituzionali, hanno permesso lo sviluppo di un modello a «pluripartitismo estremo», in cui la rappresentanza sociale ha assunto caratteri in certi casi particolarmente disarticolati. Affianco a partiti in grado di coltivare concreti – anche se mai maggioritari – progetti egemonici (si pensi alla DC e al PCI in lunghe fasi della Prima Repubblica e a PDL e PD in alcune brevi fasi della Seconda) hanno *sempre* avuto un ruolo fondamentale forze politiche che hanno puntato più sulla rappresentatività di settori specifici di elettorato.

Questo modello di governi di coalizione è stato una invariante che si è adattata in maniera proteiforme alle varie fasi della storia politica del paese: governi di coalizione a centralità democristiana e con *conventio ad escludendum* nei confronti del PCI nella Prima Repubblica; governi di coalizione con accordi preelettorali in ambiente maggioritario nella Seconda Repubblica. Il persistere del modello coalizionale e fortemente multipartitico nonostante il cambiamento della formula elettorale (proporzionale fino al '93, prevalentemente maggioritaria dopo) risulta essere particolarmente interessante per la comprensione del rapporto complesso e polivalente tra le regole giuridiche e le modalità di composizione politica degli interessi sociali. Nella seconda Repubblica le due principali coalizioni erano i soggetti della sfida politica per la maggioranza parlamentare. In questo senso, la ricerca di una possibile maggioranza avveniva attraverso accordi elettorali che si stabilivano prima delle elezioni (e che a volte cedevano successivamente, ma questo è un altro discorso). La costruzione di un blocco sociale sufficiente ad esprimere una maggioranza avveniva nella fase di raccolta del consenso elettorale. Tuttavia, la logica differenziale prevaleva su quella egemonica all'interno delle coalizioni i cui soggetti elementari in concorrenza tra di loro erano comunque i partiti.

Dall'elezioni del 2013 in poi, si può dire che il modello di coalizione in Italia sia entrato in una fase nuova, che esalta ancor di più la vocazione ultrapluralistica e il difetto di egemonia dei partiti italiani. Ad un formale mantenimento dell'istituto – tutto italiano – della coalizione pre-elettorale (sia nella

legge Calderoli che, in misura minore, nella legge Rosato), fa riscontro un netto ritorno a modalità di formazione delle maggioranze di governo in Parlamento a seguito della scomposizione e ricomposizione delle alleanze.

Il Governo Draghi, poi, ha costituito nella storia repubblicana un tipo peculiare di governo di coalizione, sebbene nell'ambito di un modulo ricorrente soprattutto negli ultimi decenni. Ci si riferisce al modello di quei governi a) sostenuti da coalizioni ampie dal punto di vista del sostegno parlamentare, b) a guida «tecnica»<sup>7</sup>, c) nati sotto l'egida di un «vincolo esterno»: si pensi al governo Ciampi, alla più recente esperienza del Governo Monti, ad ultimo al Governo Draghi.

In particolare, rispetto al tema della formazione della coalizione, l'esecutivo Draghi, a differenza di altri governi come quello Monti (o, in condizioni diverse, il Governo Letta) non è nato sulla base di un accordo di grande coalizione, basato sui due principali gruppi parlamentari, da soli in grado di raggiungere ampiamente la maggioranza. Nel quadro di una disarticolazione ormai avvenuta e conclamata del bipolarismo, il Governo Draghi ha costituito, non un governo di Grande coalizione, ma un vero e proprio governo di solidarietà nazionale, con la partecipazione – anche algebricamente non necessaria – di quasi tutti i gruppi parlamentari rappresentati in Parlamento. Nato con lo scopo di rendere più condivisa possibile la gestione della fuoriuscita dalla fase più drammatica dell'emergenza da COVID-19 e la stesura del PNRR, si può dire che esso sviluppi al livello massimo possibile le logiche del governo di coalizione.

### 3. L'UNITÀ DEL POPOLO TRA UNANIMISMO E POLITICA DELLE ALLEANZE

#### 3.1 Le forze c.d. populiste nei governi di coalizione

Nel paragrafo precedente si è descritto un possibile modello teorico di funzionamento del governo di coalizione, con alcuni brevi cenni sulle peculiarità di un governo di unità nazionale. Quel modello può contribuire a spiegare alcune delle modalità di conciliazione del principio rappresentativo col principio maggioritario in una democrazia pluralistica e può essere applicato anche a contesti, come quelli attuali, nei quali l'autoreferenzialità del sistema politi-

---

<sup>7</sup> Non si affronterà in questa sede il tema, per altro estremamente interessante del cosiddetto «governo tecnico». Occorrerà qui solo una precisazione: per governo a guida tecnica si intende la straneità talvolta dei ministri, sicuramente sempre del Presidente del Consiglio alla dinamica partitica. Questa circostanza non significa assolutamente predicare la non politicità di queste formule governative.

co aumenta inquietantemente e la sua capacità di rappresentare le istanze sociali subisce un netto deterioramento.

Sia la Lega che il M5S hanno dimostrato nel corso della legislatura appena conclusa una radicata propensione al compromesso parlamentare che si è manifestata nella attitudine a costruire coalizioni anche con partiti da essi stessi descritti fino a poco prima come espressione delle *élites* da combattere, smentendo anche una certa colorazione protestataria che si è talvolta attribuita (o autoattribuita) all'universo populista.

In questo paragrafo si vedrà come a) uno degli elementi centrali della logica populista sia una certa ambizione unanimista e tendenzialmente antipluralista nel concepire la rappresentanza, connessa ad una concezione organicista del popolo; b) come questa attitudine entri in contrasto con quanto detto in ordine al modello di governo di coalizione all'interno di un sistema parlamentare a pluripartitismo estremo, in particolar modo nel caso di governi di solidarietà nazionale; c) come nello specifico la dimostrata propensione del M5S e della Lega (Tarchi, 2015; Graziani, 2018)<sup>8</sup> ad operare all'interno di una politica di alleanze *come* collida concettualmente e praticamente con l'assunto *sub* a; d) come quanto questo attrito sia stato in definitiva foriero di conseguenze politiche.

### 3.2 Unità del popolo ed essenza della rappresentanza

Il tema della concezione organicistica del corpo politico, della sua intima unitarietà, e di un certo rifiuto del pluralismo, è stato spesso messo in evidenza

---

<sup>8</sup> Sulla caratterizzazione di Lega e M5S come partiti populistici, si veda ad es. Tarchi. L'autore dedica alla analisi del populismo leghista l'intero capitolo 6, al quale si rimanda, dove tra l'altro si afferma: «il leghismo appare come un'incarnazione quasi idealtipica del populismo» p. 243, per poi continuare in nota «Su questo punto convergono i pareri di quasi tutti coloro che si sono occupati sul piano scientifico della Lega». Il libro di Tarchi è precedente all'ascesa di Matteo Salvini al vertice del partito: le argomentazioni dell'Autore possono a maggior ragione essere riferite al nuovo modello di «Lega nazionale» affermatosi negli ultimi anni. Per quanto riguarda invece il M5S si rimanda al Capitolo 9 del medesimo libro che emblematicamente titola «Oltre la destra e la sinistra. Beppe Grillo, ovvero il *populismo allo stato puro*» [corsivo nostro]. Si veda anche Graziano, pp. 77 e ss. per quanto riguarda la Lega; pp. 80 e ss. per quanto riguarda il M5S. Per una autorevolissima definizione di M5S e Lega come forze populistiche si vedano le dichiarazioni del giugno del 2018 di quello che allora era il Presidente del Consiglio incaricato Giuseppe Conte: «Se populismo è l'attitudine della classe dirigente ad ascoltare i bisogni della gente [...], se «antisistema» significa mirare a introdurre un nuovo sistema, che rimuova vecchi privilegi e incrostazioni di potere, ebbene queste forze politiche [M5S e Lega] meritano entrambe queste qualificazioni»; (Feltri, 2021). Per un'altra definizione «d'autore» del M5S come forza populista si veda l'intervento «Il M5S non è di destra, né di sinistra, è dalla parte dei cittadini. È fieramente populista» (Grillo, 2013): «Il M5S non è né di destra né di sinistra, è dalla parte dei cittadini. Fieramente populista. Se una legge è buona la vota. Se è cattiva non la vota, chiunque la proponga e chiunque voti le sue proposte di legge è benvenuto». Consultabile al link [https://www.ilblogdellestelle.it/2013/12/il\\_m5s\\_e\\_populista\\_ne\\_di\\_destra\\_ne\\_di\\_sinistra.html](https://www.ilblogdellestelle.it/2013/12/il_m5s_e_populista_ne_di_destra_ne_di_sinistra.html).

dalla corrente pubblicistica sul tema come uno dei formanti della mentalità populista. Nel suo contrapporsi alle *élites* al potere il popolo si farebbe portatore di un interesse unitario, perché originaria appare in effetti la sua unità: innaturali, artificiali, proditoriamente preordinate da quelle stesse *élites*, appaiono invece le divisioni politiche interne (Mudde, 2004)<sup>9</sup>. È chiaro come questa concezione del corpo politico si trasferisca inevitabilmente anche sul piano della rappresentanza. Il movimento populista, in maniera più o meno diretta, prova sempre a mettere in qualche modo in dubbio la legittimità politica della rappresentatività popolare dei propri avversari. Per dirla con un autorevole studioso del fenomeno, «non solo per i populisti la lotta di classe è inammissibile, ma ogni divisione della comunità in gruppi separati e non comunicanti è inaccettabile: chi sostiene l'esistenza di classi portatrici di interessi distinti fomenta perciò inconsciamente pericolosi conflitti intestini. La logica che sorregge la mentalità populista è fondamentalmente organicistica» (Tarchi, 2015).

L'idea organicistica dell'unitarietà del corpo politico è piuttosto risalente. Si potrebbe anzi dire che si sviluppa ben prima dell'accettazione delle visioni pluralistiche dell'articolazione politica e ben prima dell'affermazione della democrazia: una visione che nasce prima della modernità politica, connessa a quelle giustificazioni non immanentiste del potere proprie dell'*Ancien régime*. In principio, insomma, era l'*uno*. In maniera nient'affatto sorprendente, questa concezione passa sia al pensiero reazionario postrivoluzionario sia – *mutatis mutandis* – alle concezioni giacobine e post-giacobine (sia essa intesa come appello rousseauiano alla volontà generale, sia essa intesa come mito della sovranità della nazione). Storicamente e teoricamente arriva ad incrinarsi solo avanti al riconoscimento politico e giuridico – certo contrastato – del pluralismo sociale dalla fine dell'800 in poi.

Anche nell'ambito del pensiero politico contemporaneo tuttavia non ha smesso, talvolta, di riemergere, come un fiume carsico, come una nostalgia struggente, questa concezione organicistica e fondamentalmente antipluralista del corpo politico, connessa ad una visione ontologizzante della rappresentanza e assolutizzante del principio di maggioranza. Il tema è enorme, coincide grossomodo con la storia del pensiero politico moderno, e in questa sede può essere solo accennato. Si pensi ad esempio all'idea della rappresentanza politica come categoria simbolica, esistenziale ed ontologica, elaborata ad esempio da Schmitt (Schmitt, 1984) e ripresa, poi, da Leibholz (Leibholz, 1989).

---

<sup>9</sup> Mudde definisce il populismo come un'ideologia la quale ritiene che la società sia in ultima analisi separata in due gruppi omogenei ed antagonisti, «il popolo puro» contro «la corrotta *élites*».

Ovviamente, le due costruzioni teoriche ad ultimo richiamate non analizzano direttamente il fenomeno dei populismi attuali; quella di Schmitt è stata immaginata per corroborare un'idea plebiscitarista che, tra l'altro, ha funzionato da componente teorica importante dei regimi fascisti. Esse costituiscono tuttavia un modello teorico che è interessante confrontare con le retoriche populiste contemporanee.

Nell'orizzonte appena citato, la rappresentanza si sostanzierebbe in un rapporto, insieme, di immedesimazione simbolica e di consustanzialità ontologica tra il popolo rappresentato e i suoi (o il suo, nel caso di carica monocratica) rappresentanti. Il presupposto di questa immedesimazione, che si caratterizza come una vera e propria identità, tuttavia non è di tipo differenziale e neanche corporativo. Il singolo rappresentante non si identifica con il singolo gruppo rappresentato perché ne rispecchia esattamente la particolarità, la differenza. La rappresentanza si identifica nel popolo (e quella in questo), «comunità politico-ideale» (Leibholz, 1989), perché ne ripete l'essenza. Questa essenza non si configura a sua volta come il prodotto di una dialettica differenziale tra elementi interni, ma come manifestazione inevitabile dell'unitarietà del corpo politico. Non è un caso che le suddette concezioni del rapporto di rappresentanza simpatizzino spesso per forme plebiscitarie di acclamazione di *leader* a cariche monocratiche. Al parlamentarismo, regime dell'unità incompleta e dell'integrazione imperfetta che si costruisce dialetticamente nel confronto tra parti conciliabili ma irriducibili, queste concezioni preferiscono il presidenzialismo che invece prova, attraverso l'ipervalorizzazione del principio di maggioranza, a risolvere il problema del pluralismo nella consacrazione di un *leader* nell'ambito di una istituzione dell'unità (Morelli, 2018)<sup>10</sup>.

Anche quando si muove nell'ambito di regimi parlamentari, tuttavia, la concezione organicistica dell'unità popolare e la diffidenza nei confronti del pluralismo sociale e dei suoi risvolti politici, porta inevitabilmente all'adesione ad una visione unanimistico-maggioritaria della democrazia. Le forze populiste tendono a sostituire il «tutto con una sua parte» (Urbinati, 2019), trasfigurando il principio maggioritario. In ogni democrazia il principio maggioritario funziona come criterio di legittimazione delle decisioni collettive anche nella misura in cui opera una finzione: quella per la quale la decisione della maggio-

---

<sup>10</sup> «In tale prospettiva [quella di intendere la rappresentanza come simbolica], il legame tra rappresentante e rappresentato assume una connotazione marcatamente identitaria, poiché l'uno e l'altro si percepiscono non come due soggetti distinti, l'uno dei quali agisce nell'interesse dell'altro, ma come parti di un intero. Riprendendo le categorie schmittiane, può dirsi che la rappresentanza simbolica dà veste al «principio di identità» nei casi in cui ciò possa avere luogo, cioè quando vi sia una forte e consapevole omogeneità in seno alla società e tra i governati e i governanti» (MORELLI, 2018).



ranza (elettorale o parlamentare) *sta in luogo* della decisione di *tutto* il corpo decidente. La finzione consiste, insomma nell'assimilazione, almeno operativa, della maggioranza all'unanimità (Rosanvallon, 2015). In un regime democratico pluralistico funzionante questa finzione è sempre consapevole. «Prescindendo dalla *finzione secondo la quale la maggioranza rappresenterebbe anche la minoranza* e la volontà della maggioranza sarebbe una volontà generale, il principio di maggioranza apparirebbe come il dominio della maggioranza sulla minoranza. Ma in realtà non è così» dice Kelsen (Kelsen, 2010)<sup>11</sup>.

La logica populista, invece, tende a rimuovere la consapevolezza di questa finzione: il principio maggioritario esce dall'ambito della sua interpretazione proceduralistica per entrare in una dimensione in qualche modo sostanzialistica. Il raggiungimento di una maggioranza politica deve diventare, a suo modo, epifania di quell'unità del popolo di cui si diceva in precedenza. Realizzata quella epifania il processo democratico sarebbe in qualche modo esaurito nella misura in cui ha realizzato il proprio scopo (Urbinati, 2014).

Questa condizione ovviamente non si manifesta. Non si manifesta mai, verrebbe da dire. Le elezioni politiche democratiche sono la manifestazione più chiara della logica pluralista della democrazia. Tuttavia, la prova dei fatti non mette in crisi la concezione unanimista<sup>12</sup>. Se la società e la sua rappresentazione politica continuano a manifestarsi nella loro irrimediabile vocazione pluralista, allora, è perché quella differenziazione è provocata e fomentata da quelle stesse *élites* che i populistici combattono. La «rappresentanza vera» del popolo, nella sua unitarietà (quella quota che li ha votati ma anche quella che, ingannata dalle *élites*, ha votato altri) rimane, in questa logica, in capo al movimento populista, perché la sua pretesa di rappresentatività non è empirica ma chiaramente morale (Müller, 2017). Come dice Urbinati «Il populismo è una rivolta contro la struttura pluralista delle relazioni partitiche non nel nome di una «democrazia senza partiti» ma nel nome del governo di una «parte» che

<sup>11</sup> Si legga in proposito Urbinati: «se l'organizzazione della vita politica nella democrazia rappresentativa si basa su una finzione considerata necessario – l'assimilazione della maggioranza all'unanimità – in una democrazia populista, quella stessa finzione si solidifica e diviene socialmente reale. Viene a essere identificata con una parte della società, con alcuni gruppi o rivendicazioni o con un insieme di movimenti. Il populismo rappresenta un riorientamento della nozione di popolo verso il mito ancestrale dell'assimilazione, ma con una torsione: con la fenomenologia della sostituzione dell'intero con una delle sue parti, la *fictio* dell'universalità sparisce» (URBINATI, 2019).

<sup>12</sup> A rigore, l'assioma populista della rappresentanza organica del popolo da parte del *leader* o del movimento non viene negata neanche in caso di sconfitta elettorale, cioè di messa in discussione, non della attitudine totalizzante della rappresentanza populista ma, anche solo del suo carattere numericamente maggioritario. La sconfitta elettorale viene normalmente addebitata ad elementi esterni che hanno distorto lo spontaneo e naturale manifestarsi della volontà popolare se non a veri e propri brogli elettorali. Gli ultimi strascichi postelettorali della presidenza Trump e la difficile transizione verso la presidenza Biden dimostrano esattamente questo fenomeno.

merita un superiore riconoscimento perché è oggettivamente quella buona». Ciò che resta fuori da quel perimetro o sono i cittadini che sbagliano, quindi prima o poi redimibili, sono *élites* che in quanto tali non appartengono neppure al *popolo vero*. Come ebbe a dire una volta Erdogan ad un congresso dell'AKP in segno di spregio verso i numerosi connazionali che lo osteggiavano, ha dichiarato «Noi siamo il popolo, voi chi siete?» (Urbinati, introduzione a Müller, 2017)<sup>13</sup>.

### 3.3 Egemonia e differenziazione nel pensiero di Laclau

I modelli teorici e le pratiche politiche sono molteplici. Bisogna ammettere che non ogni teoria del populismo è una teoria restia ad accettare il principio di differenziazione sociale. A chiusura di questo paragrafo allora, converrà fare i conti con una teoria del populismo che oltre ad essere raffinata e per molti versi interessante, rappresenta un contraltare al modello della teoria del governo di coalizione così come impostata nella prima parte di questo contributo. Ci si riferisce al lavoro di Laclau (Laclau, 2019; Laclau, 2012).

Laclau in effetti parte proprio dalla accettazione più piena del principio di differenziazione. Il sociale, per l'autore argentino, è un campo piuttosto destrutturato di domande sociali (esigenze, ideali, interessi riferibili a soggetti individuali o collettivi), che in questo senso possono essere considerate come l'unità minima della costruzione del politico. Le domande sociali in parte sono soddisfatte dal potere politico, in parte, fisiologicamente resteranno inevase.

A questo punto entra in campo quella che l'Autore chiama strategia populista: la possibilità cioè di «costruire il popolo» attraverso una operazione egemonica che non nega ma anzi presuppone la pluralità delle domande sociali. Nello specifico – come è noto – l'operazione egemonica da parte del partito o del *leader* populista ha successo quando una specifica domanda sociale riesce, attraverso un impegno strategico e discorsivo, a diventare politicamente equivalente a tutte le altre domande sociali non assorbite dal potere. Per costruire questa catena equivalenziale di domande sociali c'è bisogno che la domanda sociale di partenza rimanga significativa di sé stessa, ma che nel con-

---

<sup>13</sup> Urbinati poi continua «Quando sono in lizza per una carica, i populistri ritraggono i concorrenti politici come parte dell'élite immorale e corrotta, mentre quando salgono al potere si rifiutano di riconoscere qualsiasi opposizione come legittima. La logica populista prevede inoltre che chiunque non sostenga i populistri non possa essere considerato a buon titolo come facente parte del popolo, sempre definito come virtuoso e moralmente puro. In altre parole, i populistri non affermano «Siamo il 99 per cento», ma sottintendono «Siamo il 100 per cento». Per i populistri questa equazione funziona sempre: qualsiasi rimanenza può essere ignorata in quanto immorale e del tutto estranea al popolo».

tempo perda il suo significato specifico, diventi cioè un significante vuoto. Le domande sociali ineluttabili a questo punto potranno essere considerate tutte politicamente equivalenti se e in quanto equivalenti al significante vuoto che così le ha egemonizzate.

A ben vedere il modello adesso proposto ha qualcosa in comune con il modello di coalizione proposto da Ferrara. Anche in quella sede si è visto che ogni partito politico può essere considerato come portatore di determinati interessi sociali originari: allo stesso modo nella riflessione di Laclau ogni attore tenta la costruzione del politico partendo da una o più domande sociali di riferimento. Nel modello visto all'inizio così come in quello visto ad ultimo il tentativo egemonico è volto alla ricerca del consenso di soggetti altri rispetto a quelli portatori del consenso originario. Per Laclau quel consenso egemonico si costruisce attraverso un meccanismo discorsivo che renda equivalenti le domande sociali altre a quella di riferimento che diventa così un significante vuoto. Nel modello di governo di coalizione invece, in un'ottica sostanzialista che Laclau rifiuta, è la componibilità oggettiva degli interessi a comportare la possibilità dell'egemonia.

A questo punto però subentra una differenza tra i due modelli teorici fioriti di sviluppi notevolmente divergenti. Mentre in Laclau la domanda sociale originaria ha la possibilità di mantenere la propria pregnanza pur diventando significante vuoto, nel modello che abbiamo visto all'inizio questo non può avvenire. Man mano che il partito assume consenso *esterno* indebolisce il nucleo duro della propria rappresentanza. È per questo motivo che nel modello descritto da Ferrara il tentativo egemonico è suscettibile di continue crisi e di continue battute d'arresto e di arretramenti.

È qui allora che si pone la necessità del governo di coalizione che è inconcepibile in Laclau, che tra le altre cose pare più a suo agio nel ragionare nell'ambito di forme di governo presidenziali. Per Laclau è la dimensione egemonica che concilia il principio rappresentativo e quello maggioritario. Questa conciliazione avviene nel momento della costruzione del consenso del partito (populista), attraverso l'integrazione delle diverse domande sociali all'interno della catena equivalenziale. Ovviamente in un regime presidenziale, nel quale la guida dell'esecutivo spetta ad un organo monocratico, questa costruzione comporta una alternativa secca: le domande sociali o vengono re-integrate nel sistema dominante, o si orientano nella rappresentanza (monocratica) del candidato dell'opposizione populista. In alternativa vengono, per tornare alla precedente analisi di Luciani, semplicemente espulse dal sistema della rappresentanza. Nel modello del governo di coalizione invece questa articolazione egemonica è sempre molto difficile nell'arena della «politica na-

zionale». Può diventare possibile allora nell'ambito della politica parlamentare, con alleanze di governo di soggetti politici che intercettano un insieme di domande sociali differenti. La logica egemonica di costruzione del consenso arriva fino ad un certo punto, fino alla costruzione di un certo grado di articolazione del consenso. Oltre quel grado può arrivare sono la logica parlamentare del compromesso, una logica che permette una seppur parziale composizione della rappresentanza politica in un momento successivo a quello elettorale.

Quanto fin qui visto costituisce una possibile discrasia tra alcune caratteristiche connesse al modello istituzionale della nostra forma di governo e alcuni elementi non marginali della logica populista. Rimane indubbio che questa frizione abbia mostrato i suoi effetti nel corso della XVIII legislatura, nella quale i due partiti politici italiani che più di altri avevano costruito la propria identità politica in senso populista si sono trovati a sviluppare alleanze di governo, prima tra di loro e poi con partiti fino ad immediatamente prima considerati espressione delle cosiddette *élites*. Questo attrito si è presentato in due forme differenti. Durante il corso della legislatura si sono manifestate delle perdite di consenso: del M5S durante l'esperienza del Governo Conte I, della Lega durante l'esperienza del Governo Conte II, di entrambi durante il Governo Draghi.

La seconda forma di manifestazione di questa frizione si è manifestata nelle fasi conclusive del Governo Draghi, e in special modo nella circostanza della sua caduta, con un particolare attivismo prima del M5S e, poi, della Lega. Non che non si vedano le innegabili ragioni di ordine anche solo tattico che hanno portato le parti politiche ad assumere quelle decisioni. Rimane il fatto che quegli esiti possono essere, per certi versi, considerati un elemento a sostegno di quanto detto.

Le elezioni politiche del 25 settembre del 2022, d'altro canto, pare abbiano in qualche modo dimostrato la rilevanza delle fraglie di attrito sopra indicate. Da un lato le percentuali elettorali di M5S e Lega paiono ben distanti da quelle raggiunte da questi partiti all'acme del loro successo elettorale: rispettivamente alle politiche del 2018 e alle europee del 2019. Dall'altro lato non pare disomogeneo a quanto detto neppure il fatto che il partito più votato, FdI, sia stato una delle principali forze di opposizione al Governo di grande coalizione.

- BOBBIO, N., La regola di maggioranza: limiti e aporie, in (a cura di) N. Bobbio, C. Offe, S. Lombardini, *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Bologna, 1981.
- DAHL, R., *Democracy in the United States: Promise and Performance*, Chicago, 1972.
- ELIA, L., *Forma di governo*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970.
- FELTRI, S., *Tornare cittadini*, Einaudi, Torino, 2021.
- FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001.
- FERRARA, G., *Il Governo di coalizione*, Milano, 1973.
- GRAZIANO, P., *Neopopulismi. Perché sono destinati a durare*, Il Mulino, Bologna, 2018.
- GRILLO, B., Il M5s è populista, né di destra, né di sinistra #fieramentepopulista, Blog di Beppe Grillo, 14 dicembre 2013.
- KELSEN, H., *La Democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- LACLAU, E., *Politica e ideologia nella teoria marxista. Capitalismo fascismo populismo*, Castelveccchi, Roma, 2019.
- *La ragione populista*, Laterza, Roma-Bari, 2019.
- LEIBHOLZ, G., *La rappresentazione nella democrazia*, Giuffrè, Milano, 1989.
- LUCIANI, M., voce *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, 2010.
- *La parabola del Presidente della Repubblica*, in *Rivista Aic* n. 1/2014.
- MÜLLER, J.W., *Cos'è il populismo*, Università Bocconi Editore, Milano 2017.
- MUDDE, C., *The Populist Zeitgeist*, in *Government and Opposition*, 4, 2004.
- ROSANVALLON, P., *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2015.
- SCHMITT, C., *La dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.
- TARCHI, M., *Italia populista. Dal Qualunquismo a Beppe Grillo*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- TUORTO, D., *Apatia o protesta? L'astensionismo elettorale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- URBINATI, N., *Democrazia sfigurata*, Milano, 2014.
- *Io, il popolo*, Il Mulino, Bologna, 2019.

# **FORMA DI GOVERNO E RAPPRESENTANZA POLITICA: LA DINAMICA COALIZIONALE NELL'EVOLUZIONE DELLA FORMA DI GOVERNO SPAGNOLA <sup>1</sup>**

ALESSANDRO FRICANO

*Dottorando in diritto costituzionale presso l'Univesità  
degli studi del Molise*

SOMMARIO: 1. *Introduzione.*–2. *La sfiducia costruttiva come strumento di razionalizzazione della forma di governo.*–3. *Governi di minoranza: anomalie di sistema o coalizioni implicite?*–4. *La Gran coalición: genesi e sviluppi del primo accordo di governo.*–5. *Conclusioni.*

## **1. INTRODUZIONE**

Dall'entrata in vigore della Costituzione del 1978, l'ordinamento spagnolo si è contraddistinto per una tendenziale stabilità della forma di governo in parte dovuta ad un sistema «proporzionale corretto» per l'elezione del *Congreso de los Diputados*. La *Ley Orgánica del Régimen Electoral General* meglio nota come *LOREG*, approvata nel 1985 e parzialmente modificata nel 2011 <sup>2</sup>, è stata in grado di determinare prima e garantire poi un modello bipartitico dell'alternanza tra popolari e socialisti. Per circa quarant'anni si sono susseguiti governi monocolore o di minoranza, eventualmente sostenuti grazie all'appoggio esterno di

---

<sup>1</sup> Il presente contributo è stato redatto nell'ambito di un soggiorno di ricerca presso il *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* (CEPC) di Madrid.

<sup>2</sup> Per una mirabile analisi sul funzionamento del sistema elettorale spagnolo si rinvia a SALVADOR CRESPO (2020).

partiti minori. L'equilibrio bipolare fin qui descritto ha subito una prima battuta di arresto con le *elecciones generales* del 2015 per il rinnovo delle Corti Generali e con l'avvento di nuove formazioni politiche nel proskenio nazionale come *Podemos* e *Ciudadanos*, che malgrado i pronostici avevano già guadagnato dei seggi alle elezioni europee del 2014. Si dovranno attendere invece le elezioni generali dell'aprile 2019 per assistere all'ascesa politica di *Vox*, il partito ultranazionalista ed euroscettico che già nello stesso anno in Andalusia ha contribuito in sede di investitura alla formazione di un governo di coalizione tra il *Partido Popular* e *Ciudadanos*, presieduto dal popolare Juan Manuel Moreno<sup>3</sup>. La forma di governo in Spagna non può prescindere dal rapporto tra *centro* e *periferia*, ciò spiega come e perché le coalizioni locali costituiscono l'anticamera di quelle nazionali. Se i governi di coalizione rappresentano l'eccezione nell'esperienza costituzionale spagnola altrettanto non può dirsi a livello autonomico<sup>4</sup>. In questo clima di tensione costituzionale hanno trovato collocazione numerosi mutamenti istituzionali<sup>5</sup>. Alla luce di quanto qui brevemente esposto si evince infatti come il lento deteriorarsi della stabilità dell'ordinamento spagnolo e la conseguente evoluzione della forma di governo in Spagna siano stati determinati: I) dal suc-

<sup>3</sup> Juan Manuel Moreno è stato riconfermato alla guida della Comunità autonoma dell'Andalusia dopo le elezioni regionali del 19 giugno 2022 ottenendo con il *Partido Popular* la maggioranza assoluta nel Parlamento andaluso. L'autosufficienza dei popolari per l'investitura di Moreno, i socialisti distanti diciannove punti percentuale rispetto al PP, il mancato *exploit* di *Vox* fermo al 13,4% ed il tracollo di *Ciudadanos* esclusi dal Parlamento andaluso malgrado l'appoggio al governo uscente costituiscono elementi di lettura del risultato elettorale anche in chiave nazionale. Qualche mese prima, 13 febbraio 2022, si sono tenute le elezioni anticipate nella Comunità autonoma di Castilla y León. Il PP guidato dal Presidente uscente Alfonso Fernández Mañueco pur affermandosi come primo partito è stato costretto a trattare con la ultradestra di *Vox* per costruire un'alleanza di governo. L'11 marzo entrambi i partiti «al termine di una lunga negoziazione, hanno sottoscritto un accordo per governare in coalizione in Castilla y León, che contempla un pacchetto di obiettivi e azioni programmatiche condivise da realizzare nel corso della legislatura. L'accordo prevede, anzitutto, le modalità per costituire un Governo di coalizione stabile e solido, in base al quale al partito di VOX spetterà la presidenza delle Cortes, la direzione della vicepresidenza di Governo e di tre Consejerías (Agricoltura, Cultura, Industria e Occupazione), mentre le restanti sette Consejerías rimarranno sotto il controllo del Pp. Tra i diversi obiettivi programmatici concordati tra le due forze politiche, spiccano quelli di una legge contro la violenza familiare, una politica di immigrazione ordinata e di pieno contrasto alle mafie illegali, un'educazione priva di una connotazione ideologica, e, infine, una consistente contrazione della spesa istituzionale e della spesa pubblica, unitamente ad un miglioramento della qualità dei servizi pubblici» cit. FROSINA (2022).

<sup>4</sup> Per una ricostruzione dettagliata sulle coalizioni a livello autonomico cfr. MÁRQUEZ CRUZ (2007); RENIU, DELGADO (2014). Osserva Reniu: «*Si bien al analizar las estrategias coalicionales de los partidos de ámbito estatal se constataba que el nivel autonómico no era más que una harramienta, un instrumento para intercambio en el proceso de negociación [...] a partir de la correlación de fuerzas y su situación política. Junto a ello destaca la profusión en el uso de diversas soluciones coalicionales por los todos los partidos en el nivel autonómico, lo que justifica sobradamente el interés por comprender el diferente comportamiento de los partidos*» così RENIU (2013).

<sup>5</sup> Si è parlato di come l'ordinamento spagnolo negli ultimi dieci anni abbia affrontato quattro differenti crisi: una di ordine economico, una politica, una territoriale e da ultimo una istituzionale. Per una più attenta ricostruzione cfr. BOSCO (2018).

cesso elettorale di formazioni politiche alternative ai partiti tradizionali; II) dall'acuirsi della questione independentista catalana nel 2017; III) dall'approvazione senza precedenti della mozione di sfiducia contro Mariano Rajoy nel 2018 ed infine IV) dalla formazione del Governo Sánchez II, il primo esecutivo di coalizione dalla Transizione ad oggi.

La formazione del Governo in Spagna trova fondamento normativo all'art. 99<sup>6</sup> della Costituzione del 1978. Suddetta disposizione, contenuta all'interno del *Título IV*, prevede al primo comma che in caso di rinnovo del Congresso dei Deputati e nelle altre circostanze costituzionali in cui ciò si riveli necessario, il Re – previa consultazione dei rappresentanti designati dai gruppi politici presenti in Parlamento e attraverso il Presidente del Congresso – proponga un candidato alla Presidenza del Governo. Successivamente il candidato proposto esporrà al Congresso dei Deputati il programma politico del Governo che intende formare chiedendo la fiducia della Camera. Se il Congresso dei Deputati voterà la fiducia con maggioranza assoluta dei suoi membri il Re procederà con la nomina del Presidente, qualora invece non dovesse essere raggiunta la predetta maggioranza verrà fissata una nuova votazione a distanza di quarantotto ore dalla precedente avente ad oggetto la medesima proposta, in questo caso per ottenere la fiducia sarà sufficiente la maggioranza semplice.

## 2. LA SFIDUCIA COSTRUTTIVA COME STRUMENTO DI RAZIONALIZZAZIONE DELLA FORMA DI GOVERNO

La relativa stabilità politico-istituzionale della Spagna post-franchista è strettamente connessa alla razionalizzazione della forma di governo, voluta dai

---

<sup>6</sup> Artículo 99 (Título IV. «Del Gobierno y de la Administración») de la Constitución española de 1978. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.

El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.

Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior; y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.

Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.

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.



costituenti spagnoli per arginare gli effetti destabilizzanti del multipartitismo dopo le prime elezioni democratiche del 15 giugno del 1977. Lo stesso *Tribunal Constitucional* in una sua celebre pronuncia, la *STC 16/1984*, ha ribadito con riguardo all'art. 99 CE che la Costituzione spagnola «*se inspira en un principio de racionalización de esta forma que, entre otros objetivos, trata de impedir las crisis gubernamentales prolongadas*»<sup>7</sup>. L'art. 99 CE va interpretato in combinato disposto con un'altra norma costituzionale, l'art. 113 CE, che – sul modello dell'art. 67 della *Grundgesetz* tedesca – disciplina la cd. *moción de censura*, meglio nota come «sfiducia costruttiva»<sup>8</sup>. Si tratta di uno strumento tipico del parlamentarismo razionalizzato che limita l'instabilità degli esecutivi in assenza di un'alternativa di governo<sup>9</sup>. In realtà la stabilità dei governi – siano essi monocolore, minoritari o di coalizione – pare essere direttamente proporzionale all'unità dei gruppi parlamentari che ne costituiscono la maggioranza politica. Secondo l'art. 113 CE il Congresso dei Deputati può verificare la responsabilità politica del Governo mediante l'adozione a maggioranza assoluta della mozione di censura, proposta da almeno un decimo dei deputati e indicante un candidato «alternativo» alla Presidenza del Governo. L'art. 114 definisce l'esatto funzionamento della mozione di censura: se il Congresso dovesse negare la fiducia al Governo, questi presenterà le sue dimissioni al Re, procedendo così alla designazione del Presidente del Governo in conformità all'articolo 99 CE; se invece il Congresso dovesse approvare la mozione di censura, il Governo presenterà le sue dimissioni al Re e il candidato indicato in quella mozione s'intenderà investito della *confianza* della Camera e successivamente nominato Presidente del Governo. La mozione di censura non potrà essere votata prima che siano decorsi cinque giorni dalla sua presentazione, tuttavia nei due primi giorni di tale periodo si potranno presentare mozioni alternative. Il quarto comma del medesimo articolo stabilisce inoltre che nel caso in cui la *moción de censura* non fosse approvata dal Congresso i suoi firmatari non potranno presentarne un'altra durante lo stesso periodo di sessione. L'individuazione di un numero minimo pari a un decimo dei deputati per la sua presentazione, la necessità di una maggioranza assoluta per la sua approvazione ed i requisiti temporali stabiliti dalla Costituzione rappresentano dei limiti effettivi al potere legislativo. La procedura relativa alla mozione di censura viene descritta nel terzo capitolo del Regolamento del *Congreso de los Diputados*. In particolare, l'art. 178 dello stesso afferma che in caso di appro-

<sup>7</sup> Cit. *STC 16/1984, FJ6*.

<sup>8</sup> Cfr. FRAU (2017); CURRERI (2007).

<sup>9</sup> Sul delicato rapporto tra governabilità e strumenti di razionalizzazione della forma di governo in Spagna v. IBRIDO (2018); BLANCO VALDÉS (2018).

vazione di una mozione di censura, il suo Presidente del Congresso ne dà immediata comunicazione al Re e al Presidente del Governo. Tale comunicazione deve essere associata al decreto di nomina del nuovo Presidente del Governo, firmato dal Re e controfirmato dal Presidente del Congresso, a norma del primo comma dell'articolo 64 CE.

La *moción de censura* è quindi uno strumento parlamentare contraddistinto da una *pars destruens* ed una *pars construens*: se da un lato avvia e catalizza un meccanismo di sfiducia del Governo in carica dall'altro propone un'alternativa dotata di un supporto qualificato da parte dello stesso Parlamento, restituendo a quest'ultimo una ritrovata centralità. A differenza della questione di fiducia prevista ex. art. 112 CE – sebbene entrambe assolvano alla funzione di rivendicare la responsabilità politica dell'Esecutivo – la mozione di censura si pone su una prospettiva di natura risolutiva: alla cessazione dell'esecutivo corrisponde la contestuale investitura di un nuovo Presidente. Vale tuttavia la pena ricordare come la giurisprudenza costituzionale spagnola con la *STC 75/1985* abbia interpretato gli artt. 112 e 113 CE definendo la questione di fiducia e la mozione di censura «precetti costituzionali che possono essere intesi come espressione di un'esigenza razionalizzante nella forma di governo»<sup>10</sup>. La sfiducia costruttiva si propone come un'alternativa allo scioglimento delle Camere nel caso il governo venisse privato della fiducia parlamentare. La polarizzazione tra potere legislativo e potere esecutivo trova nella *moción de censura* uno strumento di risoluzione capace di scongiurare eventuali crisi al buio o quantomeno di limitarne drasticamente la durata nel tempo favorendo la tenuta dei governi di minoranza, endemici dell'architettura costituzionale spagnola<sup>11</sup>.

Dalla Transizione ad oggi l'art. 113 CE è stato esperito in cinque occasioni e soltanto una volta con esito positivo. La mancata approvazione di una *moción de censura*, volta alla destituzione dell'esecutivo in carica e all'avvio di uno nuovo, è stata spesso imputata alle storiche divisioni delle forze di opposizione e all'incapacità di queste ad organizzarsi in sede parlamentare. Le prime due mozioni di censura sono state presentate rispettivamente nel 1980 contro il presidente Suárez e nel 1987 contro González al fine di logorare la

<sup>10</sup> «[...] los preceptos constitucionales que pueden comprenderse como expresión de una exigencia racionalizadora en la forma de gobierno» cit. *STC 75/1985, FJ5*.

<sup>11</sup> «Si fa riferimento a congegni che presuppongono la fluidità dei partiti – la relativa disponibilità a muoversi nel campo di opzioni politiche non sempre binarie, nonché la potenziale apertura all'accordo e al compromesso parlamentare – e che al contempo cercano di limitare e, per così dire, di addomesticare quella stessa fluidità. [...] Il congegno – sul piano concettuale – si contrappone frontalmente al paradigma della democrazia di investitura e al contempo si fonda su una visione ben precisa dell'opposizione parlamentare [...]» cit. LONGO (2018).

maggioranza a sostegno degli stessi esecutivi. Sia la terza che la quarta mozione di censura sono state proposte contro il presidente Mariano Rajoy Brey del *Partido Popular*, prima nel 2017 con il leader di *Podemos* Pablo Iglesias Turrión quale candidato alternativo alla guida del Governo, poi nel 2018 con il socialista Pedro Sánchez Pérez-Castejón indicato alla presidenza<sup>12</sup>. Quest'ultima è stata certamente favorita dal logoramento del *Partido Popular*, travolto da uno scandalo giudiziario meglio noto come *caso Gürtel* che ha coinvolto numerosi esponenti del *PP* con l'accusa di corruzione. La quinta in ordine di tempo è stata presentata nel 2020 da *Vox* contro il presidente Sánchez e con Santiago Abascal come candidato, venendo respinta con duecentonovantotto voti contrari e cinquantadue a favore.

Tuttavia soltanto con la *moción de censura* del 2018 – passata con centottanta voti a favore, centosessantanove contrari ed un astenuto nonché l'unica ad esser stata approvata dal *Congreso de los Diputados* nella storia costituzionale della Spagna – si è riusciti nell'intento di rovesciare l'esecutivo in carica, ovvero il Governo Rajoy II, dando così vita al primo Governo Sánchez, un esecutivo di minoranza a guida socialista<sup>13</sup>. Il complesso avvicendamento alla Moncloa appena descritto e la successiva «corrispondenza d'amorosi sensi» tra *PSOE* e *Podemos* dimostrano come lo strumento della sfiducia costruttiva quale meccanismo di stabilizzazione della forma di governo abbia una sua ragione d'essere soltanto in presenza di un sistema parlamentare le cui forze politiche siano inclini alla ricerca di un compromesso politico, superando l'ordinaria dialettica tra maggioranza e opposizione<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Con riguardo alle motivazioni si osserva come «Le tre mozioni precedentemente sottoposte al voto parlamentare – rispettivamente contro Adolfo Suárez (1980), Felipe González (1987) e Mariano Rajoy (2017) – pur accomunate dall'insuccesso, rispondevano ad obiettivi parzialmente differenti. Con la prima il *PSOE* puntava a fare emergere le difficoltà e le contraddizioni dell'Esecutivo in carica e a presentarsi come potenziale alternativa di governo, la seconda era essenzialmente orientata a dare visibilità mediatica al leader di *Alianza Popular* (poi *PP*) Hernández Mancha, che tentava la sfida all'allora Presidente del Governo Felipe González, la terza era infine depositata dai deputati di *Podemos*, mossi dalla consapevolezza della bassa probabilità di successo, ma dalla volontà di smarcarsi dai due partiti tradizionali (*PSOE* e *PP*), accreditandosi come forza di opposizione strutturata, dal forte e definito perimetro programmatico e costruttivo.» così F. LONGO (2018).

<sup>13</sup> Come correttamente osservato: «Nell'esperienza spagnola, dunque, l'istituto della sfiducia costruttiva, oltre alla *funzione manifesta* di stabilizzare i governi, ha acquisito la *funzione accessoria* di promuovere un ampio e visibile confronto parlamentare tra il presidente del governo e il suo avversario politico, fungendo, prevalentemente, da strumento di propaganda dell'opposizione parlamentare per presentare il candidato alla *premiership* e il programma politico dinanzi al Congresso dei Deputati e al corpo elettorale. [...] Il settimo Presidente spagnolo è, quindi, il primo in assoluto a essere stato investito alla presidenza attraverso il meccanismo della sfiducia costruttiva, ma è anche il presidente del governo più minoritario della storia democratica postfranchista.» cit. FROSINA (2018).

<sup>14</sup> «Di fatto, l'equilibrio tra i poteri dipende dalla maggioranza su cui il Governo può contare in Parlamento. [...] Capita, dunque, che quando il partito che sostiene il Governo possiede la maggioranza assoluta in Parlamento, l'Esecutivo assume un ruolo da protagonista. Quando, invece, quel partito rappre-

### 3. GOVERNI DI MINORANZA: ANOMALIE DI SISTEMA O COALIZIONI IMPLICITE?

Dopo la fine della dittatura franchista e ben prima dell'investitura del secondo Governo Sánchez non sono mancati tentativi, mai di fatto realizzati, di formare esecutivi di coalizione<sup>15</sup>. Dieci dei quindici governi che si sono avviati dalla Transizione ad oggi possono qualificarsi come «esecutivi di minoranza», privi cioè della maggioranza assoluta in Parlamento e quindi necessitanti dell'appoggio esterno di forze politiche diverse rispetto quella che esprime il *Premier* incaricato. Possono tuttavia, i governi di minoranza essere considerati alla stregua di tacite coalizioni? In un simile sistema parlamentare assumono un ruolo del tutto peculiare i partiti autonomici, tradizionalmente radicati nelle rispettive *comunidades autónomas*. La negoziazione politica con queste formazioni, minori per dimensioni ma determinanti per il raggiungimento della fiducia, non si traduce nella partecipazione al governo mediante la spartizione di spoglie ministeriali bensì nella condivisione di un determinato indirizzo politico favorevole alle istanze dei territori di cui gli stessi partiti autonomici sono espressione. All'aumentare della frammentazione elettorale, e quindi dell'incertezza numerica dei due tradizionali «blocchi» socialisti e popolari, aumenterà altresì il peso specifico delle sigle partitiche locali. In altri termini, assumono una funzione costituzionale implicita per la formazione dei governi. L'assenza di una diretta e più strutturata partecipazione dei partiti autonomici

---

senta la maggioranza, ma ha bisogno dell'appoggio parlamentare di altri partiti, perché non arriva alla maggioranza assoluta, il protagonismo del Governo è condiviso con quello del Parlamento. Più che con il Parlamento, è meglio dire che il protagonismo del partito al Governo è condiviso con quello degli altri partiti che lo appoggiano. Per esempio, un problema comune in Spagna verso la fine degli anni Ottanta, primi anni Novanta (gli ultimi governi di Felipe González) è stata proprio la dipendenza del Governo dai deputati nazionalisti al Congresso, per raggiungere la maggioranza assoluta. Effettivamente, i nazionalisti, pur essendo minoranza nel Congreso de los Diputados, si sono imposti per molti anni come uno dei protagonisti più importanti della vita politica spagnola» cit. VIDAL PRADO (2018).

<sup>15</sup> Sul punto: «A diferencia de otras épocas del constitucionalismo histórico español (especialmente en los últimos años del reinado de Alfonso XIII y en toda la Segunda República hasta 1939), el sistema político nacido con la Constitución del 1978 desconoce, en el ámbito estatal, la experiencia de los Gobiernos de coalición. No hace falta saber mucha Ciencia Política para entender que esta ausencia de experiencias de coaliciones gubernamentales ha estado determinada por el sistema de partidos que, hasta el presente, ha permitido que un solo partido pudiera formar Gobierno sin necesidad de acudir a otros partidos que pudieran participar en el mismo» cit. GARCÍA FERNÁNDEZ (2020). Con riferimento alla medesima questione è stato osservato come: «El caso español presenta ciertas peculiaridades. En primer lugar, cuando empezaron a multiplicarse los gobiernos de coalición en Europa, España estaba inmersa en una dictadura que aún tenía muchos años de recorrido. En segundo lugar, a pesar del consenso que inspiró la transición democrática y a pesar de que, entre 1977 y 2011, en seis elecciones generales el partido ganador no ha conseguido la mayoría absoluta de los escaños del Congreso, nunca se han formado gobiernos de coalición en el ámbito estatal. En tercer lugar, todas las experiencias de gobiernos compartidos las encontramos en el ámbito autonómico y, sobre todo, en el municipal» cit. MATAS DALMATES (2015).

alla compagine di governo lascerebbe propendere per una diversa qualificazione degli esecutivi di minoranza, intesi come un vero e proprio *genus*, prossimo ma distinto rispetto alla meglio nota formula dei governi di coalizione.

Furono esecutivi minoranza il secondo ed il terzo governo presieduti da Adolfo Suárez, che sebbene fosse in carica già dal 1976, fu riconfermato alla guida del paese sia dopo le prime elezioni democratiche del 1977 sia dopo quelle del 1979. Di minoranza fu anche l'esecutivo guidato da Leopoldo Calvo-Sotelo, espressione come Suárez dell'*Unión de Centro Democrático (UCD)*.

I primi due governi guidati da Felipe González Márquez – *leader* socialista e capo dell'esecutivo più longevo ininterrottamente al governo dal 1982 al 1996 – ottennero la maggioranza assoluta sia nel 1982 sia nel 1986. Più complessa la vicenda relativa alla formazione del terzo e del quarto governo González. Per il voto di investitura al Congresso dei Deputati tenutosi il 5 dicembre 1989, la maggioranza assoluta al primo scrutinio è stata raggiunta grazie al sostegno del deputato Luis Mardones Sevilla, iscritto alle *Agrupaciones Independientes de Canarias (AIC)*. Ai centosessantasei voti dei socialisti si è quindi sommato il voto del deputato indipendentista delle Isole Canarie determinante per raggiungere i centosessantasette voti necessari su trecentotrentadue deputati, numero ridotto rispetto ai consueti trecentocinquanta a seguito dell'annullamento delle elezioni legislative nei distretti di Murcia, Pontevedra e Melilla. Lo stesso González annunciò nel suo intervento al dibattito per l'investitura che si sarebbe sottoposto alla *cuestión de confianza* al *Congreso de los Diputados* una volta chiariti definitivamente i risultati elettorali, fiducia successivamente accordata il 5 aprile del 1990 con centosessantasei voti a favore. Per la formazione del suo quarto esecutivo nel luglio del 1993, González ottenne la maggioranza grazie al sostegno dei partiti catalani e baschi, senza però riuscire a costituire un governo di coalizione sul modello tedesco o italiano. Fu proprio Felipe González, dopo aver perso la maggioranza assoluta nel 1993, il primo Presidente a voler rompere la tradizione dei governi monocolore offrendo al *leader* del partito catalano *Convergència i Unió (CiU)* Jordi Pujol e a quello del *Partido Nacionalista Vasco (PNV)* Xabier Arzalluz Antia di entrare a far parte del Consiglio dei ministri da lui presieduto, che però declinarono la proposta.

Dopo le elezioni genali del 1996 la formula del governo di minoranza fu sperimentata anche dal popolare José María Aznar López. Per la formazione del suo primo esecutivo Aznar dovette ricorrere infatti al supporto parlamentare dei partiti autonomici baschi, canari e catalani – nello specifico del *Partido Nacionalista Vasco (PNV)*, della *Coalición Canaria (CC)* e della *Convergència i Unió (CiU)* – che tuttavia rifiutarono qualsiasi coinvolgimento diretto

nella compagine di governo<sup>16</sup>. Il riavvicinamento e la successiva intesa pre-elettorale tra il *PSOE* di Joaquín Almunia Amann e *Izquierda Unida* di Francisco Frutos Gras in vista delle elezioni del 2000 riportarono il tema delle coalizioni al centro del dibattito pubblico spagnolo. La vittoria di Aznar, confermato per il secondo mandato, consegnò l'alleanza pre-elettorale della sinistra ad una delle più clamorose sconfitte nella sua storia recente. Ottenuta la maggioranza assoluta si ebbe così un governo monocolore a guida popolare.

Di minoranza furono anche i due governi presieduti dal *leader* socialista José Luis Rodríguez Zapatero, che per l'investitura del 2004 ottenne centottantatre voti favorevoli grazie all'appoggio di ben sei forze parlamentari<sup>17</sup> e che nel 2008 non trovò la maggioranza necessaria a prima votazione ottenendo tuttavia la maggioranza semplice l'11 aprile a secondo scrutinio con centosessantatré voti a favore.

Se dopo le elezioni del 2011 il *leader* del *Partido Popular* Mariano Rajoy Brey riuscì ad ottenere la maggioranza assoluta dando vita al suo primo governo, medesima sorte non ebbe nel 2016 per la formazione del secondo esecutivo ottenendo stavolta la sola maggioranza semplice al *Congreso de los Diputados* e quella assoluta al *Senado*. Se l'invito più o meno esplicito per una convergenza rivolto dai popolari al *PSOE* non trovò accoglimento, ben altra sorte ebbe l'intesa con *Ciudadanos*. L'accordo di governabilità tra Mariano Rajoy e Albert Rivera, raggiunto ad agosto al margine della quarta riunione, prevedeva l'accettazione da parte dei popolari di un patto anticorruzione ma non la presenza di ministri in quota *Ciudadanos* nel gabinetto Rajoy. Dopo una complessa negoziazione di quattro mesi ed un primo tentativo d'investitura fallito, Rajoy raggiunse la fiducia come Primo Ministro in seconda votazione con centosettanta voti favorevoli. Oltre al sostegno dei popolari e di *Ciudadanos* necessario è stato il supporto parlamentare di partiti autonomici come *Coalición Canaria* (CC), *Foro Asturias* (FA) e *Unión del Pueblo Navarro* (UPN).

La travagliata XII Legislatura si è conclusa con l'ultimo governo di minoranza fin qui costituito in Spagna, ovvero il primo esecutivo guidato dal socialista Pedro Sánchez Pérez-Castejón dopo l'approvazione della *moción de censura* del 2018 contro Rajoy.

<sup>16</sup> Per una ricostruzione accurata delle trattative preliminari alla formazione del Governo Aznar I cfr. ROBLES EGEA (2004).

<sup>17</sup> Oltre al *Partido Socialista Obrero Español* (PSOE) di cui era espressione lo stesso Zapatero, hanno conferito la fiducia in Parlamento le seguenti formazioni politiche nazionaliste: *Esquerra Republicana de Catalunya* (ERC), *Izquierda Unida* (IU), *Coalición Canaria* (CC), *Bloque Nacionalista Galego* (BNG), *Chunta Aragonesista* (CHA).

#### 4. LA *GRAN COALICIÓN*: GENESI E SVILUPPI DEL PRIMO ACCORDO DI COALIZIONE.

La mancata approvazione al Congresso dei Deputati della legge di bilancio 2019 varata dal primo Governo Sánchez – madre di tutte le leggi e strettamente connessa all’indirizzo politico dell’esecutivo di orientamento progressista – ha condotto la Spagna ad elezioni anticipate nell’aprile del 2019<sup>18</sup> poi replicate nel novembre dello stesso anno per superare l’*impasse* e dare un Governo al paese. Le elezioni generali del 10 novembre 2019 per il rinnovo delle *Cortes Generales* hanno sancito la fine del tradizionale bipolarismo spagnolo, acuendo la frammentazione parlamentare più di quanto non fosse già accaduto dopo i risultati elettorali del 2015<sup>19</sup>. A distanza di soli sette mesi dalle elezioni generali del 28 aprile 2019 la formazione di estrema destra guidata da Santiago Abascal Conde è passata da ventiquattro seggi a cinquantadue al *Congreso de los Diputados*. A voler dimostrare la progressiva radicalizzazione dell’elettorato spagnolo basti pensare come nel medesimo arco temporale i moderati di *Ciudadanos* abbiano ridotto i seggi al Congresso da cinquantasette a dieci. L’interlocuzione politica si è così tradotta in una prima intesa tra *PSOE* e *Podemos* fino alla stesura di un preaccordo di governo siglato il 12 novembre 2019 e contenente dieci punti programmatici<sup>20</sup>. A ben vedere il graduale avvicinamento dei futuri alleati – saldato nel giugno 2018 con l’approvazione della mozione di censura contro Rajoy<sup>21</sup> – affonda le sue radici dalle elezioni autonome del 2015 quando i voti favorevoli di *Podemos* sono risultati determinanti per formare diversi governi a guida socialista in regioni strategiche come Aragona, Castiglia-La Mancia, Comunità Valenciana, Estremadura e Isole Baleari. La stessa alleanza ha trovato conferma in oc-

<sup>18</sup> Cfr. POMED SÀNCHEZ (2020).

<sup>19</sup> Come autorevole dottrina osserva: «*La fragmentación política a la que asistimos ha eliminado la posibilidad de mayorías absolutas y también está dificultando la configuración de gobiernos monocolor. El problema más acuciente es que el sistema electoral actual, aplicado a la nueva realidad político-institucional española está produciendo altos niveles de fragmentación y polarización que el sistema no logra contener y que impiden la formación de gobiernos en España y dificultan su estabilidad. Y, aunque hasta la fecha, la cultura de la coalición ha estado totalmente ausente del nivel central de gobierno dado el bipartidismo dominante, parece evidente que a la vista de los últimos resultados, los próximos gobiernos serán de coalición o no serán, tal y como ya está ocurriendo en el ámbito autonómico y local. Las dos últimas legislaturas han puesto de manifiesto como gobernar en minoría absoluta, sin recurrir a coaliciones de gobierno, para el partido en el gobierno ha conllevado costes políticos importantes con inevitables cesiones, difícilmente justificables de cara al propio electorado, abuso de la legislación de excepción (decretos-leyes) e inestabilidad parlamentaria, que se concreta en la imposibilidad material de aprobar los presupuestos anuales*» così SALVADOR CRESPO (2020).

<sup>20</sup> Per consultare il testo integrale: <http://bit.ly/acordopreliminarepsopodemos>.

<sup>21</sup> Per una lettura giornalistica cfr. CINTORA (2020).

casione delle successive elezioni autonome del maggio 2019 dove grazie all'appoggio parlamentare di *Podemos* è stato possibile consolidare alcune esperienze di governo coalizionali e avviarne di nuove nelle Comunità di Navarra, La Rioja e Isole Canarie. Nella medesima tornata elettorale si è altresì misurata la coalizione di destra costituita da *Partido Popular*, *Ciudadanos* e *Vox*. I risultati di maggiore rilievo sono stati registrati nella Comunità autonoma di Madrid e in quella di Murcia, in ambo i casi è stato necessario stipulare accordi funzionali ad una possibile governabilità<sup>22</sup>. Il modello autonomico sembrerebbe anticipare e condizionare quello nazionale. Quanto descritto conferma come nell'ordinamento costituzionale spagnolo più di ogni altro, la dimensione di governo locale sia in grado di influenzare effettivamente gli sviluppi e le fluttuazioni dei partiti a livello centrale.

Tra il 22 ed il 25 novembre del 2019, dopo la pubblicazione della versione preliminare, tutte le forze politiche hanno sottoposto il testo alle rispettive basi elettorali ottenendo una forte maggioranza a favore dell'accordo<sup>23</sup>. Si dovrà tuttavia attendere il 30 dicembre 2019 per la sottoscrizione da parte di ambo i contraenti – il *Partido socialista obrero español* e *Unidas Podemos* – del testo definitivo dell'accordo di governo dal titolo «*Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España*»<sup>24</sup>. Prima del 2019 l'unica formula conosciuta in Spagna di negoziazione preliminare alla formazione di un governo consisteva nel raggiungimento di accordi informali di governabilità tra partiti per l'avvio di esecutivi di minoranza. Nell'introduzione del contratto di governo – «che sviluppa il contenuto programmatico del pre-accordo raggiunto tra il PSOE e *Unidas Podemos*» – emerge la volontà di: «formare un governo di coalizione progressista che ponga la Spagna come punto di riferimento per la tutela dei diritti sociali in Europa [...]». Il documento fornisce altresì dettagli di natura temporale definendo la realizzazione dei punti in esso indicati, in conformità ai principi di bilancio dello Stato e al mutato contesto macroeco-

<sup>22</sup> Sugli sviluppi coalizionali a livello autonomico v. FROSINA (2019c).

<sup>23</sup> È opportuno ribadire che: «*La cultura política y la opinión pública de un país o de una sociedad también condicionan la negociación para formar gobiernos de coalición. [...] La cultura del pacto, la negociación, el diálogo, el consenso, el pragmatismo, la solidaridad, la confianza, la tolerancia, la aceptación de la diversidad y la integración facilitan la creación de gobiernos de coalición.*» cit. MATAS DALMATES (2021).

<sup>24</sup> Come autorevolmente affermato: «*El gobierno que surge de las elecciones de 2019 nace en un contexto de crisis de los partidos clásicos que entronca con una transformación mucho más amplia. Efectivamente, en el momento actual, el Estado ya no es proveedor directo de servicios. Ha ganado la partida la idea de estado garante. Eso significa que no son los partidos la realidad última que puede servir de referente, la que expresa el pluralismo tal y como establece el artículo 6 CE. Pueden ganarse las elecciones pero no se admite en igual medida que durante los tiempos dorados del Estado de partidos la capacidad de establecer de acuerdo con su programa la definición de los intereses generales.*» cit. GUILLÉN LÓPEZ (2021).



mico, come il risultato di un patto di legislatura<sup>25</sup>. Il 7 gennaio 2019 il Governo Sánchez II ha ottenuto la fiducia a secondo scrutinio con centosessatsette voti. Oltre al PSOE e a *Podemos Unidas* la fiducia congressuale a Pedro Sánchez è stata accordata anche dai partiti autonomisti quali il *Partido Nacionalista Vasco (Pnv)*, *Nuevas Canarias*, *Bloque Nacionalista Gallego (Bng)* e di *Teruel Existe*. Per l'investitura dirimente è stata l'astensione – frutto di una faticosa concertazione – dei diciotto deputati indipendentisti catalani e baschi di *Esquerra Republicana de Catalunya (Erc)* e *Euskal Herria Bildu (EH Bildu)* segno evidente di come il futuro della legislatura sia legato alla definizione della questione territoriale<sup>26</sup>. Fanno parte della maggioranza di governo con almeno un dicastero all'interno del *Consejo de Ministros*<sup>27</sup>: il *Partido Socialista Obrero Español (PSOE)*, il *Partido de los Socialistas de Cataluña (PSC-PSOE)*, *Podemos*, *Izquierda Unida (IU)* – *Partido Comunista de España (PCE)* e *Catalunya en Comú (CatComú)*<sup>28</sup>. Le differenti condizioni storico-istituzio-

<sup>25</sup> «Este documento desarrolla el contenido programático del preacuerdo alcanzado entre el PSOE y Unidas Podemos para conformar un Gobierno progresista de coalición que sitúe a España como referente de la protección de los derechos sociales en Europa, tal y como los ciudadanos y ciudadanas han decidido en las urnas. [...] Este documento y los puntos que en él se recogen son Acuerdos de Gobierno para toda la legislatura. Los Presupuestos Generales del Estado que se desarrollarán a lo largo de la misma se elaborarán tomando como base este documento y los consensos adquiridos en los últimos tiempos, adaptándolos al nuevo contexto macroeconómico.». Per leggere il testo completo: <http://bit.ly/contratodigovernopsoepodemus>.

<sup>26</sup> «La collaborazione con Erc è stata attivata al termine di complesse negoziazioni che hanno portato, *in extremis*, a siglare un accordo dai contenuti generici ma fortemente indicativi del cambio radicale di prospettiva del partito socialista sul problema catalano. Nell'accordo è stata riconosciuta la dimensione politica del conflitto catalano e la volontà di seguire la via politica per la sua risoluzione attraverso l'attivazione di un dialogo e un tavolo di negoziati tra le parti coinvolte, secondo tempi e modalità specifiche. Le parti si sono impegnate, inoltre, a sottoporre i contenuti di qualsiasi eventuale accordo futuro a una convalida dell'elettorato catalano mediante lo svolgimento di una consultazione popolare. L'astensione di *Eh Bildu* all'investitura di Sánchez si è fondata, invece, su una scelta più generica del partito di sostenere la formazione di un Governo di sinistra che possa offrire un'opportunità per la risoluzione dei gravi problemi strutturali che affliggono lo Stato autonomico. Posizione che ha trovato una forma di riconoscimento anche nell'accordo di governabilità chiuso con gli alleati parlamentari del nazionalismo basco del Pnv, con cui Sánchez si è impegnato non soltanto a collaborare ai fini dell'approvazione del nuovo Statuto di autonomia e delle questioni territoriali pendenti [...]» cit., FROSINA (2019d).

<sup>27</sup> «La conformación del primer Gobierno de coalición desde la aprobación de la Constitución de 1978 tuvo una dinámica particular. En los días de la investidura, el socio menor fue anunciando las personas y las carteras que ocuparían; a lo largo de la semana siguiente, el ya presidente Pedro Sánchez, al igual que hiciera tras la moción de censura, trasladó escalonadamente a la prensa el nombre de responsables de los ministerios» cit. M. AZPITARTE SÁNCHEZ (2020).

<sup>28</sup> Si è tuttavia fatto notare come Sánchez «[...] avrebbe pure potuto percorrere una strada diversa per giungere alla costituzione di una maggioranza di governo, cioè quella di stipulare un accordo con il PP e *Ciudadanos* per formare un c.d. alla tedesca, *Gobierno constitucionalista*, sul modello della *Große Koalition* con l'intento di gestire la grave crisi catalana senza il rischio della disarticolazione della Spagna. Tuttavia, si è trattato di una soluzione che il leader del PSOE non ha voluto perseguire, forse preoccupato dei negativi risultati elettorali della SPD tedesca (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*) durante le esperienze di governo di questo tipo, anche se poi naturalmente ogni caso va valutato in relazione alle peculiarità nazionali che possono essere differenti.» così FERRARO (2020).

nali rendono il Governo Sánchez II di gran lunga diverso dall'ultima coalizione progressista spagnola risalente al Fronte Popolare del 1936.

L'agenda politica del *governo rosso-viola* si è da subito contraddistinta per un ventaglio di obiettivi programmatici marcatamente di sinistra in materia sociale, economica, fiscale, ambientale e di genere. Taluni temi, a dispetto di altri, hanno di fatto alterato gli equilibri all'interno della maggioranza. La questione monarchica ad esempio, fortemente strumentalizzata da *Podemos*, ha rischiato di compromettere la tenuta del patto di coalizione. Gli scandali giudiziari che hanno coinvolto Juan Carlos I di Spagna e la sua fuga ad Abu Dhabi hanno suscitato l'indignazione nell'opinione pubblica spagnola, per le stesse ragioni Pablo Iglesias ha sostenuto la necessità di una legge sulla Corona. Certamente la vicenda catalana, più di ogni altra, ha diviso i *partner* di Governo: *Podemos* a favore del diritto all'autodeterminazione, i socialisti contrari a qualsiasi *referendum* sull'indipendenza della Catalogna ma favorevoli ad una riforma costituzionale in grado di rimodulare i complessi rapporti tra Madrid e Barcellona. Nella risoluzione della questione indipendentista particolare rilievo è stato attribuito alla concessione dell'indulto da parte del Governo ai *leader* secessionisti catalani in carcere dal 2017. Scelta, questa, con evidenti ricadute anche sull'esecutivo per la necessità di un consolidamento numerico grazie anche al supporto dei partiti nazionalisti catalani presenti in Parlamento. Neppure sul versante legislativo sono mancate tensioni tra alleati: emblematiche le iniziali resistenze dei socialisti riguardo alla c.d. *Ley trans* sull'identità di genere, proposta da Irenes Montero, Ministro dell'Uguaglianza in quota *Podemos*.

Il prosieguo di questa esperienza di governo è stato condizionato anche dall'uscita di scena nel marzo 2021 di Pablo Iglesias, al tempo leader di *Podemos*, che ha rassegnato le sue dimissioni da vicepremier e da Ministro per i Diritti sociali e Agenda 2030 per candidarsi alle elezioni dell'Assemblea di Madrid, indebolendo di fatto la coalizione.

Al primo esecutivo di coalizione nella recente storia costituzionale spagnola si deve anche la decretazione dello stato di allarme per far fronte all'emergenza pandemica, successivamente contestata dalla giurisprudenza costituzionale<sup>29</sup>, frutto di una complessa negoziazione parlamentare e di una costante ricerca di dialogo con le Comunità autonome. Oltre al programma dichiaratamente progressista condiviso con gli alleati di governo, il secondo esecutivo guidato Sánchez ha dovuto varare anche le riforme in materia di transizione ecologica e digitale contenute nel documento *España Puede: Plan de*

---

<sup>29</sup> In particolare: STC 148/2021, STC 168/2021 e STC 183/2021.

*Recuperación, Transformación y Resiliencia*<sup>30</sup> approvato in Consiglio dei Ministri il 27 aprile 2021<sup>31</sup>. Lo stesso *Premier Sánchez* ha inaugurato la prassi del cd. *Informe Cumpliendo*, uno strumento di monitoraggio dell'azione di governo volto ad informare nel corso della legislatura l'opinione pubblica circa l'avanzamento del programma ed il raggiungimento degli obiettivi assunti<sup>32</sup>.

L'approvazione della legge di bilancio – costituzionalmente prevista ex art. 134 CE – rappresenta il passaggio di maggior rilievo nella definizione dei rapporti tra potere esecutivo e potere legislativo, costituendo cioè l'acme della leale collaborazione tra Governo e Parlamento. Nell'architettura costituzionale spagnola tale momento è in grado di determinare sia la tenuta sia la durata dei governi e l'eventuale ricorso anticipato alle urne. Nell'approvazione della manovra espansiva di bilancio per il 2021 il Governo Sánchez è riuscito ad ottenere una maggioranza parlamentare trasversale e assai più ampia di quella conseguita in occasione dell'investitura, rafforzando così l'azione dell'esecutivo. Come ovvio, l'appoggio delle forze politiche che dopo complesse e travagliate negoziazioni hanno votato a favore del bilancio non si è tradotto in un sostegno parlamentare permanente<sup>33</sup>. La tenuta del patto di coalizione è stata confermata anche in occasione dell'approvazione del bilancio generale dello Stato per il 2022. In ambo i casi si è rivelato decisivo il sostegno dei partiti indipendentisti catalani e baschi in cambio di numerose concessioni.

## 5. CONCLUSIONI

Quanto fin qui descritto dimostra come l'attualità dei governi di coalizione risieda nella capacità di questi di attrarre categorie fondamentali della scienza pubblicistica come i sistemi elettorali, i partiti, l'indirizzo politico, il bilancio, le autonomie, la razionalizzazione della forma di governo e la crisi

<sup>30</sup> Per visualizzare il testo integrale cfr. <http://bit.ly/EspañaPuede>.

<sup>31</sup> Cfr. FROSINA (2021a).

<sup>32</sup> Cfr. FROSINA (2021b).

<sup>33</sup> Sul punto: «In particolare, il successo parlamentare del bilancio è stato il frutto delle complesse e onerose negoziazioni portate avanti dal Psoc con i repubblicani catalani di *Esquerra Republicana de Catalunya* (Erc), i nazionalisti baschi moderati del *Partido nacionalista Vasco* (Pnv), e quelli radicali della sinistra *abertzale* di Eh Bildu, con cui si è giunti ad approvare, formalmente o informalmente, i c.d. *acuerdos presupuestarios*. Molte polemiche hanno sollevato nell'opposizione gli accordi raggiunti con Erc e Eh Bildu, in quanto considerate due forze radicali con cui il Governo è venuto a patti rinunciando a un accordo proposto da una forza moderata e stabile come *Ciudadanos*. Con i repubblicani catalani la negoziazione, resa più complessa dalla situazione di crisi e immobilismo politico nella Comunità autonoma, è giunta al termine grazie al soddisfacimento delle principali richieste da loro avanzate, rivolte soprattutto a eliminare il controllo finanziario statale (cd. 155 *económico*) e il dumping fiscale di Madrid, nonché dall'apparente messa al bando dalla trattativa della questione indipendentista catalana.» cit. L. FROSINA (2020).

della rappresentanza. Con riguardo ai rapporti tra *centro* e *periferia* in Spagna la formazione di coalizioni a livello autonomico è in grado di anticipare eventuali accordi a livello nazionale. L'esatto contrario di quanto accade invece in Italia, dove le intese raggiunte a Roma tra i partiti si riproducono generalmente in misura pressoché invariata anche su scala regionale e locale. In secondo luogo ciò che distingue la formula coalizionale adottata in Spagna per la formazione dei governi, sia a livello nazionale sia livello autonomico, da quella tradizionalmente impiegata in Italia parrebbe essere proprio l'omogeneità dell'indirizzo politico. Malgrado le differenze che lacerano le forze politiche, in Spagna è stato possibile individuare un terreno comune su cui costruire una coalizione dall'identità politica definita, cosa ben diversa invece dalla «*summa* a freddo» del *Contratto per il governo del cambiamento* redatto dopo le elezioni politiche del 2018 tra il *Movimiento 5 Stelle* e la *Lega*. È lo stesso accordo tra Sánchez e Iglesias a fare riferimento ad una «*Coalición progresista*», un campo largo con un orizzonte valoriale chiaro nonostante sia stato costituito dopo le elezioni generali. Allo stesso modo il *rassemblement* di destra, articolato nel tridente *Partido Popular*, *Ciudadanos* e *Vox*, si configura come una coalizione dotata di una visione politica comune. La compresenza di due anime, una popolare-liberale l'altra populista-conservatrice, rende la formazione appena descritta assimilabile alla coalizione di centrodestra italiana composta da *Forza Italia*, *Lega* e *Fratelli d'Italia*. Malgrado le recenti convergenze tra socialisti e *Podemos* per la formazione del secondo governo Sánchez e le prove tecniche per un'alleanza strutturale dei tre partiti di destra, il modello spagnolo è ben lontano dai gabinetti di «unità nazionale» o dalle «grandi coalizioni» italiane sulla falsariga dei governi Ciampi, Dini, Monti, Letta o Draghi.

Se è vero che il potere di interdizione di cui Podemos è titolare in qualità di *junior partner* della coalizione sposti il baricentro dell'esecutivo rosso-viola a sinistra è altrettanto vero che suddetta radicalizzazione operi da argine ad una deriva presidenzialista. Tuttavia la coincidenza tre *premiership* e *leadership*, la crisi del bipartitismo imperfetto, la personalizzazione dei partiti politici<sup>34</sup>, l'immutato sistema elettorale<sup>35</sup>, la crisi della partecipazione democratica,

<sup>34</sup> «Anche in Spagna la personalizzazione dei partiti politici è stata la chiave principale a spiegare il livello di presidenzializzazione dell'esecutivo iberico [...]», così MUSELLA (2020).

<sup>35</sup> «L'operare congiunto dei fattori politico-costituzionali ed elettorali sopra descritti quali, ad esempio, il funzionamento selettivo del sistema elettorale per il Congresso dei Deputati, il modello di bipartitismo imperfetto, il primato istituzionale del Presidente, ha avuto un'incidenza fondamentale sull'evoluzione in senso maggioritario della forma di governo e sul rafforzamento della figura presidenziale per un lungo periodo. Dopo una fase di iniziale assestamento del sistema partitico e dell'assetto istituzionale negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, la forma di governo ha iniziato a funzionare in senso sempre più maggioritario, fino ad acquisire, specie in talune

le tensioni indipendentiste ed il ricorso indiscriminato alla decretazione sono soltanto alcuni degli elementi che hanno condotto in una direzione opposta rispetto al rafforzamento delle istituzioni parlamentari<sup>36</sup>. In altri termini, la razionalizzazione esasperata della forma di governo ha traghettato la Spagna in un presidenzialismo di fatto<sup>37</sup>.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2020). *Formar Gobierno. Crónica política y legislativa de 2019*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 118, enero/abril 2020, p. 160;
- BLANCO VALDÉS, R. L. (2007). *Il parlamentarismo presidenzialista spagnolo*, in A. Di Giovane, A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino;
- (2018). *Spagna: la fine della stabilità? Cambiamenti del sistema partitico e della forma di governo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 2, pp. 350-377;
- BOSCO, A. (2018). *Le quattro crisi della Spagna*, il Mulino, Bologna;
- CINTORA, J. (2020). *La conjura: así se fraguó el primer gobierno de coalición de la democracia*, Espasa, Barcelona, 3.<sup>a</sup> ed.,;
- CURRERI, S. (2007). *La sfiducia costruttiva in Spagna: eutanasia di un istituto?*, in *Quad. cost.*, fasc. 1;
- FERRARO, L. (2020). *Le elezioni politiche del 2019 in Spagna e la formazione del nuovo esecutivo di coalizione: nuove prospettive per la forma di governo spagnola?*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, fasc. 1, p. 20;
- FRAU, M. (2017). *La sfiducia costruttiva*, Cacucci Editore, Bari,;
- FROSINA, L. (2018). *Da Rajoy a Sánchez. La rivalutazione dell'istituto della sfiducia costruttiva nella forma di governo parlamentare spagnola*, in *Nomos*, fasc. 2, pp. 3-4;
- (2019a). *La maratona elettorale spagnola. Dal bipartidismo imperfecto al multipartidismo fragmentado*, in *federalismi.it*, fasc.10, p.7,;

---

legislature, una connotazione ipermaggioritaria e fortemente presidenziale. Questa specifica caratterizzazione se da un lato ha garantito maggioranze parlamentari stabili e governabilità, dall'altro, non ha mancato di sollevare diverse critiche da parte della dottrina che è arrivata a definirla «presidenzialista» proprio per sottolineare l'eccessivo protagonismo presidenziale.» cit. FROSINA (2019a).

<sup>36</sup> «L'arco temporale limitato in cui sono intervenuti tali mutamenti non rende facile ancora comprenderne la natura e valutarne le possibili ripercussioni sul funzionamento della forma di governo, che potrebbero andare nella direzione di un rafforzamento della parlamentarizzazione, assegnando al Parlamento un ruolo di maggiore centralità nella codeterminazione dell'indirizzo politico-legislativo, o viceversa, proseguire nella direzione di un presidenzialismo, attraverso l'utilizzo più esteso di strumenti governativi e presidenziali (come i decreti-legge o le prerogative governative nel procedimento legislativo), con il rischio di un ulteriore svilimento della istituzione parlamentare.» cit. FROSINA (2019b).

<sup>37</sup> Così anche BLANCO VALDÉS (2007).

- FROSINA, L. (2019b). *La Spagna ritorna al voto tra cambiamenti del sistema partitico e nuove dinamiche della forma di governo*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, fasc. 1, p. 4;
- (2019c). *La mancata investitura di Sánchez e il ricorso a nuove elezioni. Crisi e cambiamenti del sistema partitico e della forma di governo*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, fasc. 2, pp. 24 ss.
- (2019d). *Una nueva via para España. Il primo Governo di coalizione e l'apertura politica al problema catalano*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, fasc. 3, pp. 2-3;
- (2020). *La «inestable estabilidad» del II Governo Sánchez nella perdurante emergenza sanitaria*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, fasc. 3, p. 4;
- (2021a). «Sobrevivir o gobernar?» *La difficile tenuta del Governo di coalizione dinanzi alle crescenti tensioni politiche, sociali e territoriali*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, fasc. 1, p. 1;
- (2021b). *Governare in minoranza nell'emergenza sanitaria. Un bilancio di metà legislatura per il Governo di coalizione*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, fasc. 3;
- (2022). *L'esplosione del Catalogate aumenta i problemi di instabilità politica del Governo Sánchez*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, fasc. 1, p. 6;
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J. (2020). *Regulación jurídica y acción política del gobierno en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. M.º de la Presidencia, Madrid, p. 327;
- GUILLÉN LÓPEZ E. (2021). *Un pequeño ensayo sobre un gobierno de coalición gobernando en tiempos de incertidumbre*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, fasc. 1, p. 10;
- IBRIDO, R. (2018). *Congegni di razionalizzazione sotto pressione: il monismo ortodosso spagnolo alla prova della instabilità politica*, Relazione al Convegno «Nascita e crisi dei governi nelle più recenti dinamiche del parlamentarismo», Roma, 2 aprile 2019, in *Il Filangieri*, pt. 1, pp. 91-120;
- LONGO, F. (2018). *La sfiducia costruttiva in Spagna: regole e regolarità nella forma di governo parlamentare, a partire dall'avvicendamento Rajoy-Sánchez*, in *DPCE online*, fasc. 4, pp. 1268-1269;
- MÁRQUEZ CRUZ, G. M. (2007). *Política y gobierno local: la formación de gobierno en las Entidades locales en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid;
- MATAS DALMATES, J. (2015). *La formacìon de un gobierno de coalicìon*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p.14;
- (2021). *Guía para formar un gobierno de coalición*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, pp. 32-33;
- MUSELLA, F. (2020). *Prefazione. Il governo in Italia e Spagna. Regole, prassi e convenzioni costituzionali*, Relazione al Convegno «Trasformazioni della forma di governo e sorte della democrazia: Italia e Spagna», Napoli 6 maggio 2019 in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, fasc. 1, p. 4;

- POMED SÀNCHEZ, L. (2020). *Las elecciones del 28 de abril (y 26 de mayo): reflexiones sobre la forma de gobierno y sobre el sistema de partidos*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, fasc. 1;
- RENIU, J. M. (2013). *Pactar para gobernar. Dinámicas coalicionales en la España multinivel*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 33;
- RENIU, J. M.; DELGADO, S. (2014). *Los gobiernos de coalición de las comunidades autónomas españolas*, Atelier, Barcelona;
- ROBLES EGEA, A. (2004). *Negociaciones, payoffs y estabilidad de los gobiernos de coalición*, in *Revista de Estudios Políticos*, número 126, octubre/diciembre, p. 103 ss.
- SALVADOR CRESPO, M. (2020). *Sistema electoral, sistema de partidos y formación del gobierno en España. Situación actual*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, fasc. 1, p. 24;
- VIDAL PRADO, C. (2018). *Sfiducia costruttiva in Spagna?*, in *DPCE online*, fasc. 4, pp. 1263-1264.

# LA DEMOCRACIA INTERNA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ITALIA: *IL DOLCE FAR NIENTE*<sup>1</sup>

ALICIA GONZÁLEZ MORO<sup>2</sup>  
*Universidad de Sevilla*

SUMARIO: 1. *Los partidos políticos en la cultura jurídico-constitucional italiana.*—2. *Primeros y dubitativos pasos hacia la normativización del fenómeno partidista.*—3. *El control judicial de la vida interna de los partidos políticos italianos.*—4. *Reflexiones finales.*

## 1. LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LA CULTURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL ITALIANA

Tras el estallido de la fuerte crisis económica y política del año 2008, el sistema de partidos italiano se ha visto sacudido por dos fenómenos generalizados en buena parte de las democracias europeas: en primer lugar, se ha producido el declive de algunos de los principales partidos tradicionales y el éxito de unas nuevas formaciones políticas de inspiración populista y/o autoritaria

---

<sup>1</sup> Este trabajo es fruto de la investigación llevada a cabo durante una estancia desarrollada los meses de mayo, junio y julio de 2022 en el *Dipartimento di Scienze Giuridiche* de la Universidad de Bolonia (Italia). Sirvan estas líneas como agradecimiento al profesor Luca Mezzetti por su acogida y su hospitalidad. Dicha estancia se financió con una ayuda complementaria de movilidad (EST22/00317) destinada a beneficiarios del programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU) y obtenida en régimen de concurrencia competitiva. Asimismo, se trata de una publicación realizada en el marco del proyecto de investigación PID2021-124531NB-I00: «Estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el contexto europeo» (ESPAEUE), cofinanciado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España y la Unión Europea.

<sup>2</sup> Contratada predoctoral FPU adscrita al Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla.



(Mezzetti, 2019: 422); y, en segundo lugar, se ha detectado una altísima volatilidad entre los votantes que se ha visto incentivada, además, por la constante renovación de la oferta electoral (Pasquino, 2020: 37). No obstante, en Italia se distinguen algunas particularidades que han incidido muy negativamente en la credibilidad y confianza que suscitan los principales actores del sistema representativo. Por un lado, los niveles de fragmentación partidaria son muy elevados, circunstancia que se explica por una mala gestión del pluralismo en el interior de las organizaciones y por una descontrolada personalización de la actividad política, lo que ha provocado el auge del discurso *anti-establishment*, una profunda debilidad en las estructuras partidistas y una gran dificultad para tejer alianzas entre las diferentes formaciones (Gianfrancesco, 2017: 3). Por otro lado, cabe señalar que esta inestabilidad sistémica se ha agudizado debido a las constantes reformas de las leyes electorales (Pasquino, 2020: 38), a la falta de «patriotismo constitucional» y a la manifiesta «incapacidad de los partidos políticos para reformarse a sí mismos» con el fin de democratizar sus estructuras y funcionamiento interno (Caretto, 2020: 296-297).

El punto de mira se sitúa, por tanto, en los partidos y en su adecuación como instrumentos de participación política, lo que abre el debate en torno a la vida interna de estas organizaciones. A ello coadyuva, sin lugar a dudas, el revulsivo que ha supuesto la irrupción y aparente consolidación en el sistema de partidos italiano del *Movimento 5 Stelle* (M5S), un fenómeno político *sui generis* que –al menos en origen– pivota en torno a dos elementos fundamentales: «un discurso populista de carácter antipolítico y una original estructura organizativa en la que internet deja de ser una simple herramienta de dinamización para convertirse en una auténtica reivindicación frente al modelo de democracia representativa», abandonando las estructuras intermedias entre el líder y sus seguidores, prescindiendo de las redes de coordinación territorial y funcionando a través de un organigrama prácticamente inexistente (Betti y Rico, 2020: 237-241). La formación auspiciada por Beppe Grillo ha desafiado el modelo de partido tradicional, apostando por fórmulas plebiscitarias en la toma de decisiones y haciendo de la reivindicación de la democracia directa una de sus principales señas de identidad<sup>3</sup>. Todo ello ha provocado la reacción

---

<sup>3</sup> Un modelo organizativo que, por otra parte, ha conducido a una «práctica decisional extremadamente vertical, centralizada y basada en el liderazgo plebiscitario de sus fundadores» de modo que, «contrariamente a lo inicialmente proclamado, el funcionamiento del M5S no ha favorecido un acercamiento más democrático a la política sino que, en ausencia de controles internos, ha exacerbado el elitismo propio de los partidos tradicionales. Frente al ideal de una *volonté générale* expresada autónomamente a través de la red, el M5S se asemeja más a una organización en la que los inscritos se limitan a pronunciarse a favor o en contra de las propuestas lanzadas unilateralmente por los líderes, los cuales actúan como propietarios de la marca» (BETTI Y RICO, 2020: 247-248). Sobre el efecto de «democratización simbólica» que generan

del resto de competidores electorales, que se han visto obligados a abandonar las ventajas del «príncipe indisciplinado» para comenzar a valorar seriamente la introducción de unas mínimas reglas sobre democracia interna (Maestri, 2021: 499), lo que ha avivado el debate jurídico en torno al encaje constitucional de dichas propuestas.

Italia incluye en su norma fundamental una disposición específica para los partidos (art. 49) y se adscribe a la «era de la incorporación constitucional» (Triepel, 2015:15) en lo que a la relación Estado-formaciones políticas se refiere. Ahora bien, la firme voluntad de romper con el pasado fascista y consolidar el pluralismo político ayuda a entender la ambigüedad del constituyente al redactar este precepto y la consiguiente inacción del legislador en torno a la configuración del régimen jurídico de los partidos. A diferencia de lo acontecido en otras experiencias constitucionales contemporáneas como la alemana, la española o la portuguesa que sí especifican y desarrollan normativamente la democratización de los partidos (Logroscino y Salerno, 2021: 455-460), el precepto constitucional italiano no dice nada sobre la organización interna, ni atribuye a los partidos competencias constitucionales, ni tampoco precisa que se tenga que regular su funcionamiento interno con una Ley estatal (Illari, 2013: 15) porque apuesta por la firme separación entre el Estado y los partidos para evitar injerencias y garantizar su autonomía asociativa. Consecuentemente, existe una interesante polémica doctrinal que se pregunta si el art. 49 de la Constitución italiana, al establecer que «tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale», puede servir de sostén constitucional para una intervención del legislador y de los tribunales en el funcionamiento interno de los partidos.

De acuerdo con la interpretación originalista, y a la luz de lo expresado en los debates constituyentes, resulta evidente que en aquel momento triunfaron las posiciones que abogaban por excluir la intervención de los poderes públicos. El objetivo era evitar a toda costa el riesgo de que un posible sistema de controles deviniera autoritario y excluyente. Quienes acuden a esta argumentación se apoyan, además, en el art. 39 CI para poner de manifiesto que en este precepto el constituyente sí impuso, sin ambages, la obligación de que los sindicatos diseñen en sus estatutos una organización interna democrática<sup>4</sup>. Por tanto, la expresión *metodo democratico* no obliga a los par-

---

estas reformas pseudo-participativas promovidas por los nuevos partidos-movimiento, también se pronuncian GERBAUDO (2021: 730-742) y BIANCALANA Y VITTORI (2021: 111).

<sup>4</sup> Artículo 39 CI: «[...] È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica [...]». El civilista Pietro RESCIGNO subraya esta notable diferen-

tidos a adoptar una estructura democrática (Pegoraro, 2018: 14), sino que simplemente hace referencia al modo en que se persiguen los fines políticos –más concretamente, al rechazo del uso de la violencia, como demuestra la disposición final sobre la disolución del partido fascista<sup>5</sup>– (Curreri, 2021: 400) y pretende asegurar las condiciones para que haya una alternancia en el poder de las fuerzas políticas (Bonfiglio, 2019: 100). Este temor a la injerencia del legislador o de los tribunales con fines antidemocráticos también explica que los partidos italianos se acojan a la fórmula de las asociaciones sin personalidad jurídica –*associazioni non riconosciute*–, que resulta la más idónea para garantizar la máxima autonomía y la plena libertad de acción dentro de los márgenes de su legalidad interna, sin controles externos (Rossi, 2011:4; Gianfrancesco, 2017: 10-11; Iorio, 2018:10).

Sin embargo, la doctrina italiana mayoritaria en nuestros días defiende que es posible –y conveniente– una interpretación evolutiva del precepto constitucional para amparar la intervención del legislador con el objetivo de democratizar las estructuras partidistas. En primer lugar, es importante reconocer que el art. 49 CI no renuncia expresamente al establecimiento de controles públicos para regular el fenómeno partidista (Maestri, 2021: 477-478), por lo que la puerta permanece abierta a esta opción normativa. Muy convincente resulta el argumento planteado por Rossi (2011: 6), quien sostiene que el derecho de participación consagrado en el art. 49 CI se atribuye a los ciudadanos y no a los partidos, lo que justifica una intervención legislativa dirigida a favorecer su participación política efectiva no sólo a través del voto en los distintos comicios, sino también a través del ejercicio de la militancia y de la atribución de cierta capacidad decisoria en el seno de las organizaciones políticas<sup>6</sup>. Otros

---

cia entre la regulación constitucional de partidos y sindicatos para poner de relieve que el constituyente italiano sólo parece requerir que haya un pluralismo de partidos; no obstante, y aunque le parece menos «atinada», admite la constitucionalidad de una interpretación que exija el control de la democracia interna de los partidos (GARCÍA ROCA y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 1984: 257-258). CATERINA (2016b: 63) hace un esfuerzo por darle la vuelta a este argumento y sostiene que puede invocarse *a fortiori*, de modo que, si los representantes de los trabajadores están obligados por la Constitución a organizarse democráticamente, con más motivo deberán seguir esta pauta los partidos en tanto que estructuras políticas esenciales de cualquier Estado democrático.

<sup>5</sup> Disposición XII: «È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista. In deroga all'articolo 48, sono stabilite con legge, per non oltre un quinquennio dall'entrata in vigore della Costituzione, limitazioni temporanee al diritto di voto e alla eleggibilità per i capi responsabili del regime fascista».

<sup>6</sup> La consideración del ciudadano como sujeto del derecho consagrado en el art. 49 CI también se sostiene a partir de una interpretación sistemática de la norma fundamental italiana, puesto que en ella se reconoce la soberanía popular (art. 1), la libertad de asociación (art. 18), la garantía de los derechos fundamentales de la persona –en su condición de individuo, pero también como miembro de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad– (art. 2) y el deber del Estado de remover los obstáculos que impiden la participación efectiva y en condiciones de igualdad de todos los ciudadanos en la organización política, económica y social del país (art. 3) (D'ACUNTO, 2019: 18-19).

autores también defienden que es necesario adaptar el texto constitucional a la nueva realidad del Estado de partidos<sup>7</sup>; por ello, es preciso limitar al «nuevo soberano» con una regulación iuspublicista que defina la democracia interna como un «imperativo funcional» de las formaciones políticas (Pellizzone, 2019: 203). De acuerdo con estas posiciones, el objetivo no es restringir en exceso la capacidad de decisión de los partidos y volverlos inoperantes, sino preservar su utilidad como instrumentos de participación, asegurar la fidedigna expresión de la voluntad de los afiliados y del propio electorado y restaurar el vínculo entre ciudadanía e instituciones (Rossi, 2011: 7; Illari, 2013: 19-21). Por último, en la doctrina también se recurre a las tendencias predominantes en Europa y a la normativa supranacional aprobada por la Unión para defender la conveniencia de crear un registro de partidos, atribuirles personalidad jurídica o establecer alguna autoridad de supervisión (Illari, 2013: 22; Gianfrancesco, 2017:16 Lo Presti, 2023: 761).

## 2. PRIMEROS Y DUBITATIVOS PASOS HACIA LA NORMATIVIZACIÓN DEL FENÓMENO PARTIDISTA

A lo largo de las últimas legislaturas se han impulsado diversas iniciativas para tratar de modificar el estatuto jurídico de los partidos italianos desde una perspectiva intervencionista. Sin embargo, casi todas estas propuestas han fracasado estrepitosamente y no han conseguido ser aprobadas por la mayoría parlamentaria. El hecho de que diferentes grupos políticos hayan promovido estas reformas debería justificarse por el contexto de fuerte crisis de legitimidad del sistema de partidos y por la voluntad de recuperar la credibilidad y confianza en estas organizaciones; no obstante, algunos autores han encontrado indicios sufi-

---

CATERINA (2016b: 65-66) también acude a este argumento y lo presenta como una interpretación literal alternativa del art. 49 CI. Defiende que son los ciudadanos –y no los partidos– el sujeto al que hace referencia la disposición; por tanto, el precepto establece que los ciudadanos deben organizarse libre y democráticamente en partidos para, una vez agrupados, competir en las elecciones y participar en la definición de la política nacional. Interpretada de este modo, la expresión *metodo democratico* presenta una doble dimensión en relación con la participación política a través de los partidos: externa –entendida como autonomía organizativa de las formaciones e igualdad de oportunidades en la competición electoral– e interna –entendida como capacidad de influencia en el funcionamiento de la organización–.

<sup>7</sup> Un enfoque adoptado, entre otros, por Giorgio LOMBARDI: «Desde esta perspectiva empírica de «ocupación del espacio político por los partidos», puede llegarse a la conclusión de que la exigencia de su democraticidad interna se justifica por la misma estructura actual del poder público y por el modo en que este poder se imbrica con los partidos. La profunda conexión entre partidos y poderes públicos hace que cualquier disminución en la democraticidad de los partidos se traduzca en una disminución también del nivel de democracia de las instituciones en las que aquéllos operan» (GARCÍA ROCA y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 1984: 252).

cientes para entender que también han podido existir razones orientadas a perjudicar a determinados adversarios políticos, lo que explicaría la falta de acuerdos entre las diferentes formaciones y reavivaría los temores de aquellos que consideran que un régimen jurídico intervencionista podría ser instrumentalizado para mermar el pluralismo político o alterar la competición electoral<sup>8</sup>.

Es llamativo que las dos únicas leyes que finalmente se han aprobado y que por primera vez abordan –de manera tangencial– cuestiones relativas a la democracia interna en Italia sean, al mismo tiempo, normas orientadas hacia la progresiva desaparición de la financiación pública para las formaciones políticas. Resulta llamativo y también paradójico, pues se opta por la intervención del Estado en la vida interna de los partidos al mismo tiempo que se provoca un distanciamiento entre ambos por la fuerte restricción de acceso a fondos públicos. Los objetivos del legislador italiano no parecen, por tanto, plenamente coherentes, ya que con la cuasi eliminación de estas fuentes de financiación pública desaparece un elemento que justifica la disciplina iuspublicista en los partidos. Sin la transferencia de recursos económicos a estas organizaciones, el Estado pierde un argumento de peso que apoya su legitimidad a la hora de regular la vida interna de los partidos con el fin de fomentar la participación de sus miembros y fortalecer el pluralismo político (Cassinari, 2013: 35).

El primer paso hacia la intervención normativa en materia de partidos se logró con la aprobación de la Ley 96/2012<sup>9</sup>, cuyo principal objetivo era regular la financiación de las formaciones políticas minimizando los recursos públicos y vinculando su obtención a las demandas de transparencia y rendición de cuentas. Aprovechando la ocasión, el legislador italiano decidió introducir por vez primera una referencia a las cuestiones de la democracia interna. El art. 5 de la norma establecía que, para poder acceder a la financiación pública, los estatutos de los partidos políticos debían adoptar la forma de escritura pública y ser remitidos a la presidencia de las dos cámaras parlamentarias con

---

<sup>8</sup> MAESTRI (2021: 480) subraya que las primeras normas sobre democracia interna de los partidos italianos se dictan, precisamente, cuando el M5S adquiere en poco tiempo una presencia muy considerable a nivel local y regional y consigue representación parlamentaria. Desde luego no parece casual que, en el momento en el que triunfa una organización con un discurso antipartidista, se decida ordenar el cumplimiento de unas reglas organizativas mínimas a cambio de la obtención de financiación pública. CASSINARI (2013: 29-30) también advierte que, con los proyectos de Ley presentados en el año 2013, se desveló una estrategia promovida por el *Partito Democratico* (PD) para frenar el auge del M5S, pues los *pentastellati* querían sobrevivir como una organización resistente a cualquier formalización jurídica y dichas iniciativas pretendían instaurar la atribución de personalidad jurídica a los partidos como condición para poder presentarse a las elecciones.

<sup>9</sup> Legge 6 luglio 2012, n. 96: «Norme in materia di riduzione dei contributi pubblici in favore dei partiti e dei movimenti politici, nonché misure per garantire la trasparenza e i controlli dei rendiconti dei medesimi. Delega al Governo per l'adozione di un testo unico delle leggi concernenti il finanziamento dei partiti e dei movimenti politici e per l'armonizzazione del regime relativo alle detrazioni fiscali».

anterioridad al inicio de un proceso electoral. En dicho precepto, también se especificaba que los estatutos debían configurar la vida interna del partido de acuerdo con el principio democrático y, en particular, debían proyectar dicho principio en todo lo relativo a la elección de los candidatos, a la garantía de las minorías y a los derechos de los militantes<sup>10</sup>. De este modo, el legislador italiano precisó por primera vez el contenido del art. 49 CI, aclarando el debate doctrinal en torno a la interpretación del precepto y determinando que el *metodo democratico* debe operar tanto en la dimensión externa –funcional– como en la dimensión interna –organizativa– de los partidos.

Dilucidar el fundamento constitucional de las exigencias de democracia interna fue, sin duda, la principal victoria que se consiguió con esta norma. No obstante, es cierto que la Ley 96/2012 resultaba excesivamente genérica y no aportaba ninguna indicación sobre el modo en que se debía satisfacer el principio democrático dentro del partido: no se aclaraba nada sobre el sistema de selección de candidatos, ni sobre la composición de los órganos de dirección del partido, ni se incorporaba un catálogo de derechos de los militantes, ni se proponían sistemas participativos... De igual modo, tampoco se establecía un control orientado a garantizar que los estatutos cumplieran con la exigencia de democracia interna: de acuerdo con lo dispuesto por el legislador, parecía bastar con el depósito de los documentos fundacionales para poder acceder a la financiación pública, sin que fuera necesario efectuar un control sustancial de los mismos que comprobara si se respetaban unos mínimos estándares democratizadores (Scuto, 2017: 101-102). En cualquier caso, lo cierto es que la aprobación de esta Ley supuso un avance muy significativo teniendo en cuenta las fuertes reticencias al intervencionismo del Estado que, durante décadas, han caracterizado la cultura jurídico-constitucional italiana.

Este viraje legislativo se consolida e intensifica con la posterior aprobación de una segunda norma sobre financiación partidista que pasa a derogar buena parte del contenido de la Ley 96/2012: la Ley 13/2014<sup>11</sup>. El nuevo texto opta por abolir definitivamente la financiación pública directa y la sustituye por un sistema de contribuciones voluntarias por parte de los ciudadanos (arts. 10-13). Asimismo, mantiene condicionado el acceso a estas fuentes de financiación al cumplimiento de unas exigencias más concretas en materia de

<sup>10</sup> Art. 5: «[...] Lo statuto deve essere conformato a principi democratici nella vita interna, con particolare riguardo alla scelta dei candidati, al rispetto delle minoranze e ai diritti degli iscritti».

<sup>11</sup> Legge 21 febbraio 2014, n. 13: «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, recante abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore».

transparencia (arts. 5-8). También profundiza en la democratización de los partidos incorporando una referencia en el propio título de la norma y destinando todo el capítulo segundo (arts. 2-9) al desarrollo de dicha cuestión.

En sintonía con lo dispuesto por la Ley de 2012, el art. 2 de la Ley 13/2014 pone fin a la ambigüedad del constituyente y aclara que la observancia del *metodo democratico* también se proyecta en la dimensión del funcionamiento interno (Bonfiglio, 2019: 106). A continuación, el art. 3 incide en la obligación de que los estatutos de los partidos se eleven a escritura pública y —esta vez sí— detalla un contenido mínimo de conformidad con lo establecido en la Constitución y en el derecho de la Unión Europea. Así, por ejemplo, se establece que todo estatuto debe definir el número, composición, atribuciones y método de designación de los órganos decisorios del partido, la frecuencia de los congresos generales, los derechos y deberes de los afiliados, los criterios para garantizar la presencia de las corrientes minoritarias en los órganos del partido, los pormenores del procedimiento disciplinario, los sistemas de selección de candidatos y los órganos responsables de la gestión financiera. A diferencia de lo que sucedía con la Ley de 2012, aquí sí se desarrolla de una forma más minuciosa cuál debe ser el contenido mínimo de los estatutos; ahora bien, el legislador se limita a establecer los aspectos que deben estar regulados en el documento fundacional y no incorpora ningún estándar que propicie la generación de dinámicas democráticas en el partido (Scuto, 2017: 105; Curreri, 2021: 403). La única excepción es la regla de la paridad de género en las candidaturas, consagrada en el art. 9. Al margen de esta indicación, el legislador evita definir un intervalo para delimitar la cadencia de los congresos y tampoco regula los procedimientos participativos de los afiliados ni ofrece pautas para democratizar los métodos de selección de candidatos. En consecuencia, el control que efectúa la *Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici* —creada y regulada en el art. 4 de la Ley 13/2014— sigue siendo un control formal que verifica si en los estatutos se han previsto todos los elementos a los que la norma obliga, pero no analiza cómo están regulados.

En mi opinión, el aspecto más problemático que plantea esta estrategia normativa es el hecho de que el legislador no sólo suprime buena parte de las fuentes de financiación pública para los partidos —y, con ello, debilita las razones para normativizar el fenómeno partidista—, sino que además, condiciona el acceso a las mismas al cumplimiento de las disposiciones sobre democracia interna. En un primer vistazo, es cierto que podría interpretarse como un incentivo interesante para la democratización de estas organizaciones; sin embargo, los canales de financiación públicos son cada vez menos y más irrelevantes en

Italia, por lo que ese incentivo se minimiza. Si, además, el precio a pagar por acceder a esta financiación cada vez más escasa consiste en «asumir la pesada carga de la democracia interna» (Blanco Valdés, 2015: 174), no hay que descartar que pueda producirse un efecto rebote que acabe generando una fuerte dependencia de la financiación privada, porque los partidos que acepten ser financiados por lobbies económicamente poderosos pueden permitirse prescindir de formalizaciones jurídicas y diseños orgánicos más complejos. Así pues, lo que inicialmente fue concebido como un incentivo puede llegar a generar unos rendimientos contrarios al objetivo marcado, desatando unas consecuencias muy preocupantes en términos de reducción del espacio político o de alteración del principio de igualdad en la competición electoral. En cualquier caso, es de justicia señalar que estudios recientes sobre el funcionamiento del sistema de registro de los partidos italianos parecen confirmar que, pese a los riesgos descritos, el incentivo sí está funcionando y las principales formaciones políticas contemporáneas han procedido a su inscripción (Lo Presti, 2023: 759).

Son dos las conclusiones que extraigo de estos primeros pasos emprendidos por el legislador italiano en la normativización del régimen jurídico de los partidos. La primera es que la transparencia es, sin lugar a dudas, una dimensión indiscutible de la vida interna de las organizaciones que redundan en un funcionamiento más abierto, menos opaco y, por tanto, más democrático. El ejemplo italiano demuestra que la transparencia –sobre todo la financiera, una materia sobre la que las democracias más avanzadas se han concienciado mucho en los últimos años– permite abrir camino para aproximarse a la vida interna de los partidos y superar los obstáculos jurídicos que impiden la intervención de los poderes públicos con el propósito de corregir ciertas disfuncionalidades en su estructura y organización internas.

La segunda conclusión es, por el contrario, más pesimista: la estrategia seguida por el legislador italiano no garantiza una eficaz democratización de los partidos e, incluso, puede generar externalidades negativas. Condicionar el acceso a los fondos públicos obligando al cumplimiento de una serie de requisitos de democracia interna puede romper con el principio de igualdad de armas en la competición electoral y favorecer un modelo de partido dependiente de grupos de interés privados con gran poder económico. Parece evidente que, sin intervención normativa, la inercia de los partidos es la de las dinámicas autoritarias (Michels, 1972); ahora bien, si el legislador opta por la regulación de la vida partidista, es deseable que sus disposiciones sobre funcionamiento interno resulten obligatorias para todas las formaciones políticas, independientemente de su sistema de financiación o de sus resultados electorales. A estos efectos, no es baladí la perspectiva con la que el legislador



implementa el mandato de democracia interna. En lugar de concebirlo como un incómodo condicionamiento para la recepción de fondos públicos, es preferible que se articule como una oportunidad para regenerar la erosionada legitimidad de los partidos en una doble dimensión: interna, porque permite diseñar procesos de toma de decisiones mucho más participativos e inclusivos que ayudan a desconcentrar el poder del aparato; pero también externa, porque posibilita que los partidos recuperen su función como escuelas de formación política y, con ello, favorezcan la eficacia y eficiencia de la acción de gobierno, respondiendo a un claro interés general en el marco del Estado constitucional (Logroscino y Salerno, 2021: 453-466).

### 3. EL CONTROL JUDICIAL DE LA VIDA INTERNA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS ITALIANOS

La Corte Constitucional apenas ha invocado el art. 49 de la CI para fundamentar una jurisprudencia –la que concierne al estatuto jurídico de los partidos políticos– que ya es, de por sí, muy escasa. Los motivos que explican esta carencia de pronunciamientos responden, esencialmente, a las dificultades para someter las decisiones internas de los partidos a un control judicial, pues su consideración como *associazioni non riconosciute* los hace muy resistentes a la injerencia de los poderes públicos. A ello hay que sumar, además, la imposibilidad de los partidos políticos<sup>12</sup> y de los ciudadanos para acceder directamente a la justicia constitucional (Rivosecchi, 2016: 48).

En líneas generales, la jurisprudencia constitucional italiana sobre partidos ha pivotado durante más de seis décadas en torno a dos observaciones fundamentales. Por un lado, la Corte no ha dudado en reconocer que las formaciones políticas desempeñan funciones constitucionalmente relevantes a la hora de expresar el pluralismo ideológico, organizar la oferta política y articular el procedimiento electoral<sup>13</sup>; pero, al mismo tiempo, siempre ha sostenido

<sup>12</sup> La atribución a los partidos de la capacidad para plantear recursos ante la jurisdicción constitucional fue rechazada por el constituyente tras ser largamente debatida, y así lo recuerda la propia Corte Constitucional en la *Ordinanza* n. 79 de 2006 cuando argumenta la inadmisibilidad de un conflicto de competencias promovido por la formación política *La Rosa nel Pugno – Laici Socialisti Liberali Radicali*.

<sup>13</sup> Podemos encontrar un ejemplo claro del reconocimiento de la relevancia constitucional de los partidos en la sentencia 203/1975. En este caso, se plantea una cuestión de inconstitucionalidad que discute si la autonomía de la que gozan los partidos y las agrupaciones electorales para determinar el orden de sus candidatos en las listas electorales vulnera la libertad de voto de los electores (art. 48 CI) y la igualdad de oportunidades de los candidatos (art. 51 CI). La Corte concluye que no hay fundamento para esta declaración de inconstitucionalidad y basa su fallo en el art. 49 CI, señalando que este precepto atribuye a los partidos un papel autónomo en materia de elecciones y que, por tanto, estas organizaciones

con toda rotundidad que los partidos no pueden ser considerados poderes del Estado, que no ostentan competencias constitucionales y que, por tanto, carecen de naturaleza constitucional<sup>14</sup>. Esta apreciación, unida a la total ausencia de un soporte normativo al que acudir como parámetro, provoca que la Corte siempre se sitúe en una posición de autocontención y termine por resolver que las decisiones organizativas de los partidos son constitucionalmente admisibles porque entran dentro de los márgenes de su autonomía asociativa<sup>15</sup>. Es más, Rivoecchi (2016: 53-56) detecta que, desde la segunda mitad de la década de los noventa<sup>16</sup>, la Corte se está mostrando mucho más titubeante en el reconocimiento de la relevancia constitucional de los partidos, escudándose en la interpretación originalista del art. 49 CI derivada de los debates constituyentes. Esta degradación del rol constitucional de las formaciones políticas consigue anular buena parte del contenido específico del art. 49 CI, en virtud del cual los partidos –y no otro tipo de asociaciones que también pueden perseguir fines políticos, como los sindicatos (art. 18 CI)– son concebidos como el ins-

---

deben poder designar a sus propios candidatos para garantizar la realización de sus propuestas políticas en función de la voluntad expresada por el cuerpo electoral (FJ 3). Ahora bien, el juez constitucional procura delimitar muy bien la proyección constitucional de esta función de los partidos consistente en seleccionar y promover a los candidatos para desempeñar cargos públicos y afirma con rotundidad que los procesos selectivos de los partidos son decisiones internas de la organización ajenas al proceso electoral, de modo que cualquier discrepancia debe reconducirse al derecho privado porque queda fuera del ámbito de protección del art. 51 CI (FJ 4). Se expresan en un sentido muy similar las posteriores sentencias 429/1995 y 35/2017.

<sup>14</sup> Así lo manifiesta en la ya mencionada *Ordinanza* n. 79 del año 2006 cuando afirma que los partidos son organizaciones de la sociedad civil a las cuales las leyes les atribuyen funciones públicas –tales como la presentación de alternativas electorales y la selección de candidatos a los cargos públicos electivos–, pero no poderes específicos de naturaleza constitucional. Por consiguiente, la Corte concluye que los partidos políticos carecen de legitimidad procesal para plantear un conflicto de competencias de acuerdo con el art. 134 CI y limita, de este modo, su acceso a la jurisdicción constitucional. A este respecto, critica POGGI (2015: 15) la concepción estrictamente privatista del partido y defiende que, aunque la Constitución italiana no asigne competencias constitucionales a los partidos, no se puede ignorar que esas funciones públicas son desempeñadas *de facto* a través de su mera existencia y tienen un impacto claro en el sistema político-constitucional, sin necesidad de que sean especificadas por el legislador.

<sup>15</sup> En la sentencia 256/2010 se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un tribunal ordinario que lamenta la falta de un método de control eficaz –ejercido por las juntas electorales– dirigido a verificar que el procedimiento seguido por los partidos políticos en la designación de los candidatos a las elecciones cumple con las disposiciones estatutarias o legales que resulten de aplicación. La Corte sostiene acertadamente que no le corresponde a ella la atribución de esa nueva competencia, sino que es el legislador quien, en el marco de su plena discrecionalidad política, debe establecer los criterios para que las juntas electorales efectúen ese posible control. Y puesto que son múltiples las soluciones constitucionalmente admisibles, vuelve a remarcar la importancia de una libertad asociativa maximizada en el momento electoral; es decir, atribuye a la autonomía privada de los partidos la capacidad para decidir libremente cómo son designados sus candidatos.

<sup>16</sup> Un periodo que coincide, curiosamente, con la crisis de legitimidad del sistema político italiano, la desaparición de los partidos constituyentes, el surgimiento de nuevas formaciones políticas y la progresiva transformación del partido tradicional de masas en un modelo de partido carismático (MASSARI, 2019; PASQUINO, 2020: 37-38; CURRERI, 2021: 401-402).

trumento a través del cual la ciudadanía puede «participar democráticamente en la definición de la política nacional»<sup>17</sup> (Mannino, 2006: 565).

Ante las dificultades para acceder a la jurisdicción constitucional y las fuertes reticencias de la propia Corte para intervenir en la vida interna de los partidos políticos, las únicas muestras de control judicial que podemos encontrar emanan de los tribunales civiles. Aquí sí se puede apreciar un cambio de tendencia que se explica por la creciente sensibilidad jurídica en torno a las cuestiones relativas a la democracia interna, e incluso por un cambio en la cultura política de la militancia, que poco a poco ha comenzado a normalizar el hecho de poder discutir en los tribunales las decisiones injustas, abusivas o arbitrarias de su organización.

Hasta la década de los sesenta también hubo una total ausencia de control basada en la consideración de los actos de los partidos como actos políticos que gozan de inmunidad judicial y que sólo pueden someterse al control ciudadano efectuado en el periodo electoral. Llama la atención la contundencia con la que se expresó, en este sentido, la *Corte d'appello di Napoli* en 1959 cuando dictó la primera sentencia italiana en la que se dictamina sobre la posibilidad de revisar judicialmente las resoluciones de los órganos internos de un partido político:

*Tanto nel caso che il partito sia organizzato con metodo antidemocratico, quanto nell'altro che, pur organizzato con metodo democratico, si facciano valere sistemi antidemocratici e la violazione di precise norme statutarie, allo stato della nostra legislazione non vi può essere ricorso all'autorità giudiziaria* [Tanto si el partido estuviera organizado de forma antidemocrática como si, aun estando organizado de forma democrática, se invocaran sistemas antidemocráticos y se produjera la violación de unas disposiciones estatutarias concretas, en ninguno de los dos casos se podría acudir a los tribunales de acuerdo con lo establecido en nuestra legislación] (CATERINA, 2016b: 86-87).

Esta concepción que impide la intervención del juez incluso en los casos de flagrante incumplimiento de los estatutos empieza a superarse en los años ochenta y se hace acudiendo a lo dispuesto en el art. 2 CI, que reconoce la capacidad del Estado para tutelar los derechos de los individuos en el seno de las organizaciones sociales a las que está adscrito. El cambio de paradigma es notable: se abandona la idea de que para salvaguardar la libertad asociativa debe evitarse cualquier intromisión de los poderes públicos y se comienza a

---

<sup>17</sup> Esta traducción del art. 49 ha sido extraída de la edición en español de la Constitución de la República Italiana publicada por el *Senato della Repubblica* en 2018. Disponible para su consulta en el siguiente enlace: [https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST\\_SPAGNOLO.pdf](https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_SPAGNOLO.pdf).

defender su necesaria intervención siempre y cuando esté orientada a asegurar que las organizaciones privadas cumplen con la legalidad interna. Así pues, es el art. 2 CI –y no, curiosamente, el art. 49 CI– el que, a partir de entonces, permite sostener la justiciabilidad de las decisiones de los partidos y posibilita la injerencia de los poderes públicos en la autonomía asociativa, siempre y cuando esta intervención procure garantizar los derechos de los individuos (Pignatelli, 2019: 103).

No obstante, la jurisprudencia de los tribunales civiles en materia de partidos sigue presentando importantes limitaciones. Ante la ausencia de parámetros legislativos más específicos, los jueces italianos deben aplicar las normas que las formaciones políticas se han otorgado a sí mismas en el marco de su libertad asociativa –estatutos, reglamentos, códigos éticos y resoluciones– y las escasas disposiciones del Código Civil que regulan las asociaciones sin personalidad jurídica. Pero puede suceder que la legalidad interna del partido esté conformada por normas farragosas e imprecisas, lo que deja a los tribunales sin suficientes asideros jurídicos para corregir abusos y tutelar los derechos de afiliados y minorías. Por tanto, para poder trazar algunos límites a la autonomía estatutaria de los partidos y colmar los múltiples vacíos legales que se detectan a la hora de resolver un conflicto interno, en varias sentencias recientes se ha recurrido a la aplicación, por analogía, del régimen jurídico de las asociaciones con personalidad jurídica –*associazioni riconosciute*– (Rosi, 2011: 9-10; Pignatelli, 2019: 122)<sup>18</sup>. Esta nueva estrategia es la que explica la cascada jurisprudencial recaída contra el M5S durante el último lustro: los tribunales han revocado algunas decisiones de expulsión de militantes o de bloqueo de candidaturas basándose, no en el *metodo democratico* exigido por el art. 49 CI, sino en las profundas carencias organizativas y funcionales de la normativa interna de los *grillinos* (Gianfrancesco, 2017; Grasso, 2017; Curreri, 2021). Ahora bien, es importante subrayar que esta «riduzione civilistica» del partido político (Caterina, 2022: 28) provoca una profunda inseguridad jurídica, pues son los jueces quienes están decidiendo de manera discrecional las normas que pueden resultar de aplicación en cada caso. Una decisión que, por otra parte, parece depender de la pulsión más o menos intervencionista que manifieste cada tribunal y que, por lo tanto, genera una jurisprudencia muy fragmentada, plagada de incoherencias y criterios dispares.

---

<sup>18</sup> Según CATERINA (2016a: 3-4) –quien, a su vez, se apoya en las tesis de GALGANO de los años sesenta–, la aplicación en materia de partidos del régimen jurídico de las asociaciones con personalidad jurídica debería realizarse directamente, sin necesidad de acudir a la interpretación analógica, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 CI que garantiza la tutela judicial del individuo frente a las arbitrariedades del grupo u organización social a la que pertenece.

Por otro lado, hay una segunda gran limitación que también encuentra su origen en la ausencia de un sostén normativo claro sobre el que fundamentar el examen judicial. Como se puede advertir tras la lectura de las múltiples sentencias, el control ejercido por los tribunales civiles es de naturaleza procedimental y no sustancial: se limitan a verificar que el partido ha adoptado el acuerdo respetando su normativa interna sin entrar a valorar si hay una causa real que motive la decisión, si se subsume adecuadamente en el presupuesto de hecho previsto por la norma o si las medidas disciplinarias adoptadas son idóneas y proporcionales a la gravedad del comportamiento del afiliado. Pignatelli (2019: 129-130) detecta que, en los conflictos jurisprudenciales desencadenados tras impugnar el acuerdo de expulsión de un militante, los motivos por los que al final se revoca la decisión del partido son siempre formales, extrínsecos: porque no se notifica adecuadamente el inicio del proceso punitivo, porque hay una falta de competencia por parte del órgano sancionador, etc. Si las normas internas tienden a ser imprecisas o poco exhaustivas y, además, el alcance del examen judicial se limita a la dimensión procedimental, lo más probable es que el tribunal decida respaldar la decisión del partido para no conculcar su autodeterminación organizativa. La tutela efectiva de los derechos fundamentales del afiliado –a cuyo ejercicio no se renuncia en el momento en el que se decide formar parte de una organización política (art. 2 CI)– requiere que el juez pueda entrar a valorar si, por ejemplo, un determinado deber de lealtad lesiona la libertad de expresión, si un acuerdo sancionador resulta abusivo porque vulnera el principio de *non bis in idem* o si la falta de convocatoria de un congreso general del partido vulnera el derecho de participación política. Para ello, es preciso superar el control de la regularidad estatutaria y detectar que, en muchas ocasiones, también existe un conflicto de derechos, lo que obliga a efectuar una correcta valoración de las circunstancias concretas de cada caso para la adecuada protección y garantía de los intereses jurídicos que puedan resultar afectados <sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Se puede encontrar una notable excepción a esta tendencia predominante en la jurisprudencia italiana sobre partidos en la *Ordinanza* n. 19678-2/16 del 12 de abril de 2016, p. 21, del *Tribunale di Roma, Sezione III*. En este caso, el tribunal sí entra a analizar los diversos motivos que dieron lugar a la expulsión de tres afiliados del *Movimento 5 Stelle*, defendiendo la necesidad de verificar si dicho castigo se adecuaba a las consecuencias derivadas del comportamiento de los militantes. En particular, el tribunal sostiene que es preciso comprobar la existencia de los hechos por los que se acusa a los recurrentes, así como su adecuada subsunción en el catálogo de infracciones, la suficiencia de las razones esgrimidas por el órgano sancionador del partido, la gravedad de las conductas imputadas y la evaluación de la proporcionalidad entre la acusación y la sanción. Tras este completo análisis, concluye que el estatuto del M5S utilizaba fórmulas muy genéricas y laxas a la hora de regular la potestad sancionadora del partido y decide anular las tres expulsiones por falta de pruebas suficientes de los hechos imputados, por su incorrecta valoración o por su falta de gravedad (GIANFRANCESCO, 2017; CATERINA, 2016a: 9).

A este respecto, se pueden extraer algunos aprendizajes interesantes del caso español. La Constitución española también consagra el fenómeno partidista en su artículo 6, si bien opta por incluir una referencia expresa a la obligación de que su «estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos». Esta contundencia del constituyente español ha facilitado el desarrollo normativo del mandato de democracia interna a través de la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos (arts. 6 y 7) lo que, a su vez, también ha propiciado que el Tribunal Constitucional conciba una doctrina razonablemente garantista que, desde 2016, parte de la consideración de los partidos como «asociaciones constitucionalmente cualificadas» para abogar por una revisión judicial de amplio alcance en relación con sus conflictos internos (Salvador Martínez, 2019: 416) <sup>20</sup>. España presenta, por tanto, unos condicionantes constitucionales y normativos de los que carece el caso italiano y que demuestran la importancia de contar con un estándar definido por el legislador; ahora bien, lo que también nos traslada el análisis de la jurisprudencia española es que no basta con la mera aprobación de una ley, sino que ese desarrollo normativo debe estar suficientemente pormenorizado para reducir el umbral de incertidumbre jurídica, minimizar la discrecionalidad del poder judicial, asegurar unos procedimientos democráticos mínimos y clarificar los derechos y obligaciones de la militancia. En ese sentido, Alemania sigue siendo el referente imprescindible de buen hacer en materia de derecho de partidos (Morlok, 2018: 96-110).

Así pues, y desde mi punto de vista, Italia debe abandonar la tradición jurídica liberal –basada en el no intervencionismo– y seguir avanzando hacia un modelo regulatorio que contribuya a clarificar el régimen jurídico de las organizaciones partidistas, en consonancia con la tendencia normativizadora que predomina en Europa y a la que se adscribe la Comisión de Venecia en sus informes <sup>21</sup>. Desde el año 2012 –momento en el que el legislador italiano aclara que la expresión *metodo democratico* también se proyecta en la di-

---

<sup>20</sup> «Debemos reconocer ahora que el control jurisdiccional de la actividad de los partidos políticos puede adentrarse en la ponderación de la conformidad constitucional de ciertas decisiones de la asociación que impliquen una injerencia en un derecho fundamental, en particular cuando se trata del ejercicio de la potestad disciplinaria y esta se proyecta a zonas de conflicto entre el derecho de asociación –del partido– y la libertad de expresión –del afiliado–, siendo ambos igualmente derechos fundamentales» (STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 8).

<sup>21</sup> La Comisión de Venecia cuenta con una prolífica producción de informes en materia de partidos, pero los documentos de referencia por su estrecha relación con las cuestiones organizativas de las formaciones políticas son los tres siguientes: *Joint Guidelines of the Venice Commission and OSCE/ODIHR on Political Party Regulation* (CDL-AD(2020)032); *Code of Good Practice in the field of political parties* (CDL-AD(2009)021) y *Report on the method of nomination of candidates within political parties* (CDL-AD(2015)020).

mención interna del partido–, los tribunales cuentan con una interpretación legislativa favorable para poder dirimir los conflictos organizativos que se les plantean. Es evidente que habrá una jurisprudencia más cohesionada, garantista y contundente cuanto más se desarrolle el mandato de democracia interna a través de la ley; no obstante, tal y como ha advertido la doctrina (Grasso, 2017: 618-619; Pignatelli, 2019: 114-115; Caterina, 2022: 28-29 y 33-34), se echa en falta que los tribunales incorporen la argumentación constitucional a sus razonamientos. Sería muy conveniente que las sentencias comenzaran a invocar el art. 49 CI –en el sentido interpretado por el legislador– como un metaparámetro de democraticidad del que extraer un estándar participativo apto para limitar los poderes estatuyentes, organizativos y disciplinarios de los partidos. Si esto se hiciese, los tribunales no tendrían que excusarse en las carencias de la legalidad interna para corregir las posibles vulneraciones de derechos fundamentales que sufren los afiliados, sino que les bastaría con aplicar el principio de democracia interna como límite de orden público a la autonomía asociativa (D’Acunto, 2019: 24).

En cualquier caso, no se puede obviar que a día de hoy los tribunales desempeñan «un papel decisivo en la definición de los límites a la omnimoda libertad organizativa de los partidos, supliendo, a través de la ponderación, los vacíos normativos –estatutarios y legislativos– de los que en muchas ocasiones se sirven las formaciones políticas para obviar los principios democráticos y sacrificar los derechos de participación de sus miembros» (González Moro, 2022: 366). Esta labor se traduce en la progresiva conformación de un acervo jurisprudencial, esto es, un conjunto de estándares y criterios que pueden condicionar las futuras reformas legislativas e, incluso, los ejercicios de autonomía organizativa por parte de las formaciones políticas. Un ejemplo claro lo encontramos en la reorganización –o, mejor dicho, en la «institucionalización», siguiendo las categorías de Panebianco (1989: 110-121)– que experimentó el *Movimento 5 Stelle* en el año 2017. Tras las múltiples sentencias condenatorias derivadas de los problemas en la gestión de su vida asociativa, el partido decidió reemplazar su «No estatuto» de 2009<sup>22</sup> por un documento constitutivo formal que consagra una estructura organizativa más definida y compleja, similar a la de los «partidos tradicionales» (Betti y

<sup>22</sup> El *Non statuto* del M5S era un escueto documento que tan sólo contaba con siete artículos y tres escasas páginas. En su artículo primero, relativo a la naturaleza de la organización, se constituían como una «no asociación» en consonancia con su apuesta por articularse de forma asamblearia a través de internet, sin órganos intermediarios. Así reza la literalidad del precepto: «Il “MoVimento 5 Stelle” è una “non Associazione”. Rappresenta una piattaforma ed un veicolo di confronto e di consultazione che trae origine e trova il suo epicentro nel blog [www.beppegrillo.it](http://www.beppegrillo.it)». Este documento puede consultarse en: [https://www.politicalpartydb.org/wp-content/uploads/Statutes/Italy/IT\\_M5S\\_2009.pdf](https://www.politicalpartydb.org/wp-content/uploads/Statutes/Italy/IT_M5S_2009.pdf).

Rico, 2020: 247) y que parece proteger mejor la posición jurídica de los afiliados (D'Acunto, 2019: 27). No es descartable, por tanto, que ciertas dosis de activismo judicial en materia de partidos posean una interesante capacidad transformadora de las dinámicas organizativas en un sentido más democrático o, cuanto menos, más garantista.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

En lo relativo al derecho de partidos, el legislador italiano ha vivido durante décadas en un estado de *dolce far niente* y ha delegado en la autonomía privada de las asociaciones políticas la responsabilidad de constituirse como canales de participación efectivos dentro del circuito democrático de la República. El problema está en que los partidos han terminado convirtiéndose en auténticos «leviatanes con pies de arcilla» que han logrado acaparar todo el poder político del Estado al tiempo que, progresivamente, se iba erosionando su legitimidad democrática (Ignazi, 2012: 15). Ante las graves repercusiones de esta profunda desafección ciudadana, no parece conveniente que los poderes públicos se mantengan de brazos cruzados observando cómo los partidos se fragmentan y desangran en términos de militancia y arraigo electoral. Surge, con ello, el debate en torno a la necesidad de regular el fenómeno partidista para tratar de recuperar la credibilidad de los principales instrumentos de participación y frenar la personalización de la política, con el fin de convertir a los partidos en auténticas fraguas de ideas que trabajen por el bien común y no en aparatos al servicio de los intereses del líder (Poggi, 2015: 23).

No obstante, el caso italiano demuestra la importancia de abrir un diálogo reflexivo sobre las posibles opciones de intervención legislativa en la vida interna de las formaciones políticas, ya que se pueden plantear diferentes orientaciones en función de los cambios que se quieran provocar en el sistema de partidos. Si el objetivo de la regulación es promover unas estructuras partidistas más abiertas y participativas, es fundamental comprobar que las exigencias normativas no den lugar a diseños organizativos débiles o partidos ingobernables. Del mismo modo, la búsqueda de unos partidos estables y funcionales tampoco debe favorecer liderazgos autoritarios, ni consentir el atropello de los derechos de la militancia, ni tampoco olvidar las labores de socialización política que deben desempeñar estas formaciones. Y, por supuesto, es esencial garantizar que estas estrategias normativas no adulteren la competencia electoral ni minimicen el pluralismo ideológico de las sociedades contemporáneas.



neas; una heterogeneidad social que se expresa a través de la libre creación de partidos, pero también a través de su autodeterminación organizativa.

En este sentido, algunos autores sostienen que ni siquiera es necesario configurar un nuevo régimen jurídico para los partidos políticos italianos: bastaría con diseñar medidas para garantizar que, efectivamente, se respetan los estatutos y se castigan adecuadamente los incumplimientos de la legalidad interna. Rossi (2011: 18) propone, por ejemplo, la creación de una autoridad de control independiente que examine la regularidad del funcionamiento interno de los partidos e imponga las correspondientes sanciones financieras ante cualquier inobservancia, ejercitando la vigilancia que no acostumbran a realizar los órganos internos encargados de esta función y limitando la intervención de los jueces a casos extraordinarios. Sin voluntad de querer restar interés a esta propuesta<sup>23</sup>, lo cierto es que plantea importantes dilemas en torno a la designación de los miembros que componen este organismo, la delimitación de sus competencias y las garantías de su efectiva actuación. ¿Cómo preservar la independencia y neutralidad que debería reunir esta autoridad de control en los Estados contemporáneos, donde los partidos tratan de colonizar todo el sistema institucional? No se pueden ignorar los riesgos que conlleva la propuesta y que confirmarían los peores temores del constituyente italiano con respecto a la instrumentalización del poder público en perjuicio del pluralismo político.

Desde mi punto de vista, la mejor estrategia para atajar los problemas de legitimidad de las formaciones políticas debe consistir en el desarrollo de un régimen jurídico claramente iuspublicista. La actual coyuntura italiana, con sus dubitativos conatos normativos y su fragmentaria jurisprudencia, ofrece razones suficientes para apostar por la conveniencia de una Ley de partidos. Dicha Ley puede incrementar las posibilidades de democratización al imponer unos estándares organizativos mínimos y clarificar los parámetros de control de la actividad partidista, lo que, a su vez, amplía los márgenes de seguridad jurídica porque contrarresta los perjuicios derivados de la aplicación de unos estatutos farragosos. Es más, el esfuerzo colectivo que han de realizar las élites políticas para consensuar unas reglas comunes de funcionamiento interno en un sentido

---

<sup>23</sup> Son fórmulas planteadas por influjo del derecho europeo. El «Reglamento núm. 1141/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas» regula, en su artículo 6, el establecimiento de una «Autoridad para los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas»; ahora bien, tras una lectura detenida de sus competencias de control, no parece que el alcance de su vigilancia pueda trascender el ámbito formal, pues el reglamento sólo prescribe la comprobación periódica de los estatutos de los partidos registrados para verificar si continúan regulando una serie de elementos mínimos relativos a su organización. La Autoridad europea no puede, por tanto, revisar el efectivo cumplimiento de la legalidad interna en la vida ordinaria del partido.

más aperturista también puede facilitar la renovación del pacto democrático entre los propios partidos y entre los partidos y sus electores, recuperando la confianza en el sistema. Ferrajoli (2011: 186-187) lo resume muy bien: es necesaria una intervención heterónoma a través de la Ley para imponer un «estatuto democrático» a los partidos, es decir, para establecer garantías que frenen su involución autoritaria y burocrática y los mantengan anclados a la sociedad civil.

Sostiene Pinelli (1984: 77) que la democracia interna de los partidos es la última moneda de cambio que el derecho constitucional exige a la realidad política para alcanzar la perfecta armonía en nuestras democracias representativas. Sabedores de que buena parte de las disfuncionalidades de nuestros sistemas políticos encuentran su origen en ciertos déficits de cultura democrática, es importante no depositar en la Ley o en el control judicial toda esperanza para solucionar los problemas más acuciantes de falta de legitimidad; ahora bien, como juristas, tampoco debemos renunciar al poder performativo del derecho. En manos del legislador descansa la posibilidad –y, por qué no decirlo, la responsabilidad– de abandonar la placentera inacción y emprender medidas para tratar de alcanzar democracias más participativas, eficaces, estables e inclusivas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BETTI, A. Y RICO MOTOS, C. (2020). El Movimiento 5 Estrellas: utopía digital y populismo sin adjetivos. *Revista de Estudios Políticos*, 189, 225-257.
- BIANCALANA, C. Y VITTORI, D. (2021). Cyber-Parties' membership between empowerment and pseudo-participation. The cases of Podemos and the Five Star Movement. En O. Barberà; G. Sandri; P. Correa y J. Rodríguez-Teruel (eds.), *Digital Parties. The Challenges of Online Organisation and Participation*, Springer, Cham, pp. 109-126.
- BIONDI, F. (2016). *Il finanziamento dei partiti italiani: dall'introduzione del finanziamento pubblico alla sua «abolizione»*. En G. Tarli Barbieri y F. Biondi (a cura di), *Il finanziamento della politica*, Editoriale scientifica, Napoli, pp. 11-50.
- BLANCO VALDÉS, R. L. (2015). La caída de los dioses: de los problemas de los partidos a los partidos como problema. *Teoría y Realidad Constitucional*, 35, 149-182.
- BONFIGLIO, S. (2019). L'art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: «rilettura» o «incompiuta» costituzionale? En F. Lanchester (a cura di), *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora? Convegno in occasione dell' 80 anniversario della prolusione di Vincenzo Zangara a «La Sapienza»: Roma, 29 novembre 2018*, Wolters Kluwer, Milano, pp. 99-116.
- CARETTI, P. (2020). Los problemas constitucionales del Estado italiano. *Revista de Estudios Políticos*, 189, 289-298.

- CASSINARI, C. (2013). Democrazia interna e trasparenza nei partiti politici: una riforma non più rinviabile. En F. Rigano (a cura di), *La Costituzione in officina. Il primo intervento urgente*, Pavia University Press, Pavia, pp. 25-36.
- CATERINA, E. (2016a). Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici: alcune considerazioni sulle recenti ordinanze dei tribunali di Napoli e di Roma. *Osservatorio sulle fonti*, 3.
- CATERINA, E. (2016b). L'attuazione del metodo democratico all'interno dei partiti politici: analisi della normativa vigente e spunti per una legge sui partiti. *Democrazia e Diritto*, 3, 61-99.
- CATERINA, E. (2022). La riduzione civilistica del partito politico: appunti su due recenti sentenze dei Tribunali di Palermo e di Massa. *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1.
- CURRERI, S. (2021). La democrazia nei partiti politici: nuovi spunti pero un tema vecchio, *DPCE Online*, 46(1), 399-409.
- D'ACUNTO, L. (2019). Esclusione dell'iscritto e democrazia interna nei partiti politici: la prospettiva privatistica. *Dirittifondamentali.it*, 2.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (vol. 2), Trotta, Madrid.
- GARCÍA ROCA, F. J. Y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (1984). Democracia interna y control de los partidos políticos. Crónica del encuentro italo-español de octubre de 1983. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 42, 239-268.
- GERBAUDO, P. (2021). Are digital parties more democratic than traditional parties? Evaluating Podemos and Movimiento 5 Stelle's online decision making platforms. *Party Politics*, 27(4), 730-742.
- GIANFRANCESCO, E. (2017). I partiti politici e l'art. 49 della costituzione. *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- GONZÁLEZ MORO, A. (2022). La disciplina de partido y los derechos fundamentales de los afiliados: un recorrido jurisprudencial. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 124, 341-368.
- GRASSO, G. (2017). La «cifra democrática» del Movimento 5 Stelle alla prova dell'art. 49 della Costituzione. *Quaderni costituzionali*, 37(3), 616-619.
- IGNAZI, P. (2012). *Forza senza legittimità. Il vicolo cieco dei partiti*, Laterza, Bari.
- ILLARI, S. (2013). La disciplina giuridica dei partiti politici: facoltà del legislatore ordinario ovvero necessità di regole costituzionali. En F. Rigano (a cura di), *La Costituzione in officina. Il primo intervento urgente*, Pavia University Press, Pavia, pp. 13-24.
- IORIO, G. (2018). *Profili civilistici dei partiti politici. Statuti, prassi, tecniche legislative*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- LO PRESTI, I. M. (2023). *La registrazione dei partiti politici nella disciplina portoghese e italiana. L'impatto del soft law sovranazionale come fattore di convergenza tra modelli di regolazione differenti*. *Nuove Autonomie*, 2, 723-763.

- LOGROSCINO, P. Y SALERNO, M. (2021). Il metodo democratico nei partiti e la centralità «in ombra» dell'output legitimacy. *DPCE Online*, 46(1), 451-473.
- MAESTRI, G. (2021). Il tempo variabile della «democrazia nei partiti»: considerazioni diacroniche tra Italia e Spagna. *DPCE Online*, 46(1), 475-502.
- MANNINO, A. (2006). La «Rosa nel pugno» davanti alla Corte costituzionale. *Quaderni costituzionali*, 3, 564-567.
- MASSARI, O. (2019). Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti. En F. Lancaster (a cura di), *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora? Convegno in occasione dell' 80 anniversario della prolusione di Vincenzo Zangara a «La Sapienza»*: Roma, 29 novembre 2018, Wolters Kluwer, Milano, pp. 117-143.
- MEZZETTI, L. (2019). Corrosione e declino della democrazia. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, numero speciale, 421-446.
- MICHEL, R. (1972). *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Amorrortu Editores, Buenos Aires.
- MORLOK, M. (2018). *Escritos de derecho de partidos*, Marcial Pons, Madrid.
- PANEBIANCO, A. (1989). *Modelli di partito: organizzazione e potere nei partiti politici*, il Mulino, Bologna.
- PASQUINO, G. (2020). Los sistemas de partidos en Italia: una evolución inacabada. *Revista de Estudios Políticos*, 189, 19-39.
- PEGORARO, L. (2018). Entre sociedad y Estado: los partidos políticos. Un acercamiento desde la perspectiva del Derecho Constitucional comparado. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 23.
- PELLIZZONE, I. (2019). Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna? *Convegno annuale del Gruppo di Pisa: Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, 198-227.
- PIGNATELLI, N. (2019). La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale. *Gruppo di Pisa*, 2, 84-133.
- PINELLI, C. (1984). *Discipline e controlli sulla «democrazia interna» dei partiti*, CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova.
- POGGI, A. (2015). La democrazia nei partiti. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4.
- RIVISECCHI, G. (2016). I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale. *Toruńskie Studia Polsko-Włoskie – Studi Polacco-Italiani di Toruń*, 12, 43-65.
- ROSSI, E. (2011). La democrazia interna nei partiti politici. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M. (2019). La libertad de expresión del afiliado a un partido político y sus límites (a propósito de la STC 226/2016). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 391-422.
- SCUTO, F. (2017). *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, G. Giappichelli Editore, Torino.
- TRIEPEL, H. (2015). *La Constitución y los partidos políticos*, Tecnos, Madrid.

# UN GRAVE ILÍCITO CONSTITUCIONAL: LA DOCTRINA DEL TC EN TORNO A LA ADMISIÓN DE INICIATIVAS PARLAMENTARIAS POR PARTE DE LA MESA DE LOS PARLAMENTOS

FRANCISCO ORTEGA CANDELA <sup>1</sup>  
*Universidad de Murcia*

SUMARIO: 1. *El recurso de amparo por vulneración del ius in officium de los parlamentarios en el contexto del conflicto entre el Estado español y el Parlamento de Cataluña.*—2. *La doctrina en torno al deber de la mesa de los parlamentos de inadmitir iniciativas palmaria o manifiestamente inconstitucionales.*—3. *El cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional: efecto erga omnes y conocimiento por parte de la mesa de la palmaria y manifiesta inconstitucionalidad de las iniciativas parlamentarias.*—4. *Un grave ilícito constitucional.*—5. *A modo de conclusión: ¿una solución que crea más problemas de los que resuelve?*

## 1. EL RECURSO DE AMPARO POR VULNERACIÓN DEL *IUS IN OFFICIUM* DE LOS PARLAMENTARIOS EN EL CONTEXTO DEL CONFLICTO ENTRE EL ESTADO ESPAÑOL Y EL PARLAMENTO DE CATALUÑA

La STC 15/2022 es un reciente exponente de una serie de resoluciones estimatorias de procesos de amparo basados en la vulneración del derecho al ejercicio de las funciones representativas de los parlamentarios, como conse-

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Murcia. Abogado.

cuencia de la admisión de iniciativas parlamentarias palmariamente inconstitucionales, por parte de la mesa del órgano legislativo.

La doctrina que maneja la citada resolución tiene antecedentes más o menos remotos (STC 205/1990), pero en su actual formulación expansiva no cabe sino rastrearla hasta tiempos bien recientes (SSTC 46/2018 y 47/2018), teniendo su expresión más acabada en la STC 115/2019.

Esta serie de resoluciones tienen dos puntos en común. En primer lugar, todas ellas están enmarcadas en el conflicto derivado del proceso secesionista catalán. Este conflicto tiene una dimensión política general, que enfrenta la opinión de una parte de la sociedad con el resto. Pero también tiene una dimensión jurídica en la que, cuando hablamos de conflicto entre el Estado español y el Parlamento de Cataluña, hablamos de un problema que se desarrolla en un mismo marco constitucional y en base a los mecanismos que en el mismo se establecen. Es así como este conflicto, en la parte que a este artículo importa, se ha materializado en la interposición por parte de diversos partidos que conforman la minoría en la Cámara catalana, de recursos de amparo contra diversas decisiones de la mesa que, en opinión de aquellos, vulneran el marco constitucional (Miguel Bárcena, 2018).

El segundo de los puntos en común que caracteriza a las resoluciones que estamos comentando consiste en que todas ellas se han dictado en procedimientos de amparo iniciados por vulneración del derecho al *ius in officium* parlamentario garantizado en el artículo 23.2 de la Constitución española (Rams Ramos, 2008). Este derecho se ha venido desarrollando por la jurisprudencia constitucional hasta conformarse en torno a tres notas que conviene desarrollar siquiera brevemente.

En primer lugar, y como nota básica, este precepto reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. En palabras del TC, con este derecho «no sólo se garantiza el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga» (STC 1/2015, de 19 de enero, FJ 3). Es decir, garantiza no sólo el derecho al acceso y permanencia en los cargos públicos, sino también a su ejercicio conforme a lo dispuesto legalmente (Marrero García-Rojo, 2018: 688).

En segundo lugar, y estrechamente relacionado con lo anterior, se establece «una conexión directa entre el derecho de los parlamentarios (art. 23.2 CE) y el que la Constitución atribuye a los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), pues puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a

participar en los asuntos públicos. De suerte que el derecho del artículo 23.2 CE, así como, indirectamente, el que el artículo 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio» (STC 202/2014, de 15 de diciembre, FJ 3). Así, la garantía del derecho previsto en el artículo 23.2 de la Constitución tendría «particular relevancia cuando [...] la petición de amparo se presenta por los representantes parlamentarios en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que, en tal supuesto, resulta también afectado el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, reconocido en el artículo 23.1 CE» (STC 46/2018, FJ 3).

Por último, y como nota de cierre, la jurisprudencia constitucional ha caracterizado a este derecho como un derecho de configuración legal –tal y como se desprende del inciso final del propio artículo 23.2 CE– cuya dimensión correspondería establecer a los Reglamentos parlamentarios, «a los que compete fijar y ordenar los derechos y atribuciones propios de los parlamentarios que, una vez creados, quedan integrados en el *status* propio de su cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren» (STC 36/2014, de 27 de febrero, FJ 5).

Pues bien, con estos mimbres, que son los que conforman la doctrina clásica en torno al alcance del derecho contenido en el artículo 23.2 CE, ha ido el TC perfilando un aspecto concreto que del mismo se deriva: la obligación que recae en la mesa de los parlamentos de inadmitir iniciativas que vulneren de manera palmaria la CE (Miranda López, 2018: 655). Y lo ha hecho en base a dos tipos de argumentos bien diferenciados.

Por un lado, afirma el Alto Tribunal, el debido respeto a sus resoluciones y, en definitiva, a la Constitución, puede convertirse en una obligación para la mesa parlamentaria de inadmitir aquellas iniciativas que vulneren palmariamente la CE o lo previamente decidido por su intérprete supremo. Se trata de un argumento técnico que, sin duda, enlaza con la misión depurativa del ordenamiento jurídico que el TC tiene encomendada: el debido respeto a sus resoluciones obliga a un control *a limine* por parte de la mesa, de manera que aquellas iniciativas parlamentarias palmariamente contrarias a la CE no sean admitidas.

Pero por otro lado, y aunque el argumento anterior pudiera parecer suficiente, el TC maneja otra justificación: el incumplimiento por parte de la mesa de paralizar aquellas iniciativas que sean palmaria y manifestamente inconstitucionales impediría que, en relación con el procedimiento parlamentario que se inicia, puedan los miembros de la asamblea ejercer legítimamente sus fun-

ciones representativas, pues, en tales circunstancias, el ejercicio de su cargo conllevaría no acatar lo resuelto por el Tribunal Constitucional e incurrir, por tanto, en un grave ilícito constitucional (STC 128/2019).

Pues bien, es en este segundo argumento en el que vamos a centrar la crítica que pretendemos desarrollar en este artículo, por la conexión que se hace entre el incumplimiento del deber de inadmitir la iniciativa parlamentaria por parte de la mesa, y la correlativa vulneración del *ius in officium* de los parlamentarios, que se ven arrastrados a no acatar lo resuelto por el TC y, con ello, a incurrir en un grave ilícito constitucional. En nuestra opinión, y aun admitiendo el deber que todos los poderes públicos tienen de acatar lo decidido por el TC, resulta problemático calificar de «ilícita» la conducta de todos aquellos parlamentarios que deben concurrir a la tramitación de una iniciativa parlamentaria indebidamente admitida por la mesa. Y más aun porque, como defenderemos, se trata de un argumento en cierta manera superfluo, ya que al TC le bastaría, para otorgar los amparos solicitados, con la referencia al cumplimiento de sus sentencias por parte de la mesa como parte nuclear del derecho que garantiza el artículo 23.2 CE.

Así las cosas, pasaremos en primer lugar a detallar la evolución que ha sufrido la doctrina en torno al deber por parte de la mesa parlamentaria de inadmitir iniciativas palmaria y manifiestamente inconstitucionales. En segundo lugar, analizaremos la doctrina en torno a los efectos generales de las sentencias del TC y sus implicaciones. En tercer, realizaremos el comentario crítico al aspecto más problemático que se deriva de los amparos comentados: el presunto grave ilícito constitucional al que se enfrentan los parlamentarios cuando la mesa incumple su deber de inadmitir. En cuarto y último lugar, analizaremos críticamente la postura adoptada hasta ahora por el TC y propondremos su limitación.

## 2. LA DOCTRINA EN TORNO AL DEBER DE LA MESA DE LOS PARLAMENTOS DE INADMITIR INICIATIVAS PALMARIA O MANIFIESTAMENTE INCONSTITUCIONALES

El Tribunal Constitucional ha ido desarrollando paulatinamente una doctrina en torno a la palmaria o manifiesta inconstitucionalidad de diversos actos parlamentarios y el correlativo deber de inadmisión de los mismos que recae sobre la Mesa de los parlamentos. Esta doctrina, como ya hemos adelantado, se ha ido forjando a través de la resolución de recursos de amparo interpuestos por vulneración del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución.



Es importante apuntar aquí que, desde un inicio, el Tribunal Constitucional ha configurado la palmaria o manifiesta inconstitucionalidad como estándar independiente de la configuración legal de aquel derecho; es decir, no dependiente de la concreta regulación atinente a los poderes de la mesa, sino derivada directamente de la constatación de la palmaria y manifiesta inconstitucionalidad de la iniciativa a tramitar.

Esta línea jurisprudencial se inició tímidamente en la STC 205/1990, de 13 de diciembre, que resolvió un recurso de amparo interpuesto contra los Acuerdos de la Mesa del Senado de fechas 10 de octubre y 15 de noviembre de 1988, en los que se acordaba, respectivamente, inadmitir a trámite una moción presentada por el Grupo Parlamentario «Convergencia i Unió» y, más tarde, desestimar la solicitud de reconsideración del acuerdo adoptado (Arce Janariz, 1996).

El TC estima el recurso por considerar vulnerado el artículo 23.2 de la Constitución, puesto que los Acuerdos impugnados habrían constreñido indebidamente el contenido *del ius in officium* de los parlamentarios recurrentes. Ahora bien, el Alto Tribunal es consciente de que dados los términos del artículo 23.2 de la Constitución, el derecho fundamental que establece «es un derecho de configuración legal [...], y esa configuración comprende los Reglamentos parlamentarios a los que compete regular y ordenar los derechos y atribuciones que los parlamentarios ostentan» (FJ 5). De tal manera, y una vez analizados los preceptos concernientes del Reglamento del Senado, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que «sólo cuando el contenido de la moción sea inequívocamente extraño a las finalidades establecidas para estas mociones en el art. 174 [...] el Reglamento permite acordar la inadmisión por la Mesa, pues del contenido de la pretensión deducida debe ocuparse el Pleno con independencia del sentido en que lo haga» (FJ 6). Pero a esto añade una segunda causa que imposibilita la inadmisión, y que es en apariencia independiente de la configuración legal concreta de los deberes de la Mesa: cuando el contenido de la moción –dice el Tribunal– sea «manifiestamente contrario a derecho o inconstitucional» (FJ 6).

Esta última doctrina fue continuada y matizada en las inaugurales SSTC 46 y 47/2018, si bien algo tímidamente y con curiosas diferencias, como comentaremos más abajo. Su formulación más acabada la encontramos en la STC 115/2019, de 16 de octubre, donde la posibilidad de inadmisión se transforma ya definitivamente en un deber, y la manifiesta o palmaria inconstitucionalidad en causa suficiente de tal inadmisión, esté así o no dispuesto en la concreta regulación parlamentaria.

La mencionada sentencia resuelve un recurso de amparo promovido por el grupo parlamentario Socialistes i Units per Avançar, del Parlamento de Cataluña, en relación con la calificación y admisión a trámite por la mesa de la cámara de una «Moción subsiguiente a la interpelación al Gobierno sobre la normativa del Parlamento anulada y suspendida por el Tribunal Constitucional». El recurso se sostiene en la vulneración del «*ius in officium* de los diputados recurrentes (art. 23.2 CE), al dar trámite a una iniciativa claramente inconstitucional, por haber sido calificada de este modo en la STC 259/2015, de 2 de diciembre, la resolución 1/XI a la que se remite la moción tramitada». En el Fundamento Jurídico 6, el Tribunal resume su doctrina acerca del carácter excepcional con que «las mesas pueden controlar el contenido material de las iniciativas parlamentarias, para el caso de que se trate de propuestas o proposiciones cuya inconstitucionalidad sea palmaria y evidente», y que sería la siguiente:

En primer lugar, y con carácter general, «las mesas no deben inadmitir propuestas o proposiciones, a causa de la supuesta inconstitucionalidad de su contenido, porque ello infringiría el derecho fundamental de sus impulsores, reconocido en el art. 23.2 CE». En efecto, y como veremos más detenidamente en el último apartado, este es el contenido más propio del derecho aludido, en tanto que garantía en el ejercicio de la representación que ostentan los parlamentarios y cuyo contenido más básico –la iniciativa parlamentaria– no puede verse restringido por meras sospechas de inconstitucionalidad, aunque esta se derive incluso de la contradicción a la doctrina del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, este principio general aludido «consiente una limitada salvedad, pudiendo las mesas inadmitir a trámite propuestas o proposiciones cuya contradicción con el Derecho, o cuya inconstitucionalidad, sean palmarias y evidentes».

Ahora bien, y en relación con la restrictiva lectura que debe hacerse de toda limitación a la labor del legislador, añade el TC que «de esa excepcional potestad para no dar curso a la propuesta de que se trate, no puede deducirse una obligación de la mesa de paralizar la tramitación de las iniciativas evidentemente inconstitucionales». Con cita de la STC 47/2018, se nos recuerda que «en el contenido del derecho enunciado en el art. 23.2 CE no se encuentra lo que habría que llamar «derecho fundamental a la constitucionalidad» de las iniciativas parlamentarias o, incluso, de los acuerdos o normas a que aboquen, hipotético contenido este que no solo difuminaría los contornos del derecho instituido en aquel precepto, sino que alteraría al propio tiempo la propia configuración del recurso de amparo e incluso, acaso, el entero sistema de nuestra jurisdicción constitucional» (FJ 5).

En tercer y último lugar, añade el Alto Tribunal que, no obstante lo dicho, «la facultad de las mesas de las asambleas legislativas de efectuar un control de constitucionalidad sobre el contenido de las propuestas e iniciativas palmaria y manifiestamente inconstitucionales que se presentan a su consideración, se transforma en obligación cuando medie un mandato del Tribunal Constitucional, «acompañado incluso de un apercibimiento, en la medida en que la admisión a trámite de la iniciativa supone la trasgresión directa de un pronunciamiento de este Tribunal que exige que se impida o paralice toda iniciativa contraria a la suspensión acordada. [...] Existe, así, en tal caso, un deber de la mesa de inadmitir a trámite la iniciativa presentada, en cuanto que el control material de la misma viene expresamente exigido por un mandato jurisdiccional que impone esa obligación» (STC 47/2018, FJ 5)».

Existe, pues, un deber que recae sobre la Mesa de inadmitir toda propuesta o iniciativa parlamentaria cuya palmaria y manifiesta inconstitucionalidad no sea sólo aparente, sino que derive directamente de un mandato del Tribunal Constitucional. En las SSTC 46/2018 y 47/2018, el Alto Tribunal intentó dar una primera aproximación con respecto a los supuestos en los que la decisión de la mesa de un parlamento por la que se haya acordado la admisión a trámite de una iniciativa constituiría un incumplimiento manifiesto de sus resoluciones.

Así, en la STC 46/2018, se afirma que «lo determinante a estos efectos es que la decisión de admitirla a trámite conlleve incumplir lo decidido por el Tribunal y que la Mesa sea consciente de que al tramitarla puede estar incumpliendo su deber constitucional de acatar lo resuelto por este Tribunal. Por ello, para que pueda considerarse que existe este incumplimiento es preciso que la mesa tramite la iniciativa a sabiendas de que existe una resolución de este Tribunal que le [*sic*] impide darle curso. Así sucede, entre otros supuestos, en los casos en los que la resolución contenga una expresa decisión de la que se derive esa consecuencia (por ejemplo, traiga causa de un acto o una norma cuya eficacia se encuentre suspendida al amparo del art. 161.2 CE o infrinja una medida cautelar o cualquier otro pronunciamiento que este Tribunal haya podido adoptar en el ejercicio de su jurisdicción)» (FJ 6). Pero no se queda ahí el TC, y a estos supuestos de suspensión expresa que podrían implicar la inadmisión de una iniciativa parlamentaria, añade otro, este de carácter más general: cuando la iniciativa parlamentaria sea aplicación de un acto o norma anterior que haya sido declarado inconstitucional (FJ 6).

Por su lado, en la STC 47/2018, ahondando en esta doctrina, se hacía referencia a la existencia de «un deber de la Mesa de inadmitir a trámite la iniciativa presentada, en cuanto que el control material de la misma viene expresamente exigido por un mandato jurisdiccional que impone esa obligación»

(FJ 5). Ese mandato jurisdiccional se concretaría en la suspensión de vigencia y aplicación de la Ley 20/2017 del Parlamento de Cataluña, acordada por providencia, pero también de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la Ley 19/2017, de aquel mismo parlamento, acordada por la STC 114/2017, de 17 de octubre; leyes a las que las dos propuestas de resolución impugnadas en amparo buscaban dar efectividad y aplicación.

En este sentido, la sentencia que estábamos primeramente comentando –STC 115/2019–, acaba por dar, en nuestra opinión, un paso decisivo en la identificación del supuesto principal que puede dar lugar al deber por parte de la Mesa de inadmitir una iniciativa o propuesta parlamentaria debido a su manifiesta o palmaria inconstitucionalidad. Nos referimos, por supuesto, a la previa existencia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que haya depurado el ordenamiento con efectos generales. Así, en la mencionada sentencia, afirma el Tribunal que los acuerdos impugnados obvian «los efectos generales de la STC 259/2015, y el alcance de la doctrina que esta sentencia contiene [...]». La mesa del Parlamento ha tramitado la moción a sabiendas de que existe una resolución previa de este Tribunal que le [sic] impide darle curso, por tratarse de una mera reiteración de la resolución 1/XI, que ya ha sido anulada». Y por ello, «la decisión de la mesa de la cámara constituiría un manifiesto incumplimiento de su deber de respetar lo resuelto por este Tribunal (arts. 9.1 CE y 87.1 LOTC) en la STC 259/2015» (FJ 7).

Las muy recientes SSTC 15/2022 y 24/2022, mantienen y apuntalan esta doctrina que acabamos de ver. Así, en la segunda de estas sentencias, afirma el TC «que para poder apreciar que la mesa de la cámara, al admitir a trámite una iniciativa, ha incumplido el deber de acatar lo resuelto por este tribunal (arts. 9.1 CE y 87.1 LOTC), lo [...] es que en tal decisión de admitir a trámite la iniciativa concurren dos elementos: a) que la decisión de admisión conlleve incumplir lo previamente resuelto por este tribunal y b) que la mesa sea consciente de que al tramitarla está incumpliendo su deber constitucional de acatar lo resuelto por este tribunal, esto es, que la mesa tramite la iniciativa a sabiendas de que existe una resolución de este tribunal que impide darle curso». Y con cita expresa de la STC 46/2018, establece cuando podemos asumir que la mesa del parlamento se encuentra en aquel último caso: cuando la resolución contenga una expresa decisión de la que se derive la obligación de inadmisión, o cuando la iniciativa parlamentaria sea aplicación de un acto o norma anterior que haya sido declarado inconstitucional.

No obstante, y como ya hemos advertido en el primer apartado, el TC maneja en todas estas resoluciones otro argumento en refuerzo de la tesis de que la indebida admisión por parte de la mesa de resoluciones palmaria y ma-

nifiestamente inconstitucionales vulnera el derecho al *ius in officium* de los parlamentarios. Argumento que se centra en la posición en que presuntamente quedan los parlamentarios cuando la mesa incumple aquel deber y que se resume en la frase «grave ilícito constitucional» (Ridao Martín, 2016).

Así las cosas, ahora que ya hemos analizado la evolución doctrinal en torno a la inadmisión de iniciativas por parte de la mesa, y antes de ofrecer un análisis crítico en torno al argumento del «grave ilícito constitucional», vamos a profundizar en lo que, en nuestra opinión, es la verdadera doctrina dominante del TC en este asunto y, además, la más correcta técnicamente.

### 3. EL CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EFECTO *ERGA OMNES* Y CONOCIMIENTO POR PARTE DE LA MESA DE LA PALMARIA Y MANIFIESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS INICIATIVAS PARLAMENTARIAS.

Como ya hemos analizado, la STC 115/2019 dio el paso decisivo de reconocer los efectos generales de las sentencias del TC como supuesto general que impediría a la mesa dar curso a iniciativas parlamentarias que pretendieran reiterar o desarrollar normas anuladas.

No obstante, esta doctrina ha sido criticada en el voto concurrente que la magistrada doña Encarnación Roca Trías formula a la sentencia. Según esta jurista, se ha operado una modificación en el canon de enjuiciamiento que, para supuestos similares, derivaba de otras sentencias previas (SSTC 46/2018, 47/2018 y 96/2019). Ese cambio sería precisamente el centrar la obligación de inadmisión de la Mesa en los efectos generales que producen las sentencias del Tribunal Constitucional, y no en un mandato específico. Sólo estos últimos, en su opinión, tendrían entidad suficiente para imponer a la mesa el deber de inadmisión, pues «una cosa es la inconstitucionalidad «palmaria y evidente» [...], y otra, muy distinta, el «incumplimiento manifiesto de lo resuelto por el Tribunal Constitucional»». Por ello, la Mesa debería haber inadmitido la moción, pero no en base a los efectos generales de la STC 259/2015, sino porque mediaba un auto – ATC 24/2017– «del que se derivaba el inequívoco deber de la mesa de abstenerse de tramitar [la] iniciativa, en cuanto conllevaba incumplir lo decidido por el Tribunal» en aquella sentencia. En nuestra opinión, sin embargo, no es esta la doctrina más correcta.

Son las sentencias del Tribunal Constitucional que depuran el ordenamiento con efectos generales las que tienen la potencialidad suficiente de im-

poner a la mesa el deber de inadmitir una iniciativa parlamentaria (Gómez Montoro, 1997). El deber de inadmitir iniciativas y proposiciones manifiestamente inconstitucionales se derivaría de la previa existencia de una de aquellas sentencias (Garrorena Morales, 1996).

Los mandatos específicos a la Mesa pueden imponer a la misma el deber de inadmitir ciertas iniciativas, pero siempre que esté así previsto o que el propio mandato no sea sino la concretización del que contiene una sentencia. Así ocurre con los autos dictados en procedimientos de ejecución y cuya comunicación e imposición a los miembros de la Mesa del deber de inadmitir iniciativas que conduzcan a desatender lo dispuesto en una sentencia no es sino el recordatorio del deber general que existe para todos los poderes públicos de cumplir con lo dispuesto en aquellas (Gavara de Cara, 2011: 241).

En cuanto a las providencias y autos que acuerdan la suspensión de disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, se trata de una previsión expresa de la Constitución –artículo 161.2– (Rosado Iglesias, 2007: 137). El deber que tiene la Mesa de inadmitir iniciativas que reiteren o desarrollen disposiciones suspendidas es una consecuencia necesaria del efectivo acatamiento a dicha suspensión; pero de donde no deriva, desde luego, es de una palmaria o manifiesta inconstitucionalidad que, en puridad, aún no se ha declarado.

La existencia de un mandato específico a la Mesa no es, por tanto, requisito necesario ni suficiente para que esta deba inadmitir una iniciativa por manifiestamente inconstitucional. De hacerlo así estaríamos negando los efectos generales que producen las sentencias del Tribunal Constitucional y limitando los supuestos de inadmisión a la eventualidad de que se haya instado un procedimiento de ejecución de sentencia o se haya acordado la suspensión de una disposición; algo que puede llegar a producir resultados especialmente sangrantes en este último caso, habida cuenta que la suspensión no puede acordarse con respecto a resoluciones y disposiciones del Estado.

En definitiva, lo que queremos defender es que la doctrina del TC hasta ahora mantenida es en nuestra opinión técnicamente correcta y más completa que aquellas otras soluciones que hacen depender la inadmisión en la existencia de un mandato concreto dirigido a la mesa. Y es completa, decimos, porque de esta manera abarca también los casos en que, faltando un mandato concreto, hay sin embargo una sentencia previa cuyos efectos generales obligan a todos los poderes públicos a pasar por su cumplimiento (Rubio Llorente, 1988).

De esta manera, el derecho al *ius in officium* de los parlamentarios implica un correlativo deber de la mesa de inadmitir iniciativas palmaria y manifiestamente inconstitucionales, por cuanto lo contrario supondría no acatar

las decisiones del TC, que atienen a todos los poderes públicos. Y tal deber vendrá impuesto, bien cuando una resolución lo contemple expresamente (suspensión de disposiciones, medidas cautelares...), bien cuando la iniciativa parlamentaria sea aplicación de un acto o norma anterior que haya sido declarado inconstitucional.

Con esto bastaría para proteger el derecho al *ius in officium* de los parlamentarios, una protección que, en consonancia con nuestro modelo concentrado de justicia constitucional, se basa en el debido respeto a las resoluciones del intérprete supremo de la Constitución (Jiménez Campo, 1995: 118). No obstante, y como ya hemos adelantado en los apartados anteriores, el TC ha querido abundar en otro tipo de argumento con el que, en principio, pretende reforzar su doctrina, pero que puede resultar problemático.

#### 4. UN GRAVE ILÍCITO CONSTITUCIONAL

En todas las SSTC de la saga que venimos analizando se incluye un párrafo final, anterior al fallo, en el que se afirma que la admisión de iniciativas palmaria y manifiestamente inconstitucionales, «impide que, en relación con ese procedimiento parlamentario, puedan ejercer legítimamente los recurrentes sus funciones representativas, pues, en tales circunstancias, el ejercicio de su cargo conllevaría no acatar lo resuelto por el Tribunal Constitucional e incurrir, por tanto, en un grave ilícito constitucional» (Cito por la STC 24/2022, FJ 5, pero también en las SSTC 46/2018, FJ 7; 115/2019, FJ 7, y 128/2019, FJ 3).

Como bien puede observarse, el TC da aquí un salto argumentativo para afirmar que, cuando la mesa admite una iniciativa parlamentaria indebidamente, provoca que automáticamente todos los parlamentarios estén incumpliendo lo resuelto por el TC. Ya no es sólo la mesa la que incumple este deber, sino también el resto de parlamentarios que se ven arrojados a un procedimiento parlamentario irregular y a incurrir, recordémoslo, en un grave ilícito constitucional. No es necesario decir que este último inciso es el más problemático, por cuanto supone calificar de ilícita una situación a la que algunos parlamentarios se han visto obligados y que, además, no deja de entrar en el entramado de sus funciones. Pero vayamos por partes.

El TC ha ofrecido pocas pistas de a qué se refiere con la expresión «grave ilícito constitucional» que acabamos de ver. Es precisamente en la más antigua de las sentencias que venimos comentando, la STC 46/2018, donde se intenta dar una aproximación más completa a la expresión. Según el TC, el incumplimiento de respetar lo por él resuelto por parte de la Mesa «tiene una incidencia

directa en el *ius in officium* de los miembros de la Cámara, pues si los parlamentarios participan en la tramitación de una iniciativa que contraviene de modo manifiesto un pronunciamiento de este Tribunal infringen también el deber de acatar la Constitución (art. 9.1 CE) y de cumplir lo que este Tribunal resuelva (art. 87.1 LOTC). Por el contrario, si cumplen su deber constitucional de respetar lo resuelto por este Tribunal y no participan en ese procedimiento están desatendiendo las funciones representativas inherentes a su cargo. Esta disyuntiva supone condicionar el ejercicio de este derecho fundamental a que los parlamentarios violen el referido deber constitucional y esta condición no puede entenderse conforme con el artículo 23.2 CE, que garantiza a los cargos públicos el legítimo ejercicio de sus funciones. Por otra parte, la participación en esos procedimientos, aunque sea para votar en contra, supondría otorgar a la actuación de la Cámara de una apariencia de legitimidad democrática que no cabe atribuirle sin menoscabar su propia función constitucional».

La cita es extensa, pero ilustrativa. El TC intenta reforzar su posición favorable al otorgamiento de los amparos argumentando que el incumplimiento de sus resoluciones por parte de la mesa implica también el de los parlamentarios, que se ven inmersos en una disyuntiva irresoluble entre el deber de ejercer su cargo y el de respetar las resoluciones del intérprete supremo de la CE.

Pero esta disyuntiva no es, en nuestra opinión, tan tajante. No cabe duda de que los parlamentarios deben ver garantizado su derecho, en los términos ya vistos, a que la mesa respete las resoluciones del TC. En este sentido, el recurso de amparo es un mecanismo eficaz con el que poder reparar las vulneraciones de este derecho. Pero no podemos obviar que la admisión por parte de la mesa de iniciativas manifiestamente inconstitucionales es una eventualidad que no depende de los propios parlamentarios y que no puede ser controlada por estos sino mediante mecanismos *a posteriori*. Uno de estos mecanismos es, como ya hemos dicho, el recurso de amparo. Pero otro, y bastante lógico, es la oposición a la iniciativa durante su tramitación parlamentaria (Viver Pi-Sunyer, 2013: 20-23).

Sin embargo, si consideramos que los parlamentarios están también incumpliendo su deber de acatar la constitución cuando se prestan a participar en la tramitación parlamentaria que pueda derivar de la indebida admisión por parte de la mesa de una iniciativa, se les pone en una diatriba que, con la excusa de asegurar su derecho, les hace partícipes de un grave ilícito constitucional. En este sentido, la STC 47/2018 realiza una importante precisión: «aquello que se configura como un deber de conducta cuya transgresión lleva aparejadas consecuencias que pueden llegar a ser penales no puede ser considerado, al mismo tiempo, un *agere* lícito. Existe, así, en tal caso, un deber de



la Mesa de inadmitir a trámite la iniciativa presentada, en cuanto que el control material de la misma viene expresamente exigido por un mandato jurisdiccional que impone esa obligación» (FJ 5).

Esta afirmación se refiere sólo, aparentemente, a los miembros de la mesa, y se sitúa además en un caso en que este órgano había sido previa y expresamente apercibido de las consecuencias de un incumplimiento de sus deberes. Sin embargo, no podemos obviar que el TC ha asimilado el incumplimiento de la mesa al incumplimiento de todos los parlamentarios, lo que nos obliga a preguntarnos si también implica que estos puedan incurrir en responsabilidad penal. Aunque este supuesto no se ha siquiera planteado en cuanto a los mencionados parlamentarios, sí que ha dado en el marco de la mesa del parlamento catalán, de la que varios de sus miembros fueron condenados por desobediencia (Navarro Méndez, 2022).

En definitiva, y aunque no parece que el TC pretenda con su doctrina responsabilizar a todos los parlamentarios por la tramitación de disposiciones palmariamente inconstitucionales, sí que creemos que convendría abandonarla, o al menos matizarla. Y todo ello porque, como ya hemos dicho, consideramos que se trata de un añadido hasta cierto punto superfluo y problemático.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UNA SOLUCIÓN QUE CREA MÁS PROBLEMAS DE LOS QUE RESUELVE?

Toda la problemática que hemos venido hasta aquí analizando, tiene un indubitado origen: el uso del recurso de amparo como vía con la que paralizar iniciativas parlamentarias. Aunque, como hemos podido comprobar, el TC ha admitido esta posibilidad sin ambages, no ha sido sino a través de una doctrina un tanto alambicada y que fuerza las costuras del procedimiento legislativo y de la libertad del legislador como principio consustancial a este.

Ello se advierte, en primer lugar, en el quiebro que el TC realiza en su propia doctrina acerca del derecho al *ius in officium* parlamentario garantizado en el artículo 23.2 de la Constitución como un derecho de configuración legal, para admitir la salvedad de los casos en que una iniciativa parlamentaria sea palmaria y manifiestamente inconstitucional. Ante la falta de expresas previsiones reglamentarias que obliguen a la mesa de los parlamentos a inadmitir iniciativas de este tipo, se establece una relación directa entre la Constitución y el estatuto de los parlamentarios, con la que se busca garantizar la mencionada inadmisión. Queda así ampliado el derecho al *ius in officium* de los parlamentarios por mor de una interpretación que choca con la tradicionalmente mantenida por el TC.

La problemática que se deriva de la apertura de esta vía queda bien explicada, en segundo lugar, en la cautela con que el propio TC tiene que tratar la posibilidad de que las mesas inadmitan iniciativas parlamentarias. Así, comienza por establecer que, con carácter general, las mesas no deben inadmitir iniciativas parlamentarias por razón de su supuesta inconstitucionalidad; y esto es así incluso cuando la evidente inconstitucionalidad de una iniciativa deriva de su contradicción con la jurisprudencia del propio TC. Sin embargo, a estas dos premisas en principio claras, se le añade una confusa excepción que obliga a las mesas de los parlamentos a inadmitir iniciativas palmaria y manifiestamente inconstitucionales por su contradicción a un mandato del Alto Tribunal. Confusión que queda de manifiesto en la vaguedad con que se definen los casos en que se debe considerar que media un mandato del TC, y cuestión que ha encontrado diversas posturas entre los propios magistrados que lo componen.

En tercer y último lugar, el carácter problemático del recurso de amparo como vía de paralización de iniciativas parlamentarias se manifiesta en todo su esplendor cuando el TC intenta justificar el acogimiento de esta doctrina argumentando que, de otra manera, se estaría abocando a los parlamentarios a cometer un grave ilícito constitucional.

Todas estas razones son las que nos han llevado, en un intento de minimizar los problemas derivados de esta doctrina, a abogar por un entendimiento estricto de los mandatos del TC que permiten la inadmisión de iniciativas parlamentarias y por la eliminación, por innecesario, del argumento en torno al grave ilícito constitucional.

Sin embargo, con ello no conseguiríamos eliminar los problemas creados por la doctrina que venimos comentando, sino tan solo su minimización. Conviene, por tanto, plantearse hasta qué punto es constitucionalmente adecuado admitir la posibilidad de que el recurso de amparo sirva como vía con la que paralizar iniciativas parlamentarias, así como si existen otros medios más idóneos de llegar al mismo resultado.

En este sentido, no puede obviarse que la paralización de iniciativas parlamentarias *a limine* por parte de la mesa, arrebatada la posibilidad de que estas lleguen al pleno para que sean debatidas y para que los parlamentarios se pronuncien sobre ellas. La doctrina que venimos comentando se ha construido al hilo de sentencias englobadas en el conocido contencioso que ha enfrentado a los poderes del Estado central con los de la Comunidad Autónoma de Cataluña, donde esta última mantenía un enconado desafío con aquellas instituciones y particularmente con el TC, que ha visto cómo muchas de sus decisiones no eran respetadas. Este contexto ha creado, ciertamente, la impresión de que la obligación de inadmitir iniciativas que para las mesas nace del derecho al *ius*

*in officium* de los parlamentarios, se haya tomado como algo menos grave de lo que podría parecer. A ello han contribuido, sin duda, la existencia de pronunciamientos del TC que reiteradamente eran soslayados por el legislador catalán. Sin embargo, esta vía abre una peligrosa puerta hacia lo que podríamos llamar censura previa de lo que se debe tratar en sede parlamentaria.

Un ejemplo de la potencial y peligrosa *vis expansiva* de la doctrina que venimos analizando son las SSTC 98/2019 y 24/2022, ya algo alejadas del contencioso territorial catalán del que hablábamos, y que estiman la vulneración del *ius in officium* de los parlamentarios recurrentes debido a la admisión, por parte de la mesa, de iniciativas parlamentarias críticas con la Corona española; decisiones que no han obtenido el mismo apoyo que las dictadas en torno al *procés* (Castillo López, 2019). En efecto, establecer los límites de qué contenidos pueden acabar sustrayéndose al conocimiento del parlamento es ciertamente difícil, y más con la confusa doctrina que, como hemos visto, maneja el TC.

Ahora bien, el legislador es el intérprete primario de la Constitución, y ello se traduce en el ejercicio, también primario, del monopolio normativo (Pérez Royo, 2016: 622-624). Es el órgano situado en la puerta de entrada del Derecho al ordenamiento jurídico y, por tanto, el mejor posicionado para impedir *a radice* la adopción de normas inconstitucionales. Pero ello implica necesariamente que las iniciativas parlamentarias puedan seguir su trámite natural, lo que hace recomendable que atribuir a las mesas la facultad de paralizar iniciativas parlamentarias se clarifique y limite en lo posible, tal y como hemos defendido.

Lo hasta aquí dicho, por otra parte, no debería entenderse como la defensa de una puerta abierta que permita que cualesquiera contenidos puedan entrar, incluso reiteradamente, en el debate parlamentario. Debe entenderse en el sentido de que, a la vista de los numerosos problemas que crea la figura que hemos analizado, quizá debamos plantearnos encontrar otras soluciones. En concreto, creemos que una de las razones por las que se ha acabado acogiendo la posibilidad de que las mesas parlamentarias paralicen iniciativas parlamentarias es la falta de alternativas ágiles con las que atajar situaciones de abierta desobediencia a las resoluciones del TC.

En este sentido, recurrir a los procedimientos de inconstitucionalidad es una opción que se sabe lenta, y que no siempre es posible con todos los tipos de actos parlamentarios. Sin embargo, y aunque aquí debamos limitarnos simplemente a apuntarlo, creemos que es conveniente explorar una vía alternativa: el incidente de ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional (Villaverde Menéndez, 2016). Atendido el modelo de justicia constitucional concentrado y abstracto acogido por nuestra Constitución y la eficacia general que se da a

las sentencias del TC (Ferrerres Comellas, 2003), se puede configurar este incidente como una herramienta que, sin trasladar a la mesa de los parlamentos la capacidad de vetar iniciativas parlamentarias, permita al Alto Tribunal reaccionar de una manera ágil y, sin duda, más respetuosa con el legislador.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARCE JANARIZ, A. (1996) «El trámite de admisión de los procedimientos parlamentarios en la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 46.
- CASTILLO LÓPEZ, F. (2019) «Nulidad de la Resolución del Parlamento de Cataluña que desconoce la configuración constitucional de la Corona: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2019, de 17 de julio. Impugnación de disposiciones autonómicas núm. 5813-2018 (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019)», *Revista De Las Cortes Generales*, núm. 107).
- FERRERRES COMELLAS, V. (2003) «Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65-II.
- GARRORENA MORALES, Á. (1996) *Artículo 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional*, en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo XII, Cortes Generales, EDESA, Madrid.
- GAVARA DE CARA, J. C. (2011) «Los efectos de la STC 31/2010 del estatuto de Autonomía de Cataluña: Las implicaciones para su normativa de desarrollo y los estatutos de otras Comunidades Autónomas», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 27.
- GÓMEZ MONTORO, Á. J. (1997) «Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional», en VV. AA., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1995) «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la Ley en el Derecho español», en VV. AA., *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- MARRERO GARCÍA-ROJO, Á. (2018) «Artículo 23.1. El derecho a participar en los asuntos públicos y el acceso a cargo público representativo», en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Tomo II, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid.
- MIGUEL BÁRCENA, J. (2018) «El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113.
- MIRANDA LÓPEZ, L. M. (2018) «Consideraciones sobre la jurisprudencia constitucional en materia parlamentaria», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 104.

- NAVARRO MÉNDEZ, J. I. (2022). *La inviolabilidad parlamentaria no ampara desobedecer al Tribunal Constitucional (comentario a la STC 184/2021, de 28 de octubre)*, *Revista Del Parlamento Vasco*, núm. 3.
- PÉREZ ROYO, J. (2016) *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid.
- RAMS RAMOS, L. (2008) «El «ius in officium» de los representantes parlamentarios como contenido esencial del derecho fundamental del art. 23.2 CE», en VV. AA, *Derechos fundamentales y otros estudios: en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. 2, El justicia de Aragón, Zaragoza.
- RIDAO MARTIN, J. (2016) «Las nuevas facultades ejecutivas del Tribunal Constitucional como sustitutivo funcional de los mecanismos de la coerción estatal del artículo 155 de la Constitución», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 106.
- ROSADO IGLESIAS, G. (2007) «La suspensión de la Ley autonómica», *Revista de Derecho Político*, núm. 69.
- RUBIO LLORENTE, F. (1988) «La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22.
- VILLABERDE MENÉNDEZ, I. (2016) «Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del tribunal constitucional y su reciente reforma», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38.
- VIVER PI-SUNYER, C. (2013) «Los efectos vinculantes de las sentencias del tribunal constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97.

# **LA EROSIÓN DE LA DEMOCRACIA SALVADOREÑA Y LA PÉRDIDA DE CALIDAD EN LA REPRESENTATIVIDAD, ANTE EL DISCURSO DE REELECCIÓN PRESIDENCIAL INMEDIATA**

KARLA GEORGINA MARTÍNEZ HERRERA  
*Università Degli Studi di Brescia*

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Democracia: el poder del pueblo.* 2.1. El poder de los discursos.–3. *Elites de la política.*–4. *Erosión de la democracia, el verdadero problema.* 4.1. La reelección presidencial de Bukele, el caso concreto.–5. *Conclusiones.*

## **1. INTRODUCCIÓN**

La intención del presente aporte es reflexionar sobre la influencia que genera el debate de la reelección presidencial inmediata que, a su vez, repercute en la instauración, alcances, evolución, y en algunos casos involución de la democracia, especialmente a través de sus aspectos más característicos en América Latina. Analizando, además, las transiciones más recientes en cuestión de reelección presidencial inmediata, en virtud de las decisiones de las cortes o tribunales constitucionales latinoamericanos que en las últimas décadas han permitido la reelección presidencial, no obstante la prohibición explícita de las constituciones de dichas naciones.

Precisamente porque en Latinoamérica, y durante los años noventa, hemos sido testigos de una oleada de reformas constitucionales, que tenían la finalidad

de cambiar las cláusulas absolutas que prohibían la reelección<sup>1</sup>, transformándolas en alternas (es decir, después de un período sin ejercer el cargo, es permitido nuevamente postularse), continuas pero limitadas (máximo dos períodos, por ejemplo) o bien, del todo ilimitadas (Viciano Pastor y Moreno González, 2018: 170). Como hemos podido observar durante dichas décadas, los procesos de transición a una inmediata reelección presidencial no solo han tenido que pasar por complejos cambios constitucionales, también se ha ido modificando la concepción de democracia en dicha región, tal y como la conocemos hasta hoy.

Estas reflexiones se centran en el panorama salvadoreño actual; a fin de poder explicar el contexto político en El Salvador, en donde se ha instaurado un discurso que pretende introducir reformas constitucionales para asegurar la reelección inmediata presidencial, e incluso a través de una Sentencia que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha emitido en fecha 3 de septiembre de 2021. Es notorio que con estas medidas, y con el sondeo constante de la aprobación de los salvadoreños y salvadoreñas sobre la cuestión de la reelección del presidente Bukele, desde que inició el ejercicio de su cargo y antes del fin de su mandato, previsto para el año 2024, se pretende destacar su figura, como líder político irremplazable, y legitimar su continuidad.

Y aunque somos conscientes que incluso cuando se pretende pasar de la prohibición constitucional de la reelección inmediata, a facilitarla y promoverla, nos encontramos frente a un cambio que pertenece a realidades propias de la contemporaneidad, y en gran medida normal, ya sea por el rumbo que otros países de la región han tomado, como por la coyuntura nacional actual; sin embargo, nos llama la atención la dinámica con la que se ha generado el discurso que pretende su instauración, y que para ello coadyuven otras variantes, como la memoria histórica, y la cultura política del pueblo que quiere o no quiere que se den estos cambios, las condiciones económicas, la interdependencia de las instituciones, la politización de las mismas, y el contexto social, que son determinantes para las transiciones y la estabilización o bien, desestabilización de las democracias.

En el caso de El Salvador, la conquista de la paz, precisamente para poder alcanzar un proceso de democratización, fue muy difícil; tras una guerra que mantuvo a la población en situaciones extremas de vulnerabilidad, desde 1979

---

<sup>1</sup> Así pues, tenemos el caso de Perú, en donde la reelección de Alberto Fujimori se llevó a cabo en 1993, en Argentina la de Carlos Menem en 1994 y en Brasil la de Henrique Cardoso en 1997. De igual manera, la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela de 1999, la cual garantizó la primera reelección de Hugo Chávez, a partir de ese momento surgieron otros procesos constituyentes en Ecuador y Bolivia, enmarcados dentro de lo que ha sido llamado como «nuevo socialismo latinoamericano» o Socialismo del Siglo XXI y que permitieron la reelección de Rafael Correa y Evo Morales.

hasta la firma de los Acuerdos de Paz en enero de 1992, y después de un complejo proceso de acuerdos y de reuniones que se sostuvieron en gran medida gracias al interés y apoyo de la comunidad internacional, que buscaba, ante todo, poner fin al conflicto armado y consolidar la paz, tan anhelada por la población salvadoreña.

Ese proceso de democratización, esa transición de cambiar las armas por votos, tuvo particulares incidencias, como la inclusión política del antiguo grupo guerrillero FMLN<sup>2</sup> (Cepeda Jiménez, 2020: 154), que constituye el mejor ejemplo de la transición de organización beligerante de izquierda a partido político, que llegó incluso a ser la mayor fuerza política del país, alcanzando la presidencia durante dos periodos consecutivos, este escenario de democratización y a su vez de transición, y su desempeño en la política salvadoreña en años posteriores, marca un importante momento histórico, pues a pesar de que era débil y frágil, la democracia que se comenzó a construir con aquella firma de los Acuerdos de Paz, no llegó a consolidarse en manera duradera, a pesar de la instauración de instituciones que protegían a los derechos humanos, y a pesar de los intentos por mantener un Estado constitucional de derecho, ya que muchas veces las prácticas institucionales reales y concretas, eran contrastantes con los objetivos que se perseguían al momento de su creación.

Un escenario muy similar se observó en Colombia, donde al igual que el actual presidente salvadoreño Nayib Bukele<sup>3</sup>, el presidente colombiano Alva-

---

<sup>2</sup> El Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, FMLN, supuso la unión de diversos movimientos guerrilleros que operaban con anterioridad como oposición armada, lanzando su ofensiva en 1981, frente a la no garantía del nuevo golpe militar de 1979 de mejores condiciones sociales y la continuidad de la represión oficial. El FMLN sumó la experiencia de diversos grupos insurgentes como las Fuerzas Populares de Liberación, el Ejército Revolucionario del Pueblo, la Coordinadora Revolucionaria de Masas, el Frente Democrático Revolucionario y la Dirección Revolucionaria Unificada, que compaginaban sindicatos, estudiantes y algunos sectores civiles descontentos con el régimen militar oficial y el consentimiento de la oligarquía. Para final de la década, tras la segunda ofensiva final de noviembre de 1989 que significó un verdadero cambio de rumbo del conflicto hacia la paz, el FMLN era ya el núcleo de la oposición política, contando con una base de apoyo social y el reconocimiento de beligerancia tácito de la comunidad internacional, dotándolo como un actor fundamental para establecer el diálogo y la transición democrática en la nación. Para profundizar sobre el tema puede consultarse: CEPEDA JIMÉNEZ (2020).

<sup>3</sup> La llegada de Bukele al poder, si bien no ha sido el final para el FMLN y ARENA, como partidos tradicionales, indica «la erosión de su hegemonía y su desgaste. Bukele pasó de joven promesa de la antigua guerrilla del FMLN, llegando a ser alcalde de San Salvador, a ser expulsado del partido, y tras intentar legalizar sin éxito su movimiento Nuevas Ideas en 2017 y buscar presentarse bajo Cambio Democrático (CD), que no pudo mantener su personería tras las legislativas de 2018, reculó en GANA, reducto de renegados derechistas de ARENA cuyo uno de sus fundadores es el arriba mencionado expresidente Antonio Saca, encarcelado por corrupción durante su gestión. Se puede afirmar que el polémico Bukele, de plataforma ideológica incoherente y sin mayorías en el parlamento, pero que triunfó en primera vuelta electoral, canaliza el descontento popular y es síntoma de un posicionamiento populista consciente que se proyecta como *outsider* y sin necesidad de rendirle cuentas a ningún partido, planteando un modelo de comunicación política por medio de las redes sociales y de espaldas al debate tradicional». Para profundizar sobre el tema puede consultarse: CEPEDA JIMÉNEZ (2020).



ro Uribe<sup>4</sup> dio inició a su mandato en un ambiente de deslegitimación de los partidos mayoritarios, abstención electoral creciente, una gran parte de la población en situación de extrema pobreza y profundas desigualdades.

## 2. DEMOCRACIA: EL PODER DEL PUEBLO

El término democracia, evoca aquella corriente originaria de la antigua Atenas; es un concepto demasiado complejo, con matices prácticos y con distintas teorías que tratan de explicarla, e incluso medirla (Bohigues, 2019: 34), y que en simples palabras y a partir de su significado etimológico conocemos como el poder del pueblo, pero que nos concede distintas imágenes cuando la escuchamos, dependiendo del contexto, porque podemos asociarla con libertad, con participación ciudadana y con la idea de voto popular.

Sin embargo, vale la pena preguntarse si este concepto no ha sufrido demasiadas mutaciones a través del tiempo y de los acontecimientos históricos, o bien, sigue siendo el mecanismo que describe los verdaderos titulares del poder en un Estado, y como dicho sistema se encarga de otorgar un poder a ciertas personas, que como veremos en el siguiente apartado, conforman esa elite que toma las decisiones sobre el presente y el futuro de un pueblo.

En ese sentido, y tras la renuncia o el derrocamiento de las juntas y presidentes militares que gobernaron la mayor parte de los países latinoamericanos, entre 1964 y 1989, la tendencia fue el triunfo del principio de no reelección presidencial de manera absoluta o con la condición de uno o dos mandatos inhábiles, de modo que el presidente no pudiera aprovecharse de su cargo para obtener la reelección. El deseo de equipararse a países como Estados Unidos y Francia, donde la reelección inmediata del presidente está autorizada; argumentos como aquel de conceder al pueblo soberano la facultad de sentenciar a un gobernante; y la conveniencia de ciertos beneficios particulares, de mantener unas políticas económicas y sociales durante más tiempo, sin limitarlas a un único período presidencial, han seducido a diversos países para introducir la reelección, consecutiva o alternativa.

Y es que salvo algunas pocas excepciones y además muy particulares, en América Latina, el régimen político, por excelencia, ha sido y sigue siendo hasta hoy el presidencialismo, que se elige a través de un proceso democrático,

---

<sup>4</sup> En el caso de Colombia, la Constitución de 1991 había prohibido la reelección presidencial. Pero en el año 2005 el gobierno de Álvaro Uribe finalmente logra la creación de una coalición en el congreso, a favor de una modificación constitucional por la vía legislativa para permitir la reelección inmediata.

es decir, únicamente mediante el sufragio libre y universal, que permite a los ciudadanos depositar en una persona, parte del poder soberano. Bajo la referencia de los Estados Unidos, el presidencialismo siempre ha tenido una acogida importante en Latinoamérica, y la alternancia en el poder ha sido siempre una medida que daba solución y evitaba, como un antídoto, los gobiernos militares autoritarios, y el caudillismo, por supuesto que también hubo y hay dictaduras unipersonales que encontraron el ambiente propicio para su desarrollo y propagación.

Sin embargo, la realidad es que en muchos países latinoamericanos y en manera muy particular, en El Salvador, encontramos la existencia de una cultura política impregnada de autoritarismo, que es aprobada por distintos sectores de la población, como veremos más adelante, gracias a los discursos políticos estratégicos, preparados para dar continuidad en el poder depositado por la voluntad del pueblo soberano.

En cualquier caso, la cuestión de la personalización del poder, de su concentración y continuidad, es una problemática muy propia y además muy actual de los regímenes presidencialistas latinoamericanos. Y Aunque durante el siglo xx, las estrategias políticas de la región se basaban en dictaduras y regímenes autocráticos, y esto permitió que la tendencia a la constitucionalización de límites férreos, a la reelección presidencial, se haya consolidado; actualmente observamos procesos encaminados a modificar estos límites constitucionales, ya sea por medio de la reforma a la Carta Magna o bien sentando precedentes a través de los tribunales constitucionales.

A estas modificaciones y sentencias que preparan el camino para finalmente conseguir la reelección presidencial inmediata, se suele sumar un excesivo personalismo político, que resta identidad a los partidos políticos, y que a su vez, hace que este tipo de liderazgo personal dominante, empuje al líder a dejar su partido para crear otro, en este escenario muy probablemente su apoyo popular no se vea seriamente comprometido, mientras que el del partido que abandona se derrumbaría. Su posibilidad de perder o ganar elecciones no depende del partido, pero las del partido sí dependen del líder (Vélez Gallego, 2017: 245), tal como sucedió en El Salvador cuando el presidente Bukele abandonó su partido FMLN, para impulsar la creación del partido Nuevas Ideas.

En el país vecino, Honduras logró eliminar la prohibición a la reelección en 2005 sin mayores obstáculos, mientras que en el 2009, el intento de reformar la constitución política acabó en un golpe de Estado contra el presidente Zelaya. No obstante, en El Salvador, hasta la fecha, no se permite la reelección, pues perpetuar el continuismo, no estaba en las agendas políticas, hasta la llegada del presidente Bukele, la reelección presidencial, había

sido consideraba peligrosa para la estabilidad democrática, contraria al principio de alternancia, y tendiente a acrecentar los poderes del ejecutivo y mantenerlos en el tiempo.

## 2.1 El poder de los discursos

Para Stephen Holmes «la voluntad del pueblo siempre será interpretada por algún tipo de elite. Y en los referendos, la voluntad popular es momentánea. Si uno es un político astuto, formula el asunto de una manera particular, con frecuencia recurriendo a las emociones. Pero dado que la voluntad popular es moldeada por el momento del referendo, las emociones, los medios de comunicación, etc., la manera en que la gente se expresa sobre un asunto es más un efecto que una causa»<sup>5</sup>.

En virtud de las afirmaciones anteriores, es válido reconocer que los discursos políticos encaminados a obtener la aprobación de la mayoría de los ciudadanos y sus organizaciones, para legitimar y legalizar la reelección inmediata, inciden enormemente en la concepción y funcionamiento de la democracia. En El Salvador, así como ha sucedido en los demás países de la región, la influencia mediática es determinante, y no solo incide en el desarrollo de la democracia, sino que es capaz de modificarla completamente.

Por lo tanto, es razonable concebir la idea de que para asegurar un entorno político realmente competitivo, es necesario garantizar que los ciudadanos no estén sujetos a una sola perspectiva y logren tener acceso a los «marcos discursivos construidos por las distintas posiciones»<sup>6</sup> (Ariza Porras, 2016: 57). En este sentido, es un problema grave que la administración pública utilice recursos estatales para difundir información basada en la opinión de funcionarios o de ciudadanos afines al partido oficialista o al gobierno de turno, que naturalmente estará sesgada, y su contenido será en gran medida propaganda. La gravedad del asunto, aumenta cuando el discurso busca convencer a la población de que la reelección inmediata es la única alternativa válida para darle continuidad al líder, con el objetivo de animar a la población a la reelección de

---

<sup>5</sup> Para profundizar sobre el tema puede consultarse: <https://www.elespectador.com/politica/la-esencia-de-la-democracia-es-la-alternacion-en-el-poder-article-145727/>

<sup>6</sup> Ariza Porras, sostiene que el objeto de los discursos presidenciales encaminados a la legitimación de la reelección buscan el ascenso de un liderazgo personalista y que el mismo llegue a contar con un amplio apoyo popular. En el caso del presidente Nayib Bukele, el principal objetivo es mantener esa imagen, la de la figura de un presidente que se muestra como única opción válida y que ha logrado finalmente, después de 30 décadas de postguerra, romper con el bipartidismo.

los órganos representativos, cuyos titulares son designados por el partido político oficialista.

Y si bien es cierto que estos cambios constitucionales, con miras a la reelección inmediata, pueden provenir únicamente de la firme voluntad constituyente de los pueblos y, que estamos de acuerdo, que es un ejercicio democrático, legal y legítimo, también es verdad que en el caso en el que la población no tenga acceso a una pluralidad de posiciones, dicha voluntad es en gran medida manipulada. Posiblemente, en el caso de El Salvador, la población, si pueda obtener acceso a canales de información de distintos puntos de vista, el problema radica en la manipulación y el ataque hacia las voces disidentes del oficialismo, que las minimizan, persiguen y ridiculizan<sup>7</sup>; al enfocarse en la personalización de la disputa electoral, reforzando las estrategias de comunicación política y destinándolas únicamente al ataque del contrincante durante la contienda, la atención del electorado se desvía y ya no es esencial el plan de gobierno ni las propuestas que se tienen que ofertar.

Insistimos en que si bien es cierto estos cambios pueden provenir únicamente de la firme voluntad constituyente de sus pueblos soberanos, es también justo examinar, y tomando en cuenta, en las modernas democracias, los medios de comunicación son vistos como «arena para el debate público» (Baños y Carriedo, 2010: 131), si los discursos ofrecidos, no están renunciando al debate tradicional, que enriquece el proceso democrático, y se centren en la denigración del adversario.

Además, si la propaganda del mismo gobierno oficial, no se muestra como tal, y no se identifica, es muy probable que confundan o engañen a los ciudadanos que no cuentan con elementos para identificar claramente que se trata de mensajes proselitistas y no de información producto de la libre expresión de los medios, esta libertad es tan necesaria para la democracia como la transparencia en el debate de ideas y propuestas de gobierno.

Lo anterior, puede darse en un cualquier escenario, y no por el contenido, sino por su forma de presentación, ya que complica distinguir si el periodista o el actor es quien opina a favor de un candidato o si es en realidad el partido que contrató esa opinión. Actualmente, existen muchísimas redes sociales, y plataformas de difusión de información, en donde es fácil alcanzar cualquier tipo de público, especialmente cuando los temas son referidos a la coyuntura política de un país.

Este tipo de formatos publicitarios en muchos casos pueden implicar un engaño, porque presentan como información, e incluso como opinión de algún

---

<sup>7</sup> Para profundizar sobre el tema puede consultarse: MARTÍNEZ HERRERA, K. G. (2021)

periodista o personaje público, lo que en realidad es publicidad, sin alertar al ciudadano, lo que afecta la aspiración democrática de tomar decisiones colectivas a partir de información veraz, es decir, si la opinión no es del periodista o del actor o del deportista, entonces no es una opinión, sino una publicidad que puede ser engañosa.

Por otro lado, los mecanismos de comunicación del presidente Bukele, desde mucho antes de su elección, se centran en su imagen como líder único e irremplazable y en la sólida idea de que su reelección, es el único camino viable para resolver todos los problemas de la población salvadoreña. En ese sentido, se ha creado todo un aparato de comunicación oficial y no oficial, que pone la cuestión de la reelección sobre la mesa, como tema en las agendas de comunicación, y al mismo tiempo, dirige un constante sondeo de aprobación de la misma, entre la población.

### 3. ELITES DE LA POLÍTICA

En regiones como la latinoamericana, el desarrollo de los sistemas políticos está muy ligado al desarrollo paralelo de las élites que pertenecen a la participación política en manera directa, y en el caso de El Salvador a la creación y mantenimiento directo de los partidos políticos. El estudio de estas élites, da lugar a numerosos cuestionamientos sobre el funcionamiento de la democracia en contextos de crisis, en El Salvador, la violencia resulta una constante, que impide el correcto funcionamiento de las instituciones. Esa violencia que conlleva a enfrentar, en manera casi cíclica, una crisis política de representatividad de los partidos políticos, así como escándalos de corrupción e impunidad, problemas de extrema pobreza y a un continuo estado de alarma, no solo económico, político y social, sino que además ambiental; este último a su vez, posee conexiones con las consecuencias de desastres naturales, escasez de alimentos, y migración forzada por dichos motivos.

A través de los últimos años hemos sido testigos de como el estilo de liderazgo de los presidentes latinoamericanos, tienen mucho que ver con la legitimación de su permanencia o no en el poder por parte de la población. Legitimar la continuidad se basa muchísimas veces en la aceptación que los ciudadanos tienen de la figura del presidente, sin embargo, es preciso recordar que este tipo de liderazgo, que suele ser carismático, es inherentemente inestable (Ariza Porras, 2016: 79). Y consideramos que es inestable porque depende de otros factores, un liderazgo para ser duradero depende de un equipo que lo sostenga, que coadyuve a mantenerlo entre los políticos mejor evaluados, du-

rante mucho tiempo. Para esta finalidad, los presidentes necesitan todo un equipo cercano y de confianza que le brinde en manera constante todo tipo de apoyo, no solo económico, y de opinión.

En el contexto salvadoreño, la cuestión política es, sin duda, y por la misma historia, una cuestión de lucha de clases, que aborda factores más asociados a las transiciones que al desarrollo de la democracia que, se supone, está en funcionamiento, tras los Acuerdos de Paz, concebida además como el factor que permite la competición política y el acceso al poder. Asimismo, en El Salvador en los últimos años, hemos observado una creciente radicalización de la élite política, y una polarización, de toda opinión, que venga no solo de simpatizantes o miembros de partidos políticos, sino además de opiniones que salen de la Academia y del periodismo independiente.

Estas élites, además de estar relacionadas con la polarización ideológica y la estabilidad, crisis o cambio de los sistemas y funcionamiento de los partidos políticos, son de todo tipo, van desde las élites conservadoras, en el sentido de oponerse a medidas como el matrimonio igualitario, aborto y legalización de drogas, etc., hasta incluso voces progresistas y disidentes dentro de sus mismos partidos políticos. Es estudio de lo anterior, es materia de democracia, es fundamental, ya que permite anticipar el rumbo de un país, conociendo la élite y/o clase política de los candidatos que se postulan para ocupar cargos dentro de la administración pública. En el caso Bukele, ha sido más complejo anticipar la línea de gobierno, porque desde la contienda electoral, se fueron conociendo caras conocidas dentro su equipo, que en el pasado habían pertenecido o al FMLN o ARENA, siendo los partidos tradicionales y completamente opositores entre sí, que durante años representaron la clase política dominante del país.

#### 4. EROSIÓN DE LA DEMOCRACIA, EL VERDADERO PROBLEMA

En el constitucionalismo de hoy en día, predomina la idea de que la Constitución incorpora la norma jurídica de cumplimiento «ineludible para todas las ramas del Poder Público»<sup>8</sup> (Viciano Pastor y Moreno González, 2018). Y es en virtud de este axioma, que se ha dado vida en los Estados constitucionales de derecho, tribunales constitucionales capaces de garantizar que el poder público adecúe su actividad, siguiendo en manera íntegra el espíritu de las

---

<sup>8</sup> Para profundizar sobre el tema puede consultarse: VICIANO PASTOR, R. y MORENO GONZÁLEZ, G. (2018).

normas contenidas en la Carta Magna. Lo anterior nos obliga a cuestionar siempre el rol que ejerce el poder judicial en un Estado de derecho democrático, ya que la aplicación de la justicia, la separación de poderes, el respeto al debido proceso, así como la revisión de las decisiones judiciales que garantiza que se hacen cumplir las leyes en respeto estricto de la Constitución, es necesaria en un régimen donde se persiguen valores como la libertad y la igualdad, así como garantizar la efectividad del respeto y tutela de los derechos humanos, y en casos como en la actualidad salvadoreña, recordar que nadie está por encima de la ley.

No obstante, la historia nos ha demostrado, y en palabras de Fernández Barbadillo, «si los hombres que mandan quieren que las únicas constituciones que les gobiernen sean su capricho y su interés, ninguna ley, ningún precedente, ninguna sentencia, ningún pacto, atará su voluntad (Fernández Barbadillo, 2012: 447). Y en ese sentido, creemos que es fundamental centrar el problema en la independencia judicial, que implica la ausencia de injerencias indebidas, y que se basa precisamente en la inexistencia de cualquier tipo de vínculo indebido entre el juez y las partes del proceso, entre el juez y el Gobierno, partidos políticos, grupos económicos o de medios de comunicación (Gutiérrez Salazar, 2015:78).

En una entrevista que el constitucionalista estadounidense Stephen Holmes, concedió al periódico colombiano *El Espectador*, afirmaba que «el poder judicial es el garante de principios que han sobrevivido durante siglos de política democrática. Esos principios no fueron inventados por huérfanos o indigentes, sino por élites políticas que buscaban diseñar un sistema estable». Y es que en la misma entrevista, Holmes afirma que lo que la Constitución protege no es la mayoría en un momento determinado, sino la capacidad de la política de generar nuevas mayorías a lo largo del tiempo.

La Corte Suprema de Justicia de El Salvador, tiene una Sala de lo Constitucional, que conoce y resuelve las demandas de inconstitucionalidad, de amparo y *habeas corpus*, integrada por cinco magistrados designados por la Asamblea Legislativa. Su presidente es además presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial (art. 174 Constitución de El Salvador). Los demás magistrados de la Corte Suprema de Justicia también son elegidos por la Asamblea Legislativa, para un periodo de nueve años, pudiendo ser reelegidos. Su renovación es escalonada, por terceras partes, cada tres años.

Asimismo, pueden ser destituidos por la Asamblea Legislativa, por causas previamente establecidas por la ley. Y tanto para su elección como para su destitución se requiere el voto de las dos terceras partes de la Asamblea Legis-

lativa, y en este sentido es importante destacar y aclarar que, *de facto*, no hay una Corte Constitucional independiente en El Salvador.

La Asamblea Legislativa, conformada por 84 diputados, de los cuales 56, pertenecen a Nuevas Ideas, el partido oficialista cuyo líder es el mismo presidente Bukele, aprobó la destitución de los magistrados titulares y suplentes de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando tenía apenas dos meses de haber comenzado el mandato. A esa destitución siguió poco después la del fiscal general de la República. El argumento de los diputados coincide con las acusaciones que el presidente hizo contra la sala de lo constitucional por haber frenado decretos relacionados con la gestión de la emergencia sanitaria por la pandemia de Covid-19.

Tras la destitución de dichos magistrados, se nombró por la misma Asamblea Legislativa, a los sustitutos. La decisión además fue respaldada por Bukele, a través de Twitter, declarando que: «La destitución de los magistrados de la Sala de lo Constitucional por parte de la Asamblea es una facultad incontrovertible expresada claramente el artículo 186 de la Constitución de la República». Dicho artículo, efectivamente, establece que los magistrados podrán ser destituidos «por causas específicas, previamente establecidas por la ley». Pero sin lugar a dudas, en este caso en concreto, las motivaciones no fueron de carácter legal, sino más bien político.

De manera que resulta muy complicado hablar de régimen democrático, en El Salvador, cuando la democracia no se alcanza únicamente gracias a la elección popular, mediante sufragio universal, sino que es necesario, además, que una vez elegido un partido para gobernar, este permita que se actúe a través de instituciones constitucionales legítimas, que han sido creadas con el fin de consolidar y fortalecer dicha democracia, mediante procesos transparentes, legítimos y sobre todo, legales.

En ese sentido, se vuelve interesante observar como en América Latina el concepto de estado de derecho, que es propio de la práctica jurídica anglosajona, pasó a convertirse en un concepto operativo, funcional, de utilidad práctica y asociarse directamente con la función judicial y la garantía de los derechos; no se trata de una asociación que obedece únicamente a esa función de aplicar y hacer cumplir las normas, también se trata de establecer un verdadero mecanismo de control de pesos y contrapesos, que sea garante indiscutible de la democracia y de la separación de poderes en toda república.

Lamentablemente en América Latina, esa voluntad soberana del pueblo, que es a su vez un derecho, muchas veces se encuentra frustrada, precisamente, porque los modelos normativos no responden a sus expectativas básicas de existencia y desarrollo humano digno. El actuar de la administración pública



está lleno de decisiones que no persiguen el bienestar de la ciudadanía en general, sino más bien, intereses partidarios que erosionan la democracia, pues acaban, como ya hemos visto, con la separación de poderes, aunque esta sea solo de facto, y consecuentemente con Estado constitucional de derecho.

Asimismo, cuando no existe un pluralismo, ni un debate en la toma de decisiones, existe la pérdida de la calidad de la gestión administrativa, y en esta circunstancia, tampoco es posible hablar de democracia, pues ya no es suficiente la realización de elecciones libres, periódicas y competitivas, hay requisitos adicionales relacionados con los procedimientos, pero también se tienen que cumplir con los resultados y sus aspectos sustanciales; se vuelve además muy complejo alcanzar nuevamente la estabilidad de la democracia, que como ya hemos visto, está muy sujeta a las élites políticas de estos sistemas.

#### 4.1 La reelección presidencial de Bukele, el caso concreto

El presidente Bukele goza actualmente de un buen porcentaje de aprobación popular, además, su liderazgo partió en modo democrático desde el momento en que accedió al cargo, ganando en una contienda democrática, electoral limpia y genuina, de manera que su régimen es democrático por su origen, porque ha sido alcanzado, mediante una elección legal.

Para autores como Rojas, el problema surge cuando existe un régimen autoritario de base democrática, es decir, cuando ha llegado al poder, por medio de elecciones legítimas y legales, pero que posteriormente, una vez en el cargo, comienzan a desarrollar maniobras ilegítimas<sup>9</sup>, con el fin de acumular poder político, económico o militar que va más allá de aquel que la Constitución le permite. O bien, porque son estrategias con miras a mantenerse en el control del gobierno, por más tiempo que los plazos constitucionales establecen al momento en que fue elegido. (Rojas, 2015: 19).

El art. 88 de la Constitución de El Salvador, dispone: «La alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es indispensable para el mantenimiento de la forma de gobierno y sistema político establecidos. La violación de esta norma obliga a la insurrección».

La norma es clara, explícita, la Carta Magna habilita al pueblo salvadoreño a la insurrección «para el solo objeto de restablecer el orden constitucional

---

<sup>9</sup> Un ejemplo de este tipo de estrategias que buscan el mayor control posible, y que el mismo perdure, sucedió en Perú con el gobierno del presidente Fujimori. Para profundizar sobre el tema puede consultarse VERGARA, & WATANABE, A. (2016).

alterado por la transgresión de las normas relativas a la forma de gobierno o al sistema político establecidos, o por graves violaciones a los derechos consagrados en esta Constitución».

No obstante, el día 3 de septiembre de 2021, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, a través de los magistrados que sustituyeron la Sala destituida por la Bancada de los diputados de Nuevas Ideas, y electos también por ellos mismos, emitió la Sentencia 1-2021, con el que da luz verde al Ejecutivo para promover la reelección presidencial inmediata del actual presidente Nayib Bukele.

En el fallo, los magistrados ordenan al Tribunal Supremo Electoral permitir «que una persona que ejerza la Presidencia de El Salvador y no haya sido presidente en el período inmediato anterior, participe en la contienda electoral por una segunda ocasión»; además, a lo largo de dicha sentencia, la Sala insiste en que el fundamento normativo, que es también constitucional ha sido erróneamente interpretado, y que una reelección inmediata del presidente Bukele sería legal y constitucional.

La sentencia, además, expone el art. 154, que establece que «El período presidencial será de cinco años y comenzará y terminará el día primero de junio, sin que la persona que haya ejercido la Presidencia pueda continuar en sus unciones ni un día más». Y este orden de ideas, la Sala insiste en que la forma de gobierno, el tipo de Estado, los valores y principios reconocidos, y los derechos fundamentales que la Constitución contiene, definen la forma en la que el Estado actuará a partir del momento en que la Constitución entra en vigencia, de tal suerte que cualquier actuación fuera de la voluntad soberana, se entiende contrario a la Constitución, y hasta estas líneas, pareciera que la resolución está totalmente apegada a la norma, pero al mismo decreta: «Nos encontramos en un escenario que se rige bajo una premisa básica: «el poder reside en el pueblo», y algo cierto es que «el pueblo» cambia, que lo único certero es el cambio. Así, atar la voluntad popular a un texto que respondía a necesidades, contexto o circunstancias de hace 20, 30 o 40 años, resulta ya no garantista, sino una excesiva restricción disfrazada de «certeza jurídica» y el actuar de representantes que se resisten al cambio del soberano, que se resisten a escuchar la voluntad del pueblo es sin duda la mayor de las violaciones al respeto de la soberanía».

En virtud de lo anterior, tenemos que en El Salvador, la Sala de Constitucional no solo avala la reelección, sino que además insta interpretaciones que no son propias de la tutela que la misma Constitución brinda a la democracia y sobre todo a la gobernabilidad y la alternancia y pluralidad de la política, que son ejes esenciales que enmarca a toda república.

## 5. CONCLUSIONES

La firma de los Acuerdos de Paz en El Salvador, pretendía un fin definitivo a la Guerra, y una paz duradera en el país, dejar atrás la vorágine de la violencia, el deterioro económico, y la imposibilidad del desarrollo humano; pero con profunda tristeza es posible ver que la situación en los últimos años no ha mejorado. Aquellos Acuerdos en realidad nunca fueron un punto culmine, fueron en realidad un punto de partida en el que únicamente se idearon cambios, se planificaron estrategias y se construyeron instituciones; sin embargo, no hubo un compromiso por parte de la clase política, por insistir sobre la educación política y modificar radicalmente la cultura política de todos los salvadoreños, dejando las decisiones a ciertas élites, y erosionando la participación ciudadana activa democráticamente. En consecuencia, las exigencias de sometimiento de los poderes a las normas, siguen estando ausentes, y esto es causa de graves violaciones a los Derechos Humanos.

No podemos predecir si la reelección presidencial inmediata en El Salvador, pondrá al país ante el peligro de una verdadera dictadura que se instaure y permanezca durante muchos años, o bien, si los mecanismos para instituir esta reelección, puedan significar la pérdida de la democracia en definitiva, a pesar de que actualmente el panorama nos indica que las instituciones democráticas se han ido debilitando y polarizado; y los avances que se habían alcanzado posteriormente a la firma de los Acuerdos de Paz, parecen sufrir grandes retrocesos. Pero sí podemos afirmar, que mientras no exista una pluralidad en la toma de decisiones, y mientras no se goce de libertad de expresión, de transparencia, rendición de cuentas y de independencia judicial, cualquier modificación constitucional podrá ser puesta en tela de juicio.

Creemos que la solución es que exista más debate, más participación ciudadana activa y que se abran más puertas a nuevos movimientos y partidos políticos distintos, y para nada cercanos a los partidos tradicionales del pasado, que han demostrado que en sus filas internas no es posible la renovación, y ajustar las dinámicas de sus planes de gobierno a nuevas exigencias. Los grupos de poder político tienen que regenerarse, renovarse y apuntar hacia la calidad de la representatividad, ya que finalmente el deterioro de la institucionalización del sistema de partidos es el que permite que surjan líderes populares, cuya aceptación se basa en el liderazgo de índole personal, y en la aceptación de los mismos, como mecanismos o tendencias estratégicas para llegar al poder y permanecer en él, incluso inconstitucionalmente.

Otro fenómeno que se da en países como El Salvador, es el transfuguismo, que consiste en cambiar de partido, lo cual genera falta de lealtad hacia el

partido, erosionando gravemente la conformación de las ideologías dentro del mismo, y engañando al electorado que estima y pondera las propuestas electorales a la luz de la ideología respaldada por el partido que las ha creado, y no solo con la creación de una simpatía o familiaridad con el candidato.

Finalmente, creemos que ese excesivo apoyo y aprobación de un candidato, –que durante la contienda electoral, centra su discurso en la subordinación total al interés general, como el objetivo primordial; pero que una vez en el poder demuestra un radical cambio de tendencia–, no permite que sus acciones sean evaluadas en manera objetiva, y lo que es más preocupante, que se pierda la libertad de expresión, y se silencien las voces disidentes que solo intentan dirimir democráticamente la coyuntura política actual.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIZA PORRAS, A. P. (2016). «Legitimando la reelección presidencial en la televisión nacional de Colombia y Venezuela; los relatos de la defensa y la liberación de Uribe y Chávez». *Revista de Ciencias Sociales* (Iquique, Chile). (36), pp. 55-88.
- BAÑOS MARTÍNEZ, M. A., y CARRIEDO, L. M. (2010). «Distorsiones de la propaganda política». *Revista Justicia Electoral*, Vol. 1, n. 5, pp. 129 –147.
- BOHIGUES GARCÍA, A. (2019). *Élites, radicalismo y democracia. Un estudio comparado sobre América Latina*. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca. Repositorio Documental Gredos, Universidad de Salamanca.
- CEPEDA JIMÉNEZ, J. A. (2020). *Inclusión Política en el Marco de Procesos de Paz y su Significado para el Desarrollo de los Sistemas de Partidos y la Democratización: Los Casos del FMLN (El Salvador), M-19 (Colombia) y MLN-T (Uruguay) en Perspectiva Comparada*. Tesis Doctoral, Universidad de Murcia. Digitum, Biblioteca Universitaria.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.
- FERNÁNDEZ BARBADILLO, P. (2012). *Origen, desarrollo y aplicación del principio de no reelección presidencial en Iberoamérica*. Tesis Doctoral, Universidad San Pablo, CEU Universidad San Pablo.
- GUTIERREZ SALAZAR, M. L. (2015). *La lucha por democracias más justas. Calidad de la democracia y Estado de derecho en El Salvador y Guatemala*. Opera. Bogotá, 17(17), 67–81. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/16578651.n17.04>
- LEVITSKY, S. Y ZIBLATT, D. (2018). *Cómo mueren las democracias*. Barcelona: Ariel.
- MARTÍNEZ HERRERA, K. G. (2021). *Estropear la democracia mediante el acoso y la violencia a mujeres que participan en la política en El Salvador*. *Visioni LatinoAmericane* 25 (2021), EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2021, pp. 107-124.
- ROJAS, R. M. (2015). *Resistencia no violenta a regímenes de base democrática*. Madrid: Unión Editorial.

- SALAZAR ARAYA, S. (2007). «Democracia y democratización en El Salvador. Imaginario liberal y discursos sobre democracia: de los Acuerdos de Paz de 1992 a las políticas de seguridad ciudadana del gobierno de Francisco Flores (1999-2004)». *Anuario de estudios centroamericanos*, 33/34 (33-34), 49–86.
- VELEZ GALLEG0, G. (2017). «La reelección: No es opción para la democracia. Caso Colombia». *Justicia*, 22(32), pp. 243-258. <https://doi.org/10.17081/just.22.32.2916>
- VERGARA, & WATANABE, A. (2016). «Peru Since Fujimori». *Journal of Democracy*, 27(3), pp. 148–157. <https://doi.org/10.1353/jod.2016.0054>
- VICIANO PASTOR, R. Y MORENO GONZÁLEZ, G. (2018). «Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes Constitucionales». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 165-198.

## **Estado de Derecho y sus mecanismos de defensa**

**SULL'INTERCAMBIABILITÀ DEI TERMINI *RULE OF LAW* E  
STATO DI DIRITTO NELL'EPOCA DELLA GLOBALIZZAZIONE.  
UNA MODESTA PROPOSTA ALLA LUCE DEL TORTUOSO  
PERCORSO SEMANTICO DI DUE NOZIONI POLITICO-  
GIURIDICHE DALLO STATO LIBERALE ALLO STATO  
COSTITUZIONALE-DEMOCRATICO.**

EMANUELE GABRIELE<sup>1</sup>

*Università degli Studi di Roma «La Sapienza»*

SOMMARIO: 1. *Considerazioni preliminari, delimitazione e obiettivi del contributo.*–2. *Il «paradigma» liberale, la nascita dei termini Rule of law e Stato di diritto (Rechtsstaat) e le loro semantiche originali.*–3. *La divergenza delle giustificazioni teoriche dei due concetti nella seconda metà del XIX Secolo.*–4. *Sviluppi novecenteschi. Il declino e il recupero dei termini Rule of law e Stato di diritto nella realtà costituzionale-democratica.*–5. *La chiusura del cerchio. L'internazionalizzazione dei concetti e il loro ricongiungimento semantico.*

**1. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI, DELIMITAZIONE E  
OBIETTIVI DEL CONTRIBUTO**

Nella scienza politica e in quella giuridica pochi termini hanno avuto una diffusione e una promiscuità di utilizzo anche solo vagamente paragonabili a

---

<sup>1</sup> Dottorando in Diritto pubblico, comparato e internazionale – *Curriculum* di Diritto costituzionale italiano e comparato e istituzioni politiche, presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Roma «La Sapienza».

Considerazioni simili, *ex multis*, nel saggio di D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto* in COSTA, ZOLO (2002), 17-88, 17.

quella delle espressioni «*Rule of law*» e «Stato di diritto» («*Rechtsstaat*»). Tale condizione non è certo di recente emersione, stante che già agli inizi del XX Secolo Carl Schmitt poteva scrivere come «[i]l termine «Stato di diritto» [...] può significare cose tanto diverse quanto il termine stesso di «diritto» ed anche cose tanto diverse quanto le molteplici organizzazioni implicite nel termine «Stato»» (Schmitt, 1932, tr. it. 1972, 223) <sup>2</sup>. Sovente utilizzati in maniera intercambiabile, e troppo spesso adoperati per giustificare le più disparate ideologie politiche, sembra che oggi i due concetti siano così inflazionati da risultare contenutisticamente vuoti o, peggio, che essi siano non più che semplici slogan propagandistici <sup>3</sup>. Questo stato delle cose deriva, a nostro giudizio, anzitutto da un uso semplicistico e acritico dei due concetti, troppo spesso adoperati senza avere cognizione della loro giustificazione teorica e della loro evoluzione storica. Nonostante che dopo la fine del Secondo conflitto mondiale le locuzioni «*Rule of law*» e «Stato di diritto» abbiano assunto un'elevata caratura simbolica anzitutto nel diritto internazionale e sovranazionale <sup>4</sup>, venendo ad essi attribuita una vocazione giuridica di portata universale, cionondimeno non bisogna dimenticare la diversa matrice delle due nozioni, e soprattutto la loro originaria dimensione nazionale e statale <sup>5</sup>. Solo operando una tale presa di coscienza è possibile ricavare il senso originario di tali fenomeni giuridici, che assumono sempre più, oggi, i connotati di ideali democratici, e il cui recupero è sì doveroso, ma possibile solo presupponendone alla base un'analisi rigorosa della loro fase genetica, ossia un esame dei punti comuni, ma anche delle differenze che ne hanno plasmato i caratteri, a partire dalla loro genesi all'interno della forma di Stato liberale.

Lungi dal voler pervenire ad una definizione univoca del contenuto delle nozioni di *Rule of law* e *Rechtsstaat* – le discussioni dottrinarie, soprattutto degli ultimi decenni, hanno dimostrato, incontrovertibilmente, l'impossibilità

<sup>2</sup> Il passo è tratto da *Lagalität und legitimität*, Duncker & Humblot, Leipzig-München, 1932, tradotto e raccolto da G. MIGLIO E P. SCHIERA in SCHMITT (1972), 211-292.

<sup>3</sup> Tali considerazioni venivano formulate, nel medesimo testo di Schmitt appena citato, nei seguenti termini: «[è] comprensibile che propagandisti e avvocati di ogni genere si appropriino volentieri del termine per diffamare i propri avversari come nemici dello Stato di diritto» (SCHMITT, 1932, tr. it. 1972, 223). Le medesime riflessioni si possono ritrovare in SHKLAR (1987), 1, per cui «[i]t would not be very difficult to show that the phrase «the Rule of law» has become meaningless thanks to ideological abuse and general over-use». Più di recente, si v. MARGIOTTA (2001), 19: «[f]orte della sua fungibilità (ideologica), il concetto è stato usato in modo figurato da chi, rivendicandolo, ha creduto di legittimare un determinato potere, affermando magari la propria fedeltà al «vero» significato del concetto. Emblematiche in questo senso le appropriazioni del concetto da parte del pensiero giuridico nazionalsocialista e fascista».

<sup>4</sup> Approfondimenti sul tema, per limitarci ad alcuni studi di recente pubblicazione, in: KRIEGER, NOLTE, ZIMMERMANN (2019); WOHLWEND (2021); ELOSEGUI, MIRON, MOTOC (2022).

<sup>5</sup> Sull'importanza di considerare le tradizioni giuridiche e gli sviluppi istituzionali nazionali nella trattazione del tema, *ex multis*: GROTE (2002), 129 e COSTA, ZOLO (2002), 5.



di stabilire un contenuto delle due categorie che soddisfi tutti gli interlocutori – e men che meno giungere ad una chiara ricostruzione del loro sviluppo dia-cronico nel pensiero giuspubblicistico e politologico occidentale – che richiederebbe un lavoro estremamente approfondito, per altro già svolto da autore-vole dottrina<sup>6</sup> –, lo scopo che questo contributo si prefigge è quello di operare una modesta proposta, attraverso la breve ricostruzione della semantica dei due concetti, per un uso (più) consapevole di essi nel discorso giuridico, alla luce della globalizzazione e dell'indebolimento della «forma Stato». In altre parole, ciò che ci si chiede è: partendo dalla consapevolezza che la *Rule of law* di matrice anglo-americana e lo Stato di diritto di origine europeo continentale (*Rechtsstaat*, *État de droit*, *Estado de derecho* comunque lo si chiami) abbiano motivazioni storiche e contenuti distinti, ma che entrambi i concetti scaturiscano dalla *Western Legal Tradition* e, almeno nella loro compiutezza, all'interno della forma di Stato liberale – possedendo dunque anche importanti caratteri comuni –, quale giustificazione possono ancora avere nel mondo globalizzato, caratterizzato da pluralità giuridica e dal passaggio (più o meno generalizzato) allo Stato costituzional-democratico? Ha senso utilizzare categorie tipicamente ottocentesche – che possono anzi considerarsi tra i maggiori esiti della riflessione giuridica di quel Secolo<sup>7</sup> – quale criterio indicativo della democraticità di un ordinamento? E, in caso affermativo, possono i due concetti di *Rule of law* e Stato di diritto essere utilizzati in modo intercambiabile, come pure spesso si è fatto e si continua a fare?

La risposta a questi quesiti non può essere perentoria, né chi scrive ha l'ardire di tentare una simile operazione, che anzi si ritiene una delle problematiche maggiormente complesse nella riflessione giuridica contemporanea. L'ineludibilità di tali questioni per lo studioso di materie giuridiche, e forse l'entusiasmo di chi si affaccia alla ricerca e trova un dibattito così nutrito e ricco di opinioni contrastanti, ha fatto sì che si scegliesse di trattare questo tema con la volontà di apportare una, pur minima, suggestione al dibattito. La tesi che qui si vuole sostenere è, dunque, che i lemmi – e solo questi, dato che i concetti di per loro sono frutto di una ben più lunga gestazione – «*Rule of law*» e «Stato di diritto», nati rispettivamente in Inghilterra e nei territori tedeschi nell'Ottocento, abbiano attraversato, nel corso degli ultimi due secoli, quattro fasi ben distinte, le quali hanno condotto dapprima a una divergenza

<sup>6</sup> Tra cui si segnalano, nella sterminata bibliografia in tema, oltre al già richiamato COSTA, ZOLO (2002), solo alcuni studi, che si distinguono per chiarezza e grado di approfondimento: TAMANAHA (2004); SILKENAT, HICKEY, BARENBOIM (a cura di) (2014); MEIERHENRICH, LOUGHLIN (a cura di) (2021).

<sup>7</sup> Nicola Matteucci definisce lo Stato di diritto la «[s]ola innovazione costituzionale dell'Ottocento» in MATTEUCCI (1976), 306.

della loro semantica, e in seguito a una sostanziale confluenza, per cui oggi l'uso intercambiabile dei due termini non sembra doversi ritenere del tutto ingiustificato.

## 2. IL «PARADIGMA» LIBERALE, LA NASCITA DEI TERMINI *RULE OF LAW* E *RECHTSSTAAT* (STATO DI DIRITTO) E LE LORO SEMANTICHE ORIGINALI.

È pacificamente accettato come entrambi i concetti di *Rule of law* e Stato di diritto poggino sui due princìpi, strettamente interconnessi, di limitazione al potere arbitrario e di isonomia, come pure non è opinabile che tali assunti trovino la propria origine già nel pensiero classico greco e romano, che contrapponeva il «governo della legge» a quello degli uomini, preferendo nettamente il primo al secondo<sup>8</sup>. E però è altrettanto evidente che *Rechtsstaat* e *Rule of law* rappresentino pure due nozioni tipicamente moderne, legate allo sviluppo di categorie giuridiche e teorie filosofiche connesse a processi politico-istituzionali peculiari, e che quindi il loro studio possiede una propria, giustificata, autonomia. È muovendo da questa premessa che si ritiene di poter trattare i due concetti a cominciare dall'ultimo periodo dell'età moderna.

L'analisi diacronica delle due nozioni parte, dunque, da una prima fase che corrisponde a periodi cronologicamente distinti, ma culturalmente assimilabili, e che considera soprattutto gli sviluppi storico-teorici che hanno preceduto la formazione dei lemmi *Rule of law* e *Rechtsstaat*, per indagare le loro formulazioni archetipiche. Parliamo di periodi culturalmente analoghi poiché l'emergere di queste categorie semantiche nell'Europa del XVII-XIX Secolo rappresenta tra i principali caratteri del «cambiamento di paradigma»<sup>9</sup> che dallo Stato assolutistico seicentesco in Inghilterra, e da quello di polizia tardo settecentesco in Germania, condurrà alla forma di Stato liberale, che quindi rappresenta un fondamentale tratto comune alle due nozioni<sup>10</sup>. Per comprende-

<sup>8</sup> Sul tema della supremazia della legge nell'antichità classica si segnalano, *ex multis*: HITZ (2009); HARRIS (2013); FORSDYKE (2018); e il saggio di A. Lanni, *Classical Athens' Radical Democratic «Rule of law»*, in MEIERHENRICH, J., LOUGHLIN, M. (a cura di) (2021).

<sup>9</sup> Il riferimento è alla nota categoria epistemologica teorizzata da KUHN (1962).

<sup>10</sup> Sulla natura delle due categorie *Rule of law* e *Rechtsstaat* come estrinsecazioni dello Stato liberale basti qui citare: RADIN (1989), 790, secondo cui «[t]he Rule of law is grounded not on the bare claim of efficacy of behavioral control, but on the specific political vision of traditional liberalism»; JAMES (2015), 3318, per cui «[t]he rule of law [...] has been an important part of liberal approaches to law and government»; o ancora BIN (2011), 1150, il quale sostiene che «[l]a teoria 'storica' dello Stato di diritto ha un'impronta liberale, non democratica».

re il senso che i due concetti possiedono nella contemporaneità, occorre dunque partire dall'analisi dell'elaborazione originaria del loro contenuto, di modo da afferrarne analogie e differenze, e giungere a stabilire o meno la possibilità di operare un'assimilazione nel tempo presente; possibilità tutt'altro che scontata, stante le diverse opinioni della dottrina in merito<sup>11</sup>, ma che noi riteniamo, per questa fase «primordiale» delle due teorie, possibile e giustificabile.

La tesi di fondo sostenuta è quella per cui i termini *Rule of law* e *Rechtsstaat*, pur con le specificità e le differenze del caso (che saranno brevemente analizzate nel prosieguo) possono considerarsi il frutto di una medesima spinta propulsiva e di una stessa evoluzione emancipatrice, soprattutto nella visione che possiedono del ruolo dei giudici, per cui si può ritenere che, volendo attenersi esclusivamente alle loro giustificazioni teoriche originali, le semantiche possano essere assimilate tra loro. In altre parole, vogliamo dimostrare che prima delle teorizzazioni formali del *Rechtsstaat* in Germania (von Mohl) e della *Rule of law* in Inghilterra (Dicey), e dunque prima del loro fondamentale e incontrovertibile divergere, i presupposti teoretici dei due concetti sono più simili di quanto potrebbe ritenersi.

Come noto, nel caso inglese è la *Magna Charta* ad essere spesso considerata, data la sua configurazione come un impegno della Corona all'osservazione di un codice di condotta nei confronti degli individui ad essa soggetti, un'importante antesignana della nozione di *Rule of law* (Van Caenegem, 1995, 17-18)<sup>12</sup>. Comunque, il concetto trova la sua vera, primitiva giustificazione nella separazione delle Corti regie (la *Court of Common Pleas*, il *King's Bench* e l'*Exchequer*) dal Consiglio del Re, e quindi dalla persona del Sovrano (Mattei, Ariano, 2018, 14). Il coevo mantenimento del potere di emettere *prerogative writs*, con la legittimazione delle Corti supreme basata non più sulla giustizia regia ma sul patrimonio sapienziale di *Common Law*, è un aspetto fondamentale per comprendere il mantenimento dell'ideale di *Rule of law* anche in epoca mo-

<sup>11</sup> Sul tema, si sono schierati per una sostanziale assimilazione dei due concetti: MACCORMICK (1984), 67, il quale afferma che: «[e]s fragt sich also, ob wir wirklich zweierlei Grundprinzipien benötigen – die einen für den Rechtsstaat und die anderen für die rule of law. Oder genügen die gleichen Grundprinzipien für beide Begriffe? Meine Meinung ist, daß beide Begriffe durch die gleichen Grundprinzipien konstituiert sind» («La questione, quindi, è quella sulla necessità di avere due tipi di principi di base – uno per il Rechtsstaat e uno per la Rule of law. O i medesimi principi di base bastano per entrambi i concetti? Io ritengo che entrambi i concetti siano costituiti tramite gli stessi principi di base», tr. mia); e COSTA, ZOLO (2002), 18, per cui «[l']equiparazione concettuale fra 'Stato di diritto' e rule of law è un punto di vista teorico che verrà raccomandato in questo saggio». *Contra*, tra gli altri: BIN (2011), 1152, per cui «le due nozioni sono tanto diverse quanto lo sono le rispettive storie costituzionali», e SILKENAT, HICKEY, BARENBOIM (a cura di) (2014), che non a caso, nel titolo del loro lavoro *The Legal Doctrines of the Rule of law and the Legal State* (Rechtsstaat), traducono il termine Rechtsstaat con «Legal State».

<sup>12</sup> Sui rapporti che intercorrono tra *Magna Carta* e *Rule of law* si v. FERNÁNDEZ-VILLAVARDE (2016), oltre, in italiano, l'interessante lavoro di TORRE (a cura di) (2017).

derna (*ibid.*, 15). Questa circoscrizione dell'attività potestativa del monarca si porta a compimento proprio nel passaggio dallo Stato assolutistico, o dai tentativi operati dagli Stuart di introdurne uno, a quello liberale, che in Inghilterra avverrà molto prima che sul Continente, nel corso del XVII Secolo, ad opera: *a*) di una fondamentale attività giurisprudenziale – per cui, *in primis*, è da ricordare quella di Edward Coke, agli inizi del secolo–; *b*) dell'individuazione dell'esistenza di indisponibilità del diritto da parte del Monarca, la cui pietra d'angolo è rappresentata dall'emanazione del *Bill of Rights* a seguito della Gloriosa Rivoluzione del 1688-89; *c*) del riconoscimento dell'indipendenza dei giudici a partire dall'emanazione dell'*Act of Settlement* del 1701, il quale non solo assicura il diritto dei giudici di essere nominati *quamdiu se bene gesserint*, ma anche di vedersi garantito un trattamento economico.

Come può notarsi, sebbene il principio di sovranità parlamentare (*rectius*, del *trust*, o *corporation* del *King-in-Parliament*) preveda che l'atto legislativo possa intervenire nel settore dei diritti, esso non è avulso dal contesto storico-sociale, ossia non è espressione della volontà statuale, bensì si innesta sul tronco della *Common Law* di formazione giurisprudenziale, e con essa dialoga (Baker, 2019, 162). La *Rule of law*, in altre parole, non viene identificata con la sola legge, come avverrà negli ordinamenti continentali a partire dalla metà del XIX Secolo, bensì è il risultato del formante legislativo e di quello giurisprudenziale (Padoa Schioppa, 2016, 502).

Ora, se è vero che nel suo dispiegarsi storico il ruolo delle corti rappresenta una delle principali distinzioni (ma non la sola) tra la concezione inglese di *Rule of law* e quella continentale di Stato di diritto, cionondimeno riteniamo che, almeno nelle primitive teorizzazioni di quest'ultimo, prima ancora dell'utilizzo stesso del termine *Rechtsstaat*, ma comunque all'interno della sua fase di gestazione dottrinarica, il potere giudiziario abbia assunto un ruolo per molti aspetti assimilabile a quello d'Oltremania. Tale ipotesi, che trova in Martin Loughlin un suo esponente, si basa sulla lettura dell'opera kantiana, che si connota in tal modo come punto di contatto con la tradizione inglese (Loughlin, 2018, 659-60).

Come noto, sebbene Robert von Mohl venga tradizionalmente accreditato come il teorico che ha coniato il lemma *Rechtsstaat*, è nel concetto di *status iuridicus* di Kant – nato, sulla scia degli sconvolgimenti rivoluzionari in Francia, dalla considerazione della sfera statale come ambito umano in cui le passioni possono essere messe a tacere dalla razionalità della legge (Loughlin, 2010, 121)

– che bisogna leggere la prima articolazione dell'idea<sup>13</sup>. Ancorché Kant non abbia mai usato il termine *Rechtsstaat*, già nel 1798, J. W. Placidus, riferendosi ai suoi seguaci parlava della «*Schule der Rechts-Staats-Lehre*» (Stolte, 1990, 368), creando così un legame tra il filosofo di Königsberg e la nozione di Stato di diritto, che sarà da questo momento dato per scontato<sup>14</sup>. La concezione di questo kantiano «proto-*Rechtsstaat*», rinvenibile anzitutto nella *Metaphysik der Sitten*, è, dunque, la risultante di un prodotto vettoriale che, partendo dalle influenze della *Rule of law* britannica e della dottrina di separazione dei poteri francese (Margiotta, 2001, 18-19), e passando attraverso l'analisi critica del paternalistico *Polizeistaat* di impronta anzitutto prussiana<sup>15</sup>, giunge alla sintesi di un «liberalismo giuridico» (De Ruggiero, 1962, 243), di una «teoria squisitamente liberale» (Matteucci, 1976, 287) in cui, la preminenza logica del diritto rispetto alla politica (la sua giuridicità) e il principio di isonomia (il suo carattere formale), si affermano all'interno di uno Stato che possiede un fine (il suo aspetto liberale), ossia quello del conseguimento del rispetto della libertà esterna dell'individuo (Bobbio, 1969, 79 ss).

È da domandarsi, a questo punto, dove si collochi, in questa teoria, il potere giudiziario. Nella sua *Metaphysik der Sitten*, Kant, dopo aver affermato nuovamente che «[l]o Stato (civitas) è l'unificazione di una moltitudine di uomini sotto leggi di diritto» (Kant, 1797, tr. it. 2006, 233), prosegue in questo modo:

«Ogni Stato detiene in sé tre poteri [...]: il potere del sovrano [...] nella persona del legislatore; il potere esecutivo in quella del governatore [...] e il potere giudiziario [...] in quella del giudice [...]. Proprio come nelle tre proposizioni di un'inferenza della ragione pratica, avviene qui che la premessa maggiore contiene la legge della volontà generale unita, la minore il comando a comportarsi secondo la legge, ossia il principio di sussunzione alla legge, mentre la conclusione contiene il verdetto (sentenza) che stabilisca che cosa è di diritto nel caso in questione» (Kant, 1797, tr. it. 2006, 233).

Affermando che il potere legislativo e quello esecutivo sono fonti della legge, e quello giudiziario la sintesi di questi (potendo stabilire cosa sia il diritto attraverso l'interpretazione e l'applicazione al caso concreto) sembra dunque che «Kant [...] present[s] in its abstract and ideal form the essential logic of Dicey's claim that the rule of law is the rule of judicature»

<sup>13</sup> Sul punto si v. il saggio di J. Meierhenrich, *Rechtsstaat versus the Rule of law*, in MEIERHENRICH, LOUGHLIN (2021), 39-67, in part. 55, e RIDOLFI (2002), 2.

<sup>14</sup> Sul punto, si v. il saggio introduttivo di P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, a COSTA, ZOLO (a cura di), (2002), 104 ss.

<sup>15</sup> Sui caratteri paternalistici e le finalità dello Stato di polizia si rimanda alla voce redatta da SCHIERA (2004).

(Loughlin, 2018, 660), ed è qui che si ritrova la vera coincidenza tra la *Rule of law* e la teorizzazione archetipa dello Stato di diritto; convergenza che «può essere considerata genuinamente «liberale», dalla quale si allontaneranno progressivamente i teorici del *Rechtsstaat* orientati verso una maggiore formalizzazione del concetto» (Margiotta, 2001, 26), e che rende Kant, insieme ai suoi epigoni, tra «i sistematori per la Germania di un'esperienza europea, mediata attraverso la Rivoluzione francese, più che gli interpreti di una tradizione politica tedesca» (Matteucci, 1976, 24).

### 3. LA DIVERGENZA DELLE GIUSTIFICAZIONI TEORICHE DEI DUE CONCETTI NELLA SECONDA METÀ DEL XIX SECOLO

Se, dunque, alle origini storico-filosofiche dei concetti di *Rule of law* e Stato di diritto possono ascriversi alcune affinità ideali che avrebbero potuto rendere sostanzialmente assimilabili le due nozioni – pur nella loro diversa genesi evolutiva –, a partire dalla metà del XIX Secolo le semantiche cominciano a divergere sensibilmente, per cui nel momento in cui i lemmi acquistano definitivamente la forma di «*Rule of law*» e «*Rechtsstaat*», ed entrano a far parte del lessico della teoria giuridica e di quella del costituzionalismo europeo, si possono considerare due idee sostanzialmente distinte, ognuna esponente di una propria tradizione nazionale, della quale occorre tener conto ogniquale volta si tratti l'argomento.

È chiaro come, riferendosi al *Rechtsstaat*, l'indagine debba concentrarsi primariamente sulle teorizzazioni dei giuristi di cultura germanica, non solo perché è in tale ambito territoriale che, prima ancora della sua unificazione nazionale, nasce il termine – «concetto specificamente tedesco» (Gozzi, 2003, 35) –, ma soprattutto perché è proprio in tale giuspubblicistica che la nozione svilupperà i suoi caratteri peculiari, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento <sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Sembrano opportune, ora che si è giunti a parlare di *Rechtsstaat* nel senso proprio del termine, delle (pur essenziali) indicazioni bibliografiche. Della, comprensibilmente straordinaria, produzione sulla materia, ci si limita pertanto a segnalare, oltre ai classici testi di VON MOHL (1829); ID. (1832-34); GNEIST (1879) e JELLINEK (1900), che verranno succintamente presi in considerazione nel prosieguo del discorso, i seguenti studi: tra le voci enciclopediche, il primo riferimento rimane STOLLEIS (1990); tra i contributi monografici: BADURA (1967) e SOBOTA (1997); tra i saggi: BÖCKENFÖRDE (1960), e quello di G. GOZZI, dal titolo *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in COSTA, ZOLO (a cura di) (2002), 260-283; per un confronto con la nozione di *Rule of law* il già citato lavoro di SILKENAT, HICKEY, BARENBOIM (2014), e il saggio di J. MEIERHENRICH, *Rechtsstaat versus the Rule of law*, in MEIERHENRICH, LOUGHLIN (a cura di) (2021), 39-67.

In realtà, prima dei moti del 1848, i teorici del *Rechtsstaat* rimarranno ancora sensibili alla visione liberale delle sue proto-teorizzazioni, per cui, più che ripudiare le finalità del *Polizeistaat* – il perseguimento del benessere eudemonistico dei sudditi (*Wohlfahrt*) (Schiera, 2004, 949) –, ne aborriscono le modalità di azione, ossia il carattere dispotico dell'esercizio del potere (Bin, 2016, 39). In questo senso la legge, che è, seguendo la visione di Locke e Montesquieu, «tramite indispensabile della libertà» (Costa, Zolo, 2002, 94), diviene strumento custode contro l'arbitrio.

Ed è nel rapporto tra libertà e legge che nasce la garanzia dei diritti dei cittadini: la certezza della legge è certezza di tutela della libertà. È in questo senso che va letta la dottrina dello Stato di diritto formulata da Robert von Mohl, di cui è considerato, sin dalla metà dell'Ottocento, il primo teorizzatore in Germania (Gozzi in Costa, Zolo, 2002, 260).

Nella sua concezione, il *Rechtsstaat* comprende tre presupposti principali: *a*) anzitutto, che l'ordine governativo sia il risultato di obiettivi terreni (e non divini) di individui liberi, uguali e razionali; *b*) in secondo luogo, che lo scopo dell'ordinamento debba essere indirizzato alla promozione della libertà, della sicurezza e della proprietà; *c*) in terzo luogo, che lo Stato debba essere organizzato razionalmente, ossia basandosi su principi quali l'indipendenza del potere giudiziario, il governo per mezzo della legge e il riconoscimento delle libertà individuali<sup>17</sup>.

Sarà solo a seguito del *Vormärz*, e soprattutto dei falliti moti della primavera del 1848, che si può cominciare a parlare di una seconda fase del percorso semantico dello Stato di diritto. A partire da questo momento, il *Rechtsstaat* si connoterà di caratteri meramente formali, assumendo lo stile di un concetto compromissorio tra gli ambienti borghesi liberali, gelosi e soddisfatti dei conseguimenti in campo economico e politico, e quelli conservatori<sup>18</sup>. La norma giuridica, che rimane ancora il fulcro della semantica della nozione, e che è la garanzia contro il potere arbitrario, è rappresentata da atti legislativi sì, ma prodotti da un organo parlamentare eletto secondo il sistema fortemente censitario tipico dello Stato monoclasse. E dunque la libertà è intesa secondo l'ideologia liberale, ossia come riduzione dei compiti dello Stato a quelli di garanzia di sicurezza e custodia dei diritti dei singoli cittadini<sup>19</sup>. È in questo

<sup>17</sup> Interessanti analisi sul concetto nel pensiero di Von Mohl in STOLLEIS (1992, tr. it. 2014), *passim* e in part. 362-363, e LOUGHLIN (2010), 318.

<sup>18</sup> Tali considerazioni sia in D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in COSTA, ZOLO (a cura di) (2002), 22, che in J. Meierhenrich, *Rechtsstaat versus the Rule of law*, in MEIERHENRICH, LOUGHLIN (a cura di) (2021), 58.

<sup>19</sup> Cfr. BIN (2011), 1151, che ricorda come il precursore di questa lettura delle funzioni dello Stato sia Wilhelm von Humboldt, il cui *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato* (tr. it. a cura di G. Perticone, Giuffrè, Milano, 1965) risale al 1792, ma è stato pubblicato integralmente solo nel 1851.

modo che il concetto di *Rechtsstaat* perde la sua iniziale spinta innovativa, e diviene, da «parola di lotta» (Ruini, 1905, 10), una nozione «depoliticizzata» e «tecnicizzata» (Costa, Zolo, 2002, 111), «formale e purificata» (Stolte, 1992, tr. it. 2014, 391), tutta protesa alla ricerca del compromesso nei confronti dell'ambiente conservatore. Il *Rechtsstaat* non esprime le finalità dell'azione dello Stato, bensì la sua «forma» (Ruini, 1905, 46), finendo così per confondersi con lo *Staatsrecht* (Loughlin, 2010, 320). Le libertà individuali, concepite dal liberalismo classico di Locke e Kant come ontologicamente appartenenti all'individuo in forza della comune umanità con i suoi simili, vengono ora riconosciute solo come un «riflesso» di norme oggettive, ossia come estrinsecazione di leggi generali (Gozzi in Costa, Zolo, 2002, 271).

L'appoggio dottrinale al compromesso ideologico tra liberali e conservatori è dato da alcuni, fondamentali, giuspubblicisti, che con raffinata logica positivistica portano avanti la teoria di quello che è stato definito un «*Rechtsstaat* reazionario»<sup>20</sup>, arricchendolo di ulteriori caratterizzazioni. Senza poter entrare nello specifico, ci limitiamo qui a ricordare l'opera di Friedrich J. Stahl, fiero oppositore di von Mohl, per cui «il concetto di *Rechtsstaat* [...] non denota il fine [Ziel] o il contenuto [Inhalt] dello Stato, ma solo le modalità [Art] e le caratteristiche [Charakter] per realizzarlo» (Stahl, 1856, §30, tr. mia), e quella di Rudolph von Gneist, che sostiene alacramente il principio secondo cui l'azione della pubblica amministrazione è tenuta al rispetto del diritto vigente. Al potere di ricorso di cui gode il singolo in caso di presunta violazione corrisponde il giudizio di un tribunale terzo e imparziale, distinto dalla giurisdizione ordinaria, che nella sua dottrina prende il nome di *Verwaltungsgerichtsbarkeit*<sup>21</sup>. In questo modo Gneist concretizza uno dei principi fondamentali del *Rechtsstaat*, ossia la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione (Padoa Schioppa, 2016, 539). Infine, tra i teorici del riempimento semantico del termine, George Jellinek, che con la sua teoria del *Selbstbeschränkung* («autolimitazione») dello Stato, arriva a teorizzare come esso non possa sottostare a limiti giuridici imposti da un'altra entità, pena il trasferimento della sua sovranità a questa. I limiti all'azione statale sono quindi autoimposti, costituiti da regole che lo Stato impone a sé stesso.

Ecco, dunque, che nella fase di massima espansione della teoria sul *Rechtsstaat* «la garanzia dei diritti scivola in secondo piano, riducendosi essen-

<sup>20</sup> «*Reactionary Rechtsstaat*», nel saggio di J. MEIERHENRICH, *Rechtsstaat versus the Rule of law*, in MEIERHENRICH, LOUGHLIN (a cura di) (2021), 58.

<sup>21</sup> Sul punto si v. GNEIST (1879), *passim*, e in part. 269-274 (paragrafo dal titolo *Begriff, Gebiet, System und Methode der Verwaltungsgerichtsbarkeit*).



zialmente alla tutela giurisdizionale nei confronti degli atti amministrativi, non anche della legge. La legge è svincolata da ogni limite» (Bin, 2011, 1152).

Al *Rechtsstaat* inteso come autolimitazione dello Stato sovrano si collega anche l'ideologia francese della sovranità del legislatore. Carré de Malberg riconosce che in Francia non si sia compiuto un apparato di difesa dei diritti dei cittadini nei confronti della legge, quanto piuttosto un sistema in cui ad essere sottoposti a vincoli giuridici è il solo potere amministrativo. In altre parole, più che *État de droit*, «*établi simplement et uniquement dans l'intérêt et pour la sauvegarde des citoyens*» (Carré de Malberg, 1920-22, 490), la vera denominazione da affibbiare all'ordinamento francese «*serait [...] celle d'État légal, c'est-à-dire un État dans lequel tout acte de puissance administrative présuppose une loi à laquelle il se rattache et dont il soit destiné à assurer l'exécution*» (*ibid.*). In generale, e nonostante queste analogie tra le due nozioni, si ritiene che la dottrina dello Stato legale e dello Stato di diritto in Francia<sup>22</sup> abbia avuto a che fare maggiormente con la manifestazione della volontà generale attraverso l'espressione legislativa dell'assemblea parlamentare, piuttosto che, come in Germania, con la protezione delle libertà individuali (El-Khoury, Wolfrum, 2021, § 57).

È chiaro, a questo punto, l'importanza del suffragio censitario per la concezione «tecnica» o «formale» dello Stato di diritto del Secondo Ottocento. Infatti, se la garanzia dei diritti dipende dall'autocontrollo dell'organo legislativo, ed esclusivamente da questo, allora il solo modo per assicurare una certa forma di tutela è rappresentata dalla composizione dell'assemblea parlamentare. Il sistema censitario riesce dunque a selezionare gli interessi sostenuti dalle leggi, e a far sì che queste ultime non tendano a sconvolgere l'ordine sociale (Bin, 2011, 1152).

La situazione è diversa nella dottrina costituzionalistica britannica, dove non soltanto i caratteri della *Rule of law* rimangono sostanzialmente intatti, ma alla fine del Secolo vengono compiutamente sistematizzati da Albert V. Dicey. Una breve disamina di queste caratteristiche permette una comparazione con la teoria del *Rechtsstaat* e la comprensione dei connotati di una fase in cui le divergenze tra la giuspubblicistica inglese e quella continentale sono particolarmente accentuate.

Sebbene si sia riflettuto sul contributo che alcuni importanti pensatori antecedenti a Dicey hanno apportato al riempimento semantico del lemma

<sup>22</sup> Con riferimento all'*État de droit* e all'*État légal*, in generale, si vedano: REDOR (1992); il saggio di A. Laquière, *État de droit e sovranità nazionale in Francia*, in COSTA, P., ZOLO, D. (a cura di) (2002), 284-316; CHEVALIER (2003), e il contributo di L. Heuschling, *État de droit: The Gallicization of the Rechtsstaat*, in MEIERHENRICH, LOUGHLIN (a cura di) (2021), 68-85.

*Rule of law* (ma non alla sua individuazione)<sup>23</sup>, è al giurista vittoriano che va ascritto il merito di aver «*situated this phrase most precisely within the constitutional order*» (Loughlin, 2018, 659). Secondo il pensiero diceyano, alla *Rule of law* vanno ascritti tre concetti diversi: a) anzitutto il principio di limite al potere, e dunque «*the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power*» (Dicey, 1915, 120); b) in secondo luogo quello di uguaglianza giuridica, ossia di «*equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary Law Courts*» (*ibid.*); c) in terzo luogo, il principio di garanzia dei diritti attraverso l'azione giurisprudenziale, ossia il fatto che, nel sistema britannico «*the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts*» (*Id.*, 121).

Come può notarsi, si tratta di una teorizzazione fortemente legata all'esperienza storica inglese, e giustamente la nozione di *Rule of law* fondata da Dicey è stata definita come il «*peculiar patrimony of one [...] national order*» (Shklar, 1987, 6). In questo senso, e in opposizione alle coeve teorie continentali, vanno lette soprattutto le ultime due estrinsecazioni della *Rule of law* diceyana. Affermare che tutti gli individui sono soggetti alla medesima giurisdizione (quella ordinaria), significa escludere «*the idea of any exemption of officials or others from the duty of obedience to the law which governs other citizens*» (Dicey, 1915, 120) e, dunque, prendere le distanze dalla giustizia amministrativa di origine francese e tedesca<sup>24</sup>: «*there can be with us nothing really corresponding to the «administrative law» (droit administratif) or the «administrative tribunals» (tribunaux administratifs) of France*» (Dicey, 1915, 121).

Ma a marcare l'unicità della visione diceyana della *Rule of law* rispetto alle coeve teorie del *Rechtsstaat* è soprattutto la sua terza caratteristica, il fatto che essa sia «*the result of the ordinary law of the land*» (*ibid.*). In questo senso, rilevano due differenze sostanziali con lo Stato di diritto europeo-continentale: a) il fatto che la nozione inglese di «supremazia del diritto» non venga eretta sulle fondamenta della personalità giuridica dello Stato, ma piuttosto su un in-

<sup>23</sup> Sul tema un approfondimento è nel saggio di J. W. F. Allison, *Turning the rule of law into an English constitutional idea*, in MAY, WINCHESTER (a cura di) (2018), 167-183, in part. 170-79, in cui si esamina l'opera di alcuni precursori come Jean Louis De Lolme, James Ferris, Homersham Cox e, soprattutto, William Edward Hearn. Alla formulazione primigenia del concetto ad opera di Hearn fa riferimento LOUGHLIN (2010), 315.

<sup>24</sup> Sulle teorizzazioni di Dicey in merito al diritto amministrativo di stampo continentale si rimanda a: CASSESE (1990) e WALTERS (2020), in part. 299-329. Letture sull'eredità del pensiero diceyano nell'ordinamento britannico, oltre ai testi già citati, si possono trovare in: ARTHURS (1979) e ROHR (2002).

sieme di tradizioni giuridiche fortemente radicate sul territorio e sedimentatesi nei secoli, ossia su una base «pre-statale»; e *b*) l'importanza che viene assegnata al formante giurisprudenziale accanto a quello legislativo nella formazione del diritto, cosa inimmaginabile nelle teorie del *Rechtsstaat*-*État de droit* tardo ottocentesco ma non, come si è visto, in quelle proto-liberali kantiane.

#### 4. SVILUPPI NOVECENTESCHI. IL DECLINO E IL RECUPERO DEI TERMINI *RULE OF LAW* E STATO DI DIRITTO NELLA REALTÀ COSTITUZIONALE-DEMOCRATICA.

Da quanto detto sinora può constatarsi come, ad una fase primitiva delle teorizzazioni sulla supremazia del diritto in Europa, in cui la dottrina continentale è stata influenzata dalle evoluzioni istituzionali britanniche, e ne ha teorizzato alcune caratteristiche nella speranza di renderle prescrittive per gli ordinamenti del Continente, ha fatto seguito una seconda fase, caratterizzata da una forte divergenza delle nozioni giuridiche, in cui l'alterità della *Rule of law* nei confronti dello Stato di diritto è stata testimoniata dal lavoro di Dicey, ma anche dei giuristi continentali. In altre parole, come sostenuto da Skrobacki, «[b]y losing its original Kantian origin and therefore the idea to use reason to rationalize political rule, the *Rechtsstaat* was simply turning into a mere regulatory machine» (Skrobacki, 2018, 54). Si passerà ora all'analisi della semantica dei due termini in una terza fase.

Durante i primi decenni del XX Secolo, la giuspubblicistica Britannica utilizza il termine *Rule of law* per lo più in riferimento alle teorie liberali classiche, al punto da essere considerato da alcuni autori un mero retaggio del passato – «*a fantasy invented by Liberals [...] and patented by the Tories to throw a protective sanctity around certain legal and political institutions and principles which they wish to preserve at any cost*» (Griffith, 1979, 15) –, o adatto semplicemente «*to express the political views of the theorist, and not to be an analysis of the practice of government*» (Jennings, 1938, 59).

Nel Continente, invece, lo Stato di diritto ha continuato ad essere oggetto dell'interesse della dottrina, anche se spesso con il solo scopo di appurarne l'inconsistenza contenutistica (Schmitt<sup>25</sup>), la natura tautologica (Kelsen<sup>26</sup>),

<sup>25</sup> Cfr il passo citato in apertura di contributo, tratto da SCHMITT (1932, tr. it. 1972), 223.

<sup>26</sup> «*Se si riconosce lo Stato come ordinamento giuridico, ogni Stato è uno Stato di diritto, e questo termine diviene pleonastico*» (KELSEN, 1960, tr. it. 1966, 345).

oppure per essere snaturato come fantoccio ideologico al servizio di autoritarismi e totalitarismi<sup>27</sup>.

A partire dal primo dopoguerra, ma soprattutto dopo il 1945, con l'introduzione del carattere di rigidità costituzionale e – attraverso l'estensione del suffragio – del principio democratico, la nozione di *Rechtsstaat* si modifica ulteriormente. Si assiste, in altri termini a quello che è stato definito il passaggio da uno «Stato legislativo di diritto» ad uno «Stato costituzionale di diritto»<sup>28</sup>. L'illimitatezza, e dunque la potenziale arbitrarietà della legge, lascia il posto alla sua sottoposizione ad una fonte-atto superiore, la Costituzione, la cui osservanza è assicurata dall'azione del giudice, per cui i potenziali conflitti tra le due fonti vengono «giuridicizzati», ossia ridotti ad un rapporto gerarchico tra norme (Bin, 2011, 1154). I principi dell'ordinamento, che nello Stato liberale erano anzitutto la tutela della proprietà e delle libertà, garantiti dalla composizione borghese del corpo legislativo, ossia dal suffragio censitario, vengono ampliati. Al concetto di *Rechtsstaat* si affianca, in definitiva, quello del *Sozialstaat*<sup>29</sup>, individuante un ordinamento giuridico che si fa carico di riforme volte all'integrazione sociale, e che cerca di conciliare le libertà individuali e di proprietà con l'interesse generale della collettività (Bin, 2011, 1154). Il binomio *sozialer Rechtsstaat* è stato dapprima utilizzato per indicare la forma di Stato tedesca, la cui Legge fondamentale richiama il termine esplicitamente (art. 28, 1° co. GG 1949, il quale sancisce che l'ordinamento dei Länder deve corrispondere ai principi «*des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates*»), ma ha avuto diffusione anche al di fuori della Repubblica federale di Germania, nelle carte costituzionali di quegli ordinamenti investiti dalla c.d. terza ondata di democratizzazione (Huntington, 1991). In particolare, meritano di essere citati: l'art. 2 Cost. portoghese del 1976, che definisce la Repubblica uno «*Estado de direito democrático*», e l'art. 9, che riconosce tra i compiti fondamentali dell'ordinamento il rispetto dei principi dello Stato di diritto democratico<sup>30</sup>; l'art. 1 della Costituzione spagnola

<sup>27</sup> In particolare, nell'Italia fascista si giunge a sostenere, partendo dal metodo di indagine giuridico-formale, che l'ordinamento autoritario sia propriamente ciò che si definisce «Stato di diritto» (cfr. BODDA, 1935). Sul caso tedesco, e la concezione di *nationaler Rechtsstaat*, si rimanda invece alle ricostruzioni di MEIERHENRICH (2018). Sulla comparazione tra le due concezioni autoritario-totalitarie si v., infine, DI MARTINO (2018).

<sup>28</sup> Sul punto cfr. il saggio di L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in COSTA, P., ZOLO, D. (a cura di) (2002), 349-386.

<sup>29</sup> Sul tema, uno dei primi contributi è stato quello di FORSTHOFF (1968).

<sup>30</sup> È da sottolineare come la Costituzione portoghese collochi lo Stato di diritto, dunque, tra i *Princípios fundamentais* dell'ordinamento, a differenza della Legge fondamentale tedesca, che invece ne fa menzione nella sezione dedicata al tipo di Stato, e quindi al rapporto tra Federazioni e unità federate. Il Preambolo della Carta portoghese, inoltre, sostiene la «decisione del popolo portoghese», tra le altre cose,

del 1978, in accordo al quale la Spagna si costituisce come «*Estado social y democrático de Derecho*», riprendendo la formulazione di quella tedesca; l'art. 2 della Costituzione turca del 1982, che definisce l'ordinamento nazionale uno «Stato di diritto democratico, laico e sociale».

L'Assemblea costituente italiana, anche memore dell'uso del termine nel periodo autoritario, impiega scarsamente la formula «Stato di diritto» nei suoi lavori, per lo più assestandosi su un suo utilizzo in senso meramente formale (Bin, 2011, 1156-57). Anche nella dottrina giuspubblicistica il termine, quando non viene bollato come pleonismo, sulla scia delle considerazioni kelseniane, compare per lo più come categoria utile alla tassonomia delle forme di Stato, soprattutto (come fa Mortati sulla scia di Carré de Malberg) in quanto fase evolutiva dello «Stato legale» (Mortati, 1975, 141). Ed è forse anche per queste motivazioni che per lungo tempo sono mancate voci enciclopediche che prendessero in considerazione il concetto<sup>31</sup>.

Al contrario di quanto avvenuto in Italia, e al di là dell'arricchimento semantico che il termine ha subito con l'approvazione delle costituzioni rigide del Secondo dopoguerra, è a partire dagli anni Settanta e Ottanta del XX Secolo che il binomio *Rule of law* – *Rechtsstaat* ha riconquistato un ruolo centrale nel dibattito dottrinale e politico. Per quanto riguarda il recupero a livello teorico, basterà qui citare la contrapposizione tra le teorie positivistico-formaliste, emerse soprattutto a partire dal lavoro di J. Raz<sup>32</sup>, e quelle c.d. sostanzialiste, il cui iniziatore è R. Dworkin<sup>33</sup>, legate alla volontà di colmare i termini di contenuti, soprattutto con riferimento ai diritti umani<sup>34</sup>. Per ciò che riguarda, invece, il recupero del binomio a livello politico-istituzionale, esso appare dovuto, a nostro giudizio, essenzialmente a tre fattori: a) la critica al *welfare state* e l'approdo alle teorie neo-liberiste; b) l'utilizzo delle nozioni a livello europeo, che ha condotto ad una loro ulteriore espansione nelle carte costituzionali dei Paesi dell'Europa centro-orientale dopo il 1989<sup>35</sup>; c) il riempi-

---

«di assicurare il primato dello Stato di diritto democratico e di intraprendere il cammino verso una società socialista».

<sup>31</sup> Tale mancanza è stata fatta notare da più parti: AMATO (1991), 641; MARGIOTTA (2001), 19. Oggi, il vuoto enciclopedico è colmato dalla fondamentale voce di Roberto Bin nell'*Enciclopedia del Diritto* edita da Giuffrè, a cui in questo contributo si fa sovente riferimento.

<sup>32</sup> L'opera principale in tema è *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* (RAZ, 1979).

<sup>33</sup> Soprattutto in *Taking Rights Seriously* (DWORKIN, 1977), in *A Matter of Principle* (DWORKIN, 1985), e in *Law's Empire* (DWORKIN, 1986).

<sup>34</sup> Sulla contrapposizione tra le due teorie si v. TAMANAHA (2004), in part. 91-113.

<sup>35</sup> Basti qui citare, per i riferimenti espliciti allo Stato di diritto: l'art. 4 Cost. Bulgaria del 1991; gli artt. 2 e 51 Cost. Polonia del 1997; gli artt. 1 e 134 Cost. Slovacchia del 1992; gli artt. 1 e 9 della Cost. Rep. Ceca del 1992. Riferimenti allo Stato sociale di diritto si rinvencono invece: nell'art. 10 Cost. Estonia del 1991; nell'art. 1 Cost. Romania del 1991.

mento dei due lemmi di valori democratico-sostanziali e la loro mondializzazione, non solo nell'ambito dell'ordinamento internazionale, ma anche in molti sistemi nazionali extra-europei.

Come si mostrerà, si tratta di due momenti non solo strutturalmente, ma anche sostanzialmente distinti, seppur cronologicamente in parte coincidenti. Il primo fattore, infatti, corrisponde ad una fase iniziale (ancora la terza della nostra ricostruzione) del recupero dei termini *Rule of law* – Stato di diritto, che vengono in questo caso considerati nel loro carattere «reazionario»<sup>36</sup> tardo ottocentesco. I costi dello Stato sociale, nel periodo di recessione seguito alla crisi petrolifera degli anni Settanta, hanno condotto non solo allo sviluppo di teorie neoliberiste in campo economico, ma altresì ad un recupero della visione in senso liberale delle finalità perseguibili dai pubblici poteri, ossia alla richiesta di un restringimento dell'intervento pubblico e alla promozione di politiche di privatizzazione, *deregulation* e ristrutturazione del *welfare state* (Scheuerman, 1994). In altri termini, alla riconduzione dello Stato di diritto al «suo contenuto 'materiale', ideologico, di guardiano discreto della democrazia e delle libertà individuali» (Bin, 2011, 1159).

Comunque, in questa terza fase, le due nozioni non possono ancora essere utilizzate in maniera promiscua, in quanto legate alle rispettive tradizioni giuridiche; e non a caso il loro impiego rimane sostanzialmente limitato agli ordinamenti occidentali. Sarà solo con l'«europeizzazione» e l'«internazionalizzazione» dei concetti, che riteniamo si possa compiere quell'arricchimento-congiungimento delle semantiche che condurrà alla possibilità di intercambiabilità nel loro utilizzo.

## 5. LA CHIUSURA DEL CERCHIO. L'INTERNAZIONALIZZAZIONE DEI CONCETTI E IL LORO RICONGIUNGIMENTO SEMANTICO

La proiezione delle nozioni di *Rule of law* e Stato di diritto a livello sovranazionale rappresenta, dunque, la quarta e ultima fase del percorso di significato delle due nozioni, e comporta, a nostro avviso, un ritorno (concettuale) alle loro origini proto-liberali (esaminate nel § 2), e una ricomposizione delle due semantiche. Con ciò non vogliamo affermare che un uso promiscuo dei termini sia raccomandabile – e anzi è il principio di certezza del diritto a dover sempre

---

<sup>36</sup> Si v. *supra*, § 3.

prevalere, come dimostra l'uso dei lemmi promosso dalla CEDU<sup>37</sup> –, ma solo che, da un punto di vista teoretico, esso si giustifichi con una serie di fattori che possono riportarsi ai caratteri delle primitive riflessioni sulle due dottrine.

Il ricongiungimento dei concetti è dovuto, riteniamo, a due motivi principali: *a)* anzitutto, l'abbandono di una lettura esclusivamente formale delle nozioni di *Rule of law* e di Stato di diritto, e il loro utilizzo in senso sostanziale – ciò che nella dottrina tedesca ha preso il nome di *materieller Rechtsstaatsbegriff* –; *b)* in secondo luogo, l'espansione del formante giurisprudenziale negli ordinamenti di livello sovranazionale e internazionale.

Analizzando il punto *sub a)*, e partendo dall'esame del livello comunitario, è da richiamare anzitutto la sentenza *Les Verts* del 1986<sup>38</sup>, in cui, per la prima volta, la Corte di giustizia definisce la Comunità economica europea «*a Community based on the rule of law*» (§23). Seppure sia da ritenere che l'uso del termine in questo caso debba intendersi in senso meramente formale (Loughlin, 2018, 664), ciononostante esso è il sintomo di un recupero lessicale che vedrà nei decenni a seguire un *revival* anche sostanziale del concetto.

Dopo questa pronuncia, la Corte ha più volte richiamato principi che sono soliti essere messi in relazione con lo Stato di diritto, ma è solo con la redazione dei trattati negli anni Novanta che si assiste alla codificazione della categoria sostanziale *Rule of law*. A tal proposito, rilevano, tra gli altri: l'art. 2 del Trattato sull'Unione europea, che riconosce lo Stato di diritto tra i valori fondanti l'Unione; l'art. 21 TUE, che ricomprende il medesimo concetto tra i principi caratterizzanti la creazione, lo sviluppo e l'allargamento dell'Unione, e che questa si prefigge di promuovere nel resto del mondo; l'art. 49 TUE, che considera il rispetto degli ideali elencati nell'art. 2 TUE *condicio sine qua non*

<sup>37</sup> Sebbene nell'articolato della CEDU non sia mai presente la nozione di Stato di diritto – e questo appare essere la riprova di una minore considerazione nei suoi confronti nel 1950, anno di stesura della Convenzione, rispetto agli anni Novanta del Secolo scorso –, nel Preambolo delle versioni inglese e tedesca possiamo ritrovare sia il lemma *Rule of law* che quello di *Rechtsstaatlichkeit*. Diversa è, invece, in questo caso, la traduzione nelle lingue neo-latine; nella versione francese il termine viene tradotto con *prééminence du droit*, in quella italiana con «preminenza del diritto», in quella spagnola con *primacía del Derecho*, e in quella portoghese con *primado do direito*. Tali scelte sono la dimostrazione della possibilità di tradurre in modo etimologicamente e concettualmente più rispettoso il concetto di *Rule of law*, e dunque di salvaguardare il principio di certezza del diritto. Proprio verso tali considerazioni si è mossa l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che con una risoluzione del 2007 (*The Principle of the Rule of law*. Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa 1594/2007) invitava gli Stati dell'Europa orientale ad adottare il metodo di traduzione francese piuttosto che quello russo – che traduce, letteralmente, il termine come «preminenza della legge» (*verkhovenstvo zakona*), e non «preminenza del diritto» (*verkhovenstvo prava*), prestando il fianco della nozione al suo traviamiento, come già avvenuto negli anni Trenta del Novecento. Sul tema un interessante contributo è quello di Y. A. Sharandin e D. V. Kravchenko, *Rule of law, Legal State and Other International Legal Doctrines: Linguistic Aspects of Their Convergence and Differentiation*, in SILKENAT, HICKEY, BARENBOIM (a cura di) (2014), 145-151, e in part. 147.

<sup>38</sup> Corte di giustizia CE, 23 aprile 1986, causa 294/83.

per richiedere l'ammissione all'organizzazione comunitaria. In tutti questi casi, le versioni inglese, tedesca e francese del testo riportano, rispettivamente, i lemmi: *rule of law*, *État de droit* e *Rechtsstaatlichkeit*.

Sempre a livello europeo, ma nell'ambito del Consiglio d'Europa, La Commissione di Venezia ha adottato, nel 2011, il *Report on The Rule of law*, in cui ha riconosciuto sei elementi definitori della nozione – principio di legalità, certezza del diritto, proibizione dell'uso arbitrario del potere, accesso alla giustizia e giustiziabilità degli atti amministrativi, rispetto dei diritti umani e principio di isonomia – la quale, dunque, non è «*only formal but also substantial or material (materieller Rechtsstaatsbegriff)*» (Venice Commission, 2010, 10).

Così come in ambito europeo, anche a livello internazionale si assiste, da pochi decenni, alla medesima tendenza, per cui l'adozione di una concezione sostanziale delle nozioni di *Rule of law* – Stato di diritto possiede lo scopo di raggiungere standard democratici egualitari nei diversi ordinamenti. In questo senso, la definizione onusiana di *Rule of law* è particolarmente calzante, e merita di essere riportata per intero:

«The 'rule of law' [...] refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency» (UN Secretary General, 2004, § 6).

Come si evince da quanto sin qui detto, l'assunzione delle nozioni al rango di «principi», e ancor più a quello di «valori» dell'ordinamento internazionale rende la *Rule of law* e lo Stato di diritto, da categorie giuridiche formali, «strumenti di modernizzazione e sviluppo», «tecniche» che un regime politico deve rispettare per potersi definire democratico (Loughlin, 2018, 664-666).

A tal proposito, è stato messo in evidenza come la flessibilità del concetto di *Rule of law* sia maggiormente adatto, nell'epoca «post-nazionale» della globalizzazione, ad esprimere una dottrina giuridica sostanzialista rispetto al termine Stato di diritto, che sarebbe invece indissolubilmente legato alla statualità (Bin, 2016, 42-45). Ma la proiezione in senso internazionale della dottrina del *Rechtsstaat* non è affatto esclusa, ed assume anzi il ruolo di caratteristica intrinseca, nella sua teorizzazione primigenia, a partire dal *Zum ewigen Frie-*



den kantiano del 1795<sup>39</sup>. Per questo riteniamo che un uso intercambiabile dei due lemmi non sia ingiustificato, almeno con riferimento a questa quarta fase del loro sviluppo semantico.

Tale convergenza di significati, appare poi ancor più plausibile e convincente se si ricorda il ruolo fondamentale che il potere giudiziario è chiamato a svolgere non solo nella dottrina classica della *Rule of law*, ma anche nelle proto-teorizzazioni del *Rechtsstaat* di matrice continentale<sup>40</sup>. Nel mondo globalizzato, infatti, si assiste alla proliferazione di «istituzioni jusgenerative» (Palombella, 2012, 136), per cui il formante giurisprudenziale, pur non essendo l'unico produttore di norme, svolge un ruolo importante nell'individuazione di un nuovo processo di produzione normativa di tipo sociale. In altre parole «[i]n campo internazionale vi sono [...] giudici e tribunali, ma anche [...] una densa nebulosa di organismi amministrativi e internazionali, [...] norme consuetudinarie, [...] regole di mercato ecc.: tutto ciò sembra evocare la «normatività sociale» che il *rule of law* ha storicamente imposto come limite all'esercizio della «volontà di governo» delle istituzioni politiche» (Bin, 2016, 44). E anche se tali considerazioni non possono sposarsi con la concezione formale del *Rechtsstaat*, riteniamo che invece siano perfettamente coincidenti con le sue primissime teorizzazioni.

È vero, in definitiva, che la *Rule of law* è in grado di esprimere caratteri che né la dottrina classica del *Rechtsstaat* né quella novecentesca del *sozialer Rechtsstaat* sono in grado di esplicitare (Bin, 2016, 44), ma se risaliamo ad una «concezione primigenia» del concetto continentale (quella delle prototeorizzazioni kantiane, ma anche di Von Mohl), sviluppatasi prima che il liberismo dirigesse «lo Stato di diritto contro lo Stato, richiedendo la stretta delimitazione della sua ingerenza nella società civile» (Bin, 2011, 1161), allora non crediamo impossibile operare una sostanziale convergenza tra le due nozioni. Ciò non significa perdere le peculiarità che le hanno storicamente distinte. L'analisi diacronica deve continuare a tenere conto di queste differenze, apparendoci deboli le teorie che vedono un'assimilabilità dei termini anche nelle loro formulazioni classiche tardo ottocentesche. D'altra parte, come abbiamo tentato di dimostrare, le categorie di *Rule of law* e Stato di diritto non hanno neanche bisogno di essere accantonate come semplici categorie storiografiche, ma possono trovare, nell'epoca della globalizzazione, una nuova collocazione nel discorso giuridico e politologico, assumendo una veste nuova, ma al tempo stesso fedele alle loro primissime teorizzazioni.

<sup>39</sup> Per una ricostruzione dei rapporti tra Stato di diritto e sua proiezione a livello internazionale prima del Secondo dopoguerra si rimanda al contributo di S. Mannoni, *Stato nazionale di diritto e diritto internazionale*, in COSTA, ZOLO (a cura di) (2002), 485-505.

<sup>40</sup> Su cui si rimanda al § 2.

## BIBLIOGRAFIA

- AMATO, S. (1991). *Lo Stato di diritto: l'immagine e l'allegoria*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 4, 621-666.
- ARTHURS, H. W. (1979). *Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business*, in *Osgoode Hall Law Journal*, n. 1, 1-45.
- BADURA, P. (1967). *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, Otto Schwartz Verlag, Göttingen.
- BAKER, J. (2019). *An Introduction to English Legal History*, 5° ed., Oxford university press, Oxford.
- BIN, R. (2011). *Stato di diritto (ad vocem)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali IV*, Milano, Giuffrè, pp. 1149-1162.
- (2016). *Rule of law e ideologie*, in Pino, G., Villa, V. (a cura di). *Rule of law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna, 37-60.
- BOBBIO, N. (1969). *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Giappichelli, Torino.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (1960). *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, ora raccolto in Id., *Staatstheorie und Staatsrecht*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1978, 185-222.
- BODDA, P. (1935). *Lo Stato di diritto. A proposito di alcune recenti opinioni*, Giuffrè, Milano.
- CARRÉ DE MALBERG (1920-22). *Contribution à la théorie générale de l'état, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Librairie de la Société du recueil sirey, Paris.
- CASSESE, S. (1990). *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 19, 5-93.
- CHEVALIER, J. (2003). *L'État de droit*, 4° ed, Montchrestien, Paris.
- COSTA, P., ZOLO, D. (a cura di) (2002). *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano.
- DE RUGGIERO, G. (1962). *Storia del liberalismo europeo*, Feltrinelli, Milano.
- DICEY, A. V. (1915). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8° ed., London, Macmillan.
- DI MARTINO, A. (2018). *I rapporti tra la dottrina italiana e quella tedesca durante il fascismo intorno allo stato di diritto*, in *Rivista AIC*, n. 1, 1-48.
- DWORKIN, R. (1977). *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London.
- (1985). *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- DWORKIN, R. (1986). *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- EL-KHOURY, N.; WOLFRUM, R. (2021). *Rule of law (ad vocem)*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, On-Line.
- ELOSEGUI, M., MIRON, A., MOTOC, I. (2022). *The Rule of law in Europe: Recent Challenges and Judicial Responses*, Springer, Berlin.

- FERNÁNDEZ-VILLAVERDE, J. (2016). *Magna Carta, the rule of law, and the limits on government*, in *International Review of Law and Economics*, n. 47 (Supplement – 800 Years of the Magna Carta), 22-28.
- FORSDYKE, S. (2018). *Ancient and Modern Conceptions of the Rule of law*, in Canevaro, M., Erskine, A., Gray, B., Ober, J. (a cura di). *Ancient Greek History and Contemporary Social Science*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 184-212.
- FORSTHOFF, E. (a cura di) (1968). *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- GNEIST, R. (1879). *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 2° ed., Springer, Berlin.
- GOZZI, G. (2003). *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari.
- GRIFFITH, J. A. G. (1979). *The political constitution*, in *Modern Law Review*, n. 42, pp. 1-21.
- GROTE, R. (2002). *Rule of law, Rechtsstaat, y Etat de Droit*, in *Pensamiento Constitucional*, n. 8, 127-176.
- HARRIS, E. (2013). *The Rule of law in Action in Democratic Athens*, Oxford University Press, Oxford.
- HITZ, Z. (2009). *Plato on the Sovereignty of Law*, in Balot, R. K. (a cura di). *A Companion to Greek and Roman Political Thought*, Blackwell, Chichester, 367-381.
- HUNTINGTON, S. P. (1991). *The third wave*, University of Oklahoma Press, Norman, tr. it. di G. Dognini, *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX Secolo*, Il Mulino, Bologna, 1995.
- JAMES, S. (2015). *Rule of law, (ad vocem)*, in Gibbons, M. T. (a cura di). *The Encyclopedia of Political Thought*, John Wiley and Sons, Hoboken, 3318-3319.
- JELLINEK, G. (1900). *Allgemeine Staatslehre*, Häring, Berlin.
- JENNINGS, W. I. (1938). *Law and the Constitution*, University of London Press, London, 2° ed.
- KANT, I. (1797). *Die Metaphysik der Sitten*, Heimann, Berlin; trad. It. *Metafisica dei costumi*, a cura di G. Landolfi Petrone, Bompiani, Milano, 2006.
- KELSEN, H. (1960). *Reine Rechtslehre*, 2° ed. ampliata, Franz Deuticke, Wien, tr. it. a cura di M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966.
- KRIEGER, H., Nolte, G., Zimmermann, A. (2019). *The International Rule of law: Rise or Decline?*, Oxford University Press, Oxford.
- KUHN, T. S. (1962). *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago University Press, Chicago.
- LOUGHLIN, M. (2010). *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford.
- (2018). *The Apotheosis of the Rule of law*, in *The Political Quarterly*, n. 4, pp. 659-666.
- MACCORMICK, D. N. (1984). *Der Rechtsstaat und die rule of law*, in *Juristenzeitung*, n. 39, 65-70.
- MARGIOTTA, C. (2001). *Quale Stato di diritto?*, in *Teoria politica*, n. 2, 17-41.

- MATTEI, U., ARIANO, E. (2018). *Il modello di Common Law*, Giappichelli, Torino.
- MATTEUCCI, N. (1976). *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna.
- MAY, C.; WINCHESTER, A. (a cura di) (2018). *Handbook on the Rule of law*, Edward Elgar, Cheltenham.
- MEIERHENRICH, J. (2018). *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*, Oxford University Press, Oxford.
- MEIERHENRICH, J.; LOUGHLIN, M. (a cura di) (2021). *The Cambridge Companion to the Rule of law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- MORTATI, C. (1975). *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 9° ed.
- NEDZEL, N. E.; CAPALDI, N. (2019). *The Anglo-American Conception of the Rule of Law*, Palgrave, London.
- PADOA SCHIOPPA, A. (2016). *Storia del diritto in Europa*, 2° ed., Il Mulino, Bologna.
- PALOMBELLA, G. (2012). *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Il Mulino, Bologna.
- RADIN, M. J. (1989). *Reconsidering the Rule of law*, in *Boston University Law Review*, n. 4, 781-819.
- RAZ, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford.
- REDOR, M. J. (1992). *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica, Paris.
- RIDOLFI, G. (2002). *Lo Stato di diritto in Germania e in Europa: una storia complessa, confusa e dimenticata*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), On-Line.
- ROHR, J. A. (2002). *Dicey's Ghost and Administrative Law*, in *Administration and Society*, n. 1, 8-31.
- RUINI, M. (1905). *La distinzione tra società e Stato e la teoria dello Stato di diritto*, Tipografia dell'Unione cooperativa editrice, Roma.
- SCHIERA, P. (2004). *Stato di polizia (ad vocem)*, in Bobbio, N., Matteucci, N., Pasquino, G. (a cura di), *Dizionario di Politica*, 3° ed., UTET, Torino, 947-950.
- SCHMITT, C. (1972). *Le categorie del «politico»*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna.
- SCHEUERMAN, W. (1994). *The Rule of law and the Welfare State. Toward a New Synthesis*, in *Politics and Society*, n. 22, 195-213.
- SHKLAR, J. N. (1987). *Political theory and the rule of law*, in Hutchinson, A. C., Monahan, P. (a cura di). *The Rule of law: Ideal or Ideology*, Carswell, Toronto, 1-13.
- SILKENAT, J. R.; HICKEY JR. J. E.; BARENBOIM, P. D. (a cura di) (2014). *The Legal Doctrines of the Rule of law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Springer, New York.
- SKROBACKI, W. A. (2018), *Remarks on the Legal and the Practical: The Rechtsstaat in Europe's Development of the Rule of Law*, in Górniśiewicz, A., Szlachta, B. (a cura di), *The Concept of Constitution in the History of Political Thought*, De Gruyter, Berlin, 45-62.
- SOBOTA, K. (1997). *Das Prinzip Rechtsstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- SORDI, B. (2017). *Révolution, Rechtsstaat and the Rule of law: historical reflections on the emergence and development of administrative law*, in Rose-Ackerman, S., Lindseth, P. L., Emerson, B. (a cura di). *Comparative Administrative Law*, 2° ed., Edward Elgar, Cheltenham, 23-37.
- STAHL, F. J. (1856). *Die Philosophie des Rechts. Vol. 2: Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 3° ed., Mohr, Heidelberg.
- STOLLEIS, M. (1990). *Rechtsstaat (ad vocem)*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 4, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 367-375.
- (1992). *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Bd. II: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, C. H. Beck, Munich, tr. it. *Storia del diritto pubblico in Germania. Vol. II: Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914*, Giuffrè, Milano, 2014.
- TAMANAH, B. Z. (2004). *On the Rule of law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge.
- TORRE, A. (a cura di) (2017). *Magna Carta e Rule of law nell'ordinamento inglese*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- UNITED NATION SECRETARY GENERAL (2004). *Report of the Secretary-General: The Rule of law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, UN Doc S/2004/616, On-Line.
- VAN CAENEGEM, R. C. (1995). *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- VENICE COMMISSION (2011). *Report on The Rule of law*, adottato durante la 86° Sessione plenaria (Venezia, 25-26 marzo 2011), On-Line.
- VON MOHL, R. (1829). *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, Laupp, Tübingen.
- (1832-34). *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaten*, 3 voll., Laupp, Tübingen.
- WALTERS, M. D. (2020). *A. V. Dicey and the Common Law Constitutional Tradition. A Legal Turn of Mind*, Cambridge University Press, Cambridge.
- WOHLWEND, D. (2021). *The International Rule of law: Scope, Subjects, Requirements*, Edward Elgar, Cheltenham.

## EL CONTINUUM DE LOS CRITERIOS DE COPENHAGUE EN UN CONTEXTO DE CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO

BETTINA STEIBLE<sup>1</sup>

*Universitat Oberta de Catalunya*

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Una obligación permanente de respetar los valores de la UE para los Estados miembros.* 2.1 El principio de no-regresión como solución al dilema de Copenhague. 2.1.1 Los criterios de Copenhague. 2.1.2 El principio de no regresión en relación con los valores del art. 2 TUE. 2.2. Algunas cuestiones pendientes acerca del ámbito de aplicación del principio de no-regresión.–3. *La UE como garante de la obligación de los estados de respetar el Estado de Derecho.* 3.1. Un acervo sólido a favor del reconocimiento del papel proactivo de la UE. 3.2. La validez de la condicionalidad interna.–4. *Conclusiones.*

### 1. INTRODUCCIÓN

¿Puede un Estado miembro de la Unión Europea (UE) dejar de cumplir los criterios que le permitieron entrar en la UE? Esta pregunta alude al dilema

---

<sup>1</sup> Profesora lectora en la Universitat Oberta de Catalunya.

Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D «La Neutralidad Institucional en el Estado Constitucional – PID2019-106043GB-I00» (IP: Juan Carlos Gavara de Cara) y se desarrolló durante la estancia de investigación en el Institut de droit européen des droits de l’homme – IDEDH en la Universidad de Montpellier I. Quiero agradecer especialmente la generosidad de Claire Vial y Mustapha Afroukh.

Una versión preliminar del presente trabajo fue presentada en el panel sobre la «Unión Europea II» el 6 de julio de 2022 en el marco de la Conferencia anual de I-CONS en Wrocław, así como en el Atelier 18 ‘Separación de poderes y Estado de Derecho» el 6 de octubre de 2022, en el marco del VI Congreso internacional del Seminario italoespañol. Agradezco a los miembros del Atelier 18 y en particular a Itziar Gómez Fernández por sus valiosos comentarios.

de Copenhague (Reding, 2013): un país candidato a la UE debe cumplir una serie de criterios para acceder a la UE, entre los cuales se encuentra el respeto de los valores de la UE, pero una vez haya accedido a la Unión, se establece una presunción de respeto de dichos valores. No obstante, esta presunción se ha visto claramente refutada en la última década con el retroceso democrático de algunos Estados miembros, especialmente Hungría y Polonia. Según la ONG Freedom House, Polonia y Hungría destacan debido al deterioro democrático sin precedentes experimentado en ambos países en la última década (Csaky, 2021, p. 2). Asimismo, Freedom House ya no clasifica a Hungría como una democracia, sino como un «régimen transitorio/híbrido»; si bien Polonia sigue siendo calificada de «democracia semiconsolidada», la ONG apunta a que el declive democrático de este país en los últimos cinco años ha sido más pronunciado<sup>2</sup> (Csaky, 2021, p. 2).

No se puede restar importancia al desafío que plantea la denominada crisis del Estado de Derecho – o «crisis autocrática» (Kelemen, 2022) – en varios Estados miembros. En efecto, este contexto de ataques sistémicos a la independencia del poder judicial en algunos Estados miembros, sumado al cuestionamiento del principio de primacía del Derecho de la UE<sup>3</sup>, no solo tiene un impacto severo sobre la calidad democrática y el respeto de los derechos humanos en estos países, sino que cuestiona también la existencia misma del ordenamiento jurídico de la UE. El proceso de integración europea, fundamentado en gran medida en la integración jurídica, se encuentra entonces en un momento clave de su historia.

Frente a este reto de gran calado, la UE ha desarrollado una panoplia de instrumentos para tratar de garantizar el respeto de sus valores en el seno de sus Estados miembros, con una eficacia variable (e.g., Hillion, 2016; Pech, 2020; Pech, Wachociec y Mazur, 2021). Por ello, siguiendo una cierta tradición en la historia de la integración europea, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) se ha convertido en un actor esencial, pues ha paliado en una cierta medida las carencias de las instituciones políticas (e.g., Bonelli y Claes, 2018; Pech y Platon, 2018; Blatière, 2019) y ha operacionalizado los valores consagrados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) (e.g., Spieker, 2019; Scheppele, Kochenov y Grabowska-Moroz, 2020; Schroeder, 2021).

---

<sup>2</sup> La versión final del presente capítulo fue redactada en el año 2022, por lo que no incorpora los cambios derivados del cambio de gobierno en Polonia.

<sup>3</sup> Ello es especialmente relevante teniendo en cuenta que el cuestionamiento del principio de primacía del Derecho de la UE, tal y como lo concibe el TJUE, se ve cuestionado no solo en el seno de Estados «iliberales».

En este contexto, este trabajo pretende analizar la jurisprudencia del TJUE a la luz del dilema de Copenhague y examinar en qué medida el Tribunal está paliando las insuficiencias de los tratados para hacer frente a los retrocesos de los Estados miembros en el ámbito del Estado de Derecho. Para ello, la sentencia *Repubblika/II-Prim Ministru*, de 20 de abril de 2021, así como las sentencias sobre el reglamento de condicionalidad –*Hungría/Parlamento y Consejo* y *Polonia/Parlamento y Consejo*– de 16 de febrero de 2022, estarán en el centro de este trabajo.

En el primer asunto, el tribunal remitente tenía que pronunciarse acerca de una *actio popularis* emprendida por *Repubblika*, una asociación de defensa de la justicia y del Estado de Derecho en Malta, quien alegaba que el sistema maltés de elección de los jueces vulneraba el principio de independencia judicial, garantizado por el Derecho de la Unión. Según el procedimiento en vigor en aquel momento, los jueces estaban elegidos por el Presidente, a propuesta del Primer Ministro. Si bien una reforma constitucional de 2016 creó unos Comités de Nombramientos Judiciales, encargados de evaluar y vetar a los potenciales candidatos, el Primer Ministro podía obviar el resultado de la evaluación de dichos Comités. El tribunal maltés planteó entonces una cuestión prejudicial ante el TJUE afín de determinar la aplicabilidad del Derecho de la UE al asunto y la validez del sistema maltés de elección de los jueces de acuerdo con el artículo 19.1 TUE y el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

En cuanto a las sentencias *Hungría/Parlamento y Consejo* y *Polonia/Parlamento y Consejo*, se enmarcan en el contexto del ‘Reglamento sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión’ adoptado el 16 de diciembre de 2020. En efecto, el nuevo Reglamento permite suspender los fondos de un Estado miembro que vulnera los principios del Estado de Derecho, si dichas vulneraciones «afecta[n] o amenaza[n] gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo» (art. 4.1.). Hungría y Polonia interpusieron recursos de anulación contra el Reglamento, al considerar, por un lado, que la Unión no era competente para adoptar el Reglamento, al ser la base legal utilizada incorrecta; y, por otro lado, que se establecía de forma ilegal un procedimiento paralelo al mecanismo instaurado por el art. 7 TUE; finalmente, consideraban que el Reglamento vulneraba el principio de seguridad jurídica. El TJUE rechazó los argumentos de Hungría y Polonia y confirmó la validez del Reglamento en términos unívocos.

Tanto la sentencia *Repubblika* como las sentencias *Hungría/Parlamento y Consejo* y *Polonia/Parlamento y Consejo* revisten una importancia capital, pues el TJUE sentó las bases de una jurisprudencia audaz que aborda, entre



otros, el valor jurídico y la justiciabilidad de los valores de la UE, la identidad constitucional de la UE y de sus Estados miembros, así como el significado del Estado de Derecho en Derecho de la Unión. No es posible analizar con detalle todos los efectos de esta rica jurisprudencia en el marco de este trabajo; por ello, se centrará en solamente algunas de sus consecuencias, en relación con el dilema de Copenhague. Se analizará entonces cómo el TJUE reconoce una obligación jurídica permanente de los Estados miembros de respetar los valores de la Unión (Sección 2); el corolario de dicha obligación es entonces el correspondiente papel de la UE como guardián de dichos valores (Sección 3).

## 2. UNA OBLIGACIÓN PERMANENTE DE RESPETAR LOS VALORES DE LA UE PARA LOS ESTADOS MIEMBROS

En esta sección, se analizará cómo el TJUE ha terminado deduciendo una obligación jurídica para los Estados miembros de respetar los valores de la Unión de forma permanente gracias al reconocimiento del principio de no-regresión (2.1). Si bien esta jurisprudencia es bienvenida, no deja de plantear interrogantes acerca del ámbito de aplicación concreto del principio de no-regresión en relación con el art. 2 TUE (2.2.).

### 2.1 El principio de no-regresión como solución al dilema de Copenhague

A continuación, se explican brevemente los criterios de Copenhague (2.1.1) para luego analizar cómo el TJUE los ha vinculado con el art. 2 TUE, pasando pues de ser criterios para la adhesión a una obligación jurídica permanente o continua para los Estados miembros (2.1.2).

#### 2.1.1 LOS CRITERIOS DE COPENHAGUE

Originalmente, el único requisito contemplado por el Tratado de la Comunidad Económica Europea para la adhesión era geográfico – ser un estado europeo (art. 237 TCEE) – es decir, lo que se comúnmente se entiende en geografía y geopolítica por Europa. Si bien la ampliación al Sur de Europa incluyó el respeto de la democracia representativa y de los derechos humanos como requisitos esenciales para la adhesión (Consejo Europeo de Copenhague, 1978; Hillion, 2004, pp. 4-5), fue sobre todo la ampliación al Este la que

provocó un cambio sustancial en la definición de los criterios de adhesión. En ocasión de la Cumbre de Copenhague en 1993, los Estados miembros formalizaron tres condiciones –jurídicas, políticas y económicas– conocidas como los criterios de Copenhague<sup>4</sup>. Las condiciones jurídicas requerían aceptar «los fines de la Unión Política, Económica y Monetaria» y la capacidad de aplicar el acervo de la Unión. En cuanto a las condiciones económicas, se referían a la necesidad de disponer de «una economía de mercado en funcionamiento» capaz de hacer frente a «la presión competitiva y a las fuerzas del mercado». A efectos del presente trabajo, resulta de especial interés la inclusión de condiciones políticas, pues se exige que el país candidato tenga instituciones estables capaces de garantizar «la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y la protección de las minorías» (Consejo Europeo de Copenhague, 1993, para. 7. A.iii). Estos criterios fueron consagrados en el art. 49 TUE tras la revisión del Tratado de Ámsterdam y se convirtieron desde entonces en principios constitucionales de la Unión.

En este contexto, la Comisión Europea es la institución encargada de analizar los avances de los países candidatos y, asimismo, se ha convertido en el guardián de los tratados no solo de cara a los Estados miembros, sino también de los países candidatos (Hillion, 2004, p. 13). En efecto, las instituciones europeas deben verificar que los países candidatos respetan y promueven los valores consagrados en el art. 2 TUE. Como es sabido, innumerables instrumentos relacionados con los criterios de Copenhague han sido preparados por la Unión en el contexto de la promoción de las reformas institucionales exigidas, así como de la evaluación de los avances de los sistemas jurídicos, económicos y políticos de los países candidatos. Se estableció entonces un sistema de condicionalidad, según el cual el mayor beneficio derivado de la adhesión – la membresía – estaba explícitamente vinculado al respeto de las condiciones políticas.

Cabe señalar que las condiciones políticas fueron añadidas a los otros criterios de Copenhague precisamente porque el acervo de la Unión no trataba por sí de los valores, puesto que se ve condicionado por el principio de atribución (Leloup, Kochenov y Dimitrovs, 2021). En consecuencia, el ámbito de aplicación de los instrumentos relativos a la política de ampliación va más allá del Derecho de la Unión pues se pretende conseguir una organización compuesta exclusivamente por sistemas democráticos sometidos al Estado de Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales. De esta manera, se puede dar cumplimiento al artículo 10 TUE, que reconoce a los Gobiernos de los Estados miembros su carácter democrático.

---

<sup>4</sup> Sobre la génesis, contenido y evolución de los criterios de Copenhague, véase: HILLION, 2004.

### 2.1.2 EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN EN RELACIÓN CON LOS VALORES DEL ART. 2 TUE

Las derivas iliberales en varios Estados miembros han propiciado un debate acerca de cómo asegurar el respeto de los valores de la UE en Estados miembros, frente a la ausencia de mecanismo satisfactorio contemplado al respecto en los tratados. Una de las vías para ello ha sido aplicar la lógica de los procesos de adhesión a los Estados miembros. Así pues, según Hillion, si el respeto y la promoción de los valores de la UE constituyen elementos esenciales para acceder a la membresía, estos estándares deberían de poder ser usados igualmente para exigir un cumplimiento permanente del art. 2 TUE dentro de la UE, incluso tras la adhesión (2016, pp. 5-6). El TJUE confirmó la validez de este razonamiento en su jurisprudencia reciente. En el asunto *Repubblika*, el TJUE reconoció por primera vez el principio de no regresión en relación con los valores de la UE en los siguientes términos: «un Estado miembro no puede modificar su legislación de modo que dé lugar a una reducción de la protección del valor del Estado de Derecho, valor que se concreta, en particular, en el artículo 19 TUE» (para. 63).

Para llegar a esta conclusión, el razonamiento del Tribunal estableció un vínculo directo entre el artículo 2 del TUE sobre los valores de la UE, aplicable a la UE y a sus Estados miembros, con el artículo 49 sobre los criterios de adhesión aplicable a los países candidatos. Dado que Malta se adhirió a la UE en virtud del artículo 49 del TUE sobre la base de las disposiciones vigentes en ese momento, no puede haber regresión desde ese umbral. En efecto, el art. 49 prevé la posibilidad de que cualquier Estado europeo que respete y promueva los valores reconocidos en el art. 2 TUE pueda adherirse a la UE y establece que los Estados miembros se han comprometido libre y voluntariamente con los valores comunes a los que se refiere el art. 2. Además, la confianza mutua entre los Estados miembros, principio cardinal del ordenamiento jurídico de la UE, se basa en el hecho de que estos Estados comparten un conjunto de valores comunes en los que se basa la Unión. Por tanto, el cumplimiento de los valores reconocidos en el art. 2 TUE, incluido el Estado de Derecho, es una condición para el disfrute de todos los derechos derivados de los tratados, y los Estados no pueden modificar su normativa de manera que produzca una reducción en la protección del valor del Estado de Derecho. Así pues, «los Estados miembros deben velar por evitar, en relación con este valor, cualquier regresión de su legislación en materia de organización de la Administración de Justicia, absteniéndose de adoptar medidas que puedan menoscabar la independencia judicial» (para. 64).

El reconocimiento del principio de no regresión permite entonces aportar una solución frente a los Estados miembros que hayan experimentado un retroceso en cuanto a los valores de la UE y que no hayan expresado su voluntad de retirarse de la UE. Por lo tanto, se abandona explícitamente la presunción<sup>5</sup>, ciertamente ingenua, de que los Estados miembros de la UE respetan los valores de la UE y se reconoce que los mecanismos de condicionalidad establecidos previamente a la adhesión en el ámbito del estado de derecho y la democracia han fracasado o pueden resultar insuficientes a largo plazo.

Es más, el TJUE dedujo del art. 2 TUE «principios que comportan *obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros*», confirmando así lo que venía anunciado parte de la doctrina (especialmente, Scheppele, Kochenov y Grabowska-Moroz, 2020): los valores de la Unión no son meros preceptos morales sino obligaciones jurídicas. Asimismo, respetar el Estado de Derecho es «una obligación de resultado que (...) deriva directamente de los compromisos contraídos por los Estados miembros y frente a la Unión» (Hungría/Parlamento y Consejo, para. 231). De forma todavía más clara, el Tribunal afirmó en el asunto Polonia/Parlamento y Consejo que esta obligación de resultado «deriva directamente (...) de su *pertenencia* a la Unión» (para. 169). Dicho esto, parece que el Tribunal confirma que los valores no gozan de aplicabilidad directa, sino que necesitan normas de concretización para ser aplicables (Hungría/Parlamento y Consejo, paras. 232-233; Platon, 2022, p. 205).

Dicha obligación de resultado es además permanente, pues condiciona en cierta medida el ejercicio de los derechos derivados de la membresía durante y tras el proceso de adhesión. Asimismo, el Tribunal confirmó rotundamente en el asunto Hungría/Parlamento y Consejo que los Estados miembros no pueden ignorar el compromiso expresado en el momento de la adhesión posteriormente a la adhesión, ya que el respeto de los valores consagrados en el art. 2 TUE «no puede reducirse a una obligación que un Estado candidato está obligado a cumplir para adherirse a la Unión y de la que puede exonerarse tras su adhesión» (para. 126). Destacó de forma clara el carácter continuo de esta obligación en el asunto Hungría/Parlamento y Consejo, en los siguientes términos: «Los Estados miembros, aun teniendo identidades nacionales distintas, inherentes a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales, que la Unión respeta, se adhieren a un concepto de «Estado de Derecho» que com-

---

<sup>5</sup> Si bien es cierto que la existencia del mecanismo instaurado por el art. 7 TUE permite rebatir esta presunción, su implementación ha sido infructuosa y puede dar a pensar que no se estableció un mecanismo sólido que permitiera rebatir esta presunción en la práctica de forma efectiva.

parten, como valor común a sus propias tradiciones constitucionales, y que *se han comprometido a respetar de forma continuada*» (para. 234).

Finalmente, resulta interesante cómo el TJUE se sustenta en el principio de coherencia para confirmar que el respeto de los valores de la UE es una obligación transversal (Platon, 2022, p. 205). En efecto, en el asunto Hungría/Parlamento y Consejo, asocia el respeto de los valores del art. 2 TUE al principio de coherencia contemplado en el art. 7 TFUE para confirmar la validez de una condicionalidad comprendida «en el concepto de normas financieras», fundamentada en el Estado de Derecho (para. 128).

En este sentido, el reconocimiento del principio de no regresión en relación con los valores del art. 2 TUE no es más que el reflejo de la relación circular entre el respeto de los valores a nivel interno y externo. Los valores fueron en un primer lugar europeizados, sobre la base de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (Les Verts c. Parlamento Europeo, para. 23; PPU Minister for Justice and Equality), para luego constituir el núcleo de la identidad constitucional europea, que produce efectos tanto en su política interna como en su política exterior. La manifestación actual de dicho proceso es el reconocimiento de los valores de la UE en el artículo 2 TUE, como «valores axiológicos» (Simon, 2008), que otorgan legitimidad a la UE y orientan su acción. En palabras del TJUE en las sentencias sobre el reglamento de condicionalidad, «han sido identificados y son compartidos por los Estados miembros. Definen la propia identidad de la Unión Europea como un ordenamiento jurídico común» (Hungría/Parlamento y Consejo, para. 127; Polonia/Parlamento y Consejo, para. 145). Por tanto, tras su europeización y consagración en el Derecho primario de la UE, los Estados miembros tienen la obligación de respetar dichos valores porque constituyen la identidad de la UE.

Es en este contexto que la UE puede exteriorizar sus valores. Se trata en realidad de un requisito contemplado en el art. 21.1 TUE<sup>6</sup>, que orienta asimismo la acción exterior de la UE. No se pueden aceptar países que menoscaben los valores de la Unión pues ello supondría una alteración de la identidad constitucional europea; asimismo, el principio de coherencia requiere que se proyecten en la política exterior de la UE. En este sentido, la UE ha recurrido a una variedad de instrumentos para promover sus valores en la escena global, incluido el Estado de Derecho. Es así como la política de apoyo de la UE a la

---

<sup>6</sup> «La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional».

Corte Penal Internacional y a la lucha contra la impunidad (Steible, 2018) o la promoción del Derecho Internacional Humanitario (Steible, 2020; Steible, 2019) se enmarcan en la promoción del respeto del Estado de Derecho a nivel internacional.

A su vez, y cerrando el círculo, la externalización de los valores de la UE tiene un impacto en el seno de los Estados miembros de la UE, que siguen sometidos a la obligación de respetarlos. De lo contrario, la UE no estaría en condiciones de exigir el respeto de sus valores a los países candidatos. A modo de ejemplo, la Comisión Europea está solicitando un conjunto de reformas a Ucrania, pero puede que le falte credibilidad si, como está sucediendo, algunos de sus Estados miembros menoscaban de forma sistémica el Estado de Derecho, y las instituciones europeas no reaccionan –o no pueden reaccionar– de forma eficiente.

Por tanto, el reconocimiento del principio de no-regresión en relación con los valores de la Unión es bienvenido, pues establece un *continuum* entre las obligaciones de los países candidatos y aquellas de los Estados miembros. No obstante, no deja de plantear interrogantes acerca de su efectiva implementación, especialmente respecto a su ámbito de aplicación.

## 2.2 Algunas cuestiones pendientes acerca del ámbito de aplicación del principio de no-regresión

Por un lado, uno puede preguntarse cuál es el umbral real que debe de tenerse en cuenta para aplicar el principio de no regresión: ¿el momento en el cual se definieron los criterios de Copenhague, el momento de la adhesión de cada Estado miembro, o algún otro parámetro? Dicha cuestión no parece estar debidamente analizada por el Tribunal a pesar de que plantee dificultades prácticas. En efecto, el principio de igualdad entre Estados soberanos prohíbe evaluar a los Estados miembros de forma discriminatoria. Además, en la práctica, los riesgos de reincidencia en materia de respeto del Estado de Derecho existen en todas partes. En este sentido, el retroceso democrático es un fenómeno contemporáneo global, que también afecta a las democracias liberales consolidadas. De hecho, el propio Tribunal recalcó en el asunto Hungría/Parlamento y Consejo que la identidad constitucional de los Estados no conlleva «en modo alguno que la referida obligación de resultado pueda variar de un Estado miembro a otro» (para. 233).

A la vista de estos elementos, puede resultar paradójico tomar en cuenta el momento de la adhesión de los Estados, pues los Estados que ya formaban parte de las entonces Comunidades Europeas no estaban necesariamente so-

metidos a los mismos criterios que los países candidatos. Sobre este aspecto, Hillion resalta que los criterios de Copenhague parecen dar forma al «Estado miembro modelo», o incluso al «súper Estado miembro», puesto que los entonces Estados miembros no estaban sometidos a varias de las condiciones exigidas en el marco de los criterios de Copenhague en virtud de los tratados europeos (2004, p. 12). A modo de ejemplo, no se han exigido reformas a Francia para poner fin a una de las incongruencias relativas a la composición del Consejo constitucional, como la presencia *de iure* de los antiguos jefes de Estado en su seno, o el hecho de que sea el Presidente de la República quien elige al Presidente del Consejo constitucional. Es posible preguntarse entonces si algunos de los criterios políticos de Copenhague no son más estrictos que aquellos establecidos para los Estados miembros (Hillion, 2004, p. 22).

Por otro lado, si bien las exigencias impuestas a los países candidatos se fundamentaron en criterios armonizados y con pretensión de objetividad, se adaptaron inexorablemente a los países candidatos en cuestión. Por ejemplo, se puede mencionar cómo la obligación de ‘buena vecindad’ se aplicó de forma diferente dependiendo de los Estados en cuestión: se puso de lado en el caso de Chipre mientras se reafirmó rotundamente en relación con los Balcanes; lo mismo ocurrió con la obligación de protección de las minorías, que fue aplicada de forma diferente dependiendo del país candidato en cuestión (Hillion, 2004, p. 18). Estos interrogantes ponen el énfasis en la necesidad de explicitar el contenido y significado de los valores contemplados en el art. 2 TUE, con el fin de utilizar estándares comunes aplicables a todos los Estados miembros.

A pesar de su relevancia constitucional, los tratados aportan poca información en relación con el contenido y el significado de los valores del art. 2 TUE. El proceso de europeización de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros requiere sin embargo proveer los valores de la UE de un significado europeo autónomo, sustentado en un consenso europeo sobre sus características esenciales. El asunto *Repubblica* confirma esta necesidad de definir los valores. En este contexto, si se toma como umbral los criterios de Copenhague de 1993, en cuanto supusieron un momento de reflexión colectivo acerca de la identidad europea y de su contenido, también cabe preguntarse si la definición de los valores de la Unión debería ser estática y ligada a ese momento particular o si debería de ser dinámica. Sobre esta cuestión, el TJUE parece aportar mayores detalles.

En efecto, los valores de la UE, incluido el Estado de Derecho, se han beneficiado de una mayor concreción tanto en relación con los países candidatos como con los Estados miembros. Como reconoció el TJUE en las sentencias sobre el reglamento de condicionalidad, al ser los valores de la Unión

obligaciones jurídicas, es necesario aclarar su contenido en aras de la seguridad jurídica (Hungría/Parlamento y Consejo, para. 223; Polonia/Parlamento y Consejo, para. 319). El primer paso en este sentido se hizo en el ámbito de la política de ampliación de la UE, con el fin de dar cumplimiento a las condiciones establecidas en los criterios de Copenhague. Por consiguiente, las condiciones de acceso a la UE fueron avaladas por los Estados miembros –tanto los países en proceso de adhesión como los Estados miembros existentes– gracias a la articulación de referencias constitucionales e internacionales colectivamente aceptadas (Hillion, 2016, pp. 5-6). Posteriormente, este corpus ha sido enriquecido por la jurisprudencia del TJUE mediante la operacionalización de los valores del art. 2 TUE tanto en relación con los derechos fundamentales, así como en reacción a las derivas iliberales de algunos Estados miembros desde la sentencia *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*.

En relación con el Estado de Derecho concretamente, es cierto que se trata de un concepto que puede sufrir diferentes acepciones dependiendo de las culturas jurídicas, incluso dentro de la UE (Von Bogdandy, 2021, p. 91; Schroeder, 2021, p. 109). No obstante, se está generando un corpus cada vez más completo acerca de su significado en el ordenamiento jurídico de la UE, en el sentido de establecer un denominador común mínimo, unas líneas rojas que no se pueden transgredir. Es así como la Comisión Europea considera que se trata de «un principio consolidado cuyo significado básico está bien definido (...) [y considera que] es el mismo en todos los Estados miembros» (COM(2019) 343 final). Asimismo, el TJUE explicitó en la sentencia *Polonia/Parlamento y Consejo* que los principios del Estado de Derecho se pueden identificar: «[e]stos principios del Estado de Derecho, tal como se han desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la base de los Tratados de la Unión, se encuentran así reconocidos y precisados en el ordenamiento jurídico de la Unión y tienen su origen en valores comunes reconocidos y aplicados también por los Estados miembros en sus propios ordenamientos jurídicos» (para. 291).

En esta línea, el legislador europeo ofreció una definición a efectos internos en el artículo 2(a) del Reglamento de condicionalidad, que se sustenta en gran parte en los estándares europeos establecidos por la Comisión de Venecia<sup>7</sup>. El TJUE advirtió de que no se trata de una definición exhaustiva del Es-

---

<sup>7</sup> «Comprende los principios de legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas; de seguridad jurídica; de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo; de tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a la justicia, por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, también en lo que respecta a los derechos fundamentales; de separación de poderes, y de no discriminación e igualdad ante la ley. El Estado de Derecho se entenderá habida cuenta de los demás valores y principios de la Unión consagrados en el artículo 2 del TUE».



tado de Derecho (Hungría/Parlamento y Consejo, paras. 227 y 242), pues es pertinente únicamente a efectos del Reglamento. La noción de Estado de Derecho es entonces posiblemente más amplia que aquella contenida en el Reglamento (Platon, 2022, p. 207). Aún así, el Tribunal llega a la conclusión de que esta definición, combinada con los considerandos del Reglamento y su jurisprudencia, permite definir con suficiente precisión la noción de Estado de Derecho, su contenido esencial y exigencias (Hungría/Parlamento y Consejo, para. 240). El TJUE establece por tanto cuáles son las líneas rojas, con un umbral mínimo fijado en el momento de la adhesión, dejando pues un margen discrecional que permite variaciones entre los diferentes Estados miembros, de acuerdo con el art. 4.2 TUE sobre la identidad constitucional de los Estados. A este respecto, el TJUE deja claro que los Estados no pueden ampararse en su identidad constitucional nacional para atentar contra la identidad constitucional europea y derogar los mínimos establecidos en el art. 2 TUE (Hungría/Parlamento y Consejo, para. 234).

Finalmente, cabe preguntarse si se podría deducir del asunto *Repubblica* que el TJUE está corrigiendo la incapacidad de la Unión para abordar las violaciones sistémicas de sus valores que quedan fuera del alcance del Derecho de la Unión. Si bien los criterios políticos de Copenhague van más allá del acervo de la Unión, una respuesta positiva a esta pregunta es delicada. En efecto, el TJUE ha recordado en las sentencias sobre el Reglamento de condicionalidad las limitaciones derivadas del principio de atribución al considerar que la UE «debe ser capaz de defender esos valores, dentro de los límites de sus competencias establecidas por los Tratados». Por tanto, parece confirmar la propuesta de Spieker (2019) según la cual el art. 2 TUE solo sirve de salvaguardia mínima en caso de que no se pueda vincular las vulneraciones de los valores de la UE a otras disposiciones de los Tratados, con la diferencia de que el mínimo establecido por el art. 2 TUE tiene un contenido más claro gracias a la aplicación del principio de no-regresión. Parece por tanto que, siempre que sea posible, el TJUE procurará vincular el art. 2 TUE con otras disposiciones de los tratados, especialmente la Carta de los Derechos Fundamentales, para garantizar la mayor protección a los valores de la Unión. En cualquier caso, resulta claro que la jurisprudencia derivada del principio de no-regresión está llamada a ser explicitada para ser aplicable en la práctica.

De poco serviría si se estableciese una obligación permanente tan intensa a los Estados miembros sin mecanismos que garanticen su efectivo cumplimiento. En este sentido, el TJUE reconoció explícitamente en la sentencia sobre el reglamento de condicionalidad el papel fundamental de la UE como

garante de la obligación de respetar el Estado de Derecho u otros valores reconocidos en el art. 2 TUE (Hungría/Parlamento y Consejo, para. 127).

### 3. LA UE COMO GARANTE DE LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE RESPETAR EL ESTADO DE DERECHO

En las sentencias sobre el reglamento de condicionalidad, el TJUE apeló a la identidad constitucional europea, fundamentada en el artículo 2 TUE, para reconocer el deber de las instituciones de «verificar [si los Estados miembros] cumplen las obligaciones de resultado que derivan directamente de su pertenencia a la Unión en virtud del artículo 2 TUE» (Polonia/Parlamento y Consejo, para. 284). En este contexto, se analizará en primer lugar cómo la proclamación de la identidad constitucional europea se traduce en un acervo sólido a favor del reconocimiento del papel proactivo de la UE en la defensa de sus valores (3.1). En un paralelismo con su política exterior y de adhesión, la UE dispone para ello de una panoplia de instrumentos. En este contexto, se ha debatido la oportunidad de condicionar los fondos de la UE al respeto de los valores de la Unión. Es así como el TJUE ha respaldado la validez del reglamento de condicionalidad, como instrumento al servicio de esta defensa (3.2).

#### 3.1 Un acervo sólido a favor del reconocimiento del papel proactivo de la UE

El papel de las instituciones europeas en la defensa del Estado de Derecho a nivel interno no es pacífico, y ha sido contestado por algunos Estados. Es en esta línea que Hungría y Polonia interpusieron sus recursos para refutar la validez del reglamento de condicionalidad. No obstante, los propios Tratados consagraron una serie de disposiciones que han permitido reconocer y legitimar el papel proactivo de la UE en este sentido. Como indica Spieker, los ataques al Estado de Derecho, especialmente a la independencia del poder judicial, en algunos Estados miembros de la Unión han conducido a un cambio fundamental en las relaciones entre la UE y sus Estados (2019, p. 1183): considerando que las constituciones nacionales no siempre pueden cumplir su función de escudo frente a los ataques a los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho, la UE se ha convertido en un actor esencial para su garantía. Por ello, algunos autores hablan de un Solange revertido (Von

Bogdandy et al., 2012; Von Bogdandy, Antpöhler y Ioannidis, 2017). Este papel otorgado a la Unión se ve justificado por varios motivos.

Por un lado, la presencia de un Estado dentro de la UE que menoscabe los valores de la Unión pondría en riesgo la legitimidad del proceso de toma de decisión a nivel europeo y, por ende, de los actos de la Unión. En este contexto, el objetivo inicial y prioritario del mecanismo instaurado por el art. 7 TUE es precisamente proteger el ordenamiento jurídico de la Unión en contra de una «contaminación por parte de un Estado disfuncional» y, de este modo, «garantizar la integridad de los derechos de los ciudadanos de los otros Estados miembros de la UE» (Damjanovski, Hillion y Preshova, 2020, p. 11)<sup>8</sup>.

Por otro lado, la vulneración de los valores de la Unión, y especialmente del Estado de Derecho, menoscaba el ordenamiento jurídico de la UE, fundamentado en los principios de reconocimiento y confianza mutua (Hungría/Parlamento y Consejo, para. 125)<sup>9</sup>. Dichos principios presuponen el respeto de los valores fundamentales de la UE, por lo que su vulneración puede conducir a la alteración del propio sistema jurídico – descentralizado – de la Unión, tal y como se está viendo en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia (Rizcallah, 2019; Steible, 2021).

También se puede mencionar que las instituciones europeas se ven sometidas a la obligación de promover activamente el Estado de Derecho, puesto que los valores consagrados en el art. 2 TUE también constituyen objetivos de la UE según los términos del art. 3.1 TUE. De esta manera, hacer respetar el Estado de Derecho dentro de la UE no es exclusivamente una tarea judicial, sino que debe ser emprendida por todas las instituciones. Como destaca Hillion, al reconocer el Estado de Derecho como un valor fundamental de la Unión (art. 2 TUE), uno de sus objetivos (art. 3 TUE) pero también como la finalidad de su marco institucional (art. 13.1 TUE), el Derecho primario de la Unión establece obligaciones de medios respecto de las instituciones de la Unión (2016, p. 1). En relación con las instituciones europeas, significa que deben ejercer sus competencias de conformidad con el principio de cooperación leal (art. 13.2 TUE) y prestarse asistencia para garantizar el cumplimiento

<sup>8</sup> La traducción es mía.

<sup>9</sup> «Cuando un Estado candidato se convierte en Estado miembro, se integra en una construcción jurídica que se basa en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, los valores comunes que figuran en el artículo 2 TUE, en los que se fundamenta la Unión. Esta premisa forma parte de las características específicas y esenciales del Derecho de la Unión, derivadas de su propia naturaleza, que resultan de la autonomía de que goza dicho Derecho respecto de los Derechos de los Estados miembros y del Derecho internacional. 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».

del mandato de promoción de los valores de la Unión contemplado en el art. 3.2 TUE. Además, la existencia del mecanismo del art. 7 TUE demuestra que las instituciones europeas ostentan responsabilidades concretas para asegurar el respeto permanente del Estado de Derecho en el seno de sus Estados miembros (Damjanovski, Hillion y Preshova, 2020, p. 11).

En esta línea, el TJUE reconoció en términos unívocos un papel militante para las instituciones europeas en la defensa de sus valores en sus sentencias recientes: «Los valores que recoge el artículo 2 TUE han sido identificados por los Estados miembros, que los comparten. Definen la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común. Así pues, la Unión debe estar en condiciones de defenderlos dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados» (Hungría/Parlamento y Consejo, para. 127).

Parece por tanto que la cuestión está zanjada desde la perspectiva del Derecho de la Unión, y las instituciones europeas no pueden ser actores neutrales en caso de deterioro de los valores del art. 2 TUE en alguno de sus Estados miembros. Por consiguiente, como el Derecho de la Unión se ha perfeccionado en el sentido de imponer obligaciones cada vez más concretas de respeto de sus valores a sus Estados miembros, también ha conllevado que el control realizado por las instituciones europeas sea más estrecho, especialmente gracias a la operacionalización de los valores del art. 2 TUE (Schmidt y Bogdanowicz 2018; Spieker, 2019). Es pues en este contexto que se ha desarrollado una política europea sobre el Estado de Derecho (Pech, 2020), que ha permitido la creación de diferentes mecanismos de seguimiento en línea con los estándares del Tribunal de Justicia: Justice Scoreboard, Semestre europeo, o informes anuales sobre el Estado de Derecho (Comisión Europea, 2019). Como indican Damjanovski, Hillion y Preshova, dichas iniciativas son reminiscentes de la práctica de la UE hacia los países candidatos (2020, p. 17). De hecho, los mecanismos de condicionalidad interna también se pueden enmarcar en esta tendencia.

### 3.2 La validez de la condicionalidad interna

La relación circular entre los valores de la UE y su proyección en su acción exterior tiene un impacto sobre la condicionalidad financiera, que se interpreta como una herramienta válida y útil no solo en las relaciones exteriores de la UE, sino también internamente, como sostuvo el Tribunal en las sentencias sobre condicionalidad, en las cuales reconoció que el Estado de Derecho

puede constituir la base de un mecanismo de condicionalidad horizontal fundamentado en el art. 322.1.a) TFUE.

De hecho, si bien los mecanismos de condicionalidad han sido tradicionalmente usados en el marco de la política exterior de la Unión para vincular fondos y/o beneficios al cumplimiento de determinadas condiciones, se está haciendo un uso de estos cada vez más extenso en las políticas internas de la Unión (Baraggia y Bonelli, 2022). Por ejemplo, se ha vinculado informalmente la membresía de Schengen a los avances de Bulgaria y Rumania en el marco del Mecanismo de Cooperación y Verificación; de manera más controvertida, los mecanismos de condicionalidad han sido herramientas fundamentales durante la crisis del Euro (Staudinger, 2022, p. 724; Baraggia & Bonelli, 2022). En este contexto, se discutió la oportunidad de vincular los fondos europeos al respeto de los valores de la Unión (e.g., Halmai, 2018; Fisicaro, 2019).

Es así como la Comisión Europea publicó el 2 de mayo de 2018 una propuesta de Reglamento sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros (COM(2018) 324 final), cuyo objetivo era suspender los fondos estructurales a los Estados miembros que vulneran los principios del Estado de Derecho, y especialmente la independencia del poder judicial. Dicha propuesta fue duramente debatida, y Hungría y Polonia condicionaron su voto a otras políticas esenciales –como el plan de recuperación para Europa– a la no adopción del Reglamento. La presidencia alemana del Consejo negoció entonces una versión más suave del Reglamento, para facilitar su adopción. Ello no fue suficiente, por lo que se siguió un procedimiento al margen del procedimiento legislativo ordinario, pues la adopción del Reglamento fue supeditada a la adopción de conclusiones por parte del Consejo Europeo, en las que la Comisión aceptó esperar hasta que el TJUE se pronunciara acerca de la validez del Reglamento antes de activarlo (Consejo Europeo, 2020).

El mecanismo finalmente instaurado por el ‘Reglamento sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión’ permite que el Consejo, a propuesta de la Comisión, suspenda fondos cuando un Estado menoscaba el Estado de Derecho y dicha vulneración afecta a la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión. Su adopción ha sido criticada por parte de la doctrina (e.g., Scheppele, Pech & Platon, 2020), al no ser un mecanismo que permita sancionar las vulneraciones del Estado de Derecho como tales, sino únicamente cuando dichas vulneraciones menoscaban el presupuesto de la UE de manera suficientemente directa. Es decir, se ha de demostrar la existencia de un vínculo suficientemente directo entre el riesgo de vulnerar la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión y las violacio-

nes del Estado de Derecho en los Estados miembros para que el Reglamento sea aplicable. Se trata entonces de un mecanismo de protección del presupuesto, más que de una condicionalidad como tal (Perego, 2021). No obstante, el razonamiento del TJUE en los asuntos C-156/21, Hungría/Parlamento y Consejo y C-157/21, Polonia/Parlamento y Consejo, de 16 de febrero de 2022 parece avalar este cambio, desde el punto de vista de la legalidad europea. Es cierto que puede resultar frustrante desde una óptica de control efectivo del respeto de los valores de la Unión en el seno de los Estados miembros, pero el criterio del vínculo directo ha permitido validar la base legal escogida y reconocer el Reglamento como instrumento financiero (Bonelli, 2022, p. 522).

Dicho esto, el TJUE parece allanar el camino para otros esquemas de condicionalidad sobre la base de los valores de la UE, siempre que cumplan una serie de condiciones: no puede tener el mismo objeto, la misma finalidad, ni recurrir a medidas idénticas que el procedimiento del art. 7 TUE a través de la intervención de otras instituciones o condiciones materiales y procesales diferentes: «El legislador de la Unión, cuando dispone de una base jurídica a tal efecto, puede establecer, en un acto de Derecho derivado, otros procedimientos relativos a los valores contemplados en el artículo 2 TUE, entre los que figura el Estado de Derecho, siempre que dichos procedimientos se distingan tanto por sus fines como por su objeto del procedimiento del artículo 7 TUE» (Hungría/Parlamento y Consejo, para. 168; Polonia/Parlamento y Consejo, para. 207). En este sentido, Fisicaro (2022) ha demostrado cómo otros fondos europeos, como los fondos estructurales, ya permiten establecer sistemas de condicionalidad en este sentido.

En comparación con la condicionalidad de la crisis del Euro, la característica distintiva de los instrumentos de condicionalidad vinculados a los valores de la UE es que se inclinan hacia una condicionalidad más positiva, para proteger los valores fundacionales de la UE y fomentar la acción de los Estados miembros en este sentido. La condicionalidad sigue sirviendo de nexo entre la solidaridad y la responsabilidad, pero las nuevas formas de condicionalidad equilibran mejor las dos caras de la moneda (Baraggia & Bonelli, 2022). El TJUE así lo reconoció al considerar que «el presupuesto de la Unión es uno de los principales instrumentos que permiten concretar, en las políticas y acciones de la Unión, el principio de solidaridad, mencionado en el artículo 2 TUE, el cual es a su vez uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión» (Hungría/Parlamento y Consejo, para. 129; Polonia/Parlamento y Consejo, para. 147).

#### 4. CONCLUSIONES

La jurisprudencia del TJUE en el asunto *Repubblica* y en relación con el Reglamento de condicionalidad es de especial relevancia constitucional, pues reconoce unas obligaciones paralelas a los Estados miembros y a las instituciones europeas en relación con los valores de la Unión, considerados como formando parte del núcleo de la identidad constitucional europea. Así pues, los Estados miembros están sometidos a obligaciones jurídicas permanentes de respeto del art. 2 TUE, derivadas de su propia membresía, estableciendo pues un *continuum* entre su estatus de país candidato y de Estado miembro. A su vez, las instituciones europeas se erigen en guardianes de estas obligaciones, y deben velar por su cumplimiento.

Estos desarrollos son bienvenidos en un contexto deletéreo de respeto de los aspectos más fundamentales de las democracias liberales. No obstante, si bien el lenguaje utilizado por el TJUE es audaz y se sitúa en el terreno de la identidad constitucional europea, también demuestra las limitaciones de la UE, cuya actuación no puede exceder el marco de los tratados. Como destaca Bonelli, más allá de la retórica, desvela los poderes limitados de la UE para definir, operacionalizar y proteger sus valores, obligando así las instituciones a fundamentarse en medios indirectos para actuar (2022, p. 509). El marco institucional y competencial de la UE no le permite asumir con plenitud esta tarea de salvaguardia de los valores de la UE, al precio de la incoherencia y frustración. Estos elementos apuntan hacia la necesidad de reflexionar acerca de cómo maximizar la operacionalización del art. 2 TUE a través de otras disposiciones de los tratados, y en este sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE tiene un potencial importante. Sin embargo, cuando las autoridades nacionales dejan deliberadamente de actuar conforme a las reglas que establecen el marco común del Derecho de la UE, es preciso recurrir a mecanismos más creativos y, tal vez, contemplar la posibilidad de crear mecanismos de expulsión de los Estados que atentan contra los valores más básicos de las democracias liberales.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARAGGIA, A., & BONELLI, M. (2022). Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges. *German Law Journal*, 23(2), 131–156. <https://doi.org/10.1017/glj.2022.17>

- BLATIÈRE, L. (2019). La protection évolutive de l'État de droit par la Cour de justice de l'Union européenne. *RDLF* 31. <http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-protection-evolutive-de-letat-de-droit-par-la-cour-de-justice-de-lunion-europeenne/#:~:text=Elle%20constitue%20une%20sorte%20de,renforcer%20l'Union%20de%20droit>.
- BONELLI, M. (2022). Constitutional language and constitutional limits: The Court of Justice dismisses the challenges to the budgetary conditionality regulation. *European Papers* 7(2), pp. 507-525.
- BONELLI, M., CLAES, M. (2018). Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary. *European Constitutional Law Review* 14(3): 622-643.
- COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Refuerzo del Estado de Derecho en la Unión. Propuesta de actuación*, COM(2019) 343 final, Bruselas, 17.7.2019. p. 1.
- COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros, COM(2018) 324 final.
- CONSEJO EUROPEO DE COPENHAGUE, Declaración sobre la democracia, 7-8 de abril de 1978.
- Conclusiones de la Presidencia, 21-22 de junio de 1993, SN 180/1/93 REV 1.
- CONSEJO EUROPEO, Conclusiones sobre el marco financiero plurianual y Next Generation EU, la COVID-19, el cambio climático, la seguridad y las relaciones exteriores, 10 y 11 de diciembre de 2020.
- CSAKY, Z. (2021). *Nations in Transit. The Anti-Democratic Turn*. Freedom House. <https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2021/antidemocratic-turn>.
- DAMJANOVSKI, I., HILLION, C., & PRESHOVA, D. (2020). *Uniformity and Differentiation in the Fundamentals of EU Membership: The EU Rule of Law Acquis in the Pre- and Post-accession Contexts*. EU IDEA Research Papers 4.
- FISICARO, M. (2022). Beyond the Rule of Law Conditionality. *European Papers* 7(2), pp. 697-719.
- (2019). Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values. *European Papers* 695 [www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu).
- HALMAI, G. (2018). The Possibility and Desirability of Economic Sanction: Rule of Law Conditionality Requirements Against Illiberal EU Member States. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3126231>
- HILLION, C. (2016). Overseeing the rule of law in the European Union. 17. In *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* editado por Carlos Closa y et al., 105-126, Springer.
- (2004). The Copenhagen Criteria and Their Progeny. In C. Hillion (ed), *EU enlargement*, Hart Publishing, pp. 1-23.
- KELEMEN, D. (2022). «Europe's unused tools: Defending democracy and the rule of law in the EU». *Annual Journal of European Integration (JEI) Lecture*. 11<sup>th</sup> Biennial Conference of the SGEU, Luiss University, 8-10 June 2022.



- LELOUP, M., KOCHENOV, D. & DIMITROVS, A. (2021). *Non-Regression: Opening the Door to Solving the 'Copenhagen Dilemma'? All the Eyes on Case C-896/19 Repubblica v Il-Prim Ministru*. RECONNECT Working Paper (Leuven) No. 15. <https://ssrn.com/abstract=3875749>.
- PECH, L. (2020). «The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox», in *RECONNECT Working Papers*, No. 7 (March), <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2020/03/RECONNECT-WP7-2.pdf>.
- (2022). The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law. *Hague Journal on the Rule of Law*. <https://doi.org/10.1007/s40803-022-00176-8>
- PECH, L., WACHOCIEC P. & MAZUR D. (2021). Poland's Rule of Law Breakdown: a Five-Year Assessment of EU's (In)Action. *Hague Journal on the Rule of Law*, 13, 1-43.
- PECH, L. & PLATON S. (2018). «Rule of Law backsliding in the EU: The Court of Justice to the rescue? Some thoughts on the ECJ ruling in Associação Sindical dos Juízes Portugueses». *EU Law Analysis*. <https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/rule-of-law-backsliding-in-eu-court-of.html>.
- PEREGO, A. (2021). État de droit: le régime de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union – une analyse. *Revue de droit de l'Union européenne* 1, pp. 163-174.
- PLATON, S. (2022). La valeur des valeurs. La confirmation de la validité du mécanisme de conditionnalité « État de droit » par la Cour de Justice de l'Union Européenne. *Cahiers droit européen*, 1, 197-238.
- REDING, V. (2013) Safeguarding the rule of law and solving the «Copenhagen dilemma»: Towards a new EU mechanism, Luxembourg, 22 April 2013, SPEECH/13/348.
- SIMON, D. (2008): «Les fondations: L'Europe modeste?, Le traité de Lisbonne: oui, non, mais à quoi?», *Europe*, n° 7, pp. 24-138.
- SCHEPPELE, K. L., KOCHENOV, D., & GRABOWSKA-MOROZ, B. (2020). EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union. *Yearbook of European Law* 39, 3–121.
- SCHEPPELE, K. L., PECH, L. & PLATON, S. (2020). Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law. *VerfBlog*, 2020/12/13, <https://verfassungsblog.de/compromising-the-rule-of-law-while-compromising-on-the-rule-of-law/>, DOI: 10.17176/20201214-060045-0.
- SCHROEDER, W. (2021). The Rule of Law as a Value in the Sense of Article 2 TEU: What Does It Mean and Imply?. A. von Bogdandy et al, *Defending Checks and Balances in EU Member States* (p.105-126). Springer.
- SCHMIDT, M. & BOGDANOWICZ, P. (2018). The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis: How to Make Effective Use of Article 258 TFEU. *Common Market Law Review*, 55(4), 1061-1100.
- STAUDINGER, E. (2022). The Rise and Fall of Rule of Law Conditionality. *European Papers*, 7(2), 721-737.

- STEIBLE, B. (2018). EU support to domestic prosecution of violations of International Humanitarian Law. *UNIO – EU Law Journal*, 4(1), 51–66. <https://doi.org/10.21814/unio.4.1.6>
- (2019). Externalizing EU values: The case of International Humanitarian Law. J. Baigorri y J. Elvert, *Paz y valores europeos como posible modelo de integración y progreso en un mundo global Peace and European values as a potential model for integration and progress in a global world* (p. 77-97), Peter Lang.
- (2020). *Ensuring compliance with International Humanitarian Law: The EU, France, and Spain*. Universidad Pública de Navarra / Nafarroako Unibertsitate Publikoa. <https://doi.org/10.48035/978-84-9769-359-2>.
- (2021), «Tribunal de justicia de la unión, tribunales nacionales y salvaguardia del estado de derecho en la UE», *Revista de derecho constitucional europeo* (35). [https://www.ugr.es/~redce/REDCE35/articulos/10\\_STEIBLE.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE35/articulos/10_STEIBLE.htm)
- SPIEKER, L. D. (2019). Breathing Life into the Union’s Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis. *German Law Journal*, 20(8), 1182–1213. <https://doi.org/10.1017/glj.2019.84>.
- VON BOGDANDY, A., ANTPÖHLER, C. & IOANNIDIS, M. (2016). Protecting EU values – Reverse Solange and the rule of law framework.. In A. Jakab (ed.), D. Kochenov (ed.) *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance* (p. 218-233), Oxford.
- VON BOGDANDY, A., Bogdanowicz P., Canor, I., Grabenwarter, C., Taborowski, M., & Schmidt, M. (eds.). (2021). *Defending Checks and Balances in EU Member States* (Vol. 5). Springer. [https://brill.com/abstract/journals/mpyo/5/1/article-p751\\_22.xml](https://brill.com/abstract/journals/mpyo/5/1/article-p751_22.xml).

## ANEXO DE JURISPRUDENCIA Y NORMATIVA

- STJUE, asunto C-896/19, Repubblica/II-Prim Ministru, 20 de abril de 2021, ECLI: EU: C:2021:311.
- STJUE, asunto C-156/21, Hungría/Parlamento y Consejo, 16 de febrero de 2022, ECLI: EU: C:2022:97.
- STJUE, asunto C-157/21, Polonia/Parlamento y Consejo, 16 de febrero de 2022, ECLI: EU: C:2022:98.
- STJUE, asunto C-216/118, PPU – Minister for Justice and Equality, 25 de julio de 2018, ECLI: EU: C:2018:586.
- STJUE, asunto C-64/17, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, ECLI: EU: C:2018:117.
- STJUE, asunto C-294/83, Les Verts c. Parlamento, 23 de abril de 1986, ECLI: EU: C:1986:166.
- 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, OJ L 433I, 22.12.2020, p. 1–10.

# **ESTADO DE DERECHO Y CONDICIONALIDAD FINANCIERA. UN ENFOQUE CRÍTICO SOBRE EL FUTURO DE LA UNIÓN EUROPEA**

CARLO ALBERTO CIARALLI

*Universidad «G. d'Annunzio» de Chieti-Pescara*

SUMARIO: 1. *El contexto de emergencia: un marco problemático.*–2. *La condicionalidad financiera como «medio de presión» para proteger el Estado de Derecho.*–3. *Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre el Reglamento 2020/2092.*–4. *Consideraciones finales.*

## **1. EL CONTEXTO DE EMERGENCIA: UN MARCO PROBLEMÁTICO**

El mundo contemporáneo, con una fuerza cada vez mayor, se caracteriza por la presencia, en la vida social, institucional, cultural y política, de «circunstancias de crisis» que inducen un ulterior análisis sobre el papel del derecho y del «político» en el escenario global presente. Observando con más atención, la «circunstancias de crisis» (de naturaleza sistémica o, en otro sentido, extemporáneas), identifican el mismo papel de las instituciones, nacionales y europeas, en la capacidad de construir relaciones, especialmente con referencia a la capacidad «regenerativa» de la esfera social y pública en condiciones y circunstancias que puedan condicionar y afectar las decisiones estratégicas y, al mismo tiempo, contingentes del sector público.

En primer lugar, al menos en tiempos recientes, la crisis económica y financiera del 2007, empezada en los Estados Unidos como crisis de la deuda privada y «trasladada» a Europa como crisis de la deuda soberana de algunos

Estados Miembros de la Unión europea<sup>1</sup> (en particular, los conocidos con el acrónimo PIIGS<sup>2</sup>), ha implicado una «prueba de resistencia» de tamaño formidable, idónea para replantear el marco financiero global y, además, el delicado papel que las instituciones públicas deberían desarrollar en el mundo de las relaciones privadas, con especial referencia a la cuestión de la *gobernanza financiera multinivel*<sup>3</sup>.

Además, la «cuestión migratoria», referida en particular a los Estados Miembros de la frontera meridional de la Unión europea (sobre todos, Italia y Grecia) ha intensificado aún más el debate sobre la «sostenibilidad» del modelo de desarrollo económico y social dominante, frente a una gobernanza de las migraciones desorganizada y no homogénea en el ámbito continental. Al mismo tiempo, la emergencia ocasionada por la guerra entre Ucrania y Federación rusa en la frontera oriental de la UE y las conectadas crisis energética y financiera, inducidas por dicho conflicto armado, necesita la implementación de planes de recuperación social y económica, desarrollados por parte de las instituciones europeas y nacionales, de acuerdo con su función protectora de los grupos de población más débiles. En este sentido, las acciones de las instituciones públicas tienen también el objetivo de evitar que las fluctuaciones de los precios de los bienes energéticos y de primera necesidad puedan producir pobreza y descontento en las sociedades europeas.

Asimismo, la angustiosa experiencia colectiva de los últimos años, como consecuencia de la pandemia Covid-19, ha implicado la exigencia, percibida por la mayor parte de la sociedad y de las instituciones, de una nueva ponderación del papel del «político» y de la «política» en el mundo contemporáneo, así como de su relación, a menudo conflictiva, con el mercado<sup>4</sup>. La pandemia, en particular, ha supuesto la necesidad de implementar medidas substanciales de ayuda a la economía productiva, las cuales han puesto de manifiesto la capacidad de la esfera pública de activar planes de emergencia en situaciones inesperadas, contribuyendo al intento de reequilibrar la dinámica ondulatoria (a veces especulativa) de los mercados financieros globales<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> La literatura científica sobre la crisis económica y financiera y sus repercusiones en la esfera pública ha sido extremadamente amplia. Véanse, entre otros, KRUGMAN (2009); ONADO (2009); POSNER (2010); RUOTOLO (2012); STIGLITZ (2013) LOSURDO (2014); PINZANI (2017).

<sup>2</sup> Portugal, Irlanda, Italia, Grecia, España.

<sup>3</sup> Sobre esta temática se vean, en particular, D'ATENA (2007); TEUBNER (2012); DI PLINIO (2012); RAFFIOTTA (2013); MOSTACCI (2013); CANTARO (2018); MICCÙ (2019).

<sup>4</sup> En este sentido, se vean, entre otros, los análisis de DI PLINIO (2005) y BENVENUTI (2018).

<sup>5</sup> Sobre esta temática se vean, en particular, BILANCIA (2021); BUZZACCHI (2020); BERGONZINI (2020); MARCHESE (2021); VISCONTI (2021, espec. 249 ss.).

En este sentido, varios programas de intervención pública en relevantes sectores de la vida económica de la Unión europea han sido previstos e implementados<sup>6</sup>, los cuales tienen el reto de ir más allá de la mera asistencia financiera, intentando desplazar el centro de gravedad también hacia la afirmación de la Unión europea como espacio de garantía y de libertad<sup>7</sup>. En particular, se han desarrollado medidas de apoyo a la economía productiva y a los ciudadanos, que se relacionan con la capacidad de intervención de la esfera pública en circunstancias de emergencia, durante un período de tiempo definido y en el marco de las restricciones financieras comunes (aunque suspendidas temporalmente), contribuyendo a reequilibrar la dinámica oscilante (*rectius*: especulativa) de los mercados financieros globales<sup>8</sup>.

Como es bien conocido, los planes de intervención más relevantes se refieren al programa *Next Generation EU*<sup>9</sup>, el Reglamento sobre el *Recovery and Resilience Facility*<sup>10</sup>, y los programas SURE<sup>11</sup> y REACT-EU<sup>12</sup>. Estas medidas económicas podrían constituir los mecanismos adecuados para una recuperación económica y social armoniosa, sostenible, inclusiva y rápida de los Estados Miembros y, por consiguiente, de toda la zona europea. Especialmente en un momento histórico caracterizado por incertidumbres, complejidad y dina-

<sup>6</sup> En este sentido, se vean BILANCIA (2022).

<sup>7</sup> En particular, en la opinión de MANGIAMELI (2021, 579), el NGEU «non sarebbe da considerare solo come un piano economico, ma come un progetto con un significato politico molto importante, poiché si impegnerebbe anche per una ripresa basata sui valori dell'UE e sui diritti fondamentali, compresi i diritti sociali, e per garantire una presenza più forte dell'Europa nel mondo».

<sup>8</sup> Entre otros, véanse la Comunicación de la Comisión europea, de 20 de marzo 2020, «Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19», COM 2020/C 91 I/01, mediante la cual se han autorizado a los Estados Miembros la adopción de medidas de ayuda a la economía, derogando así las normas ordinarias sobre ayudas estatales. Medida progresivamente extendida a través de las Comunicaciones C(2020) 2215 *final*, de 3 de abril de 2020; C(2020) 164/03, de 13 de mayo de 2020; 2020/C 218/03, de 2 de julio de 2020; 2020/C 340 I/01, de 13 de octubre de 2020, 2021/C 34/06, de 1 de febrero de 2021. Además, destacan la Comunicación de la Comisión de 13 de marzo de 2020 «Respuesta económica coordinada al brote de COVID-19», COM(2020) 112 *final*, y la Comunicación de la Comisión al Consejo «relativa a la activación de la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento», COM(2020) 123 *final*, a través de la cual se prevé la activación de la cláusula general de salvaguardia del pacto de estabilidad y crecimiento (c.d. *general escape clause*). Al mismo tiempo, la Comunicación de la Comisión de 2 de junio de 2021 «Coordinación de las políticas económicas en 2021: superar la COVID-19, apoyar la recuperación y modernizar nuestra economía», COM (2021) 500 *final*, ha extendido la vigencia de la cláusula general de salvaguardia hasta finales del año 2022, previendo el desmantelamiento para el año 2023.

<sup>9</sup> 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».

<sup>10</sup> Reglamento (UE) 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».

<sup>11</sup> *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*, a través del Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo, de 19 de mayo de 2020.

<sup>12</sup> Reglamento (UE) 2020/2221, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de diciembre de 2020.

mismo, el presupuesto plurianual europeo constituye un elemento determinante para la edificación de un futuro común europeo, fundado en la solidaridad, unidad, sostenibilidad e inclusión cultural y social <sup>13</sup>.

El nuevo rumbo europeo, basado en pilares estructurales para el futuro de la Unión (el crecimiento económico sostenible, el respeto por el medio ambiente, la perspectiva de la neutralidad en carbono, la digitalización y la plena consecución de la igualdad de género) necesita, propiamente, de una construcción financiera común sólida, que implique no solo alcanzar e implementar los objetivos estructurales, sino que dichos objetivos se logren de la manera más armoniosa y homogénea posible en todo el perímetro geográfico de la Unión. Al mismo tiempo, la aprobación de la nueva programación financiera europea no encontró un clima generalizado de armonía, entre otras razones, por la fractura producida entre las Instituciones y algunos Estados Miembros de la Unión (Polonia y Hungría), inherente al plan de acción continental común para defender a las economías europeas tras la catástrofe sanitaria y económica que ha supuesto la pandemia de la Covid-19 <sup>14</sup>.

## 2. LA CONDICIONALIDAD FINANCIERA COMO «MEDIO DE PRESIÓN» PARA PROTEGER EL ESTADO DE DERECHO

La necesidad de garantizar el respeto a los principios del Estado de Derecho mediante su vinculación a la subvención de fondos europeos no es, tras una inspección más profunda, una propuesta realmente original, pudiendo («idealmente») observar la «génesis» del enfoque que vincula el cumplimiento de los principios fundacionales de la Unión a la disponibilidad financiera, a una propuesta de Reglamento de 2018, presentada por la Comisión europea al Parlamento europeo y al Consejo, sobre la «protección del presupuesto de la UE frente a las ‘deficiencias generalizadas’ en la protección de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros» <sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Para una reconstrucción histórica, en clave crítica, del sistema financiero común a los Estados Miembros, véanse, para todos, MULAZZANI, GORI (2003); PARAMITHIOTTI, ZATTI (2015); SOMMA (2018); COSTANZO, MEZZETTI, RUGGERI (2022, spec. 89 ss., 196 ss., 206 ss.).

<sup>14</sup> En particular, el conflicto se centró en la constricción (condicionalidad) del cumplimiento de los principios constitucionales comunes, así como de los valores que fundamentan la garantía del Estado de Derecho, a cambio del acceso a las ayudas económicas proporcionadas por el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

<sup>15</sup> V. COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, «sobre la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros», Bruselas, 2.5.2018, COM(2018) 324 final, 2018/0136 (COD). Para un comentario sobre la propuesta de Reglamento, se vean GIOIA (2021); BARAGGIA, BONELLI (2022).

Sin embargo, la contingencia que determinó la propuesta de reglamento de 2018 no fue la relativa, por razones temporales, a la recuperación y regeneración financiera de las economías continentales tras la pandemia o, mirando tiempos aún menos recientes, a contrarrestar los efectos de la crisis económica y financiera, sino que se deriva de la creciente preocupación por ciertas reformas estructurales, vinculadas a la organización institucional de algunos Estados Miembros, que se habían percibido como instrumentos capaces de debilitar los principios estructurales comunes que subyacen a la pertenencia a la Unión Europea y las realidades nacionales. En cualquier caso, la centralidad de los principios que subyacen al Estado de Derecho y la necesidad de proteger el marco global de garantías y derechos vinculados, conducen al necesario reconocimiento de que el espacio jurídico europeo estructuralmente se construye sobre la progresiva y amplia garantía del cumplimiento de las normas y principios consagrados en los Tratados y salvaguardada (también) por la actividad del Tribunal de Justicia de la UE <sup>16</sup>.

Al mismo tiempo, la necesidad de «delimitar» con precisión el concepto de «Estado de Derecho», impulsó a la Comisión Europea, en la importante Comunicación «Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho» <sup>17</sup>, a indicar de manera clara que el Estado de Derecho se erige como la «la columna vertebral de toda democracia constitucional moderna. Es uno de los principios fundamentales que se derivan de las tradiciones constitucionales comunes a todos los Estados Miembros de la UE y, como tal, uno de los principales valores en que se basa la Unión» <sup>18</sup>. De hecho, sobre la «finalidad clarificadora» inherente a las Comunicaciones de la Comisión Europea, una doctrina atenta no ha dejado de subrayar que el «carácter típico» de las Comunicaciones tendría que ser, en esencia, el de aclarar el estado de la disciplina, dándole unidad y coherencia mediante la elaboración y especificación de un dato normativo demasiado incompleto, fragmentado y confuso para poder re-

<sup>16</sup> En particular, TJCE, de 12 de noviembre de 1981, Asuntos acumulados C-212/80 e C-217/80, *Amministrazione delle finanze dello Stato vs. Srl Meridionale Industria Salumi e altri – Ditta Italo Orlandi & Figlio e Ditta Vincenzo Divella vs. Amministrazione delle finanze dello Stato*; TJCE, de 21 de septiembre de 1989, Asuntos acumulados C-46/87 e C-227/88, *Hoechst AG vs. Comisión europea*; TJUE, de 22 de diciembre de 2010, C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH vs. Bundesrepublik Deutschland*; TJUE, de 29 de abril de 2004, C-496/99, *CAS Succhi di Frutta vs Comisión europea*; TJUE, de 10 de noviembre de 2016, C-477/16, *Ruslanas Kovalkovas vs. Rechtbank Amsterdam*; TJUE, de 10 de noviembre de 2016, C-452/16, *Krzysztof Marek Poltorak vs. Rechtbank Amsterdam*; TJUE, de 27 de febrero de 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses vs. Tribunal de Contas*; TJUE, de 25 de julio de 2018, C-216/18, *L. M. vs High Court* (Irlanda).

<sup>17</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, «Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho», Estrasburgo, 11.3.2014, COM(2014) 158 final.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 2.

presentar un parámetro adecuado para conformar el comportamiento de los ciudadanos, las empresas y los Estados Miembros <sup>19</sup>.

Por otra parte, a través de la Comunicación «Refuerzo del Estado de Derecho en la Unión – Propuesta de actuación» <sup>20</sup>, la Comisión europea ha destacado ulteriormente que la aplicación de los principios del Estado de Derecho, especialmente por parte de los Estados Miembros, implica que «todos los poderes públicos actúan siempre dentro de los límites fijados por la ley, de conformidad con los valores de la democracia y los derechos fundamentales, y bajo el control de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales» <sup>21</sup>, teniendo también debidamente en cuenta la circunstancia para la cual el cumplimiento de los principios del Estado de Derecho constituye la «condición previa para garantizar la igualdad de trato ante la Ley y la defensa de los derechos individuales, evitar los abusos de poder por parte de las autoridades públicas y exigir responsabilidades a los responsables políticos» <sup>22</sup>.

Además, con referencia al enfoque de las Instituciones europeas, el Reglamento 2020/2092 <sup>23</sup>, inherente al régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, constituye un punto fundamental en la relación entre la protección del presupuesto común europeo y la condicionalidad vinculada a la garantía del respeto a los principios del Estado de Derecho, en la medida en que estos principios forman parte de los pilares legales y de valores del espacio jurídico europeo <sup>24</sup>.

El Reglamento 2020/2092, en esencia, establece condiciones, casos y formas, a través de un sistema globalmente meticuloso, por el cual se pueden activar los procedimientos para proteger el presupuesto de la Unión europea, en caso de que se identifiquen circunstancias o se analicen medidas nacionales que afectan o puedan amenazar «la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo» <sup>25</sup>. Este mecanismo, lejos de poder configurar un instrumento «alternativo» a los procedimientos establecidos por los Tratados,

<sup>19</sup> Se vea, en italiano, BILANCIA (1999, 226).

<sup>20</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones, «Refuerzo del Estado de Derecho en la Unión – Propuesta de actuación», Bruselas, 17.7.2019, COM(2019) 343 final.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> 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».

<sup>24</sup> Sobre este tema, se vea, en particular, DI GREGORIO (2022).

<sup>25</sup> Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092, art. 4, par. 1.



sólo debe activarse cuando no existan instrumentos, ya presentes en el marco legal europeo, adecuados para alcanzar el mismo resultado.

La principal novedad del Reglamento 2020/2092 es la «separación» parcial del principio de condicionalidad financiera respecto a los «valores» y «principios» sobre la que se articula la construcción europea, en favor de un mecanismo funcional para la protección del presupuesto común, imaginado como sustrato necesario y básico para el desarrollo y la implementación de las políticas de las Instituciones, así como, en retrospectiva, un instrumento positivo hacia los Estados Miembros virtuosos y, por el contrario, «punitivo» hacia los Estados Miembros más refractarios al cumplimiento de los principios definidos por los Tratados<sup>26</sup>.

En este sentido, puede argumentarse que el sistema de condicionalidad se ha convertido, en el marco legal europeo, en un verdadero «principio estructural»<sup>27</sup>, en función del cual el acceso a los beneficios económicos se correlaciona con el cumplimiento de ciertos principios o con la implementación, a nivel nacional, de «reformas estructurales» (de carácter «político», administrativo o financiero) profundas e incisivas, que derivan en el pago del beneficio financiero<sup>28</sup>. Asimismo, el sistema de condicionalidad, pensado como un dispositivo adecuado para reformar condiciones financieras y presupuestarias que no son particularmente sólidas, puede sin duda criticarse en ciertos aspectos<sup>29</sup>, en particular en términos de coordinación de las políticas económicas comunes y, además, de la conciliación del principio de solidaridad entre los Estados Miembros con la protección del presupuesto común y de los de cada realidad a nivel nacional.

Esencialmente, la condicionalidad se produce bajo una condición de apoyo de carácter necesario, provocada por circunstancias de hecho (de carácter vinculante o a largo plazo), derivadas de perturbaciones financieras, sanitarias o de otro tipo, a las que la entidad nacional no puede hacer frente con sus propios recursos. De esta manera, el Estado miembro recurre a fuentes adicionales de financiación (deuda adicional), de origen «externo», ligadas, por supuesto, a la implementación o elaboración de planes de intervención «acordados» con proveedores de fondos internacionales, así como a «reformas estructurales» dentro del marco de referencia nacional.

---

<sup>26</sup> En este sentido, se vea la análisis de GUAZZAROTTI (2022, 28), a juicio del cual «lo strumento della condizionalità, dapprima maneggiato dalle Istituzioni europee al fine di indurre gli Stati membri 'debitori' a introiettare la filosofia dell'austerità di ispirazione ordoliberalista, ha poi trovato una sua collocazione in un ambiente apparentemente assai più favorevole agli Stati membri, soprattutto ai Paesi 'debitori', quale quello delle risposte solidali alla crisi pandemica scoppiata nella primavera del 2020».

<sup>27</sup> En este sentido, se vean BARAGGIA (2017 y PINELLI (2019).

<sup>28</sup> Sobre este tema, se vea LOSURDO (2020, spec. 358-359).

<sup>29</sup> A este respecto, se vea SALMONI (2021b).

Los beneficiarios de los recursos económicos también Estarían sujetos a la «responsabilidad» del organismo público ante los mercados financieros, puesto que el cumplimiento de los «requisitos condicionales» actuaría como requisito previo necesario con el fin de aislar las responsabilidades del Estado endeudado de las de los mercados financieros en los procesos especulativos<sup>30</sup>. En paralelo, con especial referencia a la connotación «política» del sistema de condicionalidad como factor omnipresente e incidente en la dinámica interna de los Estados Miembros, se ha destacado la circunstancia por la cual el principio de condicionalidad constituirían restricciones externas, pero en su sentido más negativo, ya que representarían una coerción para implementar indicaciones supranacionales e internacionales a cambio de la ayuda financiera otorgada a países que, de lo contrario, casi con certeza, incumplirían<sup>31</sup>.

Aunque parcialmente ajeno al núcleo de estas reflexiones, parece necesario destacar cómo la relación entre «Estado y mercado», en particular en los últimos cuarenta años, ha sufrido una profunda distorsión (*rectius*: distorsión), evolucionando paulatinamente hacia una forma de «subordinación» de la esfera pública frente a la privada, especialmente en lo que se refiere a la cuestión de la «financiación privada» de la deuda pública nacional. Dicha financiación, sin embargo, a medida que aumenta la exposición financiera amplifica directamente la subordinación de la esfera pública a los mercados. Por tanto, en un análisis amplio, ciertas decisiones públicas de carácter estratégico requieren, como es bien sabido, la «aprobación» de los operadores financieros; de lo contrario, existe un riesgo real de que los inversores consideren a la entidad pública «poco fiable», interrumpiendo el flujo de inversión o, peor aún, «apostando» por su quiebra.

Sin embargo, volviendo al tema de la condicionalidad interna en la esfera pública, un discurso parcialmente diferente se refiere a la condicionalidad inherente a la aprobación e implementación de los planes nacionales de recuperación económica, en el marco general definido a nivel europeo por el programa NGEU y por los actos relacionados. En este sentido, aunque el plan continental de recuperación financiera no impone las obligaciones tradicionales hacia los Estados Miembros, estos están obligados, en cuanto a la utilización de los recursos, a cumplir algunos «objetivos generales», bajo una supervisión constante de la Comisión europea<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> BILANCIA (2021, 56), «isolare le responsabilità dello Stato indebitato da quelle dei mercati finanziari nei processi speculativi».

<sup>31</sup> SALMONI (2021a, 77), «le condizionalità sono vincoli esterni, ma nella loro accezione più negativa, in quanto rappresentano una coercizione ad attuare i dettami sovranazionali e internazionali in cambio di aiuti finanziari erogati a Paesi che altrimenti, quasi certamente, andrebbero in *default*».

<sup>32</sup> Se vea, en este sentido, el análisis de LOSANA (2022).

Más allá de los factores puramente «técnicos», relativos a una relación directa entre el cumplimiento de parámetros y reglas definidos y la «contrapartida económica», inherente a la prestación de apoyo financiero, existiría un mecanismo de profunda «injerencia» (o, si se prefiere, «hetero-dirección») del ámbito supranacional sobre el marco nacional. Esto puede ser criticado, al supeditar la concesión de apoyos económicos a la pronta aplicación de disposiciones predefinidas en «otros lugares», distintos de los democráticamente delegados a nivel nacional.

Al mismo tiempo, existe una circunstancia objetiva por la cual la concesión de la ayuda económica, lejos de ser un apoyo financiero espontáneo y desinteresado, representa, en esencia, una responsabilidad fundamental por parte del prestamista, el cual, ante el apoyo ofrecido, considera necesario garantizar su apoyo financiero a través de la aplicación o introducción de formales reglas y principios. Así las normas jurídicas, principios legales y reformas estructurales que deben aparecer como instrumentos funcionales para que el beneficiario pueda garantizar la devolución del préstamo. La extensión del mecanismo de condicionalidad desde el mero ámbito del apoyo financiero hacia una vía que vincula la protección del presupuesto de la Unión vinculada al cumplimiento de los principios que inspiran el Estado de Derecho implica ineluctablemente la ampliación del área de «control» o, de otra manera, de la «ubicación» de los controles sobre el cumplimiento de uno de los requisitos fundamentales para la participación en la Unión Europea por parte de un Estado Miembro<sup>33</sup>.

En este sentido, el Estado de Derecho, desarrollado inicialmente como un «principio fundamental» de acceso y permanencia en la Unión europea, se convierte en un «principio dinámico de estructura», entendiendo con esta definición la capacidad, por parte de las instituciones, de utilizar los principios del Estado de Derecho para salvaguardar la buena gestión de los fondos derivados de los programas nacionales de recuperación, así como el presupuesto común europeo con respecto a las restricciones financieras. Desde esta perspectiva, las dinámicas institucionales parecerían encaminarse hacia una unión cada vez más conforme a principios y valores de carácter indisoluble, que involucran tanto la esfera de valores como la financiera, abriendo así las puertas a un hipotético «momento federativo» de la Unión europea, y evolucionando así, de forma definitiva, en la dirección de la construcción de un único estado federal europeo.

---

<sup>33</sup> Sobre este tema, en particular, véase BARAGGIA (2020).

### 3 LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL REGLAMENTO 2020/2092

Desde una perspectiva de investigación densa de perfiles problemáticos, se destacan rotundamente las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre el Reglamento 2020/2092 (C-156/21<sup>34</sup> e C-157/21<sup>35</sup>), a través de las cuales el TJUE, al rechazar en su totalidad los recursos interpuestos por Hungría y Polonia, corroboraron el cumplimiento de las disposiciones incluidas en los Tratados por parte del Reglamento 2020/2092, destacando así la legitimidad de la disposición al reconocer una «conexión funcional» entre la salvaguardia del presupuesto de la Unión y el cumplimiento de las reglas sobre el Estado de Derecho de los Estados Miembros<sup>36</sup>.

En particular, el TJUE ha confirmado la validez de la base jurídica por la cual se adoptó el Reglamento 2020/2092<sup>37</sup>, afirmando además que, en un marco general que se conforma con los principios del Estado de Derecho, las normas establecidas en el Reglamento están destinadas a proteger los intereses financieros y el presupuesto de la Unión «frente a los perjuicios ocasionados a este como resultado, de un modo suficientemente directo, de la vulneración de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros, y no en sancionar tal vulneración *per se*»<sup>38</sup>.

El Juez de Luxemburgo negó que hubiera habido elusión de lo dispuesto en el art. 7 del TUE, ya que, en primera instancia, «el legislador de la Unión, cuando dispone de una base jurídica a tal efecto, puede establecer, en un acto de Derecho derivado, otros procedimientos relativos a los valores contemplados en el artículo 2 TUE, entre los que figura el Estado de Derecho, siempre que dichos procedimientos se distingan tanto por sus fines como por su objeto del procedimiento del artículo 7 TUE»<sup>39</sup>; además, esta última disposición tendría una finalidad diferente a la del Reglamento 2020/2092, que, por el contrario, persigue garantizar la «protección del presupuesto de la Unión en caso de vulneración de

<sup>34</sup> TJUE, de 16 de febrero de 2022, C-156/21, *Hungría vs. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*.

<sup>35</sup> TJUE, de 16 de febrero de 2022, C-157/21, *República de Polonia vs. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*.

<sup>36</sup> Véanse los comentarios a las sentencias de SCHEPPELE (2022); PECH (2022); SALMONI (2022); SACHETTI (2022); MORI (2022).

<sup>37</sup> El artículo 322, par. 1, letra a), del TFUE atribuye al Parlamento europeo y al Consejo la competencia para adoptar normas jurídicas, en particular Reglamentos, referidos a las «normas financieras por las que se determinarán, en particular, las modalidades de establecimiento y ejecución del presupuesto, así como las referentes a la rendición y censura de cuentas».

<sup>38</sup> TJUE, C-157/21, par. 137.

<sup>39</sup> TJUE, C-156/21, par. 168; al mismo tiempo, TJUE, C-157/21, par. 207.

los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros y no sancionar, a través del presupuesto de la Unión, la vulneración de dichos principios»<sup>40</sup>.

Además, el Tribunal de Justicia UE desestimó los argumentos presentados por Hungría y Polonia sobre una posible vulneración, por parte de la disposición europea, del principio de seguridad jurídica, especialmente habida cuenta que, en opinión de los demandantes, el Reglamento no destacaba claramente «las exigencias a las que los Estados miembros deben conformarse para poder conservar la financiación con cargo al presupuesto de la Unión que se les ha concedido y que dicho Reglamento confiere a la Comisión y al Consejo una facultad de apreciación demasiado amplia»<sup>41</sup>. En este sentido, el TJUE destacó la circunstancia por la cual el otorgamiento de un poder discrecional a las instituciones, mediante un acto legislativo, «no infringe en sí mismo la exigencia de previsibilidad, siempre que el alcance y la forma de ejercicio de dicha facultad se definan con la suficiente claridad, a la vista del fin legítimo en cuestión, para proporcionar una protección adecuada contra la arbitrariedad»<sup>42</sup>.

En segundo lugar, a juicio del TJUE, la referencia al Estado de Derecho contenida en el Reglamento 2020/2092 remite necesariamente a un acto de particular importancia, el Documento de 18 de marzo de 2016 elaborado por la Comisión de Venecia<sup>43</sup>, con una indicación meticulosa de los criterios en los que se basan las normas relativas al Estado de Derecho; de modo que, en esencia, «la noción de ‘Estado de Derecho’ requiere un sistema de certeza y previsibilidad jurídica, donde todos tienen el derecho de ser tratados por los órganos decisores con dignidad, igualdad y racionalidad en armonía con el ordenamiento jurídico, y de tener la oportunidad de impugnar las decisiones ante tribunales independientes e imparciales a través de un proceso justo»<sup>44</sup>.

En consecuencia, el cumplimiento de los principios del Estado de Derecho, por parte de los Estados Miembros, constituiría el prerequisite para disfrutar de los derechos derivados de los Tratados, con la consecuente legitimidad del mecanismo que tutela el presupuesto, principal instrumento para concretizar las políticas comunes<sup>45</sup>, hablándose, en este sentido, de una «con-

<sup>40</sup> TJUE, C-157/21, par. 210.

<sup>41</sup> TJUE, C-157/21, par. 311.

<sup>42</sup> *Ibidem*, par. 321. Del mismo modo, TJUE, C-156/21, par. 225.

<sup>43</sup> Cfr. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission), *Rule of Law Checklist*, Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), Strasbourg, 18 March 2016, CDL-AD(2016)007rev, Study No. 711/2013.

<sup>44</sup> TJUE, C-157/21, par. 325. In igual manera, TJUE, C-156/21, par. 230.

<sup>45</sup> SACHETTI (2022, 4), «costituisce il prerequisite per il godimento dei diritti che derivano dai Trattati, con la conseguente legittimità del meccanismo che tuteli il bilancio, principale strumento atto a dar concretezza alle politiche comunitarie».

dicionalidad horizontal»<sup>46</sup>, de carácter transversal, necesaria y funcional a la pertenencia de los Estados Miembros a la Unión Europea<sup>47</sup>.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

El alcance de las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE exige una reflexión sobre la estructura del Reglamento 2020/2092 y los preceptos contenidos en la disposición normativa europea. La «evolución» de una condicionalidad puramente financiera, vinculada a planes de reforma *country specific*, a un mecanismo de protección del presupuesto europeo que vincule los recursos financieros a la protección del Estado de Derecho implica necesariamente elevar el nivel de protección por parte de las Instituciones europeas, especialmente en un momento de conflicto político e inestabilidad económica, caracterizado por una profunda incertidumbre global vinculada al conflicto bélico entre Ucrania y la Federación Rusa, con profundos escollos geopolíticos, así como un impulso necesario, principalmente europeo, para la recuperación económica y social en el mundo posterior a la emergencia de la Covid-19.

La elaboración e implementación de medidas de protección del presupuesto de la Unión Europea, especialmente en tiempos de emergencias múltiples (sanitarias, económicas, bélicas, medioambientales, migratorias, por citar las más conocidas), representa una prioridad indefectible para las Instituciones europeas, también teniendo en cuenta la relación, a veces conflictiva, entre las Instituciones y los Estados Miembros. El cumplimiento de los valores fundamentales de la Unión europea, definidos, *in primis*, en el art. 2 del TUE<sup>48</sup>, constituye ante las Instituciones europeas y el Tribunal de Justicia UE, una «condicionalidad necesaria», especialmente para el acceso a los beneficios económicos, por parte de los Estados Miembros, derivados de la actuación de programas extraordinarios de ayuda financiera y del presupuesto europeo.

---

<sup>46</sup> En este sentido, TJUE, C-156/21, par. 123 y TJUE, C-157/21, par. 141, donde se destaca que «dicho mecanismo puede tener también carácter de ‘condicionalidad horizontal’, en el sentido de que la condición en cuestión puede ligarse al valor del Estado de Derecho consagrado en el artículo 2 TUE, que debe respetarse en todos los ámbitos de actuación de la Unión».

<sup>47</sup> Con especial referencia al cumplimiento de los principios del Estado de Derecho para mantener la pertenencia y, de antemano, conseguir la adhesión de nuevos Estados a la Unión Europea, véanse, entre otros, CERRUTI (2019).

<sup>48</sup> «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».

Al mismo tiempo, la condicionalidad constituiría un instrumento funcional y, además, «estructural», dirigido a la «contención» de ciertos impulsos «antiliberales» que han surgido paulatinamente en los últimos veinte años en el espacio jurídico de la Unión, que corren el riesgo de debilitar estructuralmente los pilares fundacionales de la experiencia continental común<sup>49</sup>. Por tanto, la combinación de los valores y principios teóricos y la realidad fundada en las necesidades económicas y financieras, que inducen a la Unión europea y a los Estados Miembros a trabajar juntos para proteger y reactivar el contexto socioeconómico europeo, necesita una evolución que sea capaz de vincular de manera efectiva el cumplimiento de los principios del Estado de Derecho, la correcta gestión financiera y la reelaboración de un papel fuerte de la Unión en el ámbito continental e, igualmente, global. En este sentido, se ha destacado como cómo la tarea principal de la Unión Europea en la época actual debería consistir en la conciliación entre Estado de derecho, democracia y recuperación económica, no pudiendo en modo alguno renunciar al respeto de los principios establecidos en los tratados europeos<sup>50</sup>.

Además, la pandemia y la resultante crisis económica simétrica en el espacio europeo han abierto (*rectius*: reabierto) la antigua y todavía actual cuestión clave del «futuro de Europa», entendiendo con este término la necesidad, por parte de las Instituciones y los Estados Miembros, de centrar la atención en un proyecto amplio, que sepa redelinear la gobernanza institucional y económica común, solucionando y modificando axiomas clásicos (en particular, de carácter macroeconómico), que han demostrado, especialmente con el test de estrés de la pandemia, una clara y, probablemente, inapelable decadencia. Desde esta perspectiva, la experiencia de la pandemia debería provocar un análisis amplio e insinuar una perspectiva de cambio no solo respecto de los problemas de la división de competencias, sino con especial referencia al principio de democracia en la gobernanza de la economía por parte de la UE<sup>51</sup>.

En un marco jurídico y socio-económico particularmente complejo y en constante evolución, no se debe ignorar que el marco general y la implementación, tanto a nivel europeo como nacional, de los programas de reactivación

<sup>49</sup> Se vea, en este sentido, el análisis de PECH, SCHEPPELE (2017).

<sup>50</sup> En este sentido, BILANCIA (2021, 69), subraya que «*stato di diritto, democrazia e ripresa economica, necessita quest'ultima talmente rilevante da recare con sé enormi rischi di caduta nella povertà di milioni di cittadini e di imprese. Il rispetto dei valori dello stato di diritto non è fattore negoziabile; né possono, l'Unione europea e gli Stati membri, rinunciare in questo momento alle programmate urgenti misure finanziarie richiamate*».

<sup>51</sup> MANGIAMELI (2021, 588-589), destaca que el tema fundamental se centra en la «*democraticità del governo dell'economia da parte dell'UE, in cui la centralità della decisione democratica sia incentrata nel Parlamento europeo*». En este sentido, véanse también GRIGLIO, LUPO (2012).

económica han implicado un papel muy relevante de la Comisión Europea y de los Gobiernos de los Estados Miembros, relegando en una posición secundaria la participación de las asambleas electivas nacionales y europeas, a pesar de la necesidad de involucrar, en un plan tan articulado y estructuralmente provechoso para el futuro de la Unión, a la mayor parte de la representación democrática<sup>52</sup>.

Desde esta perspectiva, la significativa Comunicación de la Comisión de 2 de marzo de 2022<sup>53</sup>, a través de la cual la Comisión Europea ha aclarado y definido con mayor detalle los ámbitos de aplicación del Reglamento 2020/2092, transponiendo directamente las directrices del Tribunal de Justicia UE en los asuntos relacionados con los recursos de Hungría y Polonia<sup>54</sup>. En cuanto al fondo, al apreciar posibles violaciones del Reglamento, la Comisión europea «aplicará un enfoque global, proactivo, basado en el riesgo y específico, que tiene por objetivo garantizar su aplicación eficaz y, con ello, salvaguardar el presupuesto de la Unión y proteger sus intereses financieros»<sup>55</sup>, considerando, en el marco de las infracciones adecuadas para activar el procedimiento, «vulneraciones tanto puntuales como sistémicas, que quedan cubiertas en la medida en que sean pertinentes para la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o para la protección de sus intereses financieros»<sup>56</sup>.

La Comunicación constituye, al menos en dos aspectos, una etapa decisiva en el proceso de implementación del mecanismo de protección del presupuesto de la Unión Europea (y del Estado de Derecho). En primer lugar, a diferencia de la versión «pura» del Reglamento 2020/2092, que parecía prefigurar la utilización del Estado de Derecho como mero instrumento para proteger los intereses financieros de la Unión<sup>57</sup>, las aclaraciones que ofrece la

<sup>52</sup> Con referencia a la gestión de la crisis en el espacio jurídico europeo, se vean el análisis de Cocco (2020, 338), a juicio del cual «uno dei principali rimproveri che si può muovere alla ‘filosofia’ economica perseguita in questi anni nelle sedi di Bruxelles è di aver prestato scarsa attenzione alle ricadute sociali dei temi economici che si intendevano affrontare e, parimenti, alla legittimità democratica dei processi che avrebbero dovuto sostenerli, relegando così nel bocascena il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali, laddove questi processi sono invece suscettibili di coinvolgere un ulteriore coordinamento delle sovranità nazionali».

<sup>53</sup> Comunicación de la Comisión, *Orientaciones para la aplicación del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión*, Bruselas, 18.3.2022 (2022/C 123/02).

<sup>54</sup> Analizando las características fundamentales de las Comunicaciones de la Comisión de la UE, BILANCIA (1999, 217), destaca como las Comunicaciones deberían ser entendidas como «diritto a formazione prevalentemente giurisprudenziale, elaborato dal lavoro di sistematizzazione svolto dalla Commissione che definisce in tal modo le linee di tendenza della propria attività futura nel settore disciplinato, predisponendo una sorta di *prassi regolata*».

<sup>55</sup> Comunicación 18.3.2022 (2022/C 123/02), par. 2, pto. 9.

<sup>56</sup> *Ibidem*, par. 2.1, pto. 13.

<sup>57</sup> Véanse GIOIA (2022, 5), «mero strumento per tutelare gli interessi finanziari dell’Unione, quasi che la tutela dello Stato di diritto potesse essere rilevante soltanto quando abbia un impatto sul bilancio dell’Unione».



Comunicación de la Comisión sugieren la intención de responder a las infracciones con medidas capaces de hacer efectivo el régimen sancionador<sup>58</sup>.

En este sentido, aunque el mecanismo establecido por el Reglamento 2020/2092 no puede considerarse exento de críticas, cabe destacar cómo la Comunicación de la Comisión europea contribuye a esclarecer unos elementos cruciales sobre la aplicación de la norma, poniendo de manifiesto la voluntad de vincular estrictamente la inversión de los fondos europeos al cumplimiento de los principios del Estado de Derecho, dando así aplicación a las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE. El axioma según el cual la vulneración de los principios del Estado de Derecho debería «vincularse» a un daño potencial (y, no obstante, concreto y específico) a la correcta gestión del presupuesto europeo constituye el punto focal de la disciplina, puesto que cualquier vulneración del Estado de Derecho estaría ya reconocida en una forma específica y alternativa de protección por parte de los Tratados.

Abriendo la mirada a la realidad factual, el 5 de abril de 2022, durante el Turno de preguntas ante el Parlamento Europeo, la presidenta de la Comisión Europea, *Ursula von der Leyen*, anunció la activación del mecanismo de suspensión de la asignación y del desembolso de fondos europeos hacia Hungría<sup>59</sup>, objetando la vulneración de los principios del Estado de Derecho, sobre la base del contenido legal del Reglamento 2020/2092. El procedimiento implica la aprobación, por el Consejo, de la propuesta, elaborada por la Comisión, de suspender los desembolsos financieros en beneficio de Hungría, a la espera de que el Estado Miembro, con una declaración de defensa específica, identifique las razones por las que se eliminó la condición que inhibe la continuidad en la administración de los flujos financieros.

Por supuesto, la activación del mecanismo de condicionalidad constituye un factor central en la dialéctica sobre el Estado de Derecho y el destino efectivo de los recursos financieros europeos, lo que podría abrir la puerta a un debate entre las Instituciones y los Estados Miembros afectados, en el marco de los cuales el punto decisivo podría razonablemente centrarse en la «reconstitución» de una condición de legalidad (supuestamente vulnerada) y de cumplimiento de los principios fundacionales de la Unión europea o, por el contrario, llevar a un aumento del nivel de conflictividad. El mecanismo de

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, «lasciano pensare all'intenzione dell'Unione di rispondere alle violazioni di cui al Regolamento con misure capaci di rendere effettivo il regime sanzionatorio, e per mezzo di questo anche la tutela dello Stato di diritto».

<sup>59</sup> La noticia, en retrospectiva, ha tenido un protagonismo extremo en la actualidad internacional. En este sentido, se vea, entre otros, el análisis de *Lili Bayer* publicado en el sitio web *Politico.eu*: «EU launches process to slash Hungary's funds over rule-of-law breaches».

condicionalidad, si se aplica respetando el principio de proporcionalidad, podría acelerar los procesos de gobernanza económica e institucional, incrementar la transparencia en las relaciones entre las instituciones y los Estados Miembros, garantizar una gestión financiera adecuada y prudente de los recursos comunes, así como dar cumplimiento a los principios sobre el Estado de Derecho, pilar del marco jurídico y de valores de la Unión europea.

Además, a través de la Resolución de 15 de septiembre de 2022<sup>60</sup>, el Parlamento europeo ha destacado la existencia de un «riesgo claro» de que Hungría socave los valores en los que se basa la Unión Europea, subrayando, en una inspección más cercana, cómo «la falta de una acción decisiva de la Unión haya contribuido a la ruptura de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales en Hungría, convirtiendo al país en un régimen híbrido de autocracia electoral»<sup>61</sup>. El Parlamento europeo, mediante la Resolución adoptada el 15 de septiembre de 2022, instó a las Instituciones competentes de la Unión a tomar la iniciativa e intervenir con el fin de salvaguardar los valores y principios de carácter estructural en el marco de la experiencia continental común. La expresión de la voluntad parlamentaria, fuertemente (así como «naturalmente») en conflicto con las tendencias antiliberales de Budapest, ha sido seguida rápidamente por la propuesta, formulada por la Comisión Europea, para una Decisión de Ejecución del Consejo «sobre medidas para la protección del presupuesto de la Unión contra la vulneración de los principios del Estado de Derecho en Hungría»<sup>62</sup>, planteando, en una función «punitiva» en contra del Estado húngaro, la suspensión del 65% de los «compromisos presupuestarios» en el marco de los programas concernientes medio ambiente, energía, transporte y desarrollo territorial.

En conclusión, en la visión de las Instituciones europeas, la protección del presupuesto europeo a través del respeto de los principios del Estado de Derecho constituye, en el contexto contemporáneo, el medio más eficaz para garantizar el cumplimiento de los principios fundamentales comunes. Sin embargo, de fondo queda la posición de otro Estado miembro, Polonia, que participó activamente, apoyando a Hungría, en el procedimiento ante el TJUE sobre la decisión relativa al Reglamento 2020/2092 y que, a lo largo del tiem-

<sup>60</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de septiembre de 2022, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, de la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, P9\_TA(2022)0324.

<sup>61</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de septiembre de 2022, pto. 2.

<sup>62</sup> Comisión europea, Propuesta de Decisión de ejecución del Consejo «sobre medidas para la protección del presupuesto de la Unión contra la vulneración de los principios del Estado de Derecho en Hungría», Bruselas, 18.9.2022, COM(2022) 485 final, 2022/0295 (NLE).

po, ha llamado repetidamente la atención sobre el incumplimiento de los principios del Estado de Derecho. Desde esta perspectiva, el caso húngaro podría constituir un «precedente» fundamental para imaginar futuros procedimientos en contra de las violaciones de los principios del Estado de Derecho y la sana gestión financiera de los fondos europeos, así como de las relaciones entre las Instituciones europeas y los Estados Miembros.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARAGGIA, A. (2017). *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi. La condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*. Giappichelli. Torino.
- (2020). The New Regulation on the Rule of Law Conditionality: A Controversial Tool with Some Potential. *IACL-AIDC Blog*.
- BARAGGIA, A.; BONELLI, M. (2022). Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges. *German Law Journal*. 23 (2). 131-156.
- BENVENUTI, M. (2018). Democrazia e potere economico. *Rivista AIC*. 3. 252-361.
- BERGONZINI, C. (2020). L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio. *Quaderni Costituzionali*. 4. 761-778.
- BILANCIA, F. (1999) *Sul concetto di legge politica: una prospettiva d'analisi*. F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*. I. *Vincoli alla funzione legislativa*. Giuffré. Milano. 195-243.
- (2021). Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica. *Diritto Pubblico*. 1. 41-71.
- (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*. 1. 1-51.
- BUZZACCHI, C. (2020). Pandemia e diritto del bilancio. *Costituzionalismo.it*. 3. 87-128.
- CANTARO, A. (2018). L'imperialismo del libero scambio. La costituzione economica europea nell'epoca del neo-mercantilismo 'globale'. *Federalismi.it*. 16. 2-16.
- CERRUTI, T. (2019). Lo stato di diritto nel processo di allargamento ai Balcani occidentali. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*. 1. 137-166.
- COCCO, G. (2020). Itinerario di un'Europa incompiuta: dalle crisi alla rinascita. *Politica del Diritto*. 3. 313-384.
- COSTANZO, P.; MEZZETTI, L.; RUGGERI, A. (2022). *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, VI, Giappichelli, Torino.
- D'ATENA, A. (2007). *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*. Giappichelli. Torino.

- DI GREGORIO, A. (2022). La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*. 1. 121-154.
- DI PLINIO, G. (2005). *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*. Giuffré. Milano.
- (2012). *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la Costituzione economica della crisi globale*. G. Cerrina Feroni, G. F. Ferrari (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino, 65-117.
- GIOIA, G. (2021). La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea. Protezione del bilancio e valori costituzionali. *Rivista di Diritti Comparati*. 3. 153-185.
- (2022). Le linee guida della Commissione europea sul meccanismo di condizionalità a protezione del bilancio UE: effettività della tutela dello stato di diritto e valorizzazione dello spazio pubblico europeo. *Diritticomparati.it*. 24 marzo. 1-6.
- GRIGLIO, E.; LUPO, N. (2012). Parliamentary Democracy and the Eurozone Crisis. *Law and Economics Yearly Review*. 1 (2). 313-372.
- GUAZZAROTTI, A. (2022). Tutela dei valori e democrazie illiberali nell'UE: lo strabismo di una narrazione «costituzionalizzante». *Costituzionalismo.it*. 2. 1-59.
- KRUGMAN, P. (2009). *Il ritorno dell'economia della depressione e la crisi del 2008*. Garzanti. Milano.
- LOSANA, M. (2022). La perdurante ambiguità dei diritti sociali europei. *Costituzionalismo.it*. 1. 102-149.
- LOSURDO, F. (2014). Democrazia e crisi economica in Europa. *Quaderni di Rassegna Sindacale*. 2. 80-102.
- (2020). Italexit. Trasformazione del vincolo europeo e sovranità condizionata. *DPCE Online*. 1. 355-369.
- MANGIAMELI, S. (2021). Covid-19 e Unione europea. La risposta alla crisi sanitaria come via per riprendere il processo di integrazione europea. *Dirittifondamentali.it*. 2. 555-589.
- 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*. 1. 232-267.
- MICCÙ, R. (2019). Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?, in *Federalismi.it*. 5. 25-42.
- MORI, P. (2022). La Corte di giustizia conferma la legittimità del regolamento sulla condizionalità finanziaria. L'Italia, unico tra gli Stati fondatori, non interviene. *Aisdue.eu*, 1-3.
- MOSTACCI, E. (2013). La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo. *Politica del Diritto*. 4. 481-558.
- MULAZZANI, M.; GORI, E. (2003). *Il bilancio generale e i finanziamenti dell'Unione Europea*. Franco Angeli. Milano.

- ONADO, M. (2009). *I nodi al pettine. La crisi finanziaria e le regole non scritte*. Laterza. Roma-Bari.
- PARAMITHIOTTI, G.; ZATTI, A. (2015). *Il bilancio dell'Unione europea. Origini, principi ed elementi costitutivi*. Pavia University Press, Pavia.
- PECH, L. (2022). *No More Excuses. The Court of Justice greenlights the rule of law conditionality mechanism*. *Verfassungsblog*.
- PECH, L.; SCHEPPELE, K. L. (2017). Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 19. 3-47.
- PINELLI, C. (2019). Conditionality and Economic Constitutionalism in the Eurozone. *Italian Journal of Public Law*. 11 (1). 22-42.
- PINZANI, C. (2017). *Storia della crisi finanziaria*. Castelveccchi. Roma.
- POSNER, R. (2010). *La crisi della democrazia capitalista*. trad.it. Università Bocconi Editore. Milano.
- RAFFIOTTA, E. C. (2013). *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*. Bononia University Press. Bologna.
- RUOTOLO, G. M. (2012). La Costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale. *Studi sull'integrazione europea*. 2-3. 433-461.
- SACHETTI, V. (2022). Once More, With Feeling: il finale annunciato del ricorso per l'annullamento del meccanismo di condizionalità relativo alla Rule of Law (sentenze C-156/21 e C-157/21). *Diritticomparati.it*. 1-5.
- SALMONI, F. (2021a). Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere. *Costituzionalismo.it*. 2. 51-112.
- (2021b). *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*. Wolters Kluwer. Milano.
- SALMONI, F. (2022). La funzionalizzazione della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell'UE (a prima lettura delle sentt. C-156 e C157 Ungheria e Polonia v. Parlamento e Consiglio). *Consulta Online*. 1. 303-310.
- SCHEPPELE, K. L. (2022). European Union's Top Court Rules Against Hungary and Poland in Rule of Law Showdown. *Worldjusticeproject.org*.
- SOMMA, A. (2018). Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità. *DPCE Online*. 4. 873-888.
- STIGLITZ, J. E. (2013). *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*. trad.it. Einaudi. Torino.
- TEUBNER, G. (2012). *Il costituzionalismo della società mondiale: cinque tesi sulle Costituzioni degli spazi sociali transnazionali*. G. Barcellos, R. Di Maria (a cura di). *Costituzione e globalizzazione*. Kore University Press. Enna. 65-84.
- VISCONTI, A. C. (2021). L'impatto dell'emergenza pandemica sull'economia italiana. Quale ruolo e prospettive per il sistema bancario?. *Federalismi.it*. 17. 243-264.

# **EL REGLAMENTO 2020/2092 COMO INSTRUMENTO PROTECTOR DEL PRESUPUESTO DE LA UE Y DEL ESTADO DE DERECHO: ¿UN VERDADERO AVANCE EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN?<sup>1</sup>**

ANDREA GARRIDO RAYA  
*Universidad de Granada*

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *El Rule of Law como principio inspirador del espacio jurídico europeo. Especial referencia a la independencia judicial como su principio estructurador fundamental.*–3. *El contexto de retroceso del Estado de Derecho y el constitucionalismo iliberal.*–4. *La crisis económico-sanitaria y la protección del Estado de Derecho: el nuevo régimen general de condicionalidad para la correcta ejecución del presupuesto de la UE.*–5. *Conclusiones.*

## **1. INTRODUCCIÓN**

La Unión Europea (UE) viene padeciendo a lo largo de estos últimos años una crisis constitucional sin precedentes provocada, entre otros motivos, por los flagrantes ataques de los gobiernos iliberales húngaro y polaco contra uno de los principios más esenciales del art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE); ni más ni menos que el de la primacía y respeto del Estado de Derecho y, dentro de este último, preocupa, en particular, la extrema injerencia de los respectivos ejecutivos en el poder judicial nacional, poniendo en serio peligro

---

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte del proyecto PID2022-136667NB-I00, financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

su independencia e imparcialidad y con ello la ineludible separación de poderes. A este *Rule of Law Backsliding* (proceso de involución del Estado de Derecho) que acecha al espacio jurídico europeo desde 2010 se le une una fortísima depresión económica causada, esta vez, por una repentina pandemia sanitaria que ha obligado a paralizar mundialmente la actividad económica, hasta el punto de hacer temblar la estabilidad financiera del Mercado Único: todo ello ha implicado una seria amenaza sobre el engranaje jurídico que sustenta a la Unión Europea como Comunidad de Derecho y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) y, en definitiva, sobre la supervivencia de la propia UE. Es por ello por lo que, a partir de las lecciones aprendidas de la Gran Recesión de 2008, resulta apremiante la construcción de un mecanismo supranacional que sea lo suficientemente capaz de proteger los intereses financieros de la Unión y, al mismo tiempo, de garantizar la defensa del Estado de Derecho; principio este último intrínsecamente relacionado con la realización efectiva de los derechos fundamentales y la democracia. A ello, precisamente, viene a responder el nuevo mecanismo de condicionalidad financiera dispuesto en el Reglamento 2020/2092, a partir del cual se pretende vincular la primacía del Estado de Derecho *ex. art. 2 TUE* con la buena gestión financiera y correcta ejecución del presupuesto comunitario.

## 2. EL *RULE OF LAW* COMO PRINCIPIO INSPIRADOR DEL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO. ESPECIAL REFERENCIA A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO SU PRINCIPIO ESTRUCTURADOR FUNDAMENTAL

El art. 2 TUE, que se encarga de recoger el espíritu que informaba al proyecto constitucional europeo de 2004, proclama que la Unión Europea se fundamenta en valores como el respeto a la democracia, Estado de Derecho y derechos humanos, e igualmente precisa que esos valores son comunes a todos sus Estados miembros (EEMM). La UE parte así de la premisa de que cada Estado miembro comparte con todos los demás y que estos comparten con ella una serie de valores comunes que inspiran la identidad constitucional europea, cuya plena vigencia promueve la existencia de un sentimiento de confianza mutua entre todos los EEMM y la propia Unión a la hora de reconocer y respetar esos mismos valores. Esta presunción de confianza mutua refleja el compromiso asumido por la Unión por erigirse no solo en una organización de cooperación económica sino en una de integración, posicionándose así dicho principio de confianza mutua –y, en especial, su proyección sobre el respeto al

Estado de Derecho— como la pieza angular que da sentido y viabilidad jurídica, política y económica a todo el proyecto comunitario, hasta el punto de convertir a la UE en la entidad más singular de todo el Derecho Internacional.

De entre todos los valores proclamados por el art. 2 TUE, el Estado de Derecho es el que representa la piedra basilar sobre la que ha de construirse el Derecho Constitucional Europeo, pues la degradación de aquel conlleva, al mismo tiempo, la afectación lesiva del resto de principios inspiradores del constitucionalismo europeo, en especial de la democracia y de la garantía de los derechos fundamentales.

Pese a constituir, en consecuencia, un rasgo identitario y elemental para el proceso de integración europea y su promoción, por tanto, un presupuesto indispensable para su progreso, a día de hoy no existe un concepto o término que sea capaz de explicar, de forma unánime y clara, en qué consiste el *Rule of Law* (RoL). Ni en el ámbito de la Unión Europea, ni tampoco en el del Consejo de Europa (CdE). Y ello pese a su constante aparición como justificación argumental de numerosas resoluciones, recomendaciones o decisiones judiciales procedentes de ambas organizaciones de integración. En su lugar existe, más bien, una especie de «denominación común» (Salinas de Frías, 2018: 91) que ha ido siendo asumida, paulatinamente y de forma consuetudinaria, por los Estados miembros de ambas organizaciones supranacionales. Esta significación común en relación al Estado de Derecho comienza a verse explicitada, de forma nítida, en los informes elaborados por la Comisión de Venecia (CdV), a partir de los cuales se puede apreciar el núcleo esencial e irreductible que inspira el *estándar* de Estado de Derecho en Europa, así como los principales elementos que conforman este último: el principio de legalidad, seguridad jurídica, prohibición de la arbitrariedad, acceso a un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, respeto a los derechos humanos e igualdad ante la ley.

Pese a no existir un nexo jerárquico entre estos (sub)elementos estructurales, bien es cierto que uno de ellos destaca en especial como precondition necesaria para la plena realización del resto: el referente al derecho de acceso a una justicia independiente e imparcial. La razón es simple, pues solo unos jueces y tribunales independientes e imparciales, ajenos a cualquier presión externa o interna y sometidos, únicamente, al marco jurídico vigente, serán capaces de imponer, sobre el resto de poderes públicos y ante la ciudadanía, un sistema de rendición de cuentas (*accountability*) que responda a los posibles actos abusivos o ilegítimos que aquellos hayan podido cometer o aprobar; advirtiéndose así una insoslayable conexión «medio-fin» (Castellá Andreu, 2022: 44) entre el principio de independencia judicial y el Estado de Derecho y la separación de poderes. Junto a ello, hemos de tener en cuenta que nuestros



derechos fundamentales valen lo que vale el sistema jurisdiccional que se dedica a velar por su garantía o, en el peor de los casos, a reparar los daños causados por su ilegítima vulneración. En ese sentido, un sistema jurisdiccional plenamente eficaz y garante de los derechos necesita, indefectiblemente, de un poder judicial neutro e impermeable. No en vano, sin independencia judicial resulta inviable la realización del derecho a la tutela judicial efectiva, requisito esencial para la garantía eficaz del resto de derechos fundamentales a raíz de su singular caracterización como derecho instrumental o «estrella». La independencia judicial representa, en consecuencia, un componente fundamental del Estado de Derecho, pues con la vulneración de aquella resulta irrealizable la primacía del resto de elementos que conforman el *RoL* (CRAIG, 2019), desde los principios de legalidad o separación de poderes hasta la tutela judicial efectiva de los derechos humanos.

No sorprende, en consecuencia, que sea la independencia judicial el elemento estructural que ocupa la mayor parte del *Soft Law* elaborado por la CdV en busca de la conceptualización del Estado de Derecho y del sistema encargado de su defensa y promoción, a partir del cual es posible deducir unos parámetros bastante claros<sup>2</sup>: la independencia judicial representa el corazón vertebrador del Estado de Derecho. Para garantizar su efectiva protección, la Comisión promueve la imposición generalizada de un tipo de órgano dotado de las suficientes competencias como para sustituir al poder ejecutivo y posicionarse como el principal responsable del gobierno de los jueces, y, con ello, fruto del singular carácter personal que reviste al sistema de gobierno de estos últimos<sup>3</sup>, como el máximo garante de su independencia frente a posibles presiones políticas por parte de los poderes legislativo y ejecutivo.

Dada la enorme relevancia constitucional que, a raíz de sus características y competencias, pasan a ostentar estos órganos gubernativos (que no jurisdiccionales), la CdV también recomienda, con cierta insistencia, que la composición de estos últimos sea de carácter sustancialmente judicial y que esta última responda, a su vez, a un sistema de designación dual, político y corpo-

<sup>2</sup> Véase, entre otros, sus informes de 2007; sobre los sistemas de nombramientos judiciales: CDL-AD (2007)028, o de 2010, sobre la independencia judicial (parte 1): CDL-AD (2010)004, junto con el *Rule Of Law Checklist* de 2016: CDL-AD(2016)007.

<sup>3</sup> En el contexto de un Estado democrático de Derecho, el concepto «gobierno», cuando se refiere al del poder judicial, no puede ser entendido en su sentido tradicional: este no debe definirse como la sujeción por parte de los magistrados a las órdenes o mandatos impartidos por otros sujetos superiores, pues aquellos solo han de deber obediencia a la Constitución y a la ley. El gobierno de los jueces debe tener alcance personal y referirse, en esencia, al control y defensa de su estatuto jurídico en el cargo —esto es; a las decisiones relativas a la designación, ascenso, traslado, jubilación o régimen disciplinario de los magistrados— (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 1995: 174-178).

rativo, ejercido de forma preferente por el mismo cuerpo judicial. De esta manera, con una composición mixta acordada a partir de un régimen de elección dual, capaz de compenetrar la designación corporativa y la política, se consigue establecer un Consejo Judicial con la suficiente competencia técnica y legitimidad democrática para ejercer sus funciones en un Estado no solo de Derecho, sino también de Derecho democrático. Este matiz es importante pues, al disponer los Consejos Judiciales de competencias fundamentales en relación con el estatuto jurídico de los jueces integrantes de todo el poder judicial nacional, que es el que se encarga de resolver los procesos que diariamente incoan los ciudadanos, aquellos se convierten, también, en unas entidades determinantes para la realización efectiva del derecho de acceso a un juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley (art. 6.1 CEDH), y, por consiguiente, también del resto de derechos sustantivos cuya vulneración los ciudadanos impugnan. Esta última cuestión refleja la doble vertiente que caracteriza al principio de la independencia judicial: por un lado, la de carácter objetivo o estructural como principio referente a la cualidad o grado de independencia del poder judicial como poder público institucional y, por otro lado, la de carácter subjetivo, relativa, a su vez, al derecho que tienen los individuos de acceder a un tribunal impermeable. El respeto de ambas vertientes, plenamente garantizado, según la Comisión de Venecia, mediante el establecimiento de unos Consejos Judiciales independientes, fomenta la primacía del principio de la independencia judicial tanto real como aparentemente, pues la promoción de esta última también depende, de forma notable, de la confianza que tenga el ciudadano en que su causa esté siendo conocida por un tribunal neutro e imparcial. Sin la prevalencia, compartida por toda la ciudadanía, de una sensación de confianza en la Justicia y en su independencia, el buen funcionamiento del *RoL*, como principio informador de la actuación de los poderes públicos y, al mismo tiempo, de un sistema eficaz de garantía de los derechos, podría verse seriamente amenazado.

En definitiva, esta intrínseca conexión, deducible de los informes de la CdV, que vincula al Estado de Derecho con la democracia y el principio de separación de poderes y, en paralelo, con la realización efectiva de los derechos fundamentales a través, a su vez, de la garantía de la independencia del poder judicial (en sus vertientes objetiva y subjetiva, respectivamente), impregna al estándar europeo de *RoL* de una connotación substantiva y material que trasciende a cualquier intento por conseguir una reducción formalista y funcional de su significado.

En ese sentido, y por lo que respecta al alarmante proceso de degradación que actualmente viene sufriendo el principio europeo de Estado de Derecho, conviene tener en cuenta que aquel no encuentra tanto su origen en el espíritu

sustantivo que, más allá de lo formal, es promocionado por el *Soft Law* convencional dedicado a la definición del EdE europeo, sino más bien en la actitud con la que la propia CdV procede a recomendar este último en función del Estado al que ésta se esté dirigiendo. De esta manera, es posible apreciar como las instituciones integrantes del sistema del CdE, desde aquellas encargadas de los procesos de negociación con los Estados candidatos a la adhesión, hasta, incluso, el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a la hora de dictar sentencia sobre una posible vulneración estatal del art. 6.1 CEDH, han acostumbrado a mostrar una actitud bastante deferente hacia los Estados europeos occidentales de larga y consolidada trayectoria democrática (Alemania o España), pero, al mismo tiempo, aquellas han tendido a proyectar otra distinta, de un carácter mucho más firme o estricto, en relación a los «nuevos» regímenes democráticos de la Europa del Este, los cuales, hasta hace tan solo algunas décadas, todavía se encontraban bajo la influencia soviética (Hungría, Polonia o Ucrania)<sup>4</sup>.

Pues bien, todos estos mismos parámetros sobre el significado y sistema de protección del *RoL* y del principio de la independencia judicial, así como la actitud manifestada por las instituciones convencionales en torno aquellos, acabaron siendo asumidos, prácticamente de forma íntegra, por los órganos jurisdiccionales y políticos de la Unión Europea, hasta el punto de llegar aquellos a fungir como los estándares que informaron, de forma implícita, las negociaciones suscritas entre la Comisión Europea y las instituciones nacionales durante el transcurso del proceso de ampliación de la Unión hacia el Centro y Este de Europa.

Como es bien sabido, los Estados candidatos adherirse a la UE han de adoptar y cumplir con los caracteres identitarios de esta última –respeto a la primacía del Estado de Derecho, a la democracia y a los derechos humanos– antes de que se confirme su definitiva adhesión a la Comunidad Europea. Dichos requisitos de entrada, conocidos como los *Criterios de Copenhague*, adquirirían una relevancia constitucional durante el proceso de revisión originaria de Ámsterdam (arts. 6 y 49 TUE) que hoy es confirmada por el Tratado de Lisboa en sus arts. 2 y 49 TUE. No obstante, pese a que estas condiciones (identitarias) de adhesión fueron integradas en el Derecho Originario en el año 1999 (1997), en ese momento la Comisión Europea no disponía, al margen de la genérica expresión de los Tratados, de unos estándares dogmáticos propiamente

---

<sup>4</sup> Una de las reformas legislativas que aprobó el ejecutivo polaco y que fue duramente criticada por las instituciones europeas ha sido la referente al sistema de nombramiento de su Consejo Nacional Judicial: a partir de su Ley de modificación de 2017 se establecía, entre otras cosas, que 23 de sus 25 miembros pasarían a ser elegidos directamente por los poderes legislativo y ejecutivo. No está de más aquí recordar que en Berlín el gobierno de los jueces es llevado a cabo por el mismísimo poder ejecutivo bajo los designios del poder legislativo. Respecto al caso español, la totalidad de los miembros de nuestro Consejo General del Poder Judicial son elegidos, desde 1985, exclusivamente por el Parlamento nacional.

comunitarios que le sirvieran de fundamento para evaluar, con la suficiente rotundidad, el grado de cumplimiento de la primacía del *RoL* y del principio de la independencia judicial dentro de los sistemas internos de los respectivos Estados candidatos. Ello implicaba, lógicamente, que la Comisión tampoco dispusiera de unos mínimos estándares constitucionales lo suficientemente desarrollados como para instruir a dichos Estados hacia una senda de reformas institucionales en pos de su «comunitarización» (Claes, 2019: XI-XII).

Efectivamente, esta última situación acabó siendo insostenible para la adecuada realización de los procesos de negociación focalizados en la «gran ampliación» comunitaria hacia el Centro y Este de Europa, lo que llevó a la Comisión Europea a recurrir, siguiendo las instrucciones del Consejo Europeo (Seibert-Fohr, 2009: 418 y ss), a los estándares procedentes del Consejo de Europa en cuanto a Estado de Derecho e independencia judicial; esto es, a lo establecido en la materia por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), por la jurisprudencia del TEDH y, muy especialmente, por el *Soft Law* que venía elaborando la CdV.

En consecuencia, la UE, originariamente, no elaboró por sí misma (Bustos Gisbert, 2021: 188-189) sus estándares identitarios sobre protección y garantía del *RoL* en general, o de independencia judicial en particular, ni respecto a su conceptualización, ni tampoco respecto a su cumplimiento. Estos parámetros, procedentes, en cambio, del CdE, serían asimilados por la UE para luego ser progresivamente comunitarizados por sus instituciones, a través, en primer lugar (Bustos Gisbert, 2022: 169-170), de la labor de la Comisión Europea en el marco de los procesos individualizados de negociación a la adhesión que esta iba desarrollando con cada uno de los Estados candidatos y, en segundo lugar, de los actos que, nuevamente la Comisión Europea, junto con el Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) y el Parlamento Europeo, se encuentran a día de hoy dictando en respuesta a las diversas afrentas que hoy sufre el Estado de Derecho en los sistemas internos de algunos de los Estados *ya miembros* de la Unión.

Esta ha sido, por lo tanto, la forma a partir de la cual los estándares de *RoL* creados por el CdE pasaron a formar parte, formalmente, de la estructura institucional y jurídica de la UE, y, con ello, también, de la de todos sus EEMM, comenzando así a germinar un auténtico patrimonio cultural y jurídico europeo en cuanto a derechos humanos, democracia y Estado de Derecho.

Esta consecuente acepción europea de *RoL*, que presenta una dimensión material y substantiva, ha venido inspirando tradicionalmente el Derecho Constitucional Europeo de manera implícita y convencional, aunque lo cierto es que aquella, junto con el resto de presupuestos axiológicos del proceso de integración europea, no comenzaría a imperar realmente en la Europa oriental hasta

finales, por lo menos, del siglo xx, al ser este el momento en el que dicha *acepción* se les «impuso» a los Estados del Este como requisito, entre muchos otros, para acordar su adhesión al CdE y a la Unión. En este sentido, no está de más puntualizar el hecho de que, cuando los países de «la nueva Europa» solicitan adherirse, en la década de los 90, a ambas organizaciones de integración, estos manifestaron claramente su intención y voluntad de modelar sus regímenes internos conforme a los parámetros jurídicos y culturales de la Europa occidental. El problema, no obstante, reside en que esa *europización* de los países del Este, supuestamente alcanzada mediante la conclusión de los procesos de acceso a la Unión y al CdE, se llegó a materializar a través de un escaso diálogo con las instituciones o ciudadanos de los Estados candidatos, de manera que aquellos, realmente, no tuvieron ni voz ni voto respecto a las numerosas e importantísimas reformas que estaban a punto de producirse en sus respectivos países. Se generó así, dentro de estos últimos Estados, un sentimiento generalizado que equiparaba su proceso de europeización a la pérdida de su soberanía y a la *obligada* incorporación de los parámetros constitucionales que tradicionalmente venían rigiendo en la Europa de occidente (Claes, 2019: XII-XIV). Todo ello, a su vez, acabaría sembrando un clima de recelo o desafección hacia los supuestamente entendidos como «parámetros constitucionales europeos», lo que, junto a la ausencia, todavía persistente, de un concepto común que defina, a nivel supranacional y de forma explícita y universal, en qué consiste el Estado de Derecho y sus implicaciones constitucionales para con el proceso de integración, constituye el factor principal que ha motivado a los actuales líderes gubernamentales de varios países de la Europa del Este a vaciar, dentro de sus respectivos sistemas nacionales, al *Rule of Law* de su sentido sustantivo (y europeísta) y transformarlo en un principio aséptico y formalista, basado en el imperio de la Ley (Salinas de Frías, 2018: 121-125) o *Rule by Law*, según el cual, el Estado de Derecho, en lugar de ser concebido como un valor transversal e informador de todo el orden político y jurídico estatal, acaba siendo concebido y utilizado, más bien, como un mero instrumento al servicio del poder político de turno.

### 3. EL CONTEXTO DE RETROCESO DEL ESTADO DE DERECHO Y EL CONSTITUCIONALISMO ILIBERAL

En efecto, la siembra, ya durante los procesos de negociación para la adhesión de finales del siglo xx, de un sentimiento de euroescepticismo entre la ciudadanía europea, y su enorme propagación tras la mimetización del discurso populista que tanto éxito ha tenido en Latinoamérica, es lo que ha per-

mitido a algunos gobiernos europeos como los de Varsovia y Budapest remodelar sus ordenamientos nacionales conforme a las directrices pautadas por la doctrina conocida como *constitucionalismo iliberal*.

Así, estos dirigentes, amparados en un extraordinario respaldo popular convalidado por unos resultados electorales que les otorgaban una amplia mayoría, han procedido a realizar, a través de los instrumentos que el propio Estado de Derecho les brinda (Levitsky y Ziblatt, 2018), un amplísimo conjunto de reformas constitucionales y legislativas destinadas, en esencia, a desmantelar los *checks and balances* que la cultura jurídico-liberal impone sobre los poderes públicos (separación de poderes, independencia judicial y garantía de los derechos de las minorías), cuyo respeto y promoción convierten a todo Estado en uno de Derecho y de Derecho democrático.

Con relación a esto último, y dada su singular relación con el proceso de integración europea, destaca, especialmente, la estrategia seguida, desde la más estricta legalidad, por estos ejecutivos con el fin de conseguir la captura de los tribunales constitucionales y de los poderes judiciales nacionales; viéndose esto último materializado, paradójicamente, mediante el secuestro político de los Consejos Judiciales, cuya implantación en los ordenamientos internos de estos mismos Estados fue promocionada, precisamente, por las instituciones europeas como requisito ineludible de adhesión. De esta manera, mediante el control de ambas entidades –el tribunal constitucional y el poder judicial-, estos líderes iliberales y conculcadores del *RoL* consiguen, tras apelar a las reglas del juego democrático y en razón a unas competencias exclusivamente estatales, que, además, son inherentes a la organización constitucional propia de los Estados (arts. 5 y 4.2 TUE), construir un nuevo régimen jurídico e institucional autosuficiente, que se refuerza a sí mismo (Krzywón, 2022: 180) y que con el paso del tiempo ha acabado minando, de forma paulatina, el imperio del principio de confianza mutua, requisito éste inexorable, a su vez, para el buen funcionamiento del Mercado Único y del ELSJ sobre el que la Unión pretende proyectarse, lo que supone, en consecuencia, una seria amenaza para la supervivencia y progreso de todo el proceso de integración europea.

#### 4. LA CRISIS ECONÓMICO-SANITARIA Y LA PROTECCIÓN DEL *RoL*: EL NUEVO RÉGIMEN GENERAL DE CONDICIONALIDAD PARA LA CORRECTA EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO DE LA UE

Todo este panorama de declive constitucional que asola al espacio jurídico europeo ha de ser contextualizado y relacionado con el advenimiento de la

COVID-19, pues la propagación del coronavirus no solo ha obligado a interrumpir el funcionamiento de las cadenas de valor y producción globales y nacionales, sino que también ha instaurado un clima aún más propicio para la promoción de la inseguridad jurídica, los populismos y el monopolio del poder –para la regresión del Estado de Derecho, en definitiva-. En consecuencia, es necesaria una actitud firme y decidida por parte de todas las instituciones comunitarias, y no solo del TJUE<sup>5</sup>, para conseguir contrarrestar las decisiones y actuaciones ejecutadas por parte de las «autocracias legalistas» hoy existentes en el espacio europeo.

Siguiendo esta línea, y contra todo pronóstico, la crisis económico-sanitaria que ha desencadenado la pandemia del coronavirus ha conducido a las instituciones de la UE a diseñar, tras el fracaso constitucional de 2008, una prometedora estrategia normativa en defensa del Estado de Derecho que sienta unas incipientes, pero sólidas bases para creer en la futura construcción de una Unión política, económica y solidaria, de los Estados de Europa. Dicha estrategia se manifiesta a partir de la promulgación de los novedosos Reglamentos 2020/2094<sup>6</sup> y 2020/2092<sup>7</sup>, con cuya aplicación conjunta se pretende alcanzar la recuperación económica europea post-covid bajo la bandera de defensa a ultranza del Estado de Derecho, y, con ello, de la democracia y de los derechos fundamentales.

Al contrario de la política de austeridad impuesta, como única salida, frente a la crisis de la Gran Recesión de 2008 (Balaguer Callejón, 2013: 450), los órganos institucionales de la Unión ahora sí han tenido en cuenta, durante los procesos de ideación y diseño de la política de recuperación económica post-pandemia, el hecho de que la «crisis de la Gran Reclusión» no ha venido originada (Porrás Ramírez, 2021: 830), como ocurrió con la primera, a consecuencia de diversas e ineficientes decisiones fiscales aplicadas por algunos líderes estatales, sino por la irrupción de una imprevisible crisis económico-sanitaria a la que estos últimos, especialmente los de Europa del Sur, han debido hacer frente contando, inicialmente, con un margen discrecional de gasto enormemente reducido a consecuencia de las severas políticas de austeridad sufridas durante la anterior crisis.

<sup>5</sup> Para profundizar en la loable saga jurisprudencial a partir de la cual el TJUE se convierte en el principal defensor comunitario del Estado de Derecho y de la independencia judicial puede consultarse BUSTOS GISBERT (2022: 211-331).

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

De este modo, los novedosos fondos *Next Generation EU* del Reglamento 2020/2094, junto con el nuevo Marco Financiero Plurianual (MFP) 2021-2027<sup>8</sup>, representan una inédita política de recuperación económica que, esta vez, ha sido construida, íntegramente, dentro del marco jurídico-competencial comunitario, que pretende ser financiada mediante la asunción compartida, entre todos los EEMM y a través de la Comisión Europea y del presupuesto de la Unión, de los riesgos financieros que implica la creación de unos fondos de una cuantía verdaderamente extraordinaria<sup>9</sup>, la cual, además, aspira a ser distribuida, conforme al principio de solidaridad, mediante préstamos (*Loans*) y transferencias no reembolsables (*Grants*) dirigidos a los EEMM según cuál sea su situación económico-financiera de partida.

De esta forma se ha conseguido superar, con creces, el excesivo enfoque intergubernamental e insolidario, así como degradador de las exigencias del Estado de Derecho (López Escudero, 2018:189-229), que caracterizó a la reacción comunitaria frente a la crisis financiera de 2008.

Todo esto exige, empero, que las instituciones europeas no permitan, en ningún caso, que los gobiernos iliberales y antieuropeos se vean financiados por estos extraordinarios fondos comunes europeos. La creación de estos últimos, dada la gravedad de la situación, se inspira en el principio de solidaridad, pero, al mismo tiempo, su efectiva dotación también debe verse condicionada al respeto de la primacía del Derecho de la Unión y de sus principios y valores constitucionales (art. 2 TUE). En otras palabras, la solidaridad comunitaria ha de ir de la mano de la responsabilidad, financiera y política, de los Estados.

Es aquí donde entra en escena el Reglamento 2020/2092 al vincular el respeto del Estado de Derecho (art. 2 TUE) con el principio de buena gestión financiera *ex. arts. 310 apdo. 5 y 317 párr. primero TFUE*, con cuya entrada en vigor se pretende garantizar la ejecución del presupuesto comunitario (al que se encuentran vinculados los fondos *Next Generation EU*), conforme a los principios de economía, eficacia y eficiencia. Su promulgación responde, entre otros motivos, al clima de corrupción y clientelismo (Drinóczi, T., Bień-Kacała, A, 2019: 1159-1161) que predomina dentro de los sistemas internos de los EEMM iliberales con motivo de la ausencia, dentro de estos últimos, de unos tribunales independientes e imparciales. No en vano, esta ausencia puede

---

<sup>8</sup> Reglamento (UE, EURATOM) 2020/2093 del Consejo de 17 de diciembre de 2020 por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2021-2027.

<sup>9</sup> El nuevo MFP 2021-2027 y los fondos *Next Generation EU* crean en total un paquete de ayudas de aproximadamente 1.8 billones de euros.



implicar la falta de protección jurisdiccional ante el uso indebido del dinero de la UE asignado a un Estado miembro, con el consecuente enriquecimiento ilícito de sus gobernantes oligárquicos.

El respeto del *RoL*, en consecuencia, no solo es esencial para la ciudadanía o para la vigencia del ELSJ, sino también para las iniciativas empresariales, la innovación, la inversión y el correcto funcionamiento del Mercado Interior, cuya plena expansión depende de la existencia de un sólido y transparente marco legal e institucional. Esto reafirma el hecho de que los países solo pueden garantizar una buena gestión financiera si las autoridades públicas respetan la legalidad vigente y si sus órganos jurisdiccionales actúan con independencia e imparcialidad, para garantizar así, plenamente, el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva. Luego, si alguno de los veintisiete incumple y en su ordenamiento quiebra el Estado de Derecho, se produciría la ruptura de todo el engranaje jurídico de la Unión, y, con ello, de la confianza mutua como base identitaria sobre la que se cimienta la Comunidad (art. 2 TUE). Todo ello genera un contexto de incertidumbre que desincentiva la inversión y afecta al bienestar económico de toda la UE.

Existe, en síntesis, una clara relación entre el respeto al Estado de Derecho y la ejecución eficiente del presupuesto de la UE con arreglo al principio de buena gestión financiera.

Es a partir de esta última conexión de donde nace el Reglamento 2020/2092 como instrumento complementario a los demás mecanismos protectores con los que cuenta la Unión para salvaguardar el *Rule of Law* como principio constitucional<sup>10</sup>. Ahora se trata, más específicamente, gracias al puente que brinda el régimen de condicionalidad, de compenetrar la defensa del Estado de Derecho con la de los intereses financieros de toda la Comunidad y Mercado, en particular en aquellos casos en los que los mecanismos de protección primarios o principales no lo hagan de una manera suficientemente eficaz. En ese caso, cuando el Consejo aprecie, a instancias de la Comisión Europea, que los intereses financieros comunitarios corren peligro a causa de la inseguridad jurídica, corrupción o afectación lesiva de la separación de poderes imperantes en alguno de los regímenes estatales de corte iliberal, el Reglamento 2020/2092 habilita al Consejo, por mayoría cualificada (art. 6), a bloquear o incluso suspender el envío a ese mismo Estado de los fondos europeos presupuestarios asignados. Esta cuestión no es baladí, pues tanto Hungría como Polonia han

---

<sup>10</sup> Así lo expresa el propio Reglamento en su considerando n.º 14. En consecuencia, el nuevo mecanismo de condicionalidad financiera constituye un instrumento protector de *RoL* de naturaleza y aplicación subsidiaria en relación a otros mecanismos de protección; como el art. 7 TUE o los procedimientos ante el TJUE (arts. 258, 259, 260 y 267 TFUE).

sido siempre dos de los principales EEMM receptores de los fondos estructurales de la UE. Algo que vuelve a confirmarse con la asignación de partidas del nuevo MFP 2021-2027 y del Plan de Recuperación europeo post-covid. Consecuentemente, esta afortunada conciliación entre la defensa del *RoL* y de los intereses financieros de la UE, materializada a partir de este nuevo mecanismo de la condicionalidad financiera que establece el Reglamento 2020/2092, aspira a convertirse, *a mi juicio*, y conforme al marco jurídico-competencial actual, en el instrumento supranacional más efectivo para la garantía de la defensa del Estado de Derecho, pues este afecta a la fibra más sensible de los gobiernos nacionales y populistas: su financiación.

No es de extrañar, en consecuencia, que los Estados magiar y polaco, durante las reuniones de negociación previas del Consejo Europeo de julio de 2020 intentaran evitar, a toda costa, primero la aprobación del Reglamento 2020/2092 mediante la amenaza de bloqueo del acuerdo de adopción de los Reglamentos sobre el MPF 2021-2027 y los fondos *Next Generation EU*, para cuya aprobación se requería unanimidad, y, después, la efectiva aplicación y ejecución de aquel, una vez fue aprobado en diciembre de 2020, mediante la interposición, en marzo de 2021, de dos recursos de anulación (asuntos C-156/21 y C-157/21) ante el TJUE.

Respecto a estos últimos el Tribunal, en sus resoluciones de 16 de febrero de 2022, sentenció<sup>11</sup>, de forma contundente, la absoluta validez y legalidad del Reglamento 2020/2092, así como la perfecta adecuación del art. 322 TFUE como su presupuesto jurídico: la finalidad específica del Reglamento 2020/2092 es la de asegurar la correcta ejecución del presupuesto de la Unión cuando alguno de sus EEMM ponga en peligro, con sus políticas conculcadoras del Estado de Derecho *ex. art. 2 TUE*, la buena gestión de los intereses financieros de aquella; por lo que este nuevo mecanismo ni coincide, ni se solapa, con la finalidad o *modus operandi* del mecanismo sancionador «nuclear» *ex. arts. 7.2 y 7.3 TUE*. Como tampoco se pretende con su ejecución eludir los requisitos procedimentales y de mayorías a los que se ven sometidos (y lastrados) los instrumentos que recoge el art. 7 TUE.

Para llegar a esta conclusión el TJUE se basa, muy especialmente, en la imperiosa necesidad, para finalmente aplicar el mecanismo protector de la condicionalidad, de apreciar la existencia de un nexo causal, suficientemente directo y acreditado (art. 4)<sup>12</sup>, entre la vulneración de los principios del *RoL* y

<sup>11</sup> SSTJUE de 16 de febrero de 2022, *Hungría/Parlamento y Consejo*, asunto C-156/21 y *Polonia/Parlamento y Consejo*, asunto C-157/21.

<sup>12</sup> Apdo. 97 STJUE *Polonia/Parlamento y Consejo*, *ob.cit.*

la afectación, potencial o efectiva, de los intereses financieros y del presupuesto de la UE; lo que significa que el Reglamento no es aplicable a todas las posibles vulneraciones del Estado de Derecho, sino solo a aquellas que puedan deteriorar, de forma objetiva, directa y suficiente, el presupuesto de la Unión. En ese sentido, la Corte de Luxemburgo también destaca que ambos mecanismos sancionadores, previstos en los Tratados, difieren en cuanto a naturaleza y ámbito de aplicación; pues el Reglamento 2020/2092 se refiere, estrictamente (322 TFUE), a aquellas vulneraciones del Estado de Derecho que presenten una especial relevancia financiera, mientras que el art. 7 TUE se refiere a toda actuación de carácter estatal, grave y persistente, producida dentro o fuera del ámbito competencial comunitario que, según la apreciación política del Consejo, amenace con menoscabar (7.1), o efectivamente ya lo haya hecho (7.2), cualquiera de los valores comunitarios que recoge el art. 2 TUE, y no «solo» el *Rule of Law*.

Ha sido este nexo de causalidad establecido entre la política de defensa del Estado de Derecho y la correcta ejecución y gestión de los intereses financieros y presupuestarios de la Unión lo que ha habilitado jurídicamente al TJUE para desestimar íntegramente los recursos de anulación húngaro y polaco, con vistas a que la Comisión y el Consejo procedan a aplicar de inmediato sobre los EEMM el que, de momento, se postula como el mejor instrumento europeo para la defensa ya no solo del *RoL*, sino incluso, más bien, de la propia supervivencia de todo el proyecto comunitario: al condicionar la salvaguarda del *RoL* con la garantía de la prosperidad financiera del mercado y moneda que el proyecto europeo lleva aparejados, el Reglamento 2020/2092 consigue algo inédito al fusionar el pasado más primitivo de la Unión Europea —centrado en alcanzar, sin más, un mayor bienestar económico y financiero— con su futuro más inmediato —pues esa misma Comunidad de Estados, que ha acabado convirtiéndose en una organización política supranacional, sin parangón en el Derecho Internacional, hoy hace depender su continuidad en el respeto y primacía de los presupuestos axiológicos y políticos que la vertebran—. De ahí la enorme esperanza creada por el régimen de la condicionalidad financiera en respeto del *RoL* para hacer frente a la crisis constitucional que amenaza con hacer quebrar los cimientos estructurales de la Unión.

Con todo, y pese a sus innegables signos prometedores, lo cierto es que este nuevo régimen de condicionalidad financiera-*RoL* todavía sigue adoleciendo de varios aspectos susceptibles de mejora o revisión: uno de ellos se refiere a su equidad (Martín y Pérez de Nanclares, 2019: 151), a raíz del perjuicio que sufrirán los ciudadanos de los Estados sancionados (cuya recepción de fondos se ve bloqueada) a consecuencia de la acción de sus respectivos

gobiernos nacionales o, también, al riesgo de que la amenaza de bloqueo de los fondos por parte de las instituciones comunitarias acabe siendo instrumentalizada por esos mismos gobiernos iliberales para favorecer el aumento de los populismos y el euroescepticismo.

Es, sin embargo, en el excesivo carácter político que presenta el Reglamento 2020/2092 donde residen los principales problemas: el hecho de que sean la Comisión y el Consejo las instituciones protagonistas durante el curso del procedimiento previsto por el mecanismo pone en duda su exitosa aplicación, pues en ambas entidades, como con la infructífera aplicación del art. 7.1 TUE en Polonia y Hungría se ha demostrado, tienden a prevalecer la defensa de los intereses intergubernamentales sobre la de los ciudadanos europeos, garantizados éstos por la institución comunitaria más representativa; el Parlamento Europeo, cuya participación se ha vuelto a ver condenada, en cambio, a una exigua intervención informativa (arts. 6, 7, 8 y 9). Esto es algo que merece ser cuestionado. El avance del proceso de integración exige reforzar el papel del Parlamento Europeo dentro de todo el sistema institucional de la UE y, en particular, dentro del procedimiento de condicionalidad financiera-*RoL*, para consolidar así el tan necesario acercamiento entre la Unión y sus ciudadanos. Ello reduciría el déficit democrático que caracteriza a todo su complejo institucional y conseguiría promocionar, al mismo tiempo, la vigencia del principio democrático como valor fundamental de aquella (art. 2 TUE).

Finalmente, sería de lamentar que el mensaje integracionista y de solidaridad que pretenden trasladar la tríada de Reglamentos 2020/2092, 2020/2094 y 2020/2093 se viese devaluado por unas instituciones europeas que acabaran recurriendo, de forma desproporcionada, al propio mecanismo de la condicionalidad financiera y al consecuente bloqueo de fondos. Ello no haría más que desvirtuar el espíritu que ha informado toda la política europea de recuperación post-pandemia.

Por esta última razón, y con vistas a alcanzar una política europea de defensa del Estado de Derecho sin fisuras y plenamente eficaz, resulta apremiante que las instituciones europeas no dejen de reafirmar, a la hora de elaborar sus futuros actos de defensa, que todo el aparato institucional y jurídico de la Unión –incluido aquí el propio recurso a la condicionalidad financiera– se encuentra sometido al art. 2 TUE; precepto que recoge todos los principios esenciales que cimientan el Derecho Constitucional Europeo y que consiguen desplegar su eficacia a partir de la jurisprudencia del TJUE y de la normativa derivada aplicable en los distintos ámbitos competenciales atribuidos a la Unión. Esto último, precisamente, es lo que sucede con el mencionado Reglamento 2020/2092 (art. 322 TFUE), el cual dispone un sistema de condicionalidad

lidad financiera de carácter *horizontal* en el que la condición en cuestión ha de ligarse al valor y respeto del Estado de Derecho del art. 2 TUE. Así, si bien, *a priori*, el Reglamento no habría de ser aplicado por las instituciones cuando la autoridad del Estado miembro, responsable de la afectación del *RoL*, esté ejerciendo una competencia exclusivamente nacional (el instrumento de defensa invocable, en este caso, para sancionar la actuación estatal sería el dispuesto por el art. 7 TUE), no es menos cierto que, cuando dicha actuación afecte o amenace con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto comunitario, no debería de reprocharse a la UE que, en defensa de su propia identidad constitucional (art. 2 TUE), ésta emplee los medios necesarios para proteger sus intereses financieros, adoptando medidas que, de conformidad con el artículo 5, apdo. 1, del Reglamento 2020/2092, se refieran exclusivamente a la ejecución del presupuesto de la Unión.

De esta forma, gracias a este espíritu *horizontal* inspirador del mecanismo de la condicionalidad financiera-*RoL* del Reglamento 2020/2092, se puede comenzar a deducir que el respeto de los valores constitucionales del art. 2 TUE ya no solo «estaría llamado a penetrar» (de Gregorio Merino, 2022: 22-24) la jurisprudencia del TJUE, sino también y muy especialmente, en toda la acción del legislador comunitario.

Resulta crucial, entonces, de cara al futuro, que las instituciones de la UE se refieran, *explícitamente* (Balaguer Callejón, 2021), en sus próximos actos normativos de defensa, al Estado de Derecho como lo que éste representa e implica, un fin en sí mismo como principio constitucional de la Unión; y no solo como un medio o valor invocable cuando peligre el progreso del Mercado Único. No en vano, y por más énfasis que autores como DE GREGORIO MERINO (*Ibidem*) otorguen al espíritu expansivo y horizontal del Reglamento 2020/2092, lo cierto es que el régimen de garantía del EdE que este último promociona, al final, se acaba quedando materialmente circunscrito al ámbito de la condicionalidad financiera<sup>13</sup>.

Consecuentemente, una respuesta sólida y eficaz contra el constitucionalismo iliberal exige, en cambio, una respuesta europea de una más rotunda y concluyente dimensión constitucional: la definitiva realización, sin ambages, de ese explícito y firme compromiso para con el Estado de Derecho y, por ende, con el Derecho Constitucional Europeo, permitiría que la ciudadanía, los EEMM y las propias instituciones supranacionales acabasen integrando el

---

<sup>13</sup> Esta es la tesis defendida por autores como KÖLLING (2022), quien subraya el hecho de que la definitiva versión del Reglamento 2020/2092 ni siquiera haga referencia al Estado de Derecho en su título.

contenido y la dimensión constitucional que han de presentar Europa y su Derecho.

Todo ello habría de ir acompañado, finalmente, de una profunda reforma de los Tratados que, bajo el máximo respeto al principio de pluralidad y diversidad constitucional que promueve el art. 4.2 TUE, por un lado, atribuyera a la Unión competencias más amplias para afrontar, con la suficiente propiedad (Balaguer Callejón, 2020: 127), las próximas crisis supranacionales que nos alberga el vigente contexto globalizador, y, por otro lado, actualizara y relajara los umbrales de activación de los procedimientos preventivo y sancionador del art. 7 TUE; al ser este último el único instrumento originariamente concebido para erigirse, al margen de requisitos y limitaciones competenciales insalvables, en el principal «botón nuclear» para la defensa del art. 2 del Tratado de la Unión Europea.

Mientras todo esto no suceda, la consecución plena de una Europa constitucionalista, liberal y garante de derechos seguirá pendiendo de un hilo.

## 5. CONCLUSIONES

El Estado de Derecho constituye la piedra basilar sobre la que ha de construirse el Derecho Constitucional Europeo: ello no solo porque aquel rige como principio estructurador común en la tríada de niveles constitucionales que coexisten en el espacio jurídico europeo, sino porque su degradación implica, también, la afectación lesiva del resto de valores esenciales e inspiradores del constitucionalismo europeo: la democracia y la garantía de los derechos fundamentales.

Pese a ser concebido como el sustrato germinal de la cultura jurídica europea, a nivel supranacional no disponemos, todavía, de un concepto que defina, de forma clara y unánime, en qué consiste el *Rule of Law*. En su lugar existe, más bien, una suerte de «significación o acepción común» que ha ido siendo asumida, de forma consuetudinaria, por los Estados miembros de las organizaciones de integración europeas.

Ese estándar común y europeo de *RoL* comienza a verse explicitado, de una forma más o menos nítida, en los informes de la Comisión de Venecia, a partir de los cuales es posible deducir que el principio de la independencia del poder judicial deviene como su componente fundamental: por una parte, solo unos tribunales independientes y sometidos únicamente al imperio de la Ley serán capaces de supervisar al resto de poderes públicos y de imponer sobre estos un sistema de rendición de cuentas que les exija responsabilidad

por la comisión de actos ilegítimos o abusivos. Por otra parte, la vigencia de un sistema jurisdiccional de garantía y reparación de derechos eficaz tiene, como presupuesto indispensable, la existencia de unos magistrados neutrales e imparciales. Esta intrínseca conexión que vincula al Estado de Derecho con la democracia y el principio de la separación de poderes y, en paralelo, con la realización efectiva de los derechos fundamentales a través, a su vez, de la garantía de la independencia del poder judicial, impregna al estándar europeo de *RoL* de una connotación substantiva que trasciende a cualquier intento por conseguir una reducción formalista y funcional de su significado.

El origen del contexto de declive constitucional que hoy asola al espacio jurídico europeo no reside tanto en el contenido de los parámetros recogidos por el *Soft Law* de la Comisión de Venecia en torno al principio de la independencia judicial y a la mejor forma de garantizar su defensa dentro de los Estados europeos, sino en la actitud asumida por aquella en función del Estado al que vayan dirigidas sus exhortaciones. Así, las instituciones convencionales (también el TEDH) tienden a mostrar una actitud menos exigente en relación con los Estados europeos occidentales, de más larga y consolidada trayectoria democrática, mientras que al mismo tiempo mantienen, en cambio, otra mucho más firme y estricta respecto a los «nuevos» regímenes democráticos de la Europa del Este, los cuales, hasta hace tan solo algunas décadas, se encontraban bajo la influencia soviética.

Los parámetros convencionales sobre el significado y protección del *RoL* y el principio de la independencia judicial, así como la actitud manifestada por los órganos del Consejo de Europa en torno aquellos, fueron asumidos, prácticamente de forma íntegra, por las entidades políticas y jurisdiccionales de la Unión Europea. No existe, en consecuencia, un estándar de *RoL* que haya sido elaborado exclusivamente por las instituciones de la Unión, sino que estas últimas, en cambio, han ido integrando los parámetros constitucionales desarrollados por las instituciones convencionales. Ello ha promovido el desarrollo de un auténtico patrimonio cultural y jurídico europeo en cuanto a derechos humanos, democracia y *Rule of Law*.

La ausencia, a nivel supranacional, de una definición explícita de Estado de Derecho como principio constitucional europeo, junto con la ejecución de un proceso de «europeización» de los Estados del Este que adoleció de un escaso diálogo con las instituciones nacionales candidatas, dio lugar a que los «nuevos» Estados europeos orientales acabaran adoptando una actitud hostil e *iliberal*, proclive a socavar y cuestionar, desde la más estricta legalidad y en razón a unas competencias exclusivas de los Estados, los elementos esenciales

del Derecho Constitucional Europeo, y, con ello, el principio del Estado de Derecho.

La enorme relevancia que, en consecuencia, estas medidas nacionales tienen en relación con el proceso de retroceso que actualmente sufre el *Rule of Law* europeo, ha acabado exigiendo, de forma imperante, la reacción de las instituciones supranacionales: la promulgación del Reglamento 2020/2092 y su aplicación vinculada con los Reglamentos 2020/2094 y 2020/2093 representan una inesperada estrategia normativa que, a través de la conciliación entre la defensa del *RoL* y de los intereses financieros de la UE, aspira a convertirse, conforme al vigente régimen competencial comunitario, en el instrumento supranacional más efectivo para la garantía del Estado de Derecho en Europa, pues este afecta a la fibra más sensible de los gobiernos nacionales: a su financiación.

No obstante, y sin pretender desmerecer sus innegables signos prometedores, lo cierto es que este novedoso mecanismo de la condicionalidad financiera-*Rule of Law* del Reglamento 2020/2092 todavía adolece, como instrumento protector del Estado de Derecho, de ciertos aspectos susceptibles de mejora: entre estos últimos destaca su excesivo carácter intergubernamental, que se deriva de disponer como instituciones protagonistas durante el curso del procedimiento al Consejo de la UE y a la Comisión, mientras que la intervención del Parlamento Europeo queda relegada a un mero segundo plano. Junto a ello, se encuentra el riesgo de que estas mismas instituciones recurran, de forma desproporcionada, al propio mecanismo de la condicionalidad financiera y con ello al consecuente bloqueo de los fondos europeos: ello no haría más que desvirtuar el mensaje integracionista y de solidaridad que pretende trasladar toda la política europea de recuperación pospandemia.

La crisis constitucional que amenaza a todo el proyecto europeo exige una respuesta de clara y rotunda dimensión constitucional. Esto implica, entre otras posibles opciones, que las instituciones de la UE se atrevan a dar un paso más y procedan a referirse explícitamente, en sus futuros actos normativos de defensa, al Estado de Derecho como lo que éste representa e implica; un fin en sí mismo como principio constitucional de la Unión; y no solo como un medio o valor invocable cuando peligre el progreso del Mercado Único. Ello, a su vez, habría de ir acompañado de una profunda reforma de los Tratados que, por un lado, consiguiera reforzar el papel del Parlamento Europeo dentro de todo el sistema institucional comunitario, promocionando con ello la vigencia del principio democrático como valor fundamental de la UE (art. 2 TUE) y, por otro lado, atribuyera a esta última competencias más amplias para poder hacerle frente, en el momento oportuno y de forma eficaz, a las próximas crisis que nos augura la imparable extensión del proceso de la globalización. Mientras



todo esto no suceda, la construcción de una Europa fiel a los principios del constitucionalismo seguirá siendo una tarea pendiente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2013). Una interpretación constitucional de la crisis económica. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 19, pp. 449-454.
- (2021). Democracia y Estado de Derecho como principios del derecho constitucional europeo. Conferencia impartida durante el Congreso europeo *Democracia y Estado de Derecho en la Unión Europea*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=sOrlqwSe4NE&t=6343s>
- (2020). *Crisis sanitaria y derecho constitucional en el contexto global*. Teoría y realidad constitucional, n.º 46, pp. 121-140.
- BUSTOS GISBERT, R. (2021). La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 47, pp. 161-198.
- (2022). *Independencia judicial e integración Europea*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- CASTELLÀ ANDREU, J. M. (2022). Estado de Derecho e independencia judicial según la Comisión de Venecia. *Estudios de Deusto*, n.º 70, pp. 35-53.
- CLAES, M. (2019). How Common are the Values of the European Union? *Croatian Yearbook of European Law and Policy* (Editorial Note), vol. 15, pp. VII-XVI.
- CRAIG, P. (2019). Definition and conceptualization of the Rule of Law and the role of judicial independence therein, en Craig P., y otros, *Rule of Law in Europe. Perspectives from practitioners and academics*. European Judicial Training Network, Brussels, pp. 1-14.
- DE GREGORIO MERINO, A. (2022). El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 71, pp. 11-26.
- DRINÓCZI, T., y BIEN-KACALA, A. (2019). Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland. *German Law Journal*, Vol. 20-Issue 8, pp. 1140-1166.
- KÖLLING, M. (2022). La condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea: ¿una protección del Estado de Derecho o una garantía para los intereses financieros de la UE? *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 37.
- KRZYWON, A. (2022). El iliberalismo constitucional ha llegado para quedarse. Las experiencias centroeuropeas. *Revista de Derecho Político*, n.º 113, pp. 165-191.
- LEVITSKY, S. Y ZIBLATT, D. (2018). *¿Cómo mueren las democracias?* Ariel.
- LÓPEZ ESCUDERO, M. (2018). La degradación de las exigencias del Estado de Derecho en el ámbito de la Unión Económica y Monetaria, en Liñán Nogueras, D. J., y Martín Rodríguez, P. J. (dirs.), *Estado de Derecho y Unión Europea*, Tecnos, Madrid, pp. 189-229.

- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (1995). El gobierno del poder judicial: los modelos y el caso español. *Revista de las Cortes Generales*, n.º 35, pp. 167-239.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2019). La Unión Europea como Comunidad de Valores: A vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 43, pp. 121-159.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M. (2021). EU Next Generation-Europe's recovery and resilience plan: a revolution in economic governance of EU?. *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n.º 4, pp. 821-852.
- SALINAS DE FRÍAS, A. (2018). Estado de Derecho o «Rule of Law»: Valor de base y principio de acción del Consejo de Europa, en Liñán Noguera, D. J., y Martín Rodríguez, P. J. (dirs.), *Estado de Derecho y Unión Europea*, Tecnos, Madrid, pp. 89-125.
- SEIBERT-FOHR, A. (2009). Judicial Independence in European Union Accessions: The emergence of a European basic principle, *German Yearbook of International Law*, n.º 52, pp. 405-436.

## **Sistema de normas y reforma constitucional**

# LA GARANTÍA NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN A TRAVÉS DEL BINOMIO REGLA-EXCEPCIÓN<sup>1</sup>

LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ  
*Universidad de Oviedo*

SUMARIO: 1. *Relaciones de aplicabilidad entre normas constitucionales y el binomio regla-excepción.* a) Excepciones orgánico-procedimentales y excepciones sustantivas. b) Excepciones cuantitativas y cualitativas.–2. *Excepciones y el principio de eficacia de la Constitución.* a) El binomio regla-excepción y el principio de eficacia de la Constitución. b) Las excepciones y las lagunas en los enunciados normativos. c) Excepciones como normas orgánico-procedimentales.–3. *Excepciones y norma hipotética fundamental.* a) Excepciones a la validez y a la vigencia de las normas constitucionales. b) Excepciones como inconstitucionalidades avaladas orgánico-procedimentalmente.–4. *Conclusiones.–Referencias bibliográficas.*

---

<sup>1</sup> Finalmente he decidido publicar uno de los documentos de trabajo que hube de redactar a comienzos de 2023 para someter a discusión en la Universidad Paris-Lodron de Salzburgo. Aunque con unas tesis todavía embrionarias, fue el punto de partida para elaborar una monografía titulada “El derecho de excepción como milagro jurídico”, durante una larga estancia de investigación en aquella Universidad en el marco del proyecto de investigación titulado La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y del sistema político (PID2020-117503GB-I00), dirigido por Xabier Arzoz Santisteban. Algunas de las tesis de este trabajo han tenido la ocasión de ser matizadas y otras abiertamente contradichas en el libro que finalicé en 2025 y en el que intenté analizar la naturaleza del derecho de excepción y si éste generaba en el ordenamiento jurídico algún tipo de derogación sobre sus normas. Quiero agradecer a Juan Luis Requejo Pagés, a Enrique Guillén López y a Alberto López Basaguren por sus sugerencias y sus críticas a las tesis de este trabajo. También a Andrés Jakab y a su equipo de investigación de la Universidad Paris-Lodron.

## 1. RELACIONES DE APLICABILIDAD ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES Y EL BINOMIO REGLA-EXCEPCIÓN

Se diría que la estructura escalonada del orden jurídico que se refleja –no exclusivamente– en el art. 9,1 CE conduce más naturalmente a ubicar el criterio de la validez entre la Constitución y las formas jerárquicamente infraordenadas a ella, y el de la aplicabilidad entre las propias normas constitucionales. Este ha sido el esquema, quizás erróneo, es sobre el que han construido los estudios que, principalmente el ámbito derecho comparado, se han aproximado al análisis del binomio regla-excepción en el ámbito del derecho constitucional<sup>2</sup>.

En efecto, dichos estudios han tratado las excepciones justamente con razón o no como excepciones a la *aplicabilidad* de reglas constitucionales<sup>3</sup>. Como una suerte de *lex specialis* en el derecho constitucional. Siendo esto así, se desvela cómo el concepto de excepción que aquí se maneja nada tiene que ver con la excepcionalidad<sup>4</sup>, a pesar de que es cierto que existen supuestos excepcionales en los que se introduce una excepción<sup>5</sup>. Pero también lo es en los que no existe relación entre uno y otro.

Quizás no sea éste el lugar para desarrollar una construcción acabada acerca de la relación regla-excepción en el derecho constitucional que, a juicio, de la mayoría de estudios, aún no se ha realizado en la ciencia del derecho público<sup>6</sup>. Pero sí podrían apuntarse algunos elementos capaces de identificarla y señalar dónde podrían verse en nuestro orden constitucional. Para poder

---

<sup>2</sup> Efectivamente, el binomio regla-excepción ha sido analizado, sobre todo, en la ciencia comparada. Pues bien, los escasos estudios existente sobre la materia han puesto de manifiesto el escaso tratamiento teórico de la excepción. Tanto en el ámbito de la teoría general del derecho, como en el plano de la ciencia del derecho público. Véase al respecto KAISER, 36 (2020). Algunos de los escasos trabajos que se han centrado en el estudio de la excepción en el ámbito de la teoría general del derecho, se recogen en las contribuciones de LARENZ, CANARIS, 1995, LINDNER, 2007, MÜLLER, CHRISTENSEN, 2009, y, sobre todo, de REIMER, 2016. A lo largo de este trabajo se aludirá a otros estudios más vinculados a la ciencia del derecho público.

<sup>3</sup> REIMER, 79, 2019.

<sup>4</sup> Ciertamente, este trabajo se centrará, sobre todo, en la función jurídico-normativa de la excepción. Se desvincula, por lo tanto, de la relación entre excepción y excepcionalidad, entendida como algo excepcional, no usual, como la guerra o las crisis de abastecimiento en la que han puesto su énfasis, sin embargo, otras construcciones. Véase en este sentido MAUNZ, 203, 1977, HESSE, 281, 1972.

<sup>5</sup> Por ejemplo, se verá cómo, a pesar de que podría no haberla, sí existe relación entre excepción y excepcionalidad en el caso de los arts. 116 y 155 CE, pero existe excepcionalidad en el caso del art. 86,1 CE cuyo supuesto de hecho es la extraordinaria y urgente necesidad, pero, como se verá, no se introduce aquí una excepción en sentido estricto.

<sup>6</sup> Como se puede ver, se parte aquí de la construcción de las excepciones dentro del derecho. Se descarta, así, en este trabajo, la posibilidad distinguir entre las excepciones al derecho y las excepciones en el derecho, tal y como se realizó originariamente por las construcciones clásicas que concebían el Estado de excepción como la facultad del Estado para desligarse de las ataduras del derecho para una más

avanzar sobre su concepto podría ser útil distinguir las excepciones, en primer lugar, según la naturaleza orgánico-procedimental o sustantiva de las normas llamadas a ser exceptuadas en su aplicación. Como se verá, esto servirá para hacer ver cómo una excepción es una *lex specialis*, pero cómo no toda *lex specialis* es, al mismo tiempo, una excepción<sup>7</sup>.

La segunda clasificación que servirá para delimitar el concepto de excepción distinguirá entre excepciones cualitativas y cuantitativas, lo que permitirá comprender por qué sólo puede hablarse de excepción, en un sentido estricto, donde excepcione la aplicabilidad de *reglas*. Esto es, de normas que se entiendan como una normalidad<sup>8</sup>, como una preferencia normativa que ha de ser aplicable a la mayoría de supuestos<sup>9</sup>. No es la excepción la que confirma la regla porque ello sería tanto como definir la regla a partir de la excepción. Es, más bien, la regla la que define la excepción.

#### a) **Excepciones orgánico-procedimentales y excepciones sustantivas**

Como se acaba de poner de manifiesto, las excepciones pueden ser distinguidas, en primer lugar, en función de la naturaleza orgánico-procedimental o sustantiva de las normas llamadas a ser exceptuadas en su aplicación<sup>10</sup>. En lo que se refiere, en primer lugar, a las excepciones que condicionan la aplicabilidad de normas orgánico-procedimentales, en la CE podría aludirse al art. 155,1, que atribuye a ciertos órganos, a través de determinados procedimientos, la facultad de dictar disposiciones dotadas del rango o del valor de Ley (SSTC 83/2016, 89/2019, 90/2019).

Podría pensarse, en principio, que esta excepción lo sería a la regla orgánico-procedimental de producción de formas legislativas ordinarias contenida en el art. 66,1 CE. Si ello fuera así, también habría que reputar teóricamente una excepción el art. 86,1 CE que autoriza al gobierno a dictar disposiciones legislativas bajo la forma de decretos-leyes en caso de extraordinaria y urgente necesidad. Sin embargo, hay que desechar que ello pueda considerarse así.

---

eficaz persecución de sus fines. Aquí, la excepción se materializa como una facultad metaconstitucional. Sin pretensión agotadora, véase VON JHERING, 304, 1877.

<sup>7</sup> REIMER, 77, 2019.

<sup>8</sup> REIMER, 164, 2016.

<sup>9</sup> FINKE, 523, 2015.

<sup>10</sup> De todos modos, Ignacio de Otto y Pardo ya previno de la relatividad de la distinción entre normas orgánico-procedimentales y sustantivas en el marco de una Constitución que se conciba como norma suprema, que conciba como válidas las normas que la contravengan. Desde esta óptica, todas serían de alguna manera normas de contenido, 831 ss., 2010.

En realidad, lo que define el concepto de excepción es que excepciona la sujeción a las consecuencias jurídicas de una regla preexistente. Es, en ese sentido, una *lex specialis negativa*<sup>11</sup>. El art. 86,1 CE contiene, más bien, una *lex specialis positiva* porque, ante un supuesto de hecho –la extraordinaria y urgente necesidad– crea nuevas consecuencias jurídicas –la posibilidad de crear un decreto-ley–, pero sin excepcionar la aplicación de las consecuencias previstas el art. 66,1 CE, que autoriza a aprobar normas con forma de ley, que sigue plenamente vigente.

El art. 86,1 CE, por tanto, es *lex specialis* frente al art. 66,1 CE. Pero es una *lex specialis*, que no contiene propiamente una excepción. El art. 155,1 CE, por el contrario, sí es una *lex specialis negativa*<sup>12</sup>, al autorizar al Estado central al cumplimiento sustitutivo de conductas que debieran de ser adoptadas por las Comunidades Autónomas conforme a los órganos y a los procedimientos regulados en su Estatuto de Autonomía (art. 147,1 CE)<sup>13</sup>, que queda suspendido en su aplicación<sup>14</sup>.

Dígame de otro modo: una conducta, en principio, jurídicamente debida: la prohibición de que el Estado pueda ejercer competencias de las Comunidades Autónomas, pasa a dejar de serlo, autorizándose en su lugar a que el Estado pueda ejercer de manera sustitutiva competencias autonómicas.

En la CE, además de excepciones que operan sobre la aplicabilidad de reglas orgánico-procedimentales, cabe identificar, en segundo lugar, excepciones que actúan sobre reglas sustantivas. Es decir, a reglas de contenido. Eso es lo que sucede, por ejemplo, en el art. 15 CE, al afirmar «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». La norma que prohíbe la pena de muerte queda excepcionada en su aplicación cuando se dé el supuesto de hecho contemplado en el art. 63,3 CE, la declaración de guerra.

También una excepción a reglas sustantivas parecería poder identificarse en el art. 55,1 CE, que afirma: «Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución». La sujeción a los derechos fundamentales, que opera como regla, queda suspendida como consecuencia de la declaración de los estados regulados en los arts. 116,3 y 4 CE.

<sup>11</sup> KAISER, 2020, REIMER, 75, 2019.

<sup>12</sup> CRUZ VILLALÓN 30 s. 2020.

<sup>13</sup> Véase al respecto ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2020.

<sup>14</sup> VIRGALA FORURIA 99, 2005,

Sin embargo, hablando de normas sustantivas, parece que resultaría necesario distinguir las excepciones que suspenden la aplicación de normas sustantivas preexistentes de otras que, en realidad, no suspenden, sino que parecerían delimitar su contenido. En efecto, el art. 55,1 CE es, en sentido estricto, una excepción porque suspende reglas iusfundamentales vigentes en situaciones de normalidad, que dejarían de ser aplicables<sup>15</sup>. Sin embargo, no parecería hacerlo el art. 56,3, que afirma «la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad»<sup>16</sup>. Tampoco el art. 71 CE que regula las prerrogativas parlamentarias.

Efectivamente, tanto el art. 56,3 como el 71 CE no serían excepciones a la aplicación de derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24,1 CE). Su función consiste en delimitar su contenido iusfundamental. Una función que desempeñan, por otra parte, muchas otras normas constitucionales, como el art. 9.2 en relación al derecho a la igualdad del art. 14 CE. Aquél no sería, en sentido estricto, una excepción a la aplicabilidad del segundo, sino una delimitación del contenido iusfundamental del mismo<sup>17</sup>.

## b) Excepciones cuantitativas y cualitativas

Las excepciones a la aplicabilidad de las normas constitucionales también pueden clasificarse en cualitativas y cuantitativas. Las excepciones cualitativas son aquellas a las que el sistema jurídico le resulta irrelevante que puedan convertirse en reglas, y las reglas en excepciones<sup>18</sup>. Reglas y excepciones no son definidas como magnitudes estadísticas, siendo las reglas concebidas como una normalidad aplicable a la mayoría de supuestos y las excepciones a la minoría<sup>19</sup>.

Entre muchos otros ejemplos, eso es lo que parece suceder en el art. 75,2 CE, que afirma «Las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El Pleno podrá, no obstante, recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de Ley que haya sido objeto de esta delegación.» Como se puede ver, solo atendiendo a su enunciado no existiría una

<sup>15</sup> ALÁEZ CORRAL 243, 2004, REQUEJO RODRÍGUEZ, 112, 2001.

<sup>16</sup> Véase sobre estas cuestiones GARCIA MAJADO, 360, 2021.

<sup>17</sup> OTTO Y PARDO, 1445, 2010.

<sup>18</sup> REIMER, 77, 2019.

<sup>19</sup> Cfr. FINKE, 522 s. 2015.



preferencia jurídico-constitucional acerca de que estadísticamente deban de existir más leyes de pleno o más leyes de comisión.

En el art. 75,2 CE no existe obstáculo normativo para que la regla pueda convertirse en la excepción y la excepción en regla. Por ello, aunque aquí se empleen los términos regla y excepción, solo de forma impropia cabe hablar de una y otra. Las reglas son, en realidad, concebidas en un sentido redaccional, como la primera expresión enunciativa de un deber ser, y la excepción, como continuidad en la definición del mismo<sup>20</sup>. Por así decir, la regla y la excepción tienen como finalidad definir lo que es una única regla.

Más interés suscitan las excepciones cuantitativas que, como cabe deducir, son las que excepcionan la aplicación de una regla concebida como normalidad, esto es, como una norma que ha de ser aplicable a la mayoría de supuestos. Es aquí cuando cabe hablar de reglas y excepciones en un sentido estricto<sup>21</sup>. Las excepciones no solo son una excepción a la aplicación de una regla previamente enunciada –lo que sucedía con las anteriores excepciones cuantitativas– sino una norma que ha de ser aplicable a un inferior número de supuestos<sup>22</sup>. Por eso la regla no puede convertirse en excepción ni la excepción en regla.

En ciertas ocasiones, los mismos enunciados constitucionales reflejan la naturaleza cualitativa de las excepciones. Por ejemplo, el art. 13,2 CE deja claro que la nacionalidad española es condición para el ejercicio del sufragio activo y pasivo en la mayoría de las elecciones que se celebren en el Estado, mientras que la extranjería solo se autoriza, bajo determinados requisitos, en el sufragio activo y pasivo las elecciones municipales. Cabe afirmar que la extranjería es una excepción a la regla de la nacionalidad.

Sin embargo, en otras ocasiones, la naturaleza cualitativa de las excepciones se deriva de forma implícita de los principios estructurales. Estos principios en una Constitución que se conciba como norma suprema frente al resto de normas del ordenamiento jurídico (art. 9,1 CE) tienen como función regular directamente cómo se crean y aplican dichas normas (arts. 1,1 y 2 CE). Los principios estructurales definen, así, la quintaesencia de la función constitucio-

<sup>20</sup> Sobre el concepto de excepciones redaccionales (REIMER, 164 s.2016).

<sup>21</sup> GROSS, 1071, 2003, BARZACK, 99, 2020.

<sup>22</sup> Ciertamente. Por eso no puede existir el binomio regla-excepción en la autocracia, que se sostiene sobre la norma hipotética fundamental que determina que es derecho lo que en cada momento determine el dictador. No existe normalidad y, por lo tanto, no puede existir la excepción. Conceptualmente es la normalidad la que justifica la existencia de la excepción, no es la excepción la que justifica la normalidad. Véase al respecto VEROSTA, 481, 1958.

nal<sup>23</sup>. Cabe afirmar, así, que los principios estructurales de la CE proclaman cuál ha de ser la *normalidad* constitucional.

En consecuencia, aquellas reglas constitucionales –ya sean orgánico-procedimentales o sustantivas– que regulen el contenido nuclear de alguno de los principios estructurales de los arts. 1,1 y 2 CE han de ser concebidas como una normalidad y las excepciones a su aplicación han de ser aplicables estadísticamente a un menor número de supuestos<sup>24</sup>. Eso es lo que sucede en el caso del art. 15 CE. Tal disposición afirma «(q)ueda abolida la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

Es claro que la abolición de la pena de muerte ha de valer como normalidad, por la sencilla razón de que, conforme a la regulación constitucional (art. 10,1, 15,1 CE), puede ser vinculada al contenido nuclear del principio estructural complejo de Estado social y democrático de derecho. Por ello, la CE manifiesta su voluntad de que incluso en caso de que en una vigencia prolongada de la guerra (art. 63,3 CE), la imposición de la pena de muerte no pueda regir como normalidad.

Lo mismo sucede con el enunciado del art. 55,1 CE que permite la suspensión de ciertos derechos fundamentales. La vigencia temporal de la suspensión –independientemente de cuál sea su contenido y alcance–, tiene que ser la excepción, no la regla, dado que los derechos fundamentales son normas sustantivas vinculadas al contenido nuclear de los principios de los arts. 1,1 CE<sup>25</sup>. Algo que también sucede en el caso del art. 155 CE, que constituye una limitación excepcional a una autonomía política de las Comunidades Autónomas que, elevada a la condición de principio estructural en art. 2 CE, tiene que ser la regla<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Véase sobre el ejercicio de la función (materialmente) constitucional por parte de las normas formalmente constitucionales, pero también por otras que ocupan formalmente un rango jerárquicamente inferior, REQUEJO RODRÍGUEZ, 1997.

<sup>24</sup> La doctrina ha denominado materiales a las excepciones que lo son a las normas que se vinculan a principios. Por tanto, materiales son las excepciones a reglas que, como ha quedado dicho, regulan el contenido nuclear de un principio estructural. Sin embargo, son formales, por exclusión, las excepciones que se realizan a normas no tienen la consideración de principios (REIMER 79, 2019). La combinación de todos estos elementos tiene que conducir a entender que las excepciones cualitativas son excepciones materiales y son las verdaderas excepciones. Sin embargo, las excepciones cuantitativas son las excepciones denominadas formales que no tienen auténtica consideración de excepciones.

<sup>25</sup> Una interpretación de la CE en estos términos la ha realizado el legislador de la LO 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio. El art. 1,2 afirma: «Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias».

<sup>26</sup> En el ámbito orgánico-procedimental, un ejemplo de esta interacción puede verse en el art. 80 CE que dispone que «Las sesiones plenarias de las Cámaras serán públicas, salvo acuerdo en contrario de cada Cámara». Parece claro que la publicidad de las sesiones plenarias proclamado en el art. 80 CE es una exigencia orgánico-procedimental vinculada al contenido nuclear del principio democrático del art. 1,1 CE. Por eso, hay que entender que la CE expresa implícitamente en el enunciado del art. 80 CE la preferencia

## 2. EXCEPCIONES Y EL PRINCIPIO DE EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN

### a) El binomio regla-excepción y el principio de eficacia de la Constitución

El fundamento de la plasmación constitucional de las excepciones en la CE hay que encontrarlas en el principio de eficacia del orden jurídico. Un principio que expresa el presupuesto teórico sin el que ningún orden jurídico (ni la Constitución misma como norma suprema) puede ejercer adecuadamente su función<sup>27</sup>. La función de la excepción –como se ha visto– y siempre se se considere como una *lex specialis*, como ha entendido, con razón o no, su tradicional tratamiento, es hacer no aplicables las consecuencias jurídicas de una regla que –en tanto su vinculación con el contenido nuclear de un principio estructural– ha de regir como normalidad<sup>28</sup>.

Cabe afirmar, por tanto, que, al menos en un sentido impropio, la regla y la excepción son normas constitucionales que se «contradicen» entre sí<sup>29</sup>. En efecto, como se ha visto con anterioridad, la función de la excepción, de aceptarse su consideración como *lex specialis*, no es delimitar el contenido de una norma sino suspender la aplicación de sus consecuencias jurídicas. Eso se aprecia, como se ha visto con anterioridad, en el art. 15 CE, que autoriza a que la regla contraria a la pena de muerte –elevada a la condición de normalidad por el principio estructural de Estado social y democrático de derecho (art. 1,1 CE)– sea exceptuada en su aplicación siendo sustituida por la opción favorable a la misma en un determinado supuesto de hecho: cuando lo dispongan las leyes militares en tiempos de guerra<sup>30</sup>.

---

normativa de que tal regla valga como una normalidad. El carácter secreto de las sesiones que puede ser decidido por acuerdo de cada cámara es no solo de manera genérica la excepción a la aplicación de dicha regla, sino más específicamente un *factum* que debe de regir en un número inferior de supuestos.

<sup>27</sup> Kelsen 204 ss., 1992.

<sup>28</sup> Hay que reparar, sin embargo, en que de un modo u otro, la mayoría de las normas constitucionales tienen relación con los principios estructurales. La explicación de este fenómeno es, en parte, obvia, ya que las normas constitucionales, al integrarse en la forma constitucional, tratan de ejercer lo que define tradicional y materialmente su función: regular cómo se crean las normas jurídicas en el ordenamiento jurídico. Aun siendo esto así, es claro que algunas normas definen el contenido nuclear de los principios estructurales y otras, aunque los desarrollen, no lo hacen. A pesar de que este fenómeno es fácilmente constatable en un buen número de casos, lo cierto es que no en todos ello es fácil clasificar las normas constitucionales en base a tal función.

<sup>29</sup> Es decisivo tener en cuenta esta existencia de contradicción entre regla y excepción para poder comprender su concepto y su función. La excepción es, así se afirmado, un *contrarius actus*. Véase al respecto REIMER 77, 2019. Sin embargo, estructuralmente, y dentro de una norma del mismo rango jerárquico, no cabe hablar de una contradicción normativa. Solo sería posible técnicamente entre normas de distinto rango.

<sup>30</sup> Es inevitable que la lectura de estas páginas plantee la duda de si este razonamiento no suscita una suerte de círculo vicioso, de razonamiento circular. En efecto, de conformidad con lo afirmado aquí, la norma que opera como regla (y que es exceptuada en su aplicación por la excepción) lo es por desarrollar el contenido nuclear de un principio estructural. En realidad, pareciera que es, en último extremo, el interés

Como se puede ver, lo que pretende el art. 15 CE es que si el orden jurídico no puede ver garantizada su eficacia al amparo de la primera opción, pueda lograrla alternativamente en el contexto de la opción contraria<sup>31</sup>. Lo mismo sucede en el art. 55,1 CE que permite la suspensión de ciertos derechos fundamentales cuando se declaren los estados de excepción y de sitio. La sujeción de los derechos –en su condición de regla/ normalidad, también por los principios de los arts. 1,1 CE– es sustituida temporalmente para afrontar los supuestos de hecho previstos de los arts. 116,3 y 4 CE<sup>32</sup>.

También la pretensión de garantizar el principio de eficacia de la Constitución a través de una opción y su contraria se evidencia en el caso del art. 155 CE. Tal y como se ha interpretado por el Tribunal Constitucional (SSTC 89 y 90/2019) y por la literatura, la sujeción a la distribución horizontal del poder –elevada a la condición de regla por el principio autonómico del art. 2 CE– es exceptuada en su aplicación por una actuación sustitutiva del Estado en ámbitos, en un principio, vedados a su actuación<sup>33</sup>. En consecuencia, los arts. 15, 116 y 155 CE intentan garantizar la eficacia de la Constitución en el sentido de que pretenden que los principios estructurales, si no pueden ser eficaces en base a las reglas que definan la normalidad, puedan serlo conforme a la opción contraria.

Efectivamente, y, quizás no en el sentido de que el supuesto de hecho de los arts. 15, 116 y 155 CE sea, en sí misma, una pérdida de eficacia de los principios estructurales de los arts. 1,1 y 2 CE. A pesar de lo ahora afirmado,

---

prete de la Constitución quien decide lo que son las reglas y las excepciones, sobre la base de una previa definición de cuáles son (y cuáles no) las normas constitucionales que desarrollan el contenido nuclear de un principio estructural. Algo que presupondría, en el fondo, una determinada preconcepción de su contenido. Sin embargo, los principios estructurales presentan un contenido normativo autónomo, que es el que define lo que debe de ser considerado como normalidad. Y ese contenido normativo autónomo está conformado por la abstracción de la totalidad de normas constitucionales. Por ejemplo, que la prohibición de la pena de muerte del art. 15 CE deba de ser considerado como la normalidad se deduce de una pluralidad de normas constitucionales, entre ellas el art. 10,1 CE. Eso justifica que la opción favorable a la pena de muerte deba de ser tratada como la excepción.

<sup>31</sup> Sobre la necesidad de prever excepciones a las reglas para poder satisfacer el principio de eficacia del ordenamiento jurídico, alternativamente con una opción y la contraria, véase ORTMANN 33, 2003, LEMBCKE 36, 2007, BARCZAK 102, 2020.

<sup>32</sup> Más fácilmente es deducir que la opción favorable a la vigencia de los derechos fundamentales conforme el contenido nuclear de los principios estructurales y que deba de valer, en consecuencia, de la normalidad. Valdría ver para ello el Título I CE. Eso ha sido adecuadamente percibido por el legislador en los arts. 2,1 y 2.2 de la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio: «2.1. Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes. 2.2 Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias».

<sup>33</sup> REQUEJO PAGÉS 235, 2020.

esto ha sido un parecer generalizado entre la doctrina. Y así, se ha entendido que la declaración de guerra (art. 63,3 CE), de los estados de excepción y de sitio (arts. 116,3 y 4 CE), pero también del art. 155 CE, son actos normativos que declaran el menoscabo del conjunto de los principios estructurales de los arts. 1,1 y 2 CE. Sin embargo, es probable que existieran argumentos que pudieran negar esta premisa.

## b) Las excepciones y las lagunas en los enunciados normativos

Efectivamente, la tesis mayoritaria que ha entendido, como se acaba de ver, que lo que define a las excepciones es que responden frente a la pérdida de eficacia de los principios estructurales de los arts. 1,1 y 2 CE podría llegarse a poner en duda por un elemento definitorio de los enunciados que definen las excepciones. En concreto, la existencia de lagunas en el supuesto de hecho y/o en sus consecuencias jurídicas. Ello puede apreciarse, en primer lugar, en el art. 55,1, donde se regula la suspensión de derechos (se introduce la excepción en sentido estricto) y en los arts. 116,3 y 4 CE, que regulan el supuesto de hecho de la excepción: los estados de excepción y de sitio.

Pues bien, bastaría con acudir al enunciado de los arts. 116,3 y 4 CE para constatar cómo el constituyente ha querido introducir deliberadamente una laguna, al no determinar qué es lo que se entiende por estado excepción ni por estado de sitio. También esto es propio del estado de alarma que se regula en el art. 116,2 CE y al que es aplicable la excepción introducida en el art. 116,5 CE: «No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo»<sup>34</sup>. Una excepción a la aplicación a la regla del art. 115 CE<sup>35</sup>.

Sin embargo, en la CE también es posible identificar enunciados que regulan excepciones que contienen lagunas, no el supuesto de hecho, sino en sus consecuencias jurídicas. Esto es lo que sucede en el art. 155,1 CE cuya función es, como se ha visto, excepcionar la aplicación de reglas que distribuyen territorialmente el poder, como materialización del principio estructural de Estado autonómico del art. 2 CE<sup>36</sup>. Pues bien, esta excepción se legitima en base a la

<sup>34</sup> En efecto, la norma que reconoce la potestad de disolución de las Cámaras por parte del Presidente del Gobierno (art. 115 CE)—elevada a la naturaleza de regla por el principio democrático (art. 1,1 CE), en los términos prefijados por la forma parlamentaria de gobierno (art. 1,3 CE)—queda exceptuada en su aplicación también cuando se declare el estado de alarma contemplado en el art. 116,2 CE, cuyo supuesto de hecho se integra por una laguna.

<sup>35</sup> CRUZ VILLALÓN, 132 s., 1984.

<sup>36</sup> GARCÍA TORRES, 119, 2019.

genérica cláusula que autoriza al Estado a adoptar las medidas necesarias a fin de obligar a las Comunidades Autónomas al cumplimiento de las obligaciones sido incumplidas o para la protección del interés general de España.

El sentido de las lagunas en los supuestos de hecho (arts. 116,2, 3 y 4 CE) o en las consecuencias jurídicas (art. 155,1 CE) de los enunciados que regulan las excepciones podrían ponerse en relación con el propio principio de eficacia que pretenden garantizar. En efecto, las lagunas podrían legitimar la adopción de lo necesario—consecuencia jurídica— cuando sea necesario—supuesto de hecho— para poder garantizar aquel principio<sup>37</sup>. No es de extrañar el destacado desarrollo doctrinal que han tenido en la iuspublicística las excepciones y las lagunas en el marco del principio de necesidad<sup>38</sup>.

Sin embargo, bien mirado, de los aludidos enunciados normativos no se deduce que sirvan directamente al principio de eficacia de la Constitución, respondiendo abiertamente frente a un menoscabo del orden constitucional, cuyas exigencias pudieran ser canalizadas a través de las lagunas contenidas en sus enunciados. Sí lo hace la LO 4/1981 al desarrollar ex art. 116,1 CE los estados de alarma, de excepción y sitio, que regula, en efecto, supuestos que menoscaban la eficacia de los principios estructurales<sup>39</sup>. Y la doctrina se ha aferrado a ello para atribuir a dichos estados excepcionales la función de garantizar la estabilidad de la Constitución<sup>40</sup>.

Sin embargo, habría que plantearse si no supone, en cierta medida, una contradicción en sus propios términos atribuir a una norma constitucional una función que le confiere la Ley que lo desarrolla. Habría que preguntarse, en consecuencia, si la vinculación del art. 116 CE con un menoscabo del orden constitucional no deja de ser una suerte de ficción. Similares consideraciones podrían desarrollarse respecto del supuesto de hecho del art. 155,1 CE. También la doctrina y el TC han entendido que el art. 155,1 CE ha de aplicarse en el caso de conductas procedentes de las Comunidades Autónomas que menoscaban el funcionamiento del Estado autonómico<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> STERN, 1334, 1980.

<sup>38</sup> JELLINEK, 300, 1887.

<sup>39</sup> Ciertamente, el art. 13,1, al regular el supuesto del estado de excepción establece: «Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo». Por su parte, el art. 32,1 dispone: «Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios».

<sup>40</sup> Esta opinión ha sido prácticamente unánime. Véase entre otros muchos GARRIDO LÓPEZ, 89 ss., 2021 y GARCÍA ROCA, 182, 2019.

<sup>41</sup> GÓMEZ ORFANEL, 348, 2020.

Sin embargo, hay que reconocer que eso no se deduce específicamente de la literalidad del art. 155 CE. El supuesto de hecho se refiere a una infracción de las obligaciones que la Constitución y la Ley les impongan o el menoscabo del interés general de España. Un supuesto cuya verificación se le atribuye también a la jurisdicción constitucional a través diferentes vías procesales previstas en el art. 161 CE. Por lo tanto, habría que plantearse, en idénticos términos a los antes suscitados, si la concepción del art. 155,1 CE como una respuesta a un menoscabo de la eficacia de los principios estructurales no es igualmente un topoi interpretativo, una ficción, propia, por otra parte, del concepto de excepción en el derecho constitucional<sup>42</sup>.

### c) **Excepciones como normas orgánico-procedimentales**

Recapitulando lo afirmado hasta aquí, es probable que las excepciones puedan entenderse como normas al servicio del principio de eficacia de la Constitución. Pero, como se ha visto, no en el sentido en que responden directamente frente a un menoscabo de la eficacia de los principios estructurales. La ligazón de las excepciones con el principio de eficacia de la Constitución proviene, más bien, de otro elemento. En concreto, de que introducen una condición alternativa de eficacia, permitiendo que si los principios estructurales no pueden verla garantizada a partir de las normas que definen su contenido nuclear, puedan serlo a partir de las contrarias.

Otra de las características que comparten las excepciones que introducen esa condición alternativa de eficacia es que son normas orgánico-procedimentales en sí mismas. Esto es, regulan quién y cómo puede decidir acerca de la aplicación de la excepción<sup>43</sup>. Es cierto, el art. 116,2,3 y 4 CE prevé que el Gobierno y el Congreso de los Diputados, a través de un determinado procedimiento, han de aprobar un acto normativo –dotado del rango de Ley (STC 83/2016)–<sup>44</sup> que decida sobre la aplicación de las excepciones previstas en los arts. 55,1 y 116,5 CE. Y, con ello, la consecuente inaplicación de otras reglas, ya vistas, que regulan el contenido nuclear de los principios estructurales. Ya sean orgánico-procedimentales o sustantivas.

<sup>42</sup> KAISER 24 ss., 2020.

<sup>43</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 331, 2021. Efectivamente, recuérdese cómo al principio de estas páginas las excepciones fueron clasificadas en orgánico-procedimentales y sustantivas en función a la naturaleza de las normas que podían ser excepcionadas en su aplicación. Aquí lo que se mantiene es otra cosa. Lo que pretende expresarse es que las excepciones en sí mismas son normas orgánico-procedimentales.

<sup>44</sup> LAFUENTE BALLE 366 ss., 2021.

Pero, bien mirado, también eso es lo que sucede en el caso del art. 15 CE al permitir que pueda suspenderse la aplicación de la prohibición favorable a la imposición de la pena de muerte en caso de la declaración de la guerra. Un acto normativo que han de aprobar las Cortes Generales, conforme a lo previsto en el art. 63,3 CE. Las aludidas normas orgánico-procedimentales regulan las condiciones de producción de un acto normativo que decide sobre la aplicación de la excepción y la consiguiente inaplicación de una regla preexistente<sup>45</sup>.

En efecto, si se piensa en la suspensión de los derechos fundamentales a la que se refiere el art. 55,1 CE, de tal suspensión comienza cuando se aprueba el acto infraconstitucional declaratorio de los estados de excepción y de sitio, regulado por las normas orgánico-procedimentales de los arts. 116,3 y 4 CE. En definitiva, es una norma infraconstitucional la que decide sobre la aplicación de la excepción y la que es una norma infraconstitucional la que decide sobre la aplicación de la excepción y, consecuentemente, la inaplicación de la regla.

Sin embargo, bien mirado, la característica estructural que satisfacen los arts. 66,3 CE (la declaración de guerra), 116,2,3 y 4 (estados de alarma, excepción y sitio) y 155, CE (la coerción estatal), también podría llegar a apreciarse en otros enunciados constitucionales. Por ejemplo, en el art. 62, i) en el que se regula el indulto, conforme al cual, una norma infraconstitucional excepciona la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24,1 CE. En el marco de estas consideraciones, habría que plantearse si las excepciones descritas pueden servir, de alguna manera, para definir el derecho de excepción en nuestra Constitución.

Habría, sin embargo, algún obstáculo para ello. En primer lugar, que la excepción introducida a la sujeción de una norma constitucional no es temporal, como sí sucede en el caso de los arts. 116 y 155 CE. Pero también, y en segundo lugar, la naturaleza de los órganos que participan en el procedimiento de aprobación de la norma infraconstitucional que excepciona la sujeción de una norma formalmente constitucional. Tanto en el caso del art. 116 como en el art. 155 CE interviene el gobierno. Un órgano que encarna el principio

---

<sup>45</sup> Esa es la diferencia que existe con la «excepción» prevista en el art. 56,1 CE en el que se regula la inviolabilidad del Rey o las prerrogativas parlamentarias en el art. 71 CE. Estas no son excepciones por los motivos antes vistos, porque no exceptúan la aplicación de las consecuencias jurídicas del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24,1 CE, sino que lo delimitan. Los arts. 63,3, 116,2, 3 y 4 CE y el art. 155,1 CE son excepciones, no solo porque excepcionen las consecuencias jurídicas previstas en una regla, en principio aplicable, elevada a la condición de normalidad por un principio estructural cuyo contenido nuclear regulan. Lo son también porque regulan los actos normativos infraconstitucionales que declaran la vigencia de las normas constitucionales llamadas a excepcionar la aplicación de reglas preexistentes a las que contradicen



de eficacia. Sin embargo, no lo hace *strictu sensu* en el caso de la declaración de la guerra del art. 63,3 CE, acto normativo que excepciona la prohibición de la pena de muerte.

En este punto, si la excepción al servicio del principio de eficacia tuviera alguna relación con el elemento orgánico, el art. 63,3 CE quedaría excluido de su concepto. Pero es probable que también lo hiciera de alguna manera el art. 62, i) que regula el indulto concedido por el Gobierno, según el art. 30 de la Ley de 18 de junio de 1870. Sobre todo porque en la aprobación de dicho acto no interviene ninguna de las Cámaras del Parlamento, cuya intervención sobre la introducción de la excepción puede tener cierto sentido en los términos que se expondrán seguidamente.

### 3. EXCEPCIONES Y NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL

#### a) Excepciones a la validez y a la vigencia de las normas constitucionales

Hasta aquí se ha podido ver cómo las excepciones en la CE podrían definirse a) por garantizar la eficacia de la CE permitiendo que ésta se pueda garantizar alternativamente por una opción— vinculada directamente al contenido de un principio estructural—y por la contraria y b) por regular los órganos y los procedimientos a través de los que se aprueba el acto normativo infraconstitucional que declara la introducción de la excepción y, consecuentemente, a través de los que se aprueba el acto normativo infraconstitucional que declara la introducción de la excepción y, consecuentemente, el desplazamiento de la regla que regula el contenido nuclear de un principio estructural.

Pues bien, siendo esto así, habría que llegar, quizás, a la conclusión de que las excepciones en la CE son probablemente la plasmación normativa de la norma hipotética fundamental. De esa norma, denomínese como se quiera— norma hipotética fundamental, ficción, presupuesto— que el razonamiento jurídico tiene que manejar para presuponer que la Constitución es válida. Algo que solo aparece en la mente del jurista cuando el ordenamiento jurídico es generalmente eficaz. Y ello porque las excepciones pretenden garantizar que la Constitución pueda preservar su eficacia al amparo de condiciones contrarias a las prefijadas en las reglas constitucionales<sup>46</sup>.

Dentro de la CE sería posible identificar, por un lado, excepciones a la vigencia de reglas y, por otro, excepciones a su aplicabilidad y a la vigencia de

---

<sup>46</sup> Kelsen 204 ss., 1992.

aquellas. Comenzando con las primeras, los enunciados de los arts. 15 y los arts. 116,2, 3 y 4 CE seguramente puedan ser consideradas excepciones que actúen sobre el ámbito de la vigencia (temporal) de las reglas.

El art. 15 CE como ha quedado dicho, afirma que queda abolida la pena de muerte salvo lo que dispongan las leyes penales militares en tiempos de guerra, que ha de ser declarada a través de un acto normativo expreso de las Cortes Generales, según lo previsto en el art. 63,3 CE. Por paradójico que pueda resultar, lo que se está intentando demostrar es que dicho acto normativo expreso (art. 63,3 CE) produce una pérdida temporal de *vigencia* de la consecuencia jurídica exceptuada por la excepción prevista en el art. 15 CE<sup>47</sup>.

Lo mismo parece suceder en el caso del art. 55,1 CE que determina que podrán suspenderse ciertos derechos fundamentales cuando se declaren los estados de excepción y de sitio de los arts. 116,3 y 4 CE. En los mismos términos a los antes avanzados, los actos formales que declaren aquellos estados producirían una pérdida temporal de vigencia de las normas iusfundamentales a las que se refiere el art. 55,1 CE. Se trataría así, como se ha afirmado, de una suerte de desconstitucionalización<sup>48</sup>. Incluso esto es también lo que sucede con otras normas constitucionales a las que se refiere implícitamente el art. 116,5 CE.

En efecto, el art. 116,5 CE afirma que «No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo». Algo aplicable no solo a los estados de excepción y de sitio de los arts. 116,3 y 4 CE— que produce ya la suspensión de derechos prevista en los arts. 55,1 CE—, sino también cuando se declare el estado de alarma del art. 116,2 CE. También en este caso, tal disposición afecta

<sup>47</sup> Sobre la relación entre las excepciones y una pérdida de validez de las normas constitucionales véase ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2021), 332 ss.

<sup>48</sup> ALAEZ CORRAL, B. (2004), 243. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional pareciera suministrar un aval a esta tesis de la derogación temporal el voto particular emitido por Xiol Ríos a la STC 148/2021 (15): «De este modo, cuando el derecho fundamental se encuentra suspendido el derecho se desconstitucionaliza, por lo que el régimen jurídico de ese derecho no será el constitucionalmente establecido —la norma iusfundamental está temporalmente privada de eficacia—, sino el previsto en Ley orgánica que regule el estado de excepción o el de sitio o en la Ley orgánica que regule las investigaciones relacionadas con el terrorismo. En consecuencia, cuando está suspendido el derecho fundamental, este derecho no existe como tal y solo tendrá el alcance que le otorguen las leyes orgánicas a las que se remite el art. 55.2 y 116 CE».

Seguramente sea posible ver cómo el concepto de desconstitucionalización que se ha empleado para interpretar el concepto de suspensión de derechos del art. 55,1 CE, afirmando que el derecho deja de existir, y su régimen jurídico tendrá el alcance que le brinde una norma infraconstitucional hunde sus raíces en el concepto de deslegalización con el que se alude al fenómeno conforme al cual una norma legislativa se deroga a sí misma cuando se cumpla una condición prevista en ella misma, cuando su contenido sea regulado en el futuro de una manera contradictoria por un reglamento. Véase al respecto OTTO Y PARDO, I. (1987), 1018.

a la vigencia, entre otras, de la norma que se contempla en el art. 115 CE y que atribuye al Presidente del Gobierno la facultad de disolución parlamentaria<sup>49</sup>.

Hay que reconocer que esta posición viene a contradecir la posición prácticamente unánime de la literatura que entiende que la relación entre regla y excepción se salda en términos de aplicabilidad. En el sentido antes visto, como *lex specialis* ¿Pero, por qué la relación entre los arts. 15, 63,3, de un lado, y los arts. 116,2, 3, 4 y 5 y 55 CE, por otro, parece tener que saldarse en términos de vigencia y no de aplicabilidad, como se ha intentado defender? Es probable que la respuesta pueda encontrarse en el art. 169 CE.

La citada disposición establece que «No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116». Es evidente que con tal disposición, la CE ha pretendido que sus disposiciones se reformen en un periodo de normalidad o, dicho de otro modo, cuando no estén declarados los estados de excepción de los arts. 63,3 CE y 116,2,3 y 4 CE. Si esto es así es porque normativamente cuando ello sucede la reforma de determinadas normas carece de objeto.

Cabe afirmar, en definitiva, que las consecuencias jurídicas de las reglas (art. 15) que son excepcionadas por la declaración de guerra (art. 63,3) o aquellas otras (55,1 CE, 116,5 CE) sobre las que inciden los estados de alarma, excepción y sitio (art. 116,2,3 y 4) CE han dejado de vincular jurídicamente, esto es, han quedado temporalmente derogadas. Por eso, no cabe iniciar su reforma, sencillamente porque ésta ha perdido su objeto. Si esto es así habría que llegar a la conclusión de que las normas orgánico-procedimentales en los arts. 63,3 CE y en los arts. 116,2, 3 y 4 CE son, de alguna manera, normas de reforma constitucional<sup>50</sup>.

Pudiera sorprender, pero, recuérdese que lo que hacen esos actos es regular las condiciones bajo las cuales debe de producirse un acto infraconstitucional que introduce la excepción. Una excepción que implicaría, de acuerdo con esta defendida interpretación del art. 169 CE, una derogación temporal de las reglas que regulan el contenido nuclear de los principios estructurales. Los arts. 63,3 y 116,2, 3 y 4 CE parecerían ser así una excepción al principio general de la necesidad de un acto normativo expreso para que una norma adquiriera validez.

Esto sí sucede, por ejemplo, en el caso del poder de reforma de los arts. 167 y 168 CE que condicionan la creación de una norma constitucional a la adopción expresa de los actos aprobados a través de sus respectivos procedimientos. Sin embargo, en el caso de los actos normativos infraconstitucionales que regu-

<sup>49</sup> CRUZ VILLALÓN, P. (1984), 132.

<sup>50</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2021), 334.

lan los arts. 63,3, 116,2,3 y 4 CE, su aprobación implicaría la derogación de las reglas que regulan el contenido nuclear de un principio estructural. Pero, en lo que aquí interesa, la pérdida de vigencia de aquellos actos infraconstitucionales implicaría de manera implícita y automática la reinstauración de la vigencia de aquellas normas constitucionales temporalmente derogadas.

Y ello, sin necesidad de un acto normativo expreso de aprobación de normas constitucionales, como sucede con los arts. 167 y 168 CE. En consecuencia, si, como ha quedado dicho, nuestra CE, en tanto norma generalmente eficaz, descansa sobre una norma hipotética fundamental que afirma «hay que presuponer válida, y por tanto, tiene una pretensión de vigencia, a la CE de 1978», los arts. 15 y 63,3 CE por un lado, y los arts. 55,1, 116,2, 3, 4 y 5, por otro, constituyen la plasmación normativa de tal norma.

A tenor de la jurisprudencia del TC, esta interpretación de las excepciones como una excepción a la vigencia de las reglas constitucionales no sería compartida por el art. 155,1 CE, que ha parecido interpretarse como una suerte de excepción a la aplicabilidad de reglas preexistentes<sup>51</sup>.

Esa ha sido interpretación que ha defendido tanto la literatura como el Tribunal Constitucional en sus SSTC 89 y 90/2019, que el art. 155,1 CE plantearía un problema de aplicabilidad de las normas que distribuyen territorialmente el poder. Esta interpretación de las excepciones como relaciones de aplicabilidad entre normas hunde sus raíces en la construcción originaria del principio de necesidad. Las teorías clásicas que han defendido «la autovinculación del Estado al derecho creado por él mismo»<sup>52</sup> y «la norma presupone normalidad»<sup>53</sup> tienen varios elementos estructurales en común.

Entre ellos y seguramente el más relevante, la distinción entre dos conceptos dentro del derecho público, Estado-derecho/Constitución-texto constitucional. Pero lo que aquí interesa es seguramente su función: que el derecho o el texto constitucional dan forma al Estado o a la Constitución—son su sustancia formalizada—, en tanto sea adecuada para garantizar su preservación. Estas teorías clásicas, sobre las cuales no cabe entrar aquí, lo que tienen de común es que se construyen sobre una norma hipotético fundamental.

La denominada «cláusula rebus sic stantibus» de acuerdo con la cual cuando el derecho y el texto constitucional han dejado de ejercer su función de dar forma al Estado y a la Constitución, autoriza a que dejen de ser aplicados y la *necesidad* de garantizar su preservación se impone frente a las normas

<sup>51</sup> ISENSEE, J. (1995), 13.

<sup>52</sup> JHERING, R. V. (1877), 304, JELLINEK, J. (1892), 200.

<sup>53</sup> SCHMITT, C. (1934), 19.

positivas, que ceden en su *aplicación*<sup>54</sup>. Es probable que el art. 155 CE, no pudiendo ser interpretado en clave de vigencia por su exclusión del art. 169 CE, deba de ser considerado la plasmación de la cláusula rebus sic stantibus, y, por lo tanto, su excepción deba de resolverse en clave de aplicabilidad.

**b) Excepciones como inconstitucionalidades avaladas orgánico-procedimentalmente**

Con anterioridad se tuvo la oportunidad de poner de manifiesto que lo que define propiamente a las excepciones es: a) servir al principio de eficacia de la Constitución garantizando que el contenido nuclear de un principio estructural pueda ser garantizado a través de una condición alternativa y b) regular los órganos y los procedimientos mediante los cuales se regula la creación de un acto normativo infraconstitucional que excepciona las consecuencias jurídicas previstas en una regla que pierde (*ex constitutionem*) su vigencia o su aplicabilidad en el momento en que se aprueba aquel acto.

El régimen jurídico se desconstitucionaliza y pasa a ser definido por normas dotadas en un rango inferior a la CE. En el marco de estas consideraciones una de las cuestiones en las que cabría reparar es si este acto normativo es una condición para la introducción de la excepción o para su justificación. Esta pregunta puede adquirir sentido por lo sucedido en España el 23 de febrero de 1981 cuando el Rey, secuestrados los órganos llamados jurídicamente a poder actuar en defensa del orden constitucional, llevó a cabo una actuación sin cobertura constitucional para la reinstauración del principio de eficacia de la Constitución y, en definitiva, de la democracia.

En el caso de la anterior aplicación del art. 155 CE contra Cataluña en octubre de 2017 o en el de la declaración del estado de alarma del art. 116,2 CE en marzo de 2020, la aplicación de la excepción estuvo preterdeterminada jurídicamente por tales normas. Se diría que el Gobierno y el Parlamento, ya fuera el Senado –en el caso del art. 155 CE– o el Congreso de los Diputados –116,2 CE– avalaron *ex ante* una actuación inconstitucional. Es cierto, ya ha quedado dicho que las citadas disposiciones regulan las condiciones bajo las cuales un acto infraconstitucional puede introducir unas consecuencias jurídicas que contravienen las previstas en una regla constitucional precedente.

Lo que sucede es que, como se ha visto, la propia CE evita que la contradicción entre la regla y la excepción habilitada por una norma infraconstitucio-

---

<sup>54</sup> VON DER HEYDTE, F. A. F. (1952), 59.

nal llegue a producirse privando *ex constitutionem* y *a priori* de vigencia o de aplicabilidad a la regla. El problema que se plantea es si la intervención de aquellos mismos órganos, del Gobierno y del Parlamento, pueden llegar a convalidar *a posteriori* una actuación inconstitucional. Es definitiva, si una infracción constitucional basada en el principio extrajurídico de necesidad<sup>55</sup>, como la adoptada por el Rey el 23-F, puede verse interiorizada dentro del ordenamiento jurídico<sup>56</sup>.

Es claro que una actuación tal satisface la función de la excepción: tratarse de una actuación directamente encaminada a la salvaguarda del principio de eficacia de la CE, en particular, condensado el 23 F en el principio democrático. La cuestión es si la naturaleza de los órganos contemplados en los arts. 116 y 155 CE podría atribuirles alguna suerte de eficacia jurídica sanadora sobre el acto inconstitucional. Lo cierto es que una similar eficacia sanadora de una antijuridicidad podría verse en la CE<sup>57</sup>. No es éste el lugar para desarrollar una teoría de tales características, pero habría de repararse en las siguientes consideraciones.

El Gobierno y el Parlamento representan orgánicamente las dos exigencias de la excepción, cuyos contornos conceptuales han tratado de ser delimitados en este trabajo. La intervención del gobierno en la excepción (como la que se regula jurídicamente en los arts. 116 y 155 CE) la expresión del principio de eficacia, y el Parlamento aparece como el representante, en democracia, de la posibilidad de lo otro. En efecto. A poco que se repare en la CE, el Parlamento es un órgano de producción normativa que garantiza la posibilidad de derogar o modificar normas preexistentes.

<sup>55</sup> Un trabajo destacable sobre el concepto de necesidad sigue siendo el de ÁLVAREZ GARCÍA, V. (1994).

<sup>56</sup> No ha sido esta la interpretación ofrecida por Ignacio de Otto y Pardo que planteó la intervención regia el 23 F, desde el principio, como un acto fundamentado dentro del ordenamiento jurídico. Este resultado deriva de una probablemente controvertida exigencia teórica, la necesidad de avalar jurídicamente una actividad tendente a la salvaguarda de la democracia: «La Constitución democrática tiene que ser interpretada en términos incluyentes y no excluyentes de la actuación de los poderes que constituye, porque su sentido es ante todo crear un mecanismo de gobierno democrático, no reducir el poder a la impotencia. Y esto, que vale en términos generales, es especialmente necesario cuando esa actuación está, como la del Rey ese día, directa y exclusivamente encaminada al mantenimiento mismo de la democracia». OTTO Y PARDO, I. (2010), 1227. Para De Otto, la actuación del Rey el 23 F deriva de la potestad que le atribuye su condición de mando supremo de las fuerzas armadas en el art. 62 h). Una potestad sin competencia, que debe de ejercitarse cuando se produce el supuesto de hecho de la indisciplina, como la que tuvo lugar el 23-F. En cualquier caso, la sugerente interpretación del Profesor de Otto encuentra quizás un motivo de crítica es el intento de llevar a cabo una construcción constitucional bajo la cobertura de la ley.

<sup>57</sup> En particular, en la interpretación ofrecida por Ignacio de Otto al art. 86,3 CE que, desde luego, tiene visos de ser cierta, a pesar de que el TC no ha avalado esta interpretación. Como es sabido, el Profesor de Otto entiende que el procedimiento de conversión del decreto-Ley en Ley podría conferirse un efecto sanador retroactivo sobre los vicios formales y materiales preexistentes en el decreto-ley. Esto es coherente ya que algún efecto adicional tiene que poseer la expresa previsión constitucional conversión de una forma en otra. Algo que también podría tener lugar aún sin previsión constitucional. Véase al respecto OTTO Y PARDO, I. (2010), 999.

Lo hace cuando interviene en el procedimiento de reforma constitucional previsto en el Título X. También cuando participa en el de creación de formas legislativas ordinarias. Por lo tanto, Gobierno y Parlamento expresan orgánicamente el concepto y la función de la excepción en el derecho constitucional: que la *eficacia* de los principios estructurales –y, en definitiva, del principio de eficacia de la CE– si no puede ser garantizada por ciertas reglas que regulan su contenido nuclear –el gobierno– pueda hacerlo alternativamente por otras –el parlamento–.

Por lo tanto, quizás no sería del todo descabellado pensar que la excepción de la aplicación de las reglas constitucionales apoyado en el principio de necesidad llevada a cabo por el Rey el 23 F pudiera quedar sanada retroactivamente por un acto normativo *a posteriori* en el que intervinieran conjuntamente el Gobierno y el Parlamento. El problema es que eso, como tal, no ha sucedido hasta el momento.

#### 4. CONCLUSIONES

El binomio regla-excepción apenas ha sido analizado en el ámbito de la teoría general de las normas. Tampoco en el plano de la iuspublicística. La CE ha acogido este binomio de múltiples formas y resulta compleja su caracterización. La excepción puede definirse por su objeto y por su función. El objeto de la excepción es justamente excepcionar la sujeción a las consecuencias jurídicas de una regla preexistente. Las consecuencias jurídicas de una norma, en principio, jurídicamente vinculante son sustituidas por otras que son las que introduce la excepción.

La excepción se distingue así de otras normas constitucionales que tienen como función: a) o bien delimitar el contenido de una norma preexistente (art. 56,1, 71 CE) o b) erigirse en *lex specialis* frente a otra norma que sigue siendo aplicable (art. 86,1 vs 66,1 CE). Sin embargo, la excepción no solo se define por excepcionar la sujeción a las consecuencias jurídicas de una norma preexistente. Tan relevante como ello es que esta norma excepcionada de su aplicación se concibe como una regla, como una normalidad que ha de ser aplicable a un mayor número de supuestos.

Que una norma se conciba como una regla, como una normalidad–cuyas consecuencias jurídicas son las que son excepcionadas en su aplicación por la excepción–se deriva fundamentalmente del hecho de que tal norma regule el contenido nuclear de uno de los principios estructurales de la CE. En efecto, en una Constitución que se conciba como norma suprema, como la Española

(art. 9,1 CE) y, por lo tanto, se erija en fundamento de validez del resto de las normas del sistema jurídico, los principios estructurales regulados en el art. 1,1 y 2 CE, en tanto tienen por objeto justamente regular los procesos de producción y de aplicación del ordenamiento jurídico, son los que definen la normalidad constitucional.

Sencillamente por ello, aquellas normas que regulen el contenido nuclear de los principios estructurales se elevan a la condición de reglas, que son las que se convierten en el objeto de las excepciones. Eso es lo que sucede, por ejemplo, con la prohibición de la pena de muerte del art. 15 CE que, de acuerdo con una pluralidad de normas constitucionales, conforma el contenido nuclear de los principios estructurales del art. 1,1 CE y, por tanto, integran la normalidad constitucional. Por eso, la posibilidad de imponer la pena de muerte en tiempos de guerra previsto en el art. 15 CE constituye la excepción a dicha normalidad.

Delimitado el objeto de la excepción, su función consiste garantizar el principio de eficacia de la Constitución. Y lo hace porque, al excepcionar temporalmente la sujeción de una de las normas que regulan su contenido nuclear, garantiza que el principio estructural pueda ser eficaz al amparo de una condición y, de no garantizarse, pueda hacerlo alternativamente por la opción contraria. Esto puede apreciarse, de nuevo, en el art. 15 CE que, como se ha visto, reconoce la prohibición de la pena de muerte, pero también la posibilidad de su introducción en tiempos de guerra.

Estructuralmente lo que define a la excepción es que se trata de normas constitucionales de naturaleza orgánico-procedimental que poseen una doble vertiente. En primer lugar, regulan los órganos y los procedimientos que pueden aprobar actos normativos con un rango inconstitucional, que son los que deciden la aplicación de la excepción. Y, en segundo lugar, suspenden bien la vigencia o bien la aplicabilidad de las reglas constitucionales preexistentes.

Existen otros elementos que se encuentran presentes en los enunciados en los que se regulan las excepciones. Entre ellos, que contemplan una laguna en el supuesto de hecho y en las consecuencias jurídicas, lo que parece querer permitir la adopción de lo necesario cuando sea necesario para garantizar el principio de eficacia del ordenamiento. Sin embargo, siendo una de las características que debieran de definir la plena juridificación de la excepción, no resulta determinante para definir las excepciones en la CE. Si bien es cierto que la presencia de la laguna en el supuesto de hecho sí es una característica de los estados de alarma, excepción y sitio (arts. 116,2,3 y 4 CE) no lo es en el caso del art. 155,1 CE.

Por el contrario, la presencia de una laguna sí es característica de la regulación de las consecuencias jurídicas del art. 155,1 CE, al referirse a que el



Estado puede adoptar las medidas necesarias. Sin embargo, la laguna no se encuentra en el caso de los estados de alarma, excepción y sitio, en los que sí se regulan las consecuencias jurídicas de la excepción en los arts. 116,5 y 55,1 CE. Por tanto, debiendo de ser las lagunas un factor definitorio de la excepción en el derecho constitucional, no resultan determinantes en la CE para identificar el concepto y la función de la excepción.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALÁEZ CORRAL, B. (2004). El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales. En López Guerra, L. y Espín Templado, E. *La defensa del Estado* (233-245). Tirant lo Blanch. Valencia.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2020). El artículo 155 de la Constitución como garantía de cumplimiento por sustitución. Presupuestos conceptuales, teóricos y jurídicos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, 259-287.
- (2021). Estado y derecho de excepción. La juridificación del principio la necesidad no conoce reglas. *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 315-341.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V. (1997). *El concepto de necesidad en derecho público*. Civitas. Madrid.
- BARCZAK, C. (2020). *Der nervöse Staat: Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft*. JCB Mohr. Tübingen.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos. Madrid.
- (2020). Experiencia y jurisprudencia de la coerción estatal (artículo 155 CE). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, 15-41.
- FINKE, J. (2015). Funktion und Wirkung der Ausnahme im Recht. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 140, 514-541.
- GARCÍA MAJADO, P. (2021). *De las inmunidades del poder a la inmunidad del sistema jurídico y sus patologías*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- GARCÍA TORRES, J. (2019). Las medidas necesarias. En Aragón Reyes, M., Jiménez Campo, J., Aguado Renedo, C., López Castillo, A., García Guerrero, J. L. (dirs.). *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría*. Fundación Manuel Giménez Abad. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- GARRIDO LÓPEZ, C. (2021). *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*. Marcial Pons. Madrid.
- GÓMEZ ORFANEL, G. (2020). Las medidas y la aplicación del artículo 155 a Cataluña. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, 345-375.
- GROSS, O. (2003). Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional? *Yale Law Journal*, 112, 1011-1134.

- HESSE, K. (1972). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. CF Müller. Karlsruhe.
- ISENSE, J. (1995). *Das Volk als Grund der Verfassung. Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt*. Westdeutscher Verlag. Opladen.
- JELLINEK, G. (1887). *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf Rechtsgeschichtlicher und Rechtsvergleichender Grundlage*. JCB Mohr, Freiburg.
- (1892). *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. JCB Mohr. Tübingen.
- JHERING, R. V. (1877). *Der Zweck im Recht*. Breitkopf & Hartel. Leipzig.
- KAISER, A. B. (2020). *Ausnahmeverfassungsrecht*. Mohr Siebeck. Tübingen.
- KELSEN, H. (1992). *Reine Rechtslehre*. Österreichische Staatsdruckerei. Wien.
- LAFUENTE BALLE, J. M. (2021). *El decreto de alarma: rango jerárquico y control de constitucionalidad*. *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 343-374.
- LARENZ, K.; CANARIS, C.-W. (1995). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Springer. Berlin.
- LEMBCKE, O. (2007). *Regel und Ausnahme. Zu einer Leitunterscheidung der politischen Ethik*. *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 36, 49-56.
- LINDNER, J. F. (2007). *Das Regel-Ausnahme-Verhältniss im Verwaltungsrecht*. *Verwaltungsarchiv*, 98, 213-237.
- MAUNZ, T. (1977). *Deutsches Staatsrecht*, CH Beck. München.
- MÜLLER, F.; CHRISTENSEN, R. (2009). *Juristische Methodik*, Duncker & Humblot. Berlin.
- ORTMANN, G. (2003). *Regel und Ausnahme. Paradoxien sozialer Ordnung*. Suhrkamp. Frankfurt am Main.
- OTTO Y PARDO, I. (2010). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. En Fernández Sarasola, I. (coord.). *Ignacio de Otto. Obras Completas* (pp. 803-1089). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Universidad de Oviedo. Madrid.
- (2010). *El principio de igualdad en la Constitución Española*. En Fernández Sarasola, I. (coord.). *Ignacio de Otto. Obras Completas* (pp. 1445-1470). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Universidad de Oviedo. Madrid.
- (2010). *El mando supremo de las fuerzas armadas*. En Fernández Sarasola, I. (coord.). *Ignacio de Otto. Obras Completas* (pp. 1221-1252). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Universidad de Oviedo. Madrid.
- REIMER, F. (2016). *Juristischer Methodenlehre*. Nomos. Baden-Baden.
- (2019). *Apologie der Ausnahme. Rechtstheoretische Perspektiven*. *Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht*, 12, 72-102.
- REQUEJO PAGÉS, J. L. (2020). *Consideraciones generales en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional 89/2019 y 90/2019, de 2 de julio*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, 231-257.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (1997). *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo. Oviedo.
- (2001). *Suspensión o supresión de los derechos fundamentales*. *Revista de Derecho Político*, 51, 105-137.

- SCHMITT, C. (1934). *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität*. Duncker & Humblot. Berlin.
- STERN, K. (1980). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. CH Beck. München.
- VEROSTA, S. Das Staatsnotrecht. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 9, 467-517.
- VÍRGALA FORURIA, E. (2005). La coerción estatal del artículo 155 de la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, 55-109.
- VON DER HEYDTE, F. A. F. (1952). Staatsnotstand und Gesetzgebung. En Institut für Staatslehre und Politik e. V, *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift für Wilhelm Laforet. Band III*. Isar. München. 59-82.

## LE DECISIONI RELATIVE ALLA «SALA DE MAQUINAS»: UN FALLIMENTO DELLA COSTITUENTE CILENA?

ROSA IANNACCONE<sup>1</sup>

*Università di Roma Sapienza e  
Università di Granada*

SOMMARIO: 1. *Introduzione.*–2. *Alcuni cenni sul processo costituente cileno.*–3. *Il plebiscito de salida e l’eredità della proposta di nuova Costituzione.*–4. *La proposta della Convenzione.* 4.1 *L’elezione diretta dell’Esecutivo.* 4.2 *Un Presidente colegislatore.* 4.3 *I poteri di emergenza.* 4.4 *Le leggi a concorrenza presidenziale necessaria.*–5. *Brevi riflessioni conclusive.*

### 1. INTRODUZIONE

Questo contributo si pone l’obiettivo di analizzare la forma di governo disegnata dalla Convenzione Costituzionale cilena, evidenziandone il «paradosso» in relazione alle misure adottate da questo organo in altri ambiti del disegno costituzionale. Si ritiene che la costituente cilena abbia introdotto innovazioni degne di nota, non solo nel contesto nazionale ma globale, relativamente al costituzionalismo digitale, ambientale e femminista. La proposta di articolato, inoltre, prevedeva una particolare centralità della «questione indige-

---

<sup>1</sup> Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma e in *Ciencias Jurídicas – Modelos de Estado, Derechos Fundamentales. Tutela judicial de derechos* dell’Università di Granada.

na» che permetteva di porlo in continuità – seppur con differenze sostanziali<sup>2</sup> – con i testi prodotti dall'ondata di costituzionalizzazione che sta caratterizzando l'America Latina a partire dalla fine del XX secolo e che una parte della dottrina ha definito «nuovo costituzionalismo latinoamericano». Al fine di questa analisi, che illustrerà la genesi del testo costituzionale proposto e considererà anche l'esito del cd. «plebiscito de salida», è necessario realizzare alcune premesse metodologiche.

In primo luogo, per quanto le differenze a livello comparativo possono osservarsi tanto da una prospettiva che privilegia l'assetto costituzionale quanto da un punto di vista più ampio, che prende in considerazione il regime politico nel suo funzionamento effettivo e in relazione ai fattori che interagiscono con l'esercizio del potere – tra i quali il sistema partitico, l'assetto burocratico e l'azione di gruppi di pressione – (L. Mezzetti, 2021, 469), in questo contributo si prediligerà l'analisi del disegno costituzionale. Spesso le caratteristiche della forma di governo, soprattutto per quei paesi caratterizzati da assetti presidenziali e da democrazie instabili o regimi autoritari, sono state sottovalutate conferendo un ruolo centrale a fattori sociali, economici, culturali e politici (J. J. Linz, 1988, 19-20). Senza negare l'importanza del contesto sociale e degli altri fattori che influenzano le dinamiche della forma di governo, si è deciso di partire dalla constatazione che non solo lo Stato è influenzato dalla società, ma il suo stesso funzionamento dipende, tanto dalle condizioni economiche e sociali, quanto dal disegno delle istituzioni politiche (J. G. March – J. P. Olsen, 1984, 738).

In secondo luogo, appare opportuno sottolineare che l'ambito in cui si realizzerà l'analisi della forma di governo cilena è quello del presidenzialismo latinoamericano, considerato una variante propria dei Paesi di questa sub-regione diversa *ab origine* da quella statunitense e non una mera applicazione deformata del regime presidenziale classico, dovuto all'indebolimento dei poteri del Parlamento e a una ipertrofia dei poteri del Presidente (M. Duverger, 1984, 152). Si ritiene che quella che è stata considerata un'attuazione degenerativa rispetto al modello originario, in quanto caratterizzata dall'eccessiva serie di prerogative costituzionali e di risorse istituzionali a disposizione dei presidenti, risponda in realtà ad un certo sviluppo del costituzionalismo, che in America Latina appare nel momento in cui si stabilisce un sistema di separa-

---

<sup>2</sup> In questa sede non sarà possibile soffermarsi su tali elementi, preme però sottolineare che si fa riferimento, in particolare, alle differenze sostanziali tra il processo costituente cileno e gli altri dell'area andina ovvero quelli di Colombia, Ecuador e Bolivia. Si tratta, principalmente, del ruolo lideristico che il potere esecutivo ha svolto in questi ultimi e dei poteri riconosciuti o autoriconosciuti dalle assemblee costituenti a discapito dei poteri costituiti, soprattutto del potere legislativo.

zione dei poteri contemporaneamente alla formazione dello Stato nazionale<sup>3</sup>. Inoltre, è necessario considerare che la statunitense non fu l'unica influenza che ebbe il costituzionalismo latinoamericano, ai suoi inizi, anche se senza dubbio fu la preponderante. Vi furono, infatti, anche quella liberale spagnola proveniente dalla Costituzione di Cadice; il pensiero francese, principalmente le idee di Rousseau, Montesquieu e Sièyes, e quelle delle norme fondamentali del 1791, 1793 e 1795; e indirettamente quella inglese, in particolare le opere di Locke e Blackstone, e in alcuni documenti dell'epoca si afferma che i costituenti ebbero come guida la Costituzione inglese. Si ritiene che vi siano rilevanti elementi istituzionali, propri di tutte le esperienze latinoamericane e derivanti da comuni dinamiche storiche<sup>4</sup> e culturali – legate soprattutto al fenomeno del cd. *caudillismo* –, che impediscono di farla rientrare nella categoria della forma di governo presidenziale «classica» e che la decisione di introdurre elementi di parlamentarizzazione in alcuni ordinamenti di quest'area sia un ulteriore elemento che ne tratteggi l'indipendenza.

Non è un compito facile selezionare e sistematizzare le numerose variabili che entrano in gioco in uno studio sulla forma di governo in America Latina, soprattutto in quanto questa non è riducibile a un'unica tipologia, ma piuttosto si possono distinguere diversi tipi di presidenzialismo nei diversi Paesi della regione e persino all'interno della storia politica di uno stesso Paese. È innegabile che l'elaborazione di un modello della forma di governo presidenziale latinoamericana sia una generalizzazione altamente rischiosa – date le differenze tra gli ordinamenti di un'area geografica tanto estesa e complessa – ma è, altresì, necessaria. L'uso del termine modello è da intendersi, infatti, nel senso di rappresentazione sintetica di fenomeni della realtà politico-costituzionale (L. Pegoraro, 2021, 13), imprescindibile per le finalità che ci si è posti in questo lavoro. Si realizzerà, quindi, una comparazione tra le caratteristiche della forma di governo contenute nel testo elaborato dalla Convenzione Costituzionale cilena e quelle considerate comuni agli ordinamenti latinoamericani vale a dire l'elezione diretta del Presidente; la sua caratteristica di colegislatore e l'ampia gamma di poteri di emergenza che gli sono riconosciuti.

---

<sup>3</sup> Vedasi sul punto D. NOHLEN, *Presidencialismo vs. parlamentarismo en America Latina (notas sobre el debate actual desde una perspectiva comparada)*, in *Revista de Estudios Políticos. Nueva Época*, n. 74/1991.

<sup>4</sup> Vedasi, in particolare, D. VALADÉS, *La formación del sistema presidencial latinoamericano (Un ensayo de cultura constitucional)*, Città del Messico, UNAM, IIJ, 2007 1 e ss.

## 2. ALCUNI CENNI SUL PROCESSO COSTITUENTE CILENO E LA SUA EREDITÀ

In Cile, a partire dalla rivolta studentesca del 2011, la richiesta dei cittadini di un cambiamento costituzionale ha assunto, attraverso le mobilitazioni sociali, una nuova dimensione. Il dibattito che, fino a quel momento, era stato ristretto a pochi è divenuto un'ulteriore richiesta all'ordine del giorno per costruire una cittadinanza veramente democratica, dove i diritti fossero rispettati e le persone potessero incanalare le loro preferenze attraverso il sistema politico (C. Heiss, 2018, 49). Diverse forze all'interno della società civile – studenti, donne, popoli indigeni, lavoratori – hanno promosso la necessità di un cambiamento costituzionale, di diversa entità. Oltre alla già citata mobilitazione studentesca del 2011, preceduta dalla «*revolución pingüina*» del 2006<sup>5</sup>, ne sono una dimostrazione il «*mayo feminista*» del 2018<sup>6</sup> e, naturalmente, l'«*Estallido social*» dell'ottobre 2019, con i successivi incontri cittadini<sup>7</sup> celebrati in alcune *comunas* (A. M. García Barzelatto, E. Navarro Beltrán, 2020, 9). L'*estallido social*<sup>8</sup> è particolarmente significativo per comprendere quanto fosse radicato in Cile il problema costituente. Come è evidente da uno degli slogan utilizzati dai manifestanti, che si ritengono uno strumento di eccezionale chiarezza al momento di analizzare le motivazioni alla base di questa rivolta, «*No es por 30 pesos, es por 30 años*» – «Non è per 30 pesos, è per 30 anni» –,

<sup>5</sup> Per approfondimenti sulle mobilitazioni studentesche cilene si riportano, senza alcuna pretesa di esaustività, i seguenti articoli: M. I. PICAZO, C. PIERRE, *La educación como derecho social: la construcción del referencial de acción pública del movimiento estudiantil chileno* in *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 25, 99-120, dicembre 2016; C. BORRI, *El movimiento estudiantil en Chile (2001-2014). La renovación de la educación como aliciente para el cambio político-social* in *Altre Modernità. Otros movimientos sociales. Política y derecho a la educación*, Università di Milano, aprile 2016.

<sup>6</sup> Vedasi, ad esempio, D. DE FINA GONZALEZ, F. FIGUEROA VIDAL, *Nuevos «campos de acción política» feminista: Una mirada a las recientes movilizaciones en Chile*, in *Revista Punto Género*, n. 11/2019; F. FERNÁNDEZ DROGUETT, *Nuestro mayo feminista: ¡La revolución será feminista (anticapitalista, anticolonialista) o no será!*, in *Revista-Red De Estudios Sociales*, n. X/2018; S. SOLA-MORALES, C. QUIROZ CARVAJAL, *El Mayo feminista chileno de 2018, en la cresta de la cuarta ola. Uso y apropiación de las redes sociales*, in *Revista Punto Género*, n. 15/2018; S. SCHUSTER UBILLA, A. SANTOS PÉREZ, L. MIRANDA LEIBE, B. ROQUE LÓPEZ, J. ARCE-RIFFO, E. MEDEL VERA, *Una mirada al movimiento feminista en Chile del año 2018*, in *Iberoamericana*, n.72/2019.

<sup>7</sup> Si tratta dei cosiddetti «cabildos» e per una ricostruzione storica di tale fenomeno si rimanda al contributo di C. GUERRERO LIRA, *Orígenes históricos de los cabildos representativos* (21–26) nel volume AA. VV., *Chile despertó. Lecturas desde la Historia del estallido social de octubre*, Universidad de Chile, Santiago, 2019.

<sup>8</sup> Per approfondimenti sull'*Estallido social* del 2019, su cui la letteratura è diventata notevolissima, si rinvia ad alcuni dei primi contributi realizzati a tal proposito: R. PIZARRO HOFER, *Chile: rebelión contra el Estado subsidiario*, in *El trimestre económico*, vol. LXXXVII (2), n. 346/2020, 333-365; O. ANSALDI, M. PARDO VERGARA, *What Constitution? On Chile's Constitutional Awakening*, in *Law and Critique*, 31:7–39, 8-39, aprile 2020 e al volume E. CARRASCO JIMÉNEZ, *Nueva Constitución en CHILE o el desmantelamiento político-jurídico del modelo (A propósito del estallido social 18/O)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

non è possibile limitare tale evento a una reazione all'aumento del prezzo dei trasporti. Si è trattato di una risposta al malcontento della popolazione causato dall'origine autoritaria e illegittima della Costituzione del 1980, da un sistema economico neoliberale deficitario di diritti economici e sociali e da un sistema politico elitario, incapace di canalizzare le richieste popolari (S. Grez Toso, 2019, 13-14). L'*estallido social* ha segnato l'inizio di un momento costitutivo nella storia cilena e ciò è dimostrato dal fatto che tutti i dispositivi che, fino a quel momento, avevano tenuto in piedi la «Constitución tramposa», fornendo agli eredi del regime un veto per impedire un reale cambiamento costituzionale, improvvisamente svanirono e, il 14 novembre 2019, senza preavviso né ulteriori spiegazioni, i rappresentanti della maggior parte degli attori politici – i principali assenti furono il Governo e il Partito Comunista – si riunirono per decidere il futuro costituzionale del Paese. Le trattative si svolsero a porte chiuse e, dopo 15 ore di negoziati, il giorno seguente, il Presidente del Senato annunciò il raggiungimento di un accordo, l'*Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución*<sup>9</sup>, in cui si concordò di uscire dalla crisi realizzando la pace e la giustizia sociale attraverso un'inoppugnabile procedura democratica (O. Ansaldi, M. Pardo Vergara, 2020, 28). Questo accordo ha permesso la modifica della Costituzione vigente al fine di permettere e regolamentare il processo costituente. Come previsto dall'Accordo, ad aprire il processo costituente è stato il cd. «plebiscito de entrada», che dopo essere stato più volte spostato a causa della pandemia da Covid-19, si è svolto il 25 ottobre 2020. La posta in gioco era la fine, dopo 32 anni, di una democrazia incompleta: i gradualisti cambiamenti realizzati alla Costituzione vigente – neanche con la sostanziale riforma del 2005 che, oltre a innovare notevolmente il testo sia nella parte dogmatica che organica, ha, simbolicamente, eliminato la firma del generale Pinochet – sono riusciti a porre fine all'eredità autoritaria che incombe sul sistema politico cileno e la Costituzione Politica del 1980 ha continuato ad essere messa in discussione, da gran parte della cittadinanza, soprattutto a causa della sua mancata legittimità di origine, non essendo stata il risultato di un processo di deliberazione e di approvazione democratico, trasparente ed egualitario (A. M. García Barzelatto, E. Navarro Beltrán, 2019, 9). Quella che è stata definita «la Costituzione di Pinochet», inoltre, ha consacrato un regime caratterizzato da evidenti elementi in contrasto con la democrazia (C. Heiss, 2020, 1) tra i quali l'introduzione di una forma di governo presidenziale caratterizzata da elementi di squilibrio a favore dell'Esecutivo e in cui alcu-

<sup>9</sup> Disponibile al seguente indirizzo: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo\\_por\\_la\\_Paz.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf)



ne istituzioni – quali le forze armate, il COSENA e la Corte Suprema – essendo sottratte all'immediata operatività del principio democratico ed essendo dotate di una relativa autonomia, hanno avuto, da una parte, lo scopo di garantire un certo grado di continuità con il regime autoritario (M. Olivetti, 2020, 5) e, dall'altra, parte hanno fatto parte di un complesso sistema di *control y chequeo* sull'Esecutivo. Di tale funzione vennero investiti anche la *Contraloría General de la República* e il *Tribunal Constitucional*, che, insieme al *Consejo de Seguridad Nacional* e la Corte Suprema, erano dotati di un potere di veto nei confronti del Presidente (C. Fuentes, 2010, 81). Senza entrare nel dettaglio dell'analisi della forma di governo – caratterizzata, come si è visto, da «cerrojos constitucionales» e «instituciones contramayoritarias»<sup>10</sup> – questa, essendo stata disegnata a misura di un dittatore e di una società ibernata dal terrore, tendeva a un «caudillaje presidencial» nel quale il Presidente della Repubblica, oltre ad essere il Capo di Stato e di governo, e quindi a detenere tutte le funzioni esecutive, aveva una notevole ingerenza nel potere legislativo, non solo attraverso la funzione di iniziativa e di promulgazione delle leggi, ma anche attraverso una notevole potestà regolamentaria (art. 32, c. 8, CPR) (J. M. Martínez Sierra, C. Ferrer, 2005, 6). Oltre alla previsione di un mandato presidenziale molto lungo, pari ad otto anni, tra i poteri conferiti al Presidente spiccano: la possibilità di convocare un plebiscito; la facoltà di dissolvere le camere (una sola volta e non nell'ultimo anno di mandato); la facoltà di nominare ministri, intendenti, governatori, ambasciatori e sindaci; il potere di definire l'urgenza legislativa; l'iniziativa esclusiva in materia di bilancio, di processi di negoziazione collettiva, di sicurezza sociale e di creazione di nuovi servizi pubblici. Inoltre, venne eliminata la capacità del Senato di incidere nella nomina degli ambasciatori e nella promozione degli ufficiali (C. Fuentes, 2010, 47). Il Presidente interviene, altresì, nella nomina dei giudici e designa i comandanti in capo delle forze armate e quello dei Carabinieri; dispone delle forze di aria, mare e terra; assume il comando supremo in caso di guerra; e dirige le relazioni internazionali. Per di più, non può essere accusato per gli atti della propria amministrazione, salvo che nel caso in cui avessero «compromesso gravemente l'onore o la sicurezza della Nazione» o «infranto apertamente la Costituzione e le leggi» e in questi casi, per la sua destituzione è richiesta l'approvazione dei 2/3 dei senatori in carica (J. M. Martínez Sierra, C. Ferrer, 2005, 6-7).

L'ampio successo, nell'ottobre 2020, dei voti favorevoli, il 78,27% ad una nuova Costituzione e il 78,99% per un'assemblea costituente completamente

---

<sup>10</sup> Si rimanda a F. ATRIA, *La Constitución Tramposa*, Santiago, Lom, 2013

elettiva, con una partecipazione elettorale considerata straordinaria in Cile – il 7.562.173 di votanti, che rappresentano il 50,9% degli aventi diritto, il tasso più elevato dalla abolizione, nel 2012, del voto obbligatorio –, ha aperto la strada alla elezione di una «Convenzione Costituzionale» completamente elettiva (E. Bindi, T. Groppi, A. Pisaneschi, 2020, 1). L'assemblea costituente è stata eletta il 15 e 16 maggio 2021 e a disciplinare questa elezione è stata una riforma costituzionale, la *Ley* 21.216, pubblicata il 24 marzo 2020, che aveva previsto le candidature indipendenti e la parità nelle nomine e nella distribuzione dei seggi, attraverso l'obbligo di alternanza nelle liste elettorali e un meccanismo di correzione. Lo scopo di questa misura era includere nei lavori costituenti un numero maggiore di donne<sup>11</sup>. Sorprendentemente, però, la correzione è stata applicata in 11 casi a favore di uomini e solo in 5 casi a favore di donne<sup>12</sup>. Inoltre, con la *Ley* 21.298 il 21 dicembre 2020, era stata garantita la presenza di rappresentanti dei popoli originari stabilendo 17 seggi a loro riservati, suddivisi in base alla consistenza numerica dei componenti dei diversi gruppi etnici.

I lavori della Convenzione sono iniziati il 20 giugno 2021 e la fase di scrittura vera e propria del testo ha avuto avvio il 18 ottobre 2021, dopo l'approvazione dei 4 regolamenti che hanno disciplinato l'organizzazione e i lavori dell'assemblea. I convenzionali si sono suddivisi in 9 commissioni competenti in materia di Sistema politico; principi costituzionali; forma di Stato; diritti fondamentali; ambiente e modello economico; sistema di giustizia; cultura; partecipazione popolare; e diritti dei popoli indigeni. Si è trattato di una fase complessa e articolata in cui oltre ad essere stati ascoltati dalle varie commissioni personalità esperte nei differenti ambiti, ci sono stati numerosi passaggi delle disposizioni elaborate dalle commissioni alla plenaria. Senza entrare nel dettaglio dell'*iter* previsto – che ha sofferto anche modificazioni volte a permettere il rispetto dei tempi stabiliti dalla Costituzione – si sottolinea che ogni disposizione per entrare a far parte della bozza costituzionale, oltre ad

<sup>11</sup> Per ulteriori approfondimenti è possibile fare riferimento all'articolo V. UNDURRAGA, *Engendering a constitutional moment: The quest for parity in the Chilean Constitutional Convention*, I•CON, vol. 18, n. 2/2020 e a proposito dei fattori che hanno determinato che il Cile iniziasse a porre rimedio al suo «debito storico» nei confronti dell'inclusione delle donne nello spazio pubblico si rimanda a M. HAFEMANN BERBELAGUA, *Chile, de la exclusión a la paridad: Participación de mujeres en política y la convención constitucional*, in *Política. Revista De Ciencia Política*, n. 2/2020.

<sup>12</sup> Vedasi D. ZOVATTO, M. Jaraquemada, *Análisis de las elecciones en Chile*, in *Idea Internacional. News*, 28/05/2021; SERVEL, *Servel entrega boletín final y hace positivo balance de doble jornada de elecciones*, 17/05/2021; P. POO, *Análisis del resultado de las elecciones a la Convención Constitucional. Un abordaje desde los bienes de la naturaleza*, Heinrich Böll Stiftung, Cono Sur, 2020, 6-7; S. RAGONE, J. I. NÚÑEZ LEIVA, *Algunas coordenadas esenciales sobre la Convención Constitucional*, in *Dpce online*, n. 1/2021, 3 e ss.; M. OÑATE SALAS, M. SANHUEZA GONZÁLEZ, *Las elecciones de Convencionales Constituyentes para la redacción de la nueva Constitución de Chile*, in *Dpce online*, n. 1/2021, 3.

essere approvata dalla maggioranza assoluta dei membri della commissione, ha dovuto ottenere l'appoggio di almeno i 2/3 dei convenzionali. Tutte le disposizioni che non hanno raggiunto tale maggioranza, ma quella assoluta sono state poi ridiscusse e modificate dalle commissioni e rinviate alla plenaria. Quelle che, invece, non hanno ottenuto neanche la maggioranza assoluta sono rimaste escluse dal dibattito costituente.

### 3. IL «PLEBISCITO DE SALIDA» E L'EREDITÀ DELLA PROPOSTA DI NUOVA COSTITUZIONE

In base al dettato costituzionale il processo costituente cileno si è concluso con il «plebiscito di uscita», tenutosi il 4 settembre ovvero sessanta giorni dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Il quesito sottoposto al corpo elettorale è stato «¿Aprueba usted el texto de Nueva Constitución propuesto por la Convención Constitucional?» con le opzioni «Apruebo» o «Rechazo». Le cilene e i cileni sono stati chiamati, quindi, a norma dell'articolo 134 della Costituzione, ad esprimersi a favore o contro il testo costituzionale elaborato dalla Convenzione Costituzionale a partire dal 18 ottobre 2021.

I due plebisciti, che hanno aperto e chiuso il processo costituente cileno, ma non il momento costituente, sono stati radicalmente diversi. L'unico elemento in comune sono state le opzioni presenti sulla scheda elettorale, «apruebo» o «rechazo», ma mentre nel 2020 la prima ha ottenuto un ampio appoggio pari circa all'80%, nel 2022 i voti a favore dell'«apruebo» sono stati solo il 38,14%. Nonostante il risultato referendario, sulle cui motivazioni non ci si soffermerà in questa sede, l'esperienza cilena lascia un'importante eredità al costituzionalismo, non solo per le caratteristiche del processo costituente che è stato paritario, partecipativo e con la rappresentanza dei popoli originari, ma anche per il testo elaborato che segna un nuovo *standard* mondiale in materia di multiculturalismo, parità, nuove tecnologie, protezione della natura e sviluppo sostenibile.

Prima di analizzare la forma di governo disegnata dal costituente cileno, al fine di evidenziarne la problematicità, infatti, appare opportuno motivare quanto detto in apertura circa l'incoerenza tra questa e i numerosi temi che, agli occhi di chi scrive, oltre ad essere particolarmente interessanti rappresentano innovazioni consistenti, non solo per il popolo cileno, ma per il costituzionalismo in generale. Questi sono evidenti fin dal primo articolo della proposta costituzionale che, tra le altre cose, definisce il Cile uno Stato sociale e democratico di diritto, plurinazionale, interculturale, regionale ed ecologico e stabilisce una democrazia inclu-

siva e paritaria. Sono evidenti elementi che si potrebbero definire classici come la caratteristica di Stato sociale e democratico di diritto e il regionalismo, che però nel contesto cileno, caratterizzato da uno Stato sussidiario e centralista, avrebbero rappresentato enormi passi avanti verso una maggiore giustizia sociale e maggiori opportunità per tutti i suoi cittadini. Degni di nota sono anche la plurinazionalità e l'interculturalità volte a riconoscere realmente tutti gli abitanti di questo Paese, e a garantirne il diritto all'autodeterminazione in tutti gli ambiti della vita. Altrettanto rilevante appare la definizione di stato ecologico che, se da una parte si pone in continuità con altre esperienze della regione latinoamericana, dichiarando la natura come soggetto di diritti, dall'altro compie un ulteriore passo in avanti tenendo conto, in tutto il testo, di un contesto di emergenza climatica ed ecologica. Non da meno è stata la pervasività della parità, principio che caratterizzava non solo in modo straordinario il catalogo dei diritti prevedendo, tra gli altri, il diritto all'educazione sessuale, i diritti sessuali e riproduttivi e il riconoscimento del lavoro domestico e di cura, ma anche l'organizzazione statale stabilendo, ad esempio, che negli organi collegiali dello Stato e nei direttivi delle imprese pubbliche e a partecipazione pubblica, sarebbe dovuta essere assicurata la presenza di almeno il 50% di donne.

#### 4. LA PROPOSTA DELLA CONVENZIONE

All'inizio dei lavori della Convenzione Costituzionale cilena era evidente quanto vi fosse una chiara volontà di abbandonare l'iper-presidenzialismo tanto che sono state avanzate proposte che andavano dall'attenuazione del presidenzialismo, al passaggio ad un presidenzialismo parlamentarizzato, al semipresidenzialismo o ad una forma di governo parlamentare. Le stesse posizioni sono emerse nei lavori della I commissione, quella competente in materia di sistema politico, all'interno della quale sembrava inizialmente esserci raggiunto un accordo circa una forma di governo presidenziale attenuata, definita in modi diversi, ma caratterizzata da un mandato presidenziale di quattro anni, la possibilità di rielezione e la figura di un capo di gabinetto o di un «ministro coordinatore», depositario anche della fiducia del Legislativo o di una delle sue camere, seguendo una strada ormai consolidata nella subregione latinoamericana. La volontà di «parlamentarizzare» la forma di governo, in linea con quanto avvenuto in altri ordinamenti della subregione<sup>13</sup>, si è però assopita in seguito all'impossibilità di

---

<sup>13</sup> La propensione a adottare strumenti propri delle forme di governo parlamentare in America Latina è presente in molti ordinamenti fin dalla loro creazione e attualmente si è rafforzata in diversi Paesi, dove sono

trovare un accordo politico in seno alla commissione. In parte, però, tale decisione potrebbe attribuirsi altresì ad un problema «classico» consistente nell'impossibilità di individuare a priori quale sia la forma di governo ideale.

È, quindi, particolarmente interessante rilevare come la cd. «sala de maquinas» sia stata nel corso del processo costituente cileno, avanguardista da molti punti di vista come già approfondito, l'elemento più difficile da innovare, in un momento di cambiamento profondo come la scrittura di una nuova Costituzione. Si ritiene, come anticipato, che la soluzione adottata in Cile sia consistita nel ritornare al modello di presidenzialismo «originario» latinoamericano, quello consolidatosi in tempi moderni con l'entra in vigore della Costituzione messicana del 1917. Si considera che non sia stata realizzata una significativa riforma della forma di governo e che la proposta di articolato non disegnava un presidenzialismo attenuato, come sostenuto da alcune figure pubbliche e dagli ex-convenzionali, ma al contrario rafforzava ulteriormente, in alcuni aspetti, la figura presidenziale. Il Presidente, eletto direttamente dal corpo elettorale, anche se spogliato dell'iniziativa esclusiva continuava ad essere colegislatore, a detenere consistenti poteri di emergenza, anche se invero ridotti rispetto alla costituzione del 1980, ed era stata introdotta la previsione di alcune materie a concorrenza presidenziale necessaria. Elementi questi che, di seguito, saranno analizzati più nel dettaglio e in ottica comparativa.

---

stati adottati elementi quali la figura del capo di gabinetto o *premier*; varie forme di censura o di sfiducia al gabinetto o a singoli ministri; e il potere del Presidente, in determinate situazioni, di sciogliere il Congresso.

La figura del Capo di gabinetto è stata introdotta nelle costituzioni di Costa Rica del 1948, Guatemala del 1985 modificata nel 1993, Argentina a partire dal 1994 e Bolivia del 2009. In questi casi il Legislativo è dotato di ampi poteri di controllo reale e ha potuto condurre interpellanze, con il Capo di gabinetto. Quest'ultimo, a differenza di quanto avviene negli ordinamenti parlamentari, non è espressione della maggioranza in seno all'organo legislativo, ma del Presidente stesso. In qualità di Capo di gabinetto, però, individualmente o insieme al resto dei ministri, può essere destituito attraverso un voto di sfiducia approvato dal Parlamento. Il Presidente continua ad essere capo dello Stato e del governo, e quindi, quando i suoi ministri vengono censurati, ha il potere di nominarne altri per sostituirli e continuare a dare attuazione al proprio programma politico. Questa figura è stata introdotta anche in Perù, con la denominazione di *presidente del Consejo de Ministros*. In questo ordinamento, inoltre, così come in Uruguay, Venezuela e Ecuador, viene attribuito al Presidente il potere di scioglimento del Congresso, senza che, però, quest'ultimo possa simmetricamente provocare la cessazione anticipata del Presidente per pure ragioni politiche/fiduciarie. Il Parlamento può, comunque, solo sfiduciare i ministri, individualmente o collegialmente, costringendoli così alle dimissioni. (H. NOGUEIRA ALCALÁ, 2017, 30 e ss.).

È evidente, quindi, come l'adozione di strumenti tipici della forma di governo parlamentare non sempre è stata volta a riequilibrare la relazione tra Esecutivo e Legislativo, finendo per rafforzare ulteriormente il primo. La prassi istituzionale, inoltre, dimostra che il ministro coordinatore del gabinetto, Capo di Gabinetto o Presidente del Consiglio dei Ministri, a seconda del *nomen iuris* adottato, è solo un elemento coadiuvante del coordinamento dei compiti delegati dal Presidente, senza che possa sviluppare una politica autonoma, continuando ad essere un esecutore della politica di questi e da lui nominato (J. G. ANDUEZA, 2007, 431 e ss.).

#### 4.1 L'elezione diretta dell'Esecutivo

Secondo quanto previsto dall'articolo 281 della proposta di nuova Costituzione, il Presidente cileno sarebbe stato eletto a suffragio universale e diretto, a maggioranza assoluta dei voti validamente espressi, la terza domenica di novembre dell'anno precedente a quello in cui il membro in carica avrebbe terminato il suo mandato. Qualora si fossero presentati più di due candidati e nessuno avesse ottenuto più della metà dei voti validamente espressi, si sarebbe svolto un secondo scrutinio, la quarta domenica successiva al primo scrutinio, tra i candidati che avessero ottenuto le due maggioranze più alte. Come anticipato, il testo, stabiliva anche un mandato di quattro anni e la possibilità di rielezione, consecutiva o meno, per una sola volta (art. 284.1).

Il proposta costituzionale cilena, quindi, prevedeva, così come gli altri ordinamenti dell'America Latina<sup>14</sup>, l'elezione diretta del Capo dell'Esecutivo. Questa, secondo alcuni autori, e in particolare Valadés<sup>15</sup>, rappresenta una svolta plebiscitaria della forma di governo presidenziale latinoamericana, derivante dall'influenza della Costituzione francese del 1848. Al momento di analizzare l'elezione presidenziale e il suo potenziale plebiscitario è necessario soffermarsi, altresì, sull'elemento della rielezione, tema dibattuto fin dall'indipendenza e sulla cui incidenza la dottrina non è concorde<sup>16</sup>. Si tratta

<sup>14</sup> Le formule elettorali sono le più varie: maggioranza semplice in Panama, Paraguay, Uruguay, Venezuela e Messico; e doppio turno con maggioranza assoluta al primo turno e semplice per il ballottaggio tra i due candidati più votati in Brasile, Colombia, Cile, Guatemala, Perù e Ecuador. In quest'ultimo, però, a norma dell'art. 142 della Costituzione, non si terrà il secondo turno se il binomio che si è attestato al primo posto ha ottenuto almeno il 40% dei voti validi e una differenza, rispetto al secondo, di almeno 10 punti percentuali. Il doppio turno è previsto anche dagli ordinamenti di Argentina, Costa Rica e Nicaragua, che però prevedono al primo turno una soglia più bassa. È stato previsto anche il secondo turno parlamentare, in particolare da alcune costituzioni storiche come quella boliviana del 1967 e la cilena del 1925.

<sup>15</sup> Vedasi, D. VALADÉS, *La formación del sistema presidencial latinoamericano (Un ensayo de cultura constitucional)*, Città del Messico, UNAM, III, 2007.

<sup>16</sup> In dottrina, infatti, è possibile incontrare tanto posizioni a favore quanto a sfavore della rielezione. Le prime evidenziano come lati positivi l'importanza della volontà democratica, di una *leadership* efficace e della responsabilità. D'altra parte, quelli contrari hanno a che fare con la preoccupazione che i presidenti abusino inevitabilmente dei poteri dell'Esecutivo e si perpetuino nella carica, accorciando la strada verso la tirannia (J. M. Carey, *Hybris institucional? Reelección presidencial en América Latina*, in *GOB-Revista de Asuntos Públicos*, 26-27). Per riportare un classico del dibattito sulla miglior forma di governo, che ha caratterizzato l'America Latina a partire dal ritorno alla democrazia negli anni '80, Liz diffida non solo del presidenzialismo come sistema di governo, ma anche del principio di non rielezione in quanto in tal caso si perde il vantaggio della continuità e dell'efficacia che un governante può portare perché un Presidente di successo potrebbe non avere l'opportunità di continuare un programma politico dopo la fine del suo mandato. (J. J. LINZ, *Discurso de investidura como «doctor honoris causa»*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1992, 40). Duverger (*Francia: Parlamento o Presidencia*, Madrid, Taurus, 1963, 59-60.), invece, pone l'attenzione sul fatto che l'esercizio del potere crei naturalmente un pregiudizio favorevole nella mente dei cittadini, a meno che non si verifichi un chiaro fallimento, difficile da misurare, per cui la rielezione è sempre più facile della prima elezione. Un capo di governo, però, non

di una variabile di primo ordine in un regime presidenziale in quanto determina il livello di alternanza dei partiti e degli individui alla presidenza. Tali regole influenzano il potere di contrattazione del Capo dell'esecutivo con i legislatori del suo stesso partito e dell'opposizione. A parità di altri fattori, i presidenti che godono di un mandato più lungo e/o possono essere rieletti per uno o più mandati tendono ad avere maggiore influenza sui legislatori rispetto a quelli che hanno un mandato breve e/o non possono essere rieletti. Ciò avviene in quanto più dura l'orizzonte temporale del Presidente, maggiore è la sua capacità di fare promesse e minacce credibili in una contrattazione intertemporale. Mentre la variazione dei mandati presidenziali nel corso del XX secolo è stata generalmente compresa tra i 4 e i 6 anni<sup>17</sup>, esiste un'ampia gamma di norme che regolano i limiti alla rielezione presidenziale (G. L. Negretto, 2010, 208). Alla fine del XIX secolo la premessa che la rielezione fosse una minaccia per la democrazia era ampiamente accettata – ritenendo che consentirla equivalesse a raddoppiare, nei fatti, la durata del mandato presidenziale, in quanto il Presidente sarebbe sempre stato dotato dei mezzi per garantire la propria rielezione – (J. M. Carey, 24-25). Nel XX secolo, invece, si sono succedute, nella maggior parte degli ordinamenti latinoamericani, una serie di

---

dovrebbe approfittarne per rimanere in carica troppo a lungo, il che sarebbe sgradevole dal punto di vista democratico e negativo dal punto di vista pratico. Infatti, se l'instabilità governativa è deplorabile, allo stesso modo lo è anche l'eccessiva stabilità. Il rinnovo del Presidente permette di cambiare aria, volti e metodi e dovrebbe essere garantito su base regolare. Nohlen sostiene che l'ammissione della rielezione è democratica quanto il suo divieto, ma che bisogna tenere presente che quest'ultima formula è stata una conseguenza di circostanze storiche. È importante interrogarsi, quindi, se la non rielezione, frutto di circostanze storiche, possa avere lo stesso grado di legittimità quando le contingenze sono diverse, quando le elezioni sono libere e oneste, quando l'alternanza non è esclusa dai brogli e quando per essere effettiva non deve essere garantita da una norma costituzionale, ma può essere lasciata al libero gioco delle forze politiche. (D. NOHLEN, *La reelección*, in D. NOHLEN, S. PICADO, D. ZOIATTO (a cura di), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Città del Messico, Fondo de Cultura Económica, Universidad de Heidelberg, Instituto Federal Electoral, 1998, 143)

Inoltre, è possibile individuare una discriminante nel modo in cui si ottiene l'introduzione della possibilità di rielezione e in particolare di quella immediata. Quando le riforme costituzionali sono progettate sulla base di negoziati legislativi, le modifiche per consentirla sono di solito bilanciate con misure volte a garantire che i poteri dei presidenti siano limitati. Al contrario, quando è il risultato di costituzioni completamente nuove, gli attori istituzionali più adatti a limitare i poteri del Presidente in carica in quel momento – vale a dire i legislatori e i tribunali indipendenti – tendono a non partecipare a questo processo. In Ecuador e Bolivia, ad esempio, i presidenti in carica, nonché promotori dei processi costituenti, hanno orchestrato sostituzioni costituzionali che hanno aperto la strada alla rielezione indefinita, facendo in modo che le istituzioni governative fossero composte prevalentemente di simpatizzanti. (J. M. CAREY, *Hybris institucional? Reeleccion presidencial en América Latina*, cit., 26-27)

<sup>17</sup> Il mandato del Presidente della Repubblica ha una durata di quattro anni secondo quanto previsto dalle Costituzioni di Argentina (art. 90); Colombia (art. 190), Costa Rica (art. 134); Cile (art. 25), Ecuador (art. 144), Guatemala (art. 184); Honduras (art. 237), Uruguay (art. 150). Ha invece, una durata di cinque anni, in Bolivia (art. 168), Brasile (art. 82) e El Salvador (art. 154), Nicaragua (art. 148.2), Panamá (art. 177) e Paraguay (art. 229). Infine, la Costituzione venezuelana del 1999 (art. 230) e quella messicana del 1917 (art. 83) prevedono un mandato di sei anni.

riforme in questa materia. Il numero di Paesi le cui costituzioni consentivano al Presidente un'unica rielezione consecutiva o una rielezione illimitata è prima diminuito e poi aumentato tra il 1900 e il 1960, come risultato di cicli in cui, a volte, le norme più permissive sono state seguite da quelle più restrittive e viceversa. Questa instabilità è perdurata negli ultimi tre decenni. Dal 1978 al 1993, ad esempio, la maggior parte delle costituzioni o delle riforme costituzionali ha mantenuto regole relativamente restrittive per la rielezione presidenziale, consentendola, prevalentemente, solo dopo un mandato. In alcuni casi, inoltre, come in Guatemala nel 1985, in Honduras nel 1982 e in Colombia nel 1991, la rielezione del Presidente è stata vietata in modo assoluto. Dal 1993, tuttavia, la tendenza è stata opposta: delle 16 modifiche alle norme sulla rielezione, 9 le hanno rese più permissive e 7 più restrittive. È stata resa più restrittiva in Colombia (1991), Paraguay (1992), Repubblica Dominicana (1994), Nicaragua (1995) e Perù (2000) mentre è diventata più permissiva in Perù (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (1995 e 2008), Brasile (1998), Repubblica Dominicana (2002) e Colombia (2004) (G. L. Negretto, 2010, 208 e ss.). Bisogna considerare, inoltre, che tutte le riforme costituzionali degli ultimi vent'anni sono state promosse dai presidenti in carica<sup>18</sup> e laddove è stata introdotta durante il loro primo mandato e si sono presentati alle elezioni successive sono stati rieletti, tranne il dominicano Hipólito Mejía nel 2004 (P. Fernández Barbadillo, 2012, 365). È possibile individuare numerosi esempi in cui, in presenza della rielezione immediata dei presidenti, il carattere *caudillista* e messianico delle presidenze latinoamericane si sia accentuato, sfociando nell'istaurazione di progetti che possono essere considerati almeno autoritari. Rappresentativi sono i casi di Fujimori in Perù, di Chávez e Maduro in Venezuela, di Correa in Ecuador, Evo Morales in Bolivia e Dilma Rousseff in Brasile (H. Nogueira Alcalá, 46).

## 4.2 Un Presidente colegislatore

Uno degli elementi che distingue nettamente la forma di governo presidenziale latinoamericana da quella degli Stati Uniti d'America, come anticipato, consiste nella caratteristica di colegislatore del Presidente della Repubblica. Questi, oltre all'iniziativa legislativa e all'iniziativa esclusiva in

---

<sup>18</sup> L'unica eccezione è stata l'abrogazione da parte della Corte Suprema costaricana della legge del 1969 che impediva la rielezione, sollecitata da un ricorso di amparo, sebbene sia stata promossa da un ex presidente, Óscar Arias.



determinate materie<sup>19</sup>, detiene la possibilità di convocare una legislatura straordinaria<sup>20</sup>; di dichiarare l'urgenza nella trattazione dei progetti di legge<sup>21</sup>; di partecipare al dibattito parlamentare della legge attraverso i ministri; di applicare non solo il veto ma anche un veto parziale e/o il cd. *pocket veto*<sup>22</sup>; di

<sup>19</sup> La dottrina riconosce, praticamente unanimemente, che attraverso il potere di iniziativa legislativa il Presidente è in grado di guidare il lavoro legislativo del Parlamento secondo le priorità del proprio programma di governo (M. de la Paz Sánchez Manzano, *Caracterización y problemática del presidencialismo iberoamericano*, in *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 53/2000, 278). In quasi tutti i casi, questa prerogativa spetta esclusivamente al Capo dell'esecutivo, mentre in Honduras, Panama e Paraguay i ministri o i segretari di Stato sono ugualmente autorizzati a presentare progetti di legge, anche se sempre a nome dell'Esecutivo. (A. ESCAMILLA CADENA, R. SÁNCHEZ GAYOSSO, *Las facultades constitucionales del Ejecutivo en América Latina: entre la concentración y la dispersión de poder*, in *Estudios Políticos*, novena época, n. 37/2016, 117).

Per di più, in alcuni ordinamenti – come Uruguay, Cile e Brasile – è previsto l'esercizio dell'iniziativa legislativa esclusiva da parte del Presidente in determinati settori, come per le questioni sociali e di bilancio (M. DE LA PAZ SÁNCHEZ MANZANO, *Caracterización y problemática del presidencialismo iberoamericano*, cit., 278).

<sup>20</sup> La prerogativa presidenziale di convocare sessioni straordinarie del Congresso quando è in vacanza è prevista da tutte le costituzioni latinoamericane, alcune delle quali stabiliscono esplicitamente che spetta al Presidente definire la rispettiva agenda. A questo proposito, va notato che, nel caso della Colombia, il potere di convocazione non corrisponde al Presidente ma al Governo Nazionale, che comprende anche i ministri e i direttori dei dipartimenti amministrativi, ed è quindi esercitato attraverso il Presidente o il rispettivo ministro o capo (artt. 115 e 200.2). Talvolta è previsto anche che il potere presidenziale di convocazione sia esercitato attraverso un altro organo, ad esempio la Commissione permanente in Honduras (art. 245.6) o il Presidente dell'Assemblea nazionale in Nicaragua (art. 150.7). Infine, vale la pena ricordare che in Messico la decisione del Presidente non è sufficiente, ma è necessario l'accordo della Commissione Permanente (art. 78. IV). (J. J. OROZCO HENRÍQUEZ, J. J. Orozco Henríquez, *Tendencias recientes en los sistemas presidenciales latinoamericanos*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. conmemorativo/2008, 839)

<sup>21</sup> La dichiarazione di urgenza legislativa è un altro strumento appannaggio del Presidente, che gli consente di incidere sui tempi del lavoro parlamentare e dare priorità ai disegni di legge che reputa maggiormente significativi per il suo mandato. Questa consiste nello stabilire un periodo di tempo specifico (generalmente 30 giorni) per l'approvazione di determinati progetti legislativi. Tra le costituzioni che la contemplano ci sono quelle di Cile (art. 71), Colombia (art. 163), Ecuador (art. 155), Paraguay (art. 210 e 238.12), Repubblica Dominicana (art. 30) e Uruguay (art. 168.7). (J. J. OROZCO HENRÍQUEZ, *Tendencias recientes en los sistemas presidenciales latinoamericanos*, cit., 840).

<sup>22</sup> Gli ordinamenti che prevedono esclusivamente il veto totale sono Bolivia, Guatemala e Repubblica Dominicana, mentre i Paesi che combinano veti totali e parziali sono Messico, Nicaragua, Panama, Uruguay e Venezuela. A loro volta, Cile, El Salvador e Honduras prevedono, oltre al veto totale, quello di «bolsillo». Esistono anche casi in cui il Capo dell'esecutivo è autorizzato a utilizzare tutti e tre i tipi di veto, come in Argentina, Brasile, Colombia, Costa Rica, Ecuador e Paraguay (A. ESCAMILLA CADENA, R. SÁNCHEZ GAYOSSO, *Las facultades constitucionales del Ejecutivo en América Latina: entre la concentración y la dispersión de poder*, cit., 117).

Il veto presidenziale può essere superato a maggioranza assoluta – in Brasile, Colombia, Nicaragua, Paraguay, Perù e Ecuador quando si tratta del veto parziale –, dei tre quinti – in Uruguay, quando si tratta dell'esercizio del veto totale – o dei due terzi – in Argentina, Ecuador in caso di veto totale, Messico e Panama. Se non si raggiunge un accordo tra le camere, sia per insistere sul disegno di legge originale che per approvare le osservazioni, il disegno di legge viene archiviato e non può essere trattato fino alla seguente legislatura (M. DE LA PAZ SÁNCHEZ MANZANO, *Caracterización y problemática del presidencialismo iberoamericano*, cit., 283). Particolarmente interessante appare il caso dell'Uruguay laddove, oltre all'adesione esplicita alle obiezioni presentate dal Presidente, è prevista anche quella tacita. Infatti, in caso di inerzia prolungata per più di trenta giorni, si considera approvato il testo così come emendato secondo

assumere poteri legislativi, molto spesso anche senza la delega parlamentaria<sup>23</sup>; di decidere, con l'appoggio dei suoi ministri, di firmare ulteriori stanziamenti di bilancio; e di utilizzare misure eccezionali in materia economica e/o sociale, che, lungi dall'essere necessarie a breve termine hanno spesso una perniciosa vocazione alla permanenza (H. Nogueira Alcalá, 1985, 92; E. B. Espinosa-Saldaña, 2002, 80).

---

i rilievi dell'Esecutivo (E. MOSTACCI, *L'altra faccia del presidenzialismo latinoamericano: Costa Rica e Uruguay*, in S. BAGNI, S. BALDIN (a cura di), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, Torino, Giappichelli, 2021, 114).

<sup>23</sup> Si tratta della cd. *habilitación legislativa*, per cui il ramo esecutivo è autorizzato ad assumere la funzione legislativa. Negli Stati Uniti esiste solo un potere regolamentare del Presidente. Per quanto riguarda l'America Latina, invece, in otto Paesi – Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Messico, Panama, Paraguay e Uruguay – le costituzioni non specificano se il Capo dell'esecutivo possa emettere decreti presidenziali e questa ambiguità ha fatto sì che, nella stragrande maggioranza dei casi, questo strumento diventasse una pratica comune che non contraddice la Costituzione. I restanti dieci Paesi – Argentina, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Honduras, Nicaragua, Perù, Repubblica Dominicana e Venezuela – consentono esplicitamente i decreti presidenziali e di questi Brasile, Honduras, Nicaragua, Perù e Venezuela pongono restrizioni alle aree in cui l'Esecutivo può utilizzare questa prerogative, al contrario di Argentina, Brasile, Cile e Colombia dove possono essere utilizzati in qualsiasi materia. Nei Paesi dell'America Centrale e in alcuni Paesi del Cono Sud, come Paraguay, Uruguay e Venezuela, le costituzioni non specificano limiti a questo potere (A. ESCAMILLA CADENA, R. SÁNCHEZ GAYOSSO, *Las facultades constitucionales del Ejecutivo en América Latina: entre la concentración y la dispersión de poder*, cit., 117-118). Inoltre, vi sono disposizioni che privilegiano il ramo esecutivo rispetto a quello legislativo nella risoluzione di determinate questioni in Argentina, Brasile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Panama e Venezuela. In alcuni casi, inoltre, è previsto che il Presidente possa emettere i decreti legge necessari in materia economica, come in Venezuela e in Honduras e Perù, ma solo la qualora lo richieda l'interesse nazionale, o per affrontare una situazione di emergenza o eccezionale, come in Argentina, Cile ed Ecuador (M. DE LA PAZ SÁNCHEZ MANZANO, *Caracterización y problemática del presidencialismo iberoamericano*, cit., 281; J. J. OROZCO HENRÍQUEZ, *Tendencias recientes en los sistemas presidenciales latinoamericanos*, cit., 832).

Anche quando la maggioranza dell'assemblea legislativa può abrogare o modificare un decreto, il Presidente svolge comunque un ruolo chiave nella formazione della legislazione, poiché, a differenza del suo potere di iniziativa di una legge, che sarà comunque approvata dal Congresso, il decreto presidenziale è già una legge a cui l'altro ramo può solo reagire. Inoltre, il Presidente può fare un uso strategico di questo potere e invadere l'agenda del Congresso con numerosissimi decreti che privilegiano la sua di agenda, come accadde nel 1990 in Brasile, quando Collor de Melo utilizzò ampiamente questo potere, emanando misure provvisorie a un ritmo di 48 ore, tra cui il cosiddetto «Piano Collor» per la stabilizzazione economica (S. MAINWARING, M. S. SHUGART, *Presidencialismo y democracia*, Buenos Aires, Paidós, 2002, 52). Infatti, il potere di decreto è una delle manifestazioni più importanti dei cd. «poteri proattivi». Oltre a poter prevaricare l'ordine del giorno con un numero elevato di decreti impedendo al Legislativo di esaminare i provvedimenti prima che abbiano un effetto irreversibile, il Presidente può farne un uso strategico cercando di individuare un punto nello spazio politico al quale la maggioranza è indifferente nel lasso di tempo intercorrente tra *status quo* ed emanazione del decreto. (L. MEZZETTI, *Ruolo ed evoluzione del Parlamento nei sistemi presidenziali latino-americani*, in R. TARCHI (a cura di), *Parlamentarismo e parlamentarismi nel diritto comparato*, Itinerari della Comparazione-Quaderni della Rivista Dpceonline, 2020, 104-105)

La delega legislativa è prevista solo in sette Paesi latinoamericani – Argentina, Brasile, Cile, Colombia, Messico, Panama e Perù – e di questi, Cile, Colombia e Messico hanno stabilito restrizioni sui tempi e sulle materie in cui i poteri legislativi possono essere delegati al Presidente (A. ESCAMILLA CADENA, R. SÁNCHEZ GAYOSSO, *Las facultades constitucionales del Ejecutivo en América Latina: entre la concentración y la dispersión de poder*, cit., 118).

Nella proposta di articolato presentato dalla Convenzione Costituzionale l'articolo 269.1 riconosceva al Presidente l'iniziativa legislativa attraverso un messaggio, insieme ad altri soggetti quali i deputati e le deputate così come i rappresentanti regionali – in numero non inferiore al 10% e non superiore al 15% – attraverso una mozione e alla cittadinanza attraverso l'iniziativa legislativa popolare e quella indigena. Il Presidente, inoltre, avrebbe continuato a disporre della possibilità di incidere sull'agenda legislativa. A differenza di quanto disposto dal testo costituzionale del 1980, l'urgenza nella discussione dei progetti di legge sarebbe stata però fissata da una legge e non lasciata esclusivamente all'arbitrio dell'Esecutivo e gli altri soggetti abilitati a determinare l'urgenza sarebbero potuti essere il Congresso e la cittadinanza (*urgencia popular*). Il o la Presidente, però, sarebbe stata l'unica carica a poter disporre della facoltà di determinare la discussione immediata di un progetto di legge e il testo costituzionale non prevedeva alcun limite a tal proposito, né rispetto alle materie che al numero di volte che avrebbe potuto far uso di questo potere (art. 275.3), così come avrebbe potuto richiedere la convocazione del Congresso delle Deputate o dei Deputati o della Camera delle Regioni in sessione straordinaria, che si sarebbe dovuto tenere il prima possibile (art. 278.q).

Per quanto concerne un altro fondamentale potere attribuito alla presidenza in ambito legislativo, ovvero il potere di veto, questo sarebbe potuto essere sia totale che parziale. A norma dell'articolo 274, il Presidente, infatti, avrebbe potuto restituire, entro trenta giorni, il testo al Legislativo, con le osservazioni che avrebbe ritenuto opportuno o comunicare il suo totale rifiuto del disegno di legge. Le osservazioni parziali sarebbero potute essere adottate a maggioranza e con lo stesso *quorum*, il Congresso avrebbe potuto insistere sul progetto originale. Qualora il Presidente, invece, avrebbe respinto il progetto nella sua interezza, il Congresso avrebbe potuto insistere a maggioranza dei 3/5 dei suoi membri in carica, invece che dei 2/3 previsti dall'articolo 73 della Costituzione del 1980. Nella proposta di nuova Costituzione, inoltre, veniva esplicitamente esclusa la possibilità del cd. *veto de bolsillo* in quanto era previsto che qualora il progetto di legge non fosse rinviato al Legislativo entro trenta giorni dalla data della sua trasmissione alla presidenza, si sarebbe considerato approvato e, pertanto, sarebbe stato promulgato (art. 274.5).

#### 4.3 I poteri di emergenza

Altro elemento caratteristico della forma di governo latinoamericana riguarda i poteri straordinari o di crisi in capo al Presidente. Tutti i presidenti

della regione contano con poteri di questo tipo al fine di affrontare situazioni speciali o straordinarie, che vanno dai disastri naturali alla guerra o ai disordini sociali che potrebbero minacciare la pace intera (A. Escamilla Cadena, R. Sánchez Gayosso, 2016, 118)<sup>24</sup>. In questi casi, il Presidente, direttamente o previa autorizzazione del Congresso, ma in ogni caso con l'accordo dei ministri o dei segretari di Stato, sospende alcuni diritti fondamentali<sup>25</sup> e, spesso, detta misure legislative, con validità specifica, necessarie per affrontare la situazione (J. J. Orozco Henríquez, 2008, 834). Una delle formule presenti nelle Costituzioni latinoamericane consiste nell'affidare espressamente al ramo esecutivo il compito di prendere le misure appropriate per affrontare le minacce all'ordine costituzionale. In altri casi, invece, vengono determinati stati eccezionali in cui i poteri pubblici, e in particolare l'Esecutivo, data la sua maggiore agilità, possono assumere poteri predeterminati nella Costituzione o nella legge. L'applicazione profusa di tale normativa fa sì che la dichiarazione di emergenza in America Latina sia vista come una situazione di normalità costituzionale, al contrario di ciò che accade, per esempio, nei sistemi eccezionali europei, dove comporta una vera deroga al regime costituzionale (M. de la Paz Sánchez Manzano, 2000, 278 e ss). Infatti, nonostante l'eccezionalità della situazione di emergenza, va notato che per gran parte del XX secolo diversi Paesi latinoamericani sono stati caratterizzati dall'abuso di questo potere da parte del Presidente, anche in tempi di piena pace e stabilità.

<sup>24</sup> In generale le motivazioni più citate sono: necessità pubblica, guerra, invasione, ribellione, catastrofe, calamità generale, alterazione dell'ordine pubblico, epidemia, sicurezza nazionale, tumulti interni e in base alla causa che ne determina l'applicazione assumono denominazioni diverse. Attualmente sono costituzionalmente regolati come «Stato di emergenza» in Nicaragua, Repubblica Dominicana, Colombia, Cile, Colombia, Ecuador, Perù, Venezuela e Cuba; «Stato di assedio» in Honduras, Repubblica Dominicana, Brasile, Argentina, Bolivia, Cile e Perù; «Stato di guerra» in Colombia e Cuba; «Stato di mobilitazione bellica» a Cuba; «Stato di difesa» in Brasile; «Stato di eccezione» in Paraguay, «Stato di agitazione» in Colombia e Venezuela; «Stato di assemblea» in Cile; «Stato di emergenza» a Panama; «Stato di allarme» in Venezuela; «Stato di catastrofe» in Cile. (D. VALADÉS, *La dictadura constitucional en América Latina*, Città del Messico, UNAM, 1974; C. VILABELLA, *Las Constituciones de Iberoamérica*, Habana, EMPES, 2002.)

<sup>25</sup> Tra i diritti che possono essere legittimamente sospesi, i più comuni sono la libertà di movimento e di locomozione, la libertà di pensiero, di parola e di opinione, il diritto di riunione, il diritto a un giusto processo e il diritto di sciopero dei lavoratori. La sospensione di questi diritti può essere prolungata di 30 giorni in Costa Rica, El Salvador, Guatemala e Colombia; di 45 in Honduras e Paraguay; di 60 in Brasile, Ecuador, Perù, Paraguay e Bolivia; di 90 in Colombia e Cile. Questi Stati sono proclamati da decreti, che possono essere pronunciati dall'organo legislativo e, in caso di sospensione di questo, dall'Esecutivo in Argentina, Costa Rica, Cuba e Repubblica Dominicana; dal Presidente con l'accordo del Consiglio dei Ministri e la ratifica dell'organo legislativo in Bolivia, Guatemala, Honduras, El Salvador, Messico, Nicaragua, Porto Rico e Venezuela; dal Presidente con la ratifica del Legislativo in Uruguay; dal solo Presidente in Cile e in Ecuador; e dal Presidente con l'accordo del Consiglio dei Ministri in Colombia, Panama e Perù. (D. VALADÉS, *La dictadura constitucional en América Latina*, Città del Messico, cit.; C. Villabella, *Las Constituciones de Iberoamérica*, cit.).

In materia di eccezioni alla normalità democratica, il nuovo disegno costituzionale cileno, come anticipato, ne riduceva la portata ma continuava a prevedere la possibilità di sospendere o limitare l'esercizio dei diritti e delle garanzie costituzionalmente garantiti. Ciò sarebbe potuto avvenire solo in caso di conflitto armato internazionale, conflitto armato interno come stabilito dal diritto internazionale o calamità pubblica e solo nei termini esplicitamente indicati nella Costituzione (art. 300). Con la dichiarazione dello stato di assemblea, il Presidente della Repubblica avrebbe avuto il potere di limitare la libertà personale, il diritto di riunione, la libertà di lavoro, l'esercizio del diritto di associazione; di intercettare, aprire o perquisire documenti e comunicazioni di ogni tipo; di ordinare requisizioni di beni e di stabilire limitazioni all'esercizio del diritto di proprietà (art. 301.4). Dichiarando lo stato d'assedio, invece, sarebbero potuti essere limitati la libertà di movimento e il diritto di associazione e di riunione (art. 301.6) e con quello di catastrofe la libertà di circolazione e il diritto di riunione. In quest'ultimo caso, la presidenza avrebbe potuto disporre anche requisizioni di beni, limitazioni all'esercizio del diritto di proprietà e le misure legali e amministrative straordinarie necessarie per il rapido ripristino della normalità nell'area colpita (art. 302.5).

Per quanto concerne l'*iter* di approvazione e la vigenza di questi stati d'eccezione, l'articolo 301 stabiliva che lo stato di assemblea, in caso di conflitto armato internazionale, e lo stato d'assedio, in caso di conflitto armato interno, sarebbero stati dichiarati dal Presidente con l'autorizzazione del Congresso delle Deputate e dei Deputati e della Camera delle Regioni, in seduta congiunta e la dichiarazione avrebbe determinato anche le aree interessate dallo stato di emergenza in questione (c.1). Il Congresso delle Deputate e dei Deputati e la Camera delle Regioni, in seduta congiunta, avrebbero dovuto decidere a maggioranza dei membri, entro ventiquattro ore dal momento in cui il Presidente della Repubblica aveva sottoposto al suo esame la dichiarazione di uno di questi due stati di emergenza, se accettare o respingere la proposta. Se le due camere non si fossero pronunciare entro il suddetto termine, sarebbero state convocate in sessioni speciali giornaliere fino a quando non decidessero sulla dichiarazione (c.2). Tuttavia, il Presidente della Repubblica avrebbe potuto, in circostanze di urgente necessità e solo con la firma di tutti i suoi ministri, attuare immediatamente lo stato d'emergenza e le camere si sarebbero espresse successivamente. In questa ipotesi, però, avrebbe potuto limitare il solo esercizio del solo diritto di riunione (c.3). Lo stato d'assedio avrebbe potuto essere prorogato per non più di quindici giorni, su richiesta del Presidente e con l'assenso la prima volta di almeno 4/7 dei deputati e dei rappresentanti regionali in carica, dei 3/5 per la seconda e dei 2/3 per la terza e le successive

(c.5). Lo stato di assemblea, invece, sarebbe rimasto vigente fino al termine della situazione di conflitto armato internazionale, a meno che il Presidente della Repubblica non avesse deciso di interromperlo prima o il Congresso delle Deputate e dei Deputati e la Camera delle Regioni non avessero ritirato la loro autorizzazione (c.7).

Infine, per quanto concerne lo stato di catastrofe, a norma dell'articolo 302, sarebbe potuto essere dichiarato dalla presidenza in caso di calamità pubblica, stabilendone l'ambito di applicazione e la durata, che non avrebbe potuto superare i trenta giorni, prorogabili solo con l'accordo del Congresso delle Deputati e dei Deputati in base al procedimento precedentemente illustrato per l'approvazione dello stato di assedio e di quello d'assemblea (c.1). In caso di dichiarazione di questo stato, il Presidente sarebbe stato tenuto ad informare il Congresso delle misure adottate (c.2) e le aree indicate sarebbero state poste sotto il controllo immediato del capo dello stato di emergenza, ovvero un'autorità civile designata dal Presidente stesso (c.3). Anche in tal caso, l'Esecutivo avrebbe potuto richiedere l'estensione dello stato d'eccezione, che avrebbe richiesto l'approvazione, in seduta congiunta, della maggioranza dei membri in carica del Congresso e della Camera (c.4).

#### 4.4 Le leggi di concorrenza presidenziale necessaria

L'ultimo elemento che si intende analizzare a proposito della forma di governo disegnata dal costituente cileno è la concorrenza presidenziale necessaria per legiferare in alcune materie. Questo elemento è particolarmente interessante in quanto, da un lato, si tratta un *unicum* a livello comparativo e, dall'altro, si ritiene si sia trattato di una misura «gattopardesca»<sup>26</sup> introdotta al fine di sostituire l'iniziativa esclusiva del Presidente senza però di fatto ridurre il potere presidenziale.

Comparando l'articolo 65.3 della Costituzione del 1980, che stabilisce la prerogativa del Presidente della Repubblica a presentare progetti di legge in

---

<sup>26</sup> Si prende in prestito l'idea contenuta ne «Il Gattopardo» di Giuseppe Tomasi di Lampedusa – ben riassunta nella frase «Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi» – e già utilizzata da Ruiz-Tagle a proposito della norma fondamentale cilena del 1980: una «Costituzione Gattopardo», che più viene riformata, più conserva le sue caratteristiche originali. Infatti, nonostante siano stati approvati circa trenta emendamenti a 242 articoli, il che la rende la Costituzione maggiormente riformata della storia costituzionale cilena, gran parte della dottrina concorda sul fatto che queste modifiche sono state cosmetiche e non hanno alterato sostanzialmente il modello istituzionale stabilito dalla dittatura. F. SOTO BARRIENTOS, *Asamblea constituyente: la experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile*, *Estudios Constitucionales*, 1/2014, 416.

maniera esclusiva, e l'articolo 266 del nuovo testo che prevedeva le leggi a concorrenza presidenziale necessaria è evidente che le materie non siano dissimili, la differenza consiste nell'*iter*, descritto all'articolo 267. Queste ultime, infatti, avrebbero potuto avere origine in un messaggio o in una mozione e quindi essere presentate, indifferentemente dal Congresso delle Deputate e dei Deputati o, a seconda dei casi, della Camera delle Regioni e dal Presidente. L'aspetto che si ritiene maggiormente rilevante coincide con la disposizione che prevedeva che queste leggi avrebbero potuto essere approvate solo se il o la Presidente avesse fornito il suo appoggio durante l'intero *iter* del progetto di legge. L'Esecutivo, infatti, oltre a non concedere il patrocinio iniziale, avrebbe potuto sempre ritirarlo e in entrambi i casi il progetto sarebbe decaduto e nel secondo non avrebbe potuto essere ripresentato. Si ritiene che il combinato disposto dagli articoli 266 e 267 avrebbe configurato una sorta di super veto, permettendo al Presidente di avere un enorme potere di contrattazione, oltre a non eliminare *de facto* l'iniziativa esclusiva in materie cruciali.

## 5. BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Da quanto emerso da questa analisi, nonostante il processo costituente cileno sia stato innovatore sotto molti punti di vista e lo stesso può dirsi dell'articolato proposto, l'elemento che meno ha subito variazioni è stato proprio la forma di governo, che al contrario ha mantenuto inclinato l'ago della bilancia a favore del potere esecutivo attribuendogli un ancor maggiore potere di contrattazione. Il processo costituente cileno sembra, quindi, confermare la tendenza individuata da Gargarella a proposito dei testi del cd. «nuovo costituzionalismo latinoamericano». L'Autore, infatti, ha evidenziato come in questi casi si è finito per riprodurre un modello comune nella regione, dominante almeno dall'inizio del XX secolo, in base al quale nonostante siano stati ampliati i diritti esistenti, non vengano incorporate le modifiche necessarie nell'altro settore fondamentale della Costituzione, vale a dire quello relativo all'organizzazione del potere, che definisce con la suggestiva espressione «sala de maquinas». Pertanto le libertà che si cercano di espandere nell'ambito dei diritti finiscono per essere messe in crisi, se non direttamente limitate, dall'organizzazione del potere, che tende a rimanere sostanzialmente intatta e conforme a quanto definito nel XIX secolo. È possibile, quindi, affermare che anche nel caso cileno l'organizzazione politica verticistica, iperpresidenzialista, limitativa delle libertà e concentrante il potere, avrebbe rappresentato, nel caso in cui la Costituzione fosse entrata in vigore, una delle peggiori minacce

alla pretesa di espandere le libertà, minaccia proveniente dal cuore stesso della Costituzione (R. Gargarella, 2019, 96)<sup>27</sup>. Così come nelle altre recenti costituzioni latinoamericane, anche nel caso cileno, se da un lato è stata arricchita la parte dogmatica, dall'altro non è cambiato il modo in cui è stato organizzato il potere, il che, rafforzando i poteri del Presidente a scapito di altre funzioni e della partecipazione popolare, avrebbe generato, in ultima analisi, tensioni all'interno della Costituzione tra la parte organica e quella dogmatica (J. Benavides Ordóñez, 2016, 180). Proprio questa recente esperienza costituente pone in evidenza come il tema delle forme di governo rappresenti tutt'oggi uno dei grandi interrogativi del costituzionalismo, non solo latinoamericano. Mentre nelle forme di governo parlamentari europee è sempre più evidente la cd. «presidenzializzazione degli esecutivi»<sup>28</sup>, l'America Latina dimostra come anche l'introduzione strumenti di parlatarizzazione e democratizzazione porti *de facto* ad una prevalenza dei presidenti e come, in momenti di incertezza, in questa subregione, così come avvenuto fin dall'indipendenza, si continui a preferire una figura forte, un «caudillo», alla guida dell'Esecutivo e, quindi, del Paese.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ANDUEZA, J.G., ¿Presidencialismo caudillista o cesarista?, in J. M. Casal H., A. Arismendi A., C. Carrillo (a cura di), *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Caracas, Universidad Central, Universidad Católica Andrés Bello, 2007.
- ANSALDI, O., PARDOVERGARA, M., *What Constitution? On Chile's Constitutional Awakening*, in *Law and Critique*, n. 31/2020.
- BAGNI, S., BALDIN, S., (a cura di), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, Torino, Giappichelli, 2021: E. Mostacci, *L'altra faccia del presidenzialismo latinoamericano: Costa Rica e Uruguay*; L. Pegoraro, *Comparare l'America latina (e in America latina). Introduzione critica*.
- BENAVIDES ORDÓÑEZ, J., *Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina*, in *Ius Humani*, vol. 5/2016.
- BINDI, E., GROPPI, T., PISANESCHI, A., *Osservatorio sul processo costituente cileno. Presentazione*, in *Dpce online*, 27 novembre 2020.

<sup>27</sup> Vedasi, altresì, dello stesso Autore *La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas Entre lo viejo y lo nuevo*, Nueva Sociedad, n. 257/2015

<sup>28</sup> Vedasi, tra gli altri, A. DI GIOVINE – A. MASTROMARINO (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007



- CAREY, J.M., *Hybris institucional? Reelección presidencial en América Latina*, in *GOB-Revista de Asuntos Públicos*.
- SÁNCHEZ MANZANO, M.P., *Caracterización y problemática del presidencialismo iberoamericano*, in *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 53/2000.
- DUVERGER, M., *Francia: Parlamento o Presidencia*, Madrid, Taurus, 1963.
- *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Barcellona, Ariel, 1984.
- ESCAMILLA CADENA, A. SÁNCHEZ GAYOSSO, R., *Las facultades constitucionales del Ejecutivo en América Latina: entre la concentración y la dispersión de poder*, in *Estudios Políticos*, novena época, n. 37/2016.
- ESPINOSA-SALDAÑA, E.B., *Presidencialismo latinoamericano: sus alcances, los riesgos que genera a la plena vigencia del Estado de derecho y algunas notas sobre la viabilidad de las propuestas planteadas al respecto*, in C. J. Mora Donatto (a cura di), *Relaciones entre gobierno y Congreso. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Città del Messico, 2002.
- FERNÁNDEZ BARBADILLO, P., *El presidencialismo en el mundo: diferencias entre Estados Unidos de Norteamérica, Iberoamérica y Europa*, in *Pensamiento Constitucional*, n. 17/2012.
- FUENTES, P., *Elites, opinión pública y cambio constitucional* in C. Fuentes (a cura di), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Claudio Funetes (editor), 2010.
- GARCÍA BARZELATTO, A.M., NAVARRO BELTRÁN, E., *¿Hoja en Blanco? Hacia una nueva Constitución Chilena. Lo que debemos saber*, Editorial Universitaria, Santiago del Chile, 2020.
- GARGARELLA, R., *El constitucionalismo latinoamericano y la sala de máquinas de la Constitución (1980-2010)*, in P. Riberi (a cura di), *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, UNAM, IJ, Città del Messico, 2019.
- *La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas Entre lo viejo y lo nuevo*, in *Nueva Sociedad*, n. 257/2015.
- GREZ TOSO, S., *Rebelión popular y proceso constituyente en Chile* in AA. VV. *Chile despertó. Lecturas desde la Historia del estallido social de octubre*, Santiago, Universidad de Chile, 2019.
- HEISS, C., *¿Qué se juega en el plebiscito chileno del 25 de octubre? (y cómo llegamos hasta aquí)*, in *Análisis Carolina*, n. 50/2020.
- *La Constitución de 1980 como obstáculo a una ciudadanía democrática en Chile*, in S. Grez Toso, D. Opazo Ortiz, P. Vidal Molina (a cura di), *Ciudadanías para la Democracia. Reflexiones desde la problemática constitucional y constituyente chilena del siglo XXI*, Santiago del Chile, Ariadna Ediciones, 2018.
- LINZ, J.J., *Democracia presidencial o parlamentaria. Hay alguna diferencia?*, in Consejo para la consolidación de la democracia, *Presidencialismo vs. parlamentarismo. Materiales para el estudio de la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 1988.

- LINZ, J.J., *Discurso de investidura como «doctor honoris causa»*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.
- MAINWARING, S., SHUGART, M.S., *Presidencialismo y democracia*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- MARCH, J.G., OLSEN, J. P., *The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life*, in *American Political Science Review*, vol. 78, n. 3/1984.
- MARTÍNEZ SIERRA, J.M., FERRER, C., *La reforma constitucional en Chile* in *Jornada sobre orientación y método del Derecho Constitucional*, 2005.
- MEZZETTI, L., *L'America Latina*, in P. Carrozza – A. Di Giovine – G. F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2021.
- *Ruolo ed evoluzione del Parlamento nei sistemi presidenziali latino-americani*, in R. Tarchi (a cura di), *Parlamentarismo e parlamentarismi nel diritto comparato*, Itinerari della Comparazione-Quaderni della Rivista Dpceonline, 2020.
- NEGRETTO, G.L., *La reforma política en América Latina. Reglas electorales y distribución de poder entre Presidente y Congreso*, in *Desarrollo Económico*, vol. 50, n. 198/2010.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H., *El presidencialismo en la práctica política*, in *Nueva Sociedad*, n. 77/1985.
- *La tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa*, in *Estudios Constitucionales*, anno 15, n. 2/2017.
- NOHLEN, D., *La reelección*, in D. Nohlen, S. Picado, D. Zoiatto (a cura di), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Città del Messico, Fondo de Cultura Económica, Universidad de Heidelberg, Instituto Federal Electoral, 1998.
- *Presidencialismo vs. parlamentarismo en America Latina (notas sobre el debate actual desde una perspectiva comparada)*, in *Revista de Estudios Políticos. Nueva Época*, n.74/1991.
- OLIVETTI, M., *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J.J., OROZCO HENRÍQUEZ, J.J., *Tendencias recientes en los sistemas presidenciales latinoamericanos*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. conmemorativo/2008.
- VALADÉS, D., *La dictadura constitucional en América Latina*, Città del Messico, UNAM, 1974.
- *La formación del sistema presidencial latinoamericano (Un ensayo de cultura constitucional)*, Città del Messico, UNAM, III, 2007.
- VILLABELLA, C., *Las Constituciones de Iberoamérica*, Habana, EMPES, 2002.

# UNA CONCEPCIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS LÍMITES AL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

IAGO PACETTI BLANCO

*Investigador predoctoral*

*Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *La reforma constitucional como poder constituyente constituido.*–3. *El principio democrático como límite material implícito al poder de reforma constitucional.* 3.1. El contenido esencial de la norma constitucional. 3.2. La reforma constitucional desde una perspectiva democrática militante.–4. *El caso español: el art. 168 CE.*–5. *Conclusiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

«¡Venimos como enemigos! ¡Como el lobo sobre el rebaño de ovejas, así es como venimos! [...] Si la democracia es lo suficientemente tonta como para darnos dietas y transportes gratis, es cosa suya»<sup>1</sup>. Con estas palabras se pronunciaba, en 1928, Joseph Goebbels, quien pocos años después se convertiría en uno de los mayores dirigentes del Tercer Reich y, como Ministro de Propaganda, en el principal responsable del adoctrinamiento que terminó por llevar a millones de judíos a las cámaras de gas.

Mucho se ha escrito acerca de las causas del colapso de la República de Weimar en 1933. Se han alegado motivos sociales, raciales, religiosos, económico, políticos, etc. Sin embargo, lo que no se puede dudar es que el tránsito

---

<sup>1</sup> Cita tomada de Stern (1987, 385).

de la democracia llegada con la Constitución del 11 de agosto de 1919 al régimen nacionalsocialista se produjo a través de la más estricta legalidad.

Ello se debe, a nuestro juicio, a la ausencia de, por un lado, una concepción militante de la democracia, consciente de los peligros que la acechan y capaz de expulsar de la legalidad a sus enemigos declarados; por otro, la falta de mecanismos jurídico-constitucionales que estableciesen límites materiales a las reformas constitucionales, sean estos implícitos o explícitos.

Si, como alguna vez se ha dicho, pensar implica siempre pensar contra alguien, no cabe duda que en la materia que nos ocupa, la concepción del principio democrático como un límite infranqueable al poder de reforma constitucional, se piensa contra aquellos que, valiéndose de los mecanismos jurídicos de la democracia, tienen por objetivo destruirla.

Y es que, lo que la redacción del artículo 168 CE y su interpretación por parte del Tribunal Constitucional español implica es abrir la puerta a que, *via legis*, se pueda, mediante una operación de reforma constitucional acabar con el principio democrático inherente a toda Constitución, destruyendo Constitución y democracia por igual.

Esta posición doctrinal, que entendemos como un sinsentido a la luz de los fundamentos teóricos del Estado constitucional, es lo que pretendemos refutar en estas páginas, así como proponer una visión opuesta, más conforme a las exigencias de la naturaleza del poder de reforma y de las exigencias de toda democracia que no desiste en el empeño de protegerse a sí misma.

## 2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO PODER CONSTITUYENTE CONSTITUIDO

Con el surgimiento del Estado constitucional tras las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII apareció, como cuestión central de la teoría constitucional, la doctrina del poder constituyente. Doctrina esta, en palabras de De Otto (1987, 53), «tan problemática como universalmente reconocida». Doctrina que, por ser base inamovible del constitucionalismo, se presenta como elemento teórico-doctrinal indispensable para la resolución de aquellas cuestiones, más prácticas o concretas, que requieren respuesta por parte del Derecho constitucional.

Entendemos, siguiendo a De Vega (1985, 28-29), el poder constituyente como aquel poder absoluto y total, soberano, pre-jurídico e ilimitado no solo en los contenidos de su voluntad sino en las propias formas de su ejercicio. Un poder, como afirmó Sieyès ante el Comité Constitucional de la Asamblea francesa, el 20 de julio de 1789, «que todo lo puede [...] que no se encuentra de

antemano sometido a ninguna Constitución [...] Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control».

Dentro de la lógica el Estado constitucional, cimentado sobre el principio político democrático y el principio jurídico de la supremacía constitucional, la titularidad del poder constituyente recae sobre el pueblo, al ser este el titular de la soberanía, desplazada con el triunfo del liberalismo revolucionario de la persona del monarca al pueblo.

Es en uso de este poder constituyente, como *res facta, non iuris*, que el pueblo puede dotarse de una constitución, en la manera en que estime apropiado, dado el carácter absoluto del mismo en lo material y en lo formal. Llevado a cabo el proceso constituyente, desaparece el poder constituyente del pueblo, que quedaría depositado en la Constitución, lo cual no quiere decir, a nuestro juicio, que se haya producido un desplazamiento de la titularidad de la soberanía en favor de la norma suprema. Al contrario, el pueblo, soberano, mantiene la titularidad del poder constituyente, que se mantendrá silente dentro de la Constitución.

Es entonces cuando cobra pleno sentido la idea de supremacía constitucional. En tanto que obra del poder constituyente, la Constitución aparece como norma suprema del ordenamiento jurídico, norma a través de la cual el pueblo ha establecido cuáles serán los órganos encargados de detentar el poder y en qué manera habrán de hacerlo.

Conjugando el principio democrático con la idea de representatividad inherente al Estado constitucional, la supremacía de la Constitución viene a salvar la indemnidad del principio democrático, al someter por igual a gobernantes y gobernados a lo dispuesto en ella por el pueblo en uso del poder constituyente (De Vega, 1985, 25).

A esos órganos e instituciones detentadores del poder, les llama la doctrina poderes constituidos. La distinción entre estos y el poder constituyente, como dice Tajadura (2018, 62), es capital para poder presentar una idea fundada de la reforma constitucional. Frente a aquel poder pre-jurídico, no sometido a norma o control alguno, que deriva exclusivamente de la soberanía popular, los poderes constituidos son poderes jurídicos, que deben su validez a la Constitución que los regula, sometidos a los límites derivados de la propia norma constitucional y de la lógica del concepto mismo de Constitución, dado que un poder constituido no limitado sería siendo, por definición, constituyente.

Dentro de estos poderes es donde ubicamos el poder de reforma constitucional. Un poder que, en la doctrina francesa, ha sido calificado como «poder constituyente constituido». Esta particular definición se explica por la particular naturaleza del poder de reforma, y es que, una vez hecha la Constitución

por el poder constituyente, la reforma es la única vía jurídica para operar cambios en dicho texto.

Plenamente conforme con la idea de supremacía constitucional, es la idea de establecer mecanismos más rígidos y complejos para modificar el texto constitucional que aquellos previstos para la Ley ordinaria. Nace así, como dijera Bryce, la distinción entre constituciones rígidas, que prevén una mayor dificultad para reformar la Constitución, y constituciones flexibles, cuya reforma se lleva a cabo por el procedimiento ordinario previsto para el resto de leyes. En palabras de De Vega, «Al establecerse mecanismos más rígidos para su reforma se consagra, a nivel formal, la distinción entre Ley constitucional y Ley ordinaria.» (1985, 69).

La rigidez que presenta el mecanismo de reforma se presenta como una función de garantía, al impedir que una mayoría coyuntural en el parlamento pueda modificar el articulado del texto constitucional. Junto a esta función garantista, la reforma tiene dos funciones más, de enorme importancia. En primer lugar, permite adecuar la realidad política a la realidad a través de la adaptación del texto original del poder constituyente al momento presente; en segundo lugar, garantiza la continuidad jurídica del Estado, al permitir que las modificaciones constitucionales se lleven a cabo siguiendo un proceso jurídico cuya regulación está contenida dentro de la propia Constitución.

Se infiere de todo lo dicho que el poder de reforma se distingue del poder constituyente en la naturaleza jurídica y limitada del primero, frente a la naturaleza fáctica, pre-jurídica del segundo, que no conoce límites. El propio mecanismo de reforma, al estar recogido en la Constitución, habrá de ajustarse a los límites que deriven de su redacción en cada Constitución y de aquellos que se infieran de 1) por un lado, su naturaleza como poder constituido, y por lo tanto esencialmente limitado; y 2) el contenido político del concepto de Constitución, esto es, aquellos elementos que, de desaparecer de la norma constitucional convertirían a esta en otro tipo de norma.

Ello pese a, como dice De Vega, regulaciones disparatadas y absurdas del poder de reforma en el texto constitucional, como sucede en el ordenamiento español. La destrucción de la Constitución, dice este autor, «no corresponde al poder de revisión, sino al poder constituyente» (1985, 69).

Como conclusión, podemos afirmar que de una distinción entre poder constituyente y poder de reforma como poder constituido tal y como lo hemos expuesto obliga a concebir el poder de reforma como formal y materialmente limitado, por imposición de la lógica del Estado constitucional, al margen de redacciones desafortunadas como ocurre en el caso del art. 168 CE. Surge ahora la necesidad de establecer cuáles son aquellos límites materiales que ningún poder de reforma constitucional puede sobrepasar.

### 3. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO COMO LÍMITE MATERIAL IMPLÍCITO AL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

#### 3.1 El contenido esencial de la norma constitucional

Sentada ya la necesidad lógica de reconocer límites materiales al poder de reforma, se presenta ahora la problemática relativa a su identificación. Establecer este tipo de límites implica superar una concepción normativista, que, desde la lógica exclusiva de la legalidad formal, entiende como únicos límites aquellos de naturaleza puramente procedimental.

Ello equivaldría, como afirma De Vega, «a despojar al concepto de Constitución de toda significación política» (1985, 284). Tal cosa no sería consecuente con la realidad de los textos constitucionales contemporáneos, los cuales, lejos de presentarse como meros reguladores del poder político, se fundamentan sobre un conjunto de principios y valores que inspiran todo el texto constitucional.

Estar de acuerdo en la exigencia lógica de límites materiales a la reforma por las razones antes dichas, no conlleva acuerdo sobre cuáles son esos límites, no solo en el caso concreto de una Constitución en particular, sino también en un plano puramente dogmático.

Autores como Carl Schmitt, parten de una distinción entre Constitución y Ley constitucional, ocupándose la primera de la *decisión* política fundamental, de aquellos aspectos que le dan su identidad propia, no siendo esta reformable, y la segunda se trataría de aquellos aspectos de derecho positivo que, de modificarse, entienden, no afectaría a la esencialidad de la Constitución.

Esta postura, a nuestro juicio llevaría a consecuencias indeseables, como sería una petrificación injustificada de la Constitución, al margen de la voluntad popular, que impediría, como se ha dicho en el caso español, la modificación, por ejemplo, de la monarquía parlamentaria como forma de gobierno o el Estado de las autonomías.

Otros autores, incurrir en lo que a nosotros nos aparecen como juegos del lenguaje, asumiendo que determinadas reformas del texto constitucional implicarían no cambiar *la* Constitución, sino cambiar *de* Constitución, algo que, en efecto, solo podría hacer el poder constituyente.

Lo que a nosotros nos parece imprescindible es, en un plano puramente teórico, conforme con la doctrina ya analizada, es el establecimiento como límite material implícito a toda reforma constitucional aquellos elementos cuya modificación harían incompatible el texto resultante con el contenido esencial mínimo de toda constitución.

Esta idea del contenido esencial no es nueva en absoluto. Ya en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 26 de agosto de 1789, se establecía como contenido mínimo inherente a toda constitución la garantía de los derechos fundamentales y la separación de poderes (art. 16).

Esta línea argumental ha llevado a diversos autores a establecer como contenido esencial el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales, entre otros. Acabar con ellos mediante una reforma equivaldría a la destrucción de la propia constitución, y su sustitución por una norma que podría ser calificada como norma fundamental, pero nunca como constitución.

A nuestro juicio, el elemento que impediría calificar a una norma jurídica como constitución de eliminarse es el principio democrático. Acabar con el supondría erradicar uno de los pilares sobre los que se sustenta el Estado constitucional, y acabar con el sujeto titular del poder constituyente, el pueblo, trasladando la soberanía a otra persona o grupo de personas distintas al pueblo entendido como conjunto de todos los ciudadanos.

Eliminar los derechos fundamentales, sin duda, convertiría a la constitución en una norma a duras penas calificable de democrática, pero no podríamos dejar de calificarla como tal al ser obra del poder constituyente del pueblo. Sería una democracia de ínfima calidad, pero democracia, al fin y al cabo, al mantener el principio de reversibilidad intacto, esto es, la capacidad del pueblo de modificar jurídicamente aquello que estime oportuno de su sistema político, algo inexistente en regímenes no democráticos.

### **3.2 La reforma constitucional desde una perspectiva democrática militante**

La problemática de la reforma quedaría reducida, como dice de Vega, a «una mera disquisición doctrinal, más propia de la metafísica política que de la teoría del Estado constitucional» de no establecerse los medios jurídicos de control de la misma, orientados a garantizar el cumplimiento de procedimiento y límites materiales (1985, 296).

La idea de control jurídico del proceso de reforma se hace evidente ante las consecuencias que su inexistencia puede conllevar. Una ausencia de control permitiría que ese contenido esencial del concepto de constitución al que hemos hecho referencia sea extirpado del texto constitucional, destruyendo la Constitución en sentido schmittiano, esto es, la supresión de la Constitución y del poder constituyente sobre el que tenía su base (Schmitt, 2011, 153).



Y esto no puede ser de otra manera, ya que la supresión del principio democrático en la Constitución tiene como principal consecuencia lógica el sustituir la soberanía del pueblo, titular del poder constituyente, por la soberanía de un sujeto distinto al pueblo que alumbró la Constitución. Para algunos autores, como Nogueira Alcalá (2017, 329), esto no sería posible, al no reconocer otro sujeto distinto al pueblo capaz de detentar el poder constituyente. Entendemos, en cambio, que sí es posible que un dictador militar, por ejemplo, haya acaparado el poder de establecer normas constitucionales libre de todo límite formal y material, ejerciendo en tal caso, poder constituyente.

Una concepción militante de la democracia, que defendemos, es esencial para garantizar el cumplimiento riguroso de los límites, explícitos e implícitos, al poder de reforma constitucional para evitar, entre otros peligros, la destrucción de la propia democracia, el aniquilamiento de la obra del poder constituyente del pueblo a través del ejercicio de un poder de reforma constituido.

No es necesario para establecer mecanismos de defensa de la democracia el que la norma constitucional prevea de manera expresa una concepción militante de la democracia. En el mismo momento en que el texto constitucional establece el principio democrático, sea de manera explícita o implícita, estará justificada, desde una doble perspectiva de legalidad y de legitimidad, la regulación de mecanismos conducentes a su salvaguarda.

La práctica común en los textos constitucionales de la actualidad, es recoger de manera expresa el principio democrático. En el caso español, está explicitado desde el Preámbulo de la Constitución de 1978, que declara la voluntad de la Nación española de «establecer una sociedad democrática avanzada». Así mismo, el art. 1.1 CE constituye España en un Estado social y democrático de Derecho, atribuyendo a continuación el art. 1.2 CE la titularidad de la soberanía al pueblo español, lo que viene a reiterar la importancia del principio democrático en nuestro sistema constitucional, principio que, de manera, implícita, se infiere de muchos otros preceptos del texto constitucional.

Este reconocimiento expreso del principio democrático, sumado a la declaración de los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad, pluralismo político *ex* art. 1.1 CE) y de la dignidad como fundamento del orden y de la paz social (art. 10.1 CE), así como una amplia regulación de los derechos fundamentales, echa por tierra las manifestaciones acerca de un pretendido relativismo axiológico en el texto constitucional español, y justifica el establecimiento de medidas jurídicas conducentes a su salvaguarda.

Como afirma De Otto (1985, 38), «la tesis de la democracia militante solo puede tener fundamento en una teoría de la democracia vinculada a valores, no en una teoría relativista, valorativamente neutral», y está claro que, en

la Constitución española de 1978, los principios y valores tienen un papel político-jurídico fundamental, al servir no solo de fundamento del orden político y de los derechos fundamentales sino como inspiradores de toda la actuación de los poderes públicos.

Ello es justificación suficiente para, desde el poder legislativo, suplir el silencio que pueda darse en los textos constitucionales acerca de las medidas concretas que hayan de aplicarse para garantizar el control jurídico de la reforma constitucional a través de los distintos órganos de justicia constitucional existentes en cada ordenamiento jurídico.

La duda se plantea, en cambio, en aquellos casos en los que no existe ningún tipo de ley, sea constitucional u ordinaria, que habilite a un órgano jurisdiccional o tribunal constitucional la capacidad de controlar la reforma. Ello condenaría a dicho Estado a ser incapaz de controlar el correcto cumplimiento de los límites al poder de reforma. Únicamente en virtud de su papel como garante de la defensa de la Constitución, un tribunal constitucional podría autoasignarse tal competencia, pero en ningún caso quedaría claro cómo, y en cualquier caso, implicaría actuar en ausencia de ley.

#### **4 El caso español: el art. 168 CE**

Como afirmó de Otto (1985, 29), el carácter materialmente abierto de la reforma constitucional según el derecho positivo no nos permite, en modo alguno, desdeñar el problema de los límites en el plano dogmático.

En el ordenamiento jurídico español, el debate acerca de la naturaleza y límites del poder de reforma se traduce jurídicamente en el artículo 168 de la Constitución de 1978. En él, se dispone que «1) Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2) Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3) Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.»

De su tenor literal se desprende su frontal indiferencia a las tesis expuestas en los apartados anteriores. El constituyente de 1978 ha querido deshacerse de la idea de introducir cláusulas de intangibilidad en el texto constitucional, abriendo la puerta a una posible «reforma total», esto es, ausente de límites materiales. Como contrapartida, implantan un procedimiento agravado de tal

rigidez que convierte la reforma de los artículos incluidos en el art. 168 CE en prácticamente irrealizable, una suerte de «cláusula de intangibilidad encubierta» como lo ha definido Tajadura Tejada (2018, 112).

Como indica De Vega, este procedimiento, más que de reforma se trata de un procedimiento orientado a evitarla (1985, 148). Conlleva, además, como indica este autor, la diferenciación entre dos normaciones constitucionales diferentes: en el art. 168 aquellas de mayor rango, y meritorias de una mayor protección que justifique una mayor rigidez, y en el art. 167 todas las demás, cuya reforma se puede producir con un procedimiento razonablemente asequible (1985, 153).

Lo absurdo del tenor literal de este artículo, que dudosamente podría interpretarse de otra manera, es que al deshacerse de la noción de cláusula de intangibilidad e incluir «en bloque» Títulos enteros de la Constitución (como el caso del Título referente a la Corona) lo que viene a hacer es otorgar idéntica relevancia constitucional a preceptos que de su propia lectura comprendemos que no la tienen en manera alguna.

A modo de ejemplo, y siguiendo con el Título II relativo a la Jefatura del Estado, el haber conscientemente desechado el incluir como cláusula de intangibilidad la máxima «La monarquía parlamentaria no podrá ser objeto de reforma», como lo hacen con la forma republicana de gobierno las Constituciones francesa de 1958 (art. 89) e italiana de 1947 (art. 139), y acudir a blindar mediante el procedimiento del art. 168 la reforma del Título II, conlleva que nuestra Constitución establezca una mayor rigidez para, por ejemplo, modificar la sucesión a la Corona (art. 57 CE) o la capacidad del monarca para nombrar a los miembros de su Casa (art. 65.2 CE) que para alterar la idea de dignidad como fundamento del orden político y de la paz social por hallarse esta en el art. 10.1 CE.

Así, la capacidad de las Comunidades Autónomas de establecer sus propias banderas (art. 4 CE) gozaría de una mayor protección frente al poder de reforma que el reconocimiento del derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33 CE). La lista de este tipo de incongruencias no se agota aquí, pero sirvan estos dos ejemplos para evidenciar la contradicción que denunciemos.

La redacción actual del art. 168 CE presenta, a nuestro juicio, dos elementos más merecedores de crítica. Por un lado, el plantear la posibilidad jurídica de «reforma total» por parte de un poder constituido como lo es el de reforma, implica desdibujar la frontera antes trazada entre poder constituyente, un poder absoluto, soberano, fáctico; y los poderes constituidos, juridificados por el poder constituyente y siempre limitados. Obligaría la lectura de este

artículo, como afirma De Vega, a colocarlos forzosamente en un mismo plano, a tratarlos como equivalentes (1985, 159).

Por otro lado, no menos importante, conlleva este polémico precepto el relativizar, en el plano axiológico, todos aquellos principios y valores que informan el texto constitucional, que inspiran su desarrollo, establecen los objetivos políticos de la norma suprema y le sirven de fuente de legitimidad. Dejan de ser algo cuasi sacro, indisponible, dado el convencimiento de su irrenunciable valor, a convertirse en meras declaraciones provisionales, que han de estar a lo que en cualquier momento pueda disponer una mayoría parlamentaria coyuntural.

La teoría del poder constituyente desde el origen de las revoluciones liberales en Francia y América, donde veíamos que el poder constituyente quedaría depositado, silente, en la Constitución, se ve ahora aquí trastocada, convertido el poder de reforma en verdadero poder constituyente, siendo capaz, sorteando requisitos formales, de operar cualquier cambio en el texto constitucional. Y es que, como dijera De Vega, negar la existencia de límites materiales al poder de reforma implica afirmar la identidad entre este poder y el poder constituyente (1985, 220).

Esto es lo que parece haber hecho, en su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional español. De forma reiterada, este órgano ha venido a mantener que «en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante» [...], esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica» (STC 48/2003, FJ 7).

Equipara nuestro Tribunal Constitucional democracia militante y cláusulas de intangibilidad. Para él, si toda la Constitución es reformable, aquellos principios y valores vigentes, que informan el ordenamiento jurídico, pueden ser atacados y sustituidos por cualesquiera otros con tal de cumplir con una serie de requisitos procedimentales.

Esta opinión acerca de la inexistencia de límites materiales implícitos, compartida por parte de la doctrina, en la que destaca la posición del profesor Díaz Revorio (2018, 358), obliga a concebir el art. 168 CE no como un mecanismo de garantía frente a los enemigos de la democracia, sino como la puerta de entrada de los mismos al poder, y a la destrucción de la constitución y de la propia democracia, siempre y cuando consiguieran superar los requisitos formales establecidos, lo cual, afortunadamente, hoy no parece posible.

Cabe en cambio, a nuestro juicio, una visión distinta, incluso sin operar modificaciones en el texto constitucional, únicamente atendiendo a las necesidades lógicas del sistema constitucional y del poder de reforma. Con ello, y una correcta legislación de desarrollo, por ejemplo, incorporando mecanismos de control por parte del TC en su Ley Orgánica, que permitan a este rechazar proyectos de reforma que se opongan al contenido esencial de la norma constitucional, esto es, del principio democrático que garantiza la titularidad del pueblo del poder constituyente, sería más que suficiente.

## 5. CONCLUSIONES

La noción del poder de reforma constitucional solo es conforme a los fundamentos del Estado constitucional si se la concibe como poder constituido frente a la noción de poder constituyente, poder ilimitado y soberano.

De ahí se infiere la necesidad de concebir la reforma como formal y materialmente limitada, lo cual nos lleva a la búsqueda de aquellos límites que toda reforma debe tener. Lejos de ser estos caprichosos o dependientes de cada constitución, entendemos como límites materiales implícitos aquellos que, de ser vulnerados, impedirían calificar al texto constitucional como constitución.

Este contenido esencial, a nuestro juicio, cristaliza en el principio democrático, ya que es la Constitución, en esencia, una norma fundamental que el pueblo, soberano, se da a si mismo. Por lo tanto, separar al pueblo de la titularidad del poder constituyente, acabando con el principio democrático contenido en la constitución impediría calificar a esta como tal, y por ende, una reforma de tal calibre nunca podría darse, ya que en vez de reformar, lo que hace es destruir la constitución.

Esto nos ha llevado a abogar por la existencia de mecanismos de control, operados por los órganos de justicia constitucional de cada Estado, en aras de salvaguardar la indemnidad de aquellos límites materiales, que, sin estar previstos expresamente en la constitución, se desprenden de su propia ontología.

En el caso español, el art. 168 CE y la interpretación que de este hacen TC y parte de la doctrina se ubican muy lejos de los postulados, defendiendo la posibilidad de acabar con la democracia a través del cumplimiento de unos requisitos meramente formales al poder de reforma, la cual no contaría con límites materiales de ninguna clase, aun siendo esto incompatible con la doctrina antes expuesta.

La conclusión última de nuestro trabajo sería que, en aras de una legislación constitucional conforme con los fundamentos lógicos y doctrinales del

Estado constitucional se proceda a la reforma del Título X de la Constitución española de 1978, regulador de la reforma. Esta idea, la posibilidad de la reforma de los mecanismos de reforma plantea, en sí, profundas interrogantes desde un enfoque teórico-constitucional que habrá de ser objeto de análisis en otro trabajo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANCO VALDÉS, R. L. (2010). *El valor de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid.
- DE OTTO, I. (1985). *Defensa de la constitución y partidos políticos*. CEC. Madrid.
- (1987). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel. Barcelona.
- DE VEGA, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos. Madrid.
- DÍAZ REVORIO, F. J. (2018). *Fundamentos actuales para una teoría de la constitución*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. México.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2017). «Poder constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad» en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n.º 36, pp. 327-349.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2012). «De la reforma constitucional y sus límites. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución» en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 30, pp. 89-138.
- SCHMITT, C. (2011). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid.
- STERN, K. (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. CEC, p. 385.
- TAJADURA, J. (2018). *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Marcial Pons. Madrid.

## **Justicia constitucional**

## EL USO DE ARGUMENTOS DE OPORTUNIDAD EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA <sup>1</sup>

MARTA F. LEÓN ALONSO <sup>2</sup>  
*Universidad de Salamanca*

SUMARIO: 1. *¿Hasta dónde se puede criticar a los órganos judiciales?*—2. *La sobre-exposición política del Tribunal Constitucional y sus consecuencias.*—3. *Algunos ejemplos del uso de argumentos de oportunidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*—4. *Los argumentos de oportunidad en los incidentes de abstención y recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional.*—5. *Coda.—Referencias bibliográficas.*

### 1. ¿HASTA DÓNDE SE PUEDE CRITICAR A LOS ÓRGANOS JUDICIALES?

La confrontación de ideas de forma sosegada y racional resulta cada vez más difícil. La política de la crispación, instalada desde hace tiempo entre nosotros, alimenta una dialéctica destructiva que convierte al oponente en el enemigo a derrocar. Cualquier discrepancia ideológica se ve como una amenaza de la que hay que defenderse. La crítica pública es incómoda, con independencia de quien sea el autor y el destinatario de ésta. Con el fin de librarse de esa incomodidad, en algunos casos se ha recurrido a la Ley para controlar las reacciones de la ciudadanía contra los poderes

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto I+D+i PID2019-105841RB-C2 «Discrecionalidad judicial y debido proceso», financiado por el MCIN y el FEDER.

<sup>2</sup> Profesora permanente laboral de Derecho Constitucional.



constituidos. Recordemos al respecto la conocida como «Ley mordaza» (Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana). En otros casos, para esquivar la crítica se invoca el respeto a la división de poderes y se exige a los miembros del Gobierno y de otras instituciones que se abstengan de comentar las sentencias judiciales. Por último, también frente a la crítica que incomoda se interpone, en más de una ocasión, el derecho al honor, la intimidad o la propia imagen del sujeto criticado, ya se trate de una persona privada o pública.

Respecto a las personas públicas, el Tribunal Constitucional explica que éstas «(...) quedan expuestas a inquisiciones y críticas especialmente intensas e incisivas y superiores, en todo caso, a las que suelen resultar tolerables entre los ciudadanos del común, críticas que, en principio, debieran soportar esas personas involucradas en la vida pública» (STC 65/2015, de 13 de abril, FJ 3). Sin embargo, el Tribunal Constitucional matiza esta afirmación cuando se trata de jueces y magistrados, ya que los titulares de órganos judiciales se encuentran, en el ejercicio de su función, en una «singular posición» respecto de otras autoridades públicas y de los actores políticos. Esa especial protección frente a las críticas exacerbadas y sin fundamento, tiene como objetivo no sólo proteger la honorabilidad profesional del juez –que no puede responder a las críticas injustas o falsas–, sino también preservar la confianza en el sistema de justicia, que es uno de los pilares existenciales del Estado de Derecho (STC 65/2015, de 13 de abril, FJ 4).

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos discrepa de esta opinión, al considerar que la crítica a los miembros del poder judicial forma parte de la libertad de expresión, en especial cuando las diferencias de opinión se refieren a cuestiones de interés general, como el funcionamiento del propio sistema judicial. El Tribunal de Estrasburgo defiende que «(...) la libertad de expresión no se aplica únicamente a la información o a los conceptos que son favorablemente recibidos o se consideran inofensivos o indiferentes, sino a aquellos que ofenden, escandalizan o molestan». Añade que «(...) cuando una declaración supone un juicio de valor, la proporcionalidad de una injerencia puede depender de la existencia de un «fundamento fáctico» suficiente para la declaración impugnada: en caso contrario, dicho juicio de valor puede resultar excesivo» (Asunto Benítez Moriana e Íñigo Fernández c. España, de 9 de marzo de 2021). Es decir, una opinión será reprochable cuando no exista una base de hecho que la respalde. Las instituciones y órganos del Estado no pueden ser atacados, pero sí criticados dentro de los límites que marca la propia Constitución.

Impedir que se critique el trabajo de jueces y magistrados, ordinarios o constitucionales, no contribuye a preservar su independencia. La confianza en

el sistema judicial, y por extensión en el Tribunal Constitucional, no se consigue estableciendo límites a la libertad de expresión. Si se quiere preservar la imagen de imparcialidad de quienes administran justicia, es necesario exigirles que su conducta refleje esa misma ecuanimidad.

En las páginas que siguen trataré de exponer, desde una crítica constructiva, como el Tribunal Constitucional español utiliza, cada vez con más frecuencia, argumentos extrajurídicos para ejercer el control de constitucionalidad. Los motivos de oportunidad política y económica sustituyen en algunos casos a los razonamientos estrictamente jurídicos. En este trabajo analizaré algunas resoluciones en las que el uso indebido de razones de oportunidad provoca dudas sobre la imparcialidad del Tribunal Constitucional.

## 2. LA SOBREEXPOSICIÓN POLÍTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUS CONSECUENCIAS

Mediante el control de constitucionalidad y los procedimientos de reforma se garantiza el principio de supremacía de la Constitución. Sin embargo, el escaso uso que en España se ha hecho de la reforma constitucional, ha obligado al Tribunal Constitucional a asumir no sólo la labor de defensa, sino también de actualización del texto de 1978. En este sentido, el Tribunal Constitucional se sitúa, como ha subrayado Alegre Martínez (2017), en una delicada posición, en el límite entre interpretar la voluntad del poder constituyente y sustituirla, en la frontera entre el activismo y la autocontención. Y ese difícil equilibrio ha quedado patente en algunas de sus decisiones más controvertidas sobre problemas que afectan a piezas basales del sistema constitucional. Este sería el caso del modelo territorial del Estado. El carácter abierto e inacabado de la Constitución ha hecho necesaria una ingente labor interpretativa por parte del Tribunal Constitucional, al resolver los conflictos de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, trasladando las dificultades del ordenamiento jurídico al ámbito del sistema de garantías. Advierte Alegre Martínez (2017:139) que esa traslación no sólo ha dejado esos problemas elementales sin una solución satisfactoria, sino que ha contribuido a la erosión del órgano de control, incrementando la consabida judicialización de la vida política. El máximo intérprete de la Constitución se ve aquejado, al igual que ocurre con otras instituciones del Estado, de una pérdida de legitimidad en la que influyen diversos elementos. Junto a la ausencia de reformas constitucionales, se incluyen aspectos intrínsecos del marco constitucional y legal en el que ha de moverse el Tribunal Consti-

tucional, ciertas prácticas consolidadas que empañan su trabajo y, por supuesto, los retrasos en la renovación de los magistrados.

La tardanza en la designación de nuevos magistrados es, sin duda, el hecho que más deteriora la imagen del Tribunal Constitucional ante la ciudadanía<sup>3</sup>. La táctica de bloqueos en la renovación del órgano y la politización de las candidaturas de los magistrados está causando un daño difícil de reparar en una de las instituciones medulares del Estado constitucional de Derecho. Además, esta deriva puede degenerar, como ha advertido Fernández Segado (1993:23), en una metamorfosis de la naturaleza de sus resoluciones, que pasarían de ser declaraciones de conocimiento jurídico a configurarse como expresiones de voluntad política.

Los integrantes del Tribunal Constitucional son conscientes de estos riesgos, como quedó reflejado en el discurso pronunciado por la presidenta del Tribunal Constitucional, María Emilia Casas Baamonde, con ocasión de la IX renovación parcial del Tribunal Constitucional, el 12 de enero de 2011. Recuerda la magistrada que

«el incumplimiento de los plazos para que las Cámaras procedan a la renovación del Tribunal no es bueno para nadie. (...) No hacerlo así supone un incumplimiento grave de la Constitución, que perjudica la calidad de nuestra democracia (...). Si los procedimientos previstos por los Reglamentos de las Cámaras no consiguen que se cumpla la Constitución, habrá que modificarlos. (...) La designación de los magistrados constitucionales por los representantes del pueblo español ofrece la máxima legitimidad de origen al Tribunal; pero esa legitimidad se ve empañada si las designaciones no se llevan a cabo en el momento previsto por la Constitución, y quedan embarradas por todo tipo de cábalas y supuestas negociaciones políticas llevadas a cabo al margen del Parlamento.»<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Señala ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. (2017:142) que «[p]or más que la Constitución exija mayoría de tres quintos tanto en el Congreso como en el Senado, la práctica de las sucesivas renovaciones permite constatar el intercambio de apoyos entre las dos fuerzas políticas mayoritarias para que las propuestas de una y otra salgan adelante. La duración de nueve años del mandato de los magistrados prevista en el art. 159.3 LOTC (superior a la del mandato de las Cámaras que los designan) y las diversas cautelas contenidas en la LOTC para garantizar su independencia (arts. 16 y ss.) no han podido evitar que cada magistrado tenga asignada por los medios de comunicación y por la opinión pública, su inseparable etiqueta de ‘conservador’ o ‘progresista’. A esta situación han contribuido de manera decisiva los retrasos en las renovaciones parciales (1992, 1995, 1998, 2001, 2007...) que han hecho pasar por momentos ciertamente delicados al Tribunal por causas ajenas a él mismo [...] Especialmente llamativo fue el caso de los cuatro magistrados designados por el Senado que deberían haber sido sustituidos en diciembre de 2007 y no lo fueron hasta diciembre de 2010».

<sup>4</sup> El discurso completo se puede consultar en <http://tiny.cc/mjomwz>.

### 3. ALGUNOS EJEMPLOS DEL USO DE ARGUMENTOS DE OPORTUNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(i) Aunque al Tribunal Constitucional no se le puede reprochar lo que no ha hecho, limitado por las previsiones normativas, las interferencias políticas o las prácticas que condicionan su labor (Alegre Martínez, 2017:138), sí cabe someter a crítica la demora en la resolución de recursos o el contenido de sus pronunciamientos.

Es fácil encontrar ejemplos de retrasos injustificados en el ejercicio del control de constitucionalidad. Resulta llamativo que se haya tardado trece años en conocer la sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva. El fallo ha llegado en 2023, tras la accidentada renovación de cuatro de los doce magistrados y la elección de Conde-Pumpido como presidente del Tribunal Constitucional. Con esos cambios, el órgano modifica su tendencia, inclinándose ahora a favor del llamado «bloque progresista».

También llegó con retraso la STC 31/2010 de 28 de junio, que resuelve el recurso contra la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto catalán, que se publicó cuatro años después de que ésta fuera ratificada en el referéndum estatutario de 18 de junio de 2006. Una resolución dictada por un Tribunal Constitucional dividido y con su legitimidad cuestionada ya que dos tercios de los magistrados ya habían cumplido su mandato.

Otro ejemplo de esta tardanza lo tenemos en la resolución del recurso contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, fue respaldada siete años después por la STC 198/2012, de 6 de noviembre.

Estas demoras contrastan con la celeridad del Tribunal Constitucional para resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Vasco, el 27 de septiembre de 2002, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos político, por supuesta vulneración de los derechos de asociación, legalidad penal, libertad ideológica, de expresión e información, y participación en los asuntos públicos, y de los principios de legalidad e interdicción de la retroactividad. La STC 48/2003, de 12 de marzo, vio la luz en apenas seis meses. Tan solo unos días después, el 28 de marzo de 2003, el Tribunal Supremo ordenó la ilegalización de Herri Batasuna y de Euskal Herritarrok y Batasuna, todos ellos partidos de la izquierda abertzale, impidiéndoles de esta forma participar en Elecciones Municipales y a Juntas Generales convocadas para el 28 de mayo de 2003.

(ii) Está fuera de toda discusión que la jurisdicción constitucional permite enjuiciar la validez, no la oportunidad política o económica, de los actos y decisiones de los poderes públicos. El parámetro que se ha de utilizar es, exclusivamente, el normativo-constitucional, en especial si se trata de justificar restricciones de derechos<sup>5</sup>. El propio Tribunal Constitucional se ha manifestado contrario a utilizar juicios de oportunidad. Así, en la STC 97/2018, de 19 de septiembre, recopila varias de sus resoluciones para reforzar la idea de que el recurso de inconstitucionalidad no defiende «ningún interés o derecho propio, sino el interés general y la supremacía de la Constitución» (STC 42/1985, de 15 de marzo, FJ 2). Admite el Tribunal Constitucional que puedan subyacer «determinadas concepciones políticas, pero los únicos motivos que este remedio puede tratar de hacer valer y que este Tribunal puede tomar en consideración son los jurídico-constitucionales». De manera que quedan descartados los juicios de «oportunidad política» (STC 35/2017, de 1 de marzo, FJ 4) o sobre la «calidad» de las leyes (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, 164/1995, de 13 de noviembre, y 341/2005, de 21 de diciembre). En definitiva, el recurso de inconstitucionalidad debería servir exclusivamente a la «función nomofiláctica o de depuración del ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales encomendada a este Tribunal» (SSTC 90/1994, de 17 de marzo, FJ 2; 102/1995, de 26 de junio, FJ 2, y 2/2018, de 11 de enero, FJ 2). Sin embargo, el Tribunal Constitucional se aparta de su propia doctrina en múltiples ocasiones, como se verá a continuación.

(iii) En la STC 119/2014, de 16 de julio, que resuelve el recurso planteado contra la reforma laboral, se hace un juicio de oportunidad de las medidas introducidas por el legislador teniendo para ello en cuenta «el contexto de grave crisis económica». Paloma Requejo (2015) critica este modo de proceder, ya que las circunstancias mencionadas en los fundamentos adquieren un papel tan relevante en la justificación del fallo que lo factual y coyuntural parece tener un peso predominante o al menos condicionar la elección y el alcance del criterio estrictamente jurídico que el Tribunal Constitucional utiliza como parámetro al tomar una decisión. Cuando se trata de hacer un juicio de constitucionalidad de medidas limitativas de derechos fundamentales, lo correcto no es apoyarse en la Ley impugnada o en el contexto económico y social, sino en la Constitución. Las restricciones de derechos sólo resultan admisibles cuando hay que salvaguardar de manera proporcionada otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, y para ello se debe

---

<sup>5</sup> Sobre la doctrina jurisprudencial del TC español en materia de irreversibilidad de los derechos antes del estallido de la crisis económica, *vid.* PONCE SOLÉ (2015).

acreditar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las medidas enjuiciadas.

(iv) Lo mismo ha ocurrido con la STC 139/2016, de 21 de julio de 2016, en la que se utiliza de nuevo la coyuntura económica como referencia para declarar la constitucionalidad de la decisión del Gobierno de dismantelar el Sistema Nacional de Salud y limitar la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria, mediante el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril. La Sentencia considera que la exclusión de los extranjeros sin permiso de residencia en España de la asistencia sanitaria pública gratuita no vulnera el art. 43 CE, ya que el legislador puede modular las condiciones de la prestación de dicha atención médica. El Tribunal Constitucional invoca su propia doctrina al señalar que

«[...] el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes. El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España y, por ello, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales.»

Dentro del margen del que dispone el legislador, considera el Tribunal Constitucional que la nueva regulación no se basa en una elección arbitraria, sino en la protección de bienes o intereses constitucionalmente garantizados, como la preservación del sistema de salud público, todo ello teniendo en cuenta las posibilidades en un momento de intensas complicaciones económicas (STC 139/2016 FJ 10).

(v) En parecida línea argumentativa se encuentran las SSTC 134/2017 y 145/2017, que resuelven, respectivamente, los recursos del Gobierno del Estado contra el Decreto 114/2012 del País Vasco y el Decreto 3/2015 del Gobierno de la Comunidad Valenciana. Ambas normas habían ampliado la cobertura de las prestaciones sanitarias básicas a todos los residentes y empadronados en estas Comunidades Autónomas. De este modo se extiende la cobertura sanitaria más allá de lo establecido en el Decreto-Ley 16/2012 estatal que limita las prestaciones a los asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. En opinión de las Comunidades Autónomas implicadas, su competencia de desarrollo legislativo les legitima para ampliar el mínimo común prestacional fijado en las bases estatales, que se puede mejorar según la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional. Sin embargo, la STC 134/2017, cuyos argumentos se repiten en la STC 145/2017, modifica esa línea interpretativa y otorga a la norma básica un carácter de exhaustividad regulatoria, que no deja margen normativo a las Comunidades Autónomas. Según el Tribunal Constitucional el art. 3 del Decreto-Ley 16/2012 tiene una clara vocación de exhaus-

tividad, lo que se justifica en la necesidad de racionalizar el gasto público (STC 134/2017, FJ 5). Una vez más los motivos económicos aparecen como criterio dominante para resolver un conflicto competencial, legitimando la ampliación de la competencia estatal básica y avalando una progresiva restricción de los mandatos constitucionales de optimización de los derechos de prestación al imponerse como principio prevalente el de estabilidad presupuestaria.

La STC 134/2017 cuenta con el voto particular de los magistrados Valdés Dal-Ré, Xiol Rios, Conde-Pumpido Terrón y la magistrada Balaguer Callejón, los tres pertenecientes al «bloque progresista». Los magistrados concluyen su voto particular con consideraciones de carácter general que incluso ellos mismos admiten que se alejan, en buena medida, del asunto sustanciado por la Sentencia. Los firmantes hacen una sentida defensa del Estado del Bienestar frente a la mayoría conservadora del Tribunal Constitucional:

«[...] el Real Decreto-Ley 16/2012 ha comportado un intenso retroceso en la promoción y desarrollo del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE). [A]quella norma de urgencia ha vuelto a emparentar el derecho a la protección de la salud, que es de seguro el principio rector más estrechamente relacionado con el valor de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) así como con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), con una noción vinculada a una muy concreta e históricamente superada situación jurídica: la de asegurado o, en su caso, beneficiario de la seguridad social. A results de esta involución normativa, ese legislador excepcional que es el Gobierno ha colocado entre paréntesis el fatigoso pero constante proceso de construcción y consolidación en la sociedad española del Estado de Bienestar. Por este lado, la concepción del *Welfare State*, propia del constitucionalismo social más avanzado, ha sido suplantada, en aras al logro de presuntos objetivos tales como la eficiencia y la racionalización económicas, por la del *Workfare State*.»

(vi) También se han encontrado argumentos de oportunidad en la STC 145/2015, de 25 de junio, en la que se reconoce el ejercicio de la objeción de conciencia a los farmacéuticos. Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha causado asombro entre la doctrina y entre los propios magistrados del Tribunal Constitucional. La magistrada Asúa Batarrita, entonces vicepresidenta del órgano, en un certero voto particular reprocha al resto de miembros del Tribunal Constitucional que «[e]n lugar de afrontar la problemática a examen desde la perspectiva estrictamente jurídica propia de la jurisdicción constitucional, parece responder a un posicionamiento previo que no logra ocultar la sombra ideológica que le guía». La magistrada manifiesta su estupor ante una limitada argumentación que se construye sobre «apriorismos, sonoros silencios y omisiones, junto con sorprendentes saltos de la lógica argumentativa».

El asunto trae causa de la sanción impuesta en 2008 a un farmacéutico de Sevilla por no tener a disposición del público preservativos ni la conocida como «píldora del día después». Agotada la vía ordinaria sin ver satisfecha su pretensión, presenta un recurso de amparo al considerar que se había vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE. El farmacéutico alega que sus convicciones éticas son contrarias a la dispensación de estos productos y medicamentos. En concreto, señala que el principio activo Levonorgestrel 0'750 mg., presente en la píldora postcoital, tiene efectos abortivos. Para fundamentar su demanda de amparo, utiliza las SSTC 15/1982, de 23 de abril, y 53/1985, de 11 de abril, donde se establece que el contenido de la objeción de conciencia forma parte de la libertad ideológica (art. 16.1 CE), y que su ejercicio es posible sin necesidad de regulación legal específica. El demandante añade que el derecho a la objeción de conciencia está expresamente reconocido en el art. 8.5 de los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla, así como en los arts. 28 y 33 del Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica. En consecuencia, lo que se solicita es la exención del deber jurídico de disponer y expedir el anticonceptivo de urgencia al que el farmacéutico atribuye efectos abortivos, lo que colisiona con sus convicciones sobre la protección del derecho a la vida.

El Tribunal Constitucional aborda la resolución del recurso ponderando el derecho a la objeción de conciencia y la obligación de disponer del mínimo de existencias del citado medicamento que impone la normativa española para su venta. Para ello se cita la doctrina establecida en la STC 53/1985, que, según el Tribunal Constitucional, es aplicable a este caso, pues al existir una duda razonable sobre los posibles efectos abortivos de la píldora postcoital, el conflicto de conciencia planteado por el recurrente tiene consistencia constitucional. Aunque hay diferencias cualitativas y cuantitativas entre la participación de los médicos en la interrupción voluntaria del embarazo (STC 53/1985) y la dispensación de la píldora del día después, para el Tribunal Constitucional

«[...] la base conflictual que late en ambos supuestos se anuda a una misma finalidad, toda vez que en este caso se plantea asimismo una colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida. Además, la actuación de este último, en su condición de expendedor autorizado de la referida sustancia, resulta particularmente relevante desde la perspectiva enunciada.»

En definitiva, el Pleno considera que «[...] los aspectos determinantes del singular reconocimiento de la objeción de conciencia que fijamos en la STC 53/1985, FJ 14, también concurren, en los términos indicados, cuando la



referida objeción se proyecta sobre el deber de dispensación de la denominada ‘píldora del día después’ por parte de los farmacéuticos, en base a las consideraciones expuestas» (STC 145/2015, FJ 4).

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional trata de ponderar –en mi opinión sin mucho éxito– cómo afecta el derecho a la objeción de conciencia al derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, que incluye el acceso a los medicamentos anticonceptivos y contraceptivos autorizados en España. El TC señala que no se sancionó al farmacéutico por negarse a dispensar el medicamento, sino por incumplir el deber de contar con un mínimo de existencias. A esto se añade que este incumplimiento no puso en peligro el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento, ya que «[...] la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato éste del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas» (STC 145/2015, FJ 5).

La magistrada Asúa Batarrita, en su voto particular, defiende que no hay un derecho general a la objeción de conciencia que se pueda aplicar directamente desde la Constitución sin que intervenga el legislador. Aunque haya relación con la libertad ideológica, esto no es razón suficiente para que se pueda liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Tal entendimiento, dice textualmente, implicaría «[...] santificar cualquier tipo de objeción de conciencia, como si la conciencia de cada uno pudiera imperar legítimamente frente a la colectividad y frente al Estado Constitucional de Derecho, del que la Ley es precisamente su expresión más acendrada». La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara al respecto, al establecer que «[...] la objeción de conciencia exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador con las debidas garantías». En segundo lugar, rechaza equiparar la intervención del personal médico en la interrupción voluntaria del embarazo con la dispensación de un farmacéutico de los anticonceptivos de urgencia. Para la magistrada no está probado científicamente, sino que es una apreciación libre y subjetiva afirmar, como hace el Pleno, que hay una «duda razonable» sobre los efectos abortivos del medicamento. En tercer lugar, tacha de irrelevante el argumento de que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos y contraceptivos autorizados no se ha visto en peligro, porque, según la mayoría del Tribunal, hay otras farmacias cercanas que podrían dispensarlos. Estima la magistrada que el hecho de no contar con existencias del medicamento ya supone una negativa «incondicional y absoluta» a dispensarlo, con lo cual se impide la conciliación con los intereses protegidos

de terceras personas. Además, el argumento de la disponibilidad del medicamento en otras farmacias no puede utilizarse para suspender «territorialmente» derechos constitucionales como la integridad personal o el derecho a la salud. Esta singular ponderación del Pleno «[...] minimiza la debida consideración acerca de los derechos a la vida y a la integridad física y moral y a la salud de las personas que puedan requerir la utilización del medicamento en cuestión [...]». Por último, Asúa Batarrita rebate la tesis según la cual la inscripción del farmacéutico como objeto en el Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia en sus Estatutos y en el Código de Ética Farmacéutica, permita ejercer legalmente ese derecho. Recuerda la magistrada que los Estatutos colegiales no pueden crear *ex novo* derechos fundamentales ni regular su ejercicio al margen de la ley. Es más, ni siquiera la Constitución reconoce ese derecho ni existe una Ley estatal o autonómica en Andalucía que regule su ejercicio. Insiste en que en este caso se está incumpliendo una normativa que obliga a las farmacias a tener en sus existencias productos y medicamentos anticonceptivos. Incumplir este deber no se puede justificar alegando razones de conciencia. El voto termina afirmando que en este caso

«[...] se lleva a cabo de forma encubierta, un drástico *overruling* de la doctrina constitucional pergeñada durante décadas en plena sintonía con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Este drástico cambio doctrinal puede tener consecuencias aciagas para nuestro Estado Constitucional de Derecho y, en definitiva, para el equilibrio de nuestra convivencia. Hoy es la dispensación de la píldora anticonceptiva, mañana podrán ser la vacunación obligatoria, o la obligación tributaria, o un largo etcétera, los supuestos afectados por la negativa a cumplir el correspondiente deber jurídico apelando al derecho a la objeción de conciencia, conformado a voluntad de quien esgrime la objeción, sin necesidad de una previsión legal al respecto.»

Nos encontramos, ante un «cambio subrepticio» (Fernández Segado, 2006) de la jurisprudencia constitucional, ignorando el mandato del art. 13 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) que prevé que «Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno».

Recientemente, en su Sentencia 44/2023, de 9 de mayo, el Tribunal Constitucional vuelve a dar un giro a su doctrina en esta materia, sin explicación ni justificación alguna, recuperando la jurisprudencia anterior conforme a la cual

«[...]la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resul-

tar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones no está reconocido, ni cabe imaginar que lo estuviera, en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significa la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto» (FJ 9).

Estas idas y venidas en torno al debate sobre la naturaleza de la objeción de conciencia alimentan las dudas sobre los motivos reales, más allá de los estrictamente jurídicos, que llevan al máximo intérprete de la Constitución a cambiar de criterio sobre tan polémico derecho.

(vii) En este rápido repaso a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la utilización de argumentos de oportunidad, merece ser mencionada la STC 183/2021, de 27 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 y sus posteriores prórrogas. El Tribunal Constitucional construye un canon para concretar qué plazo es el «estrictamente indispensable» para superar la crisis a la que responde la declaración del estado de alarma. El Tribunal Constitucional sostiene que el Congreso tenía que haber valorado la necesidad de la prórroga, establecer su duración, que no debe ser más de lo indispensable, decidir la procedencia de las medidas y su correspondencia con el tiempo del estado declarado, y, finalmente, valorar si se ha respetado una cierta «prudencia» a la hora de determinar la extensión de la prórroga. Según el Tribunal Constitucional «[...] no se cumplió, ni el segundo de los criterios anteriormente enunciados (valoración por el Congreso de los Diputados del período de duración de la prórroga), ni tampoco el cuarto (necesaria prudencia para establecer un plazo de duración de la prórroga que permita al Congreso de los Diputados hacer efectivo el control periódico de la revisión de la actuación del Ejecutivo)» (FJ 8).

Como pone de manifiesto en su voto particular la magistrada Balaguer Callejón, cuya valoración comparto,

«[I]a mera referencia que se hace al principio de ‘prudencia’ pone de manifiesto lo ajeno que resulta ese canon a la jurisprudencia constitucional y al propio texto de la Constitución de 1978. No puede entenderse que un principio aristotélico-tomista esté conectado con ningún precepto ni principio constitucional y, si lo estuviera, y así lo entiende el tribunal, debiera haberse explicado en la sentencia cuál es ese vínculo. Si aceptamos que goza de la virtud de la prudencia quien dispone bien lo que se ha de hacer, para lograr un buen fin, no puede obviarse que, en el ámbito de la decisión política, dentro del marco constitucional, es muy difícil distinguir la idea de prudencia de la idea de oportunidad política. Parece que la sentencia desarrolla una nomenclatura para juzgar la oportunidad política colocándole otro epíteto, para no entrar en contradicción abierta con una jurispru-

dencia consolidada y constante que sostiene que quedan extramuros del juicio de constitucionalidad estos juicios de ‘oportunidad política’ (por todas, STC 97/2018, de 19 de septiembre, FJ 2) [...]»

Concluye la magistrada recordando que, si la Constitución ofrece al Congreso un margen para decidir, la jurisdicción constitucional debería haber hecho un ejercicio de autocontención. Por el contrario, el juicio realizado se aproxima a una inadecuada valoración de oportunidad política.

#### 4. LOS ARGUMENTOS DE OPORTUNIDAD EN LOS INCIDENTES DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(i) Nadie puede ser descalificado como juez debido a sus ideas. En estos términos se expresa el Tribunal Constitucional en su Auto 358/1983, de 20 de julio. Los sesgos ideológicos no deberían considerarse por sí solos una causa para apartar a magistrado de un proceso. Sin embargo, lo cierto es que son necesarios mecanismos que garanticen la apariencia de imparcialidad en aquellos casos en los que un juez tiene que decidir sobre un asunto en el que la variable ideológica es determinante<sup>6</sup>.

Frente a esos riesgos, el propio Tribunal Constitucional, en jurisprudencia consolidada, ha defendido que la imparcialidad y objetividad de cualquier órgano judicial es un requisito básico del debido proceso (art. 117 CE) y una garantía fundamental de la Administración de Justicia propia de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). La imparcialidad judicial se dirige a asegurar que la pretensión sea decidida exclusivamente por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al ordenamiento jurídico. Aclara el Tribunal Constitucional que la libertad de criterio en que se fundamenta la independencia judicial, no se debe orientar *a priori* por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios, o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. La obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse, en palabras del Tribunal Constitucional, en dos reglas: primera, que el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición

---

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión véase por todos NIEVA FENOLL (2012) y también el trabajo de SÁNCHEZ CALVO, M.<sup>a</sup> del C. (1988).

anímica a su favor o en contra (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 2; STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

Con arreglo a tal criterio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional distingue entre una *imparcialidad subjetiva*, que garantiza que el juez no haya mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del juez con aquéllas, y una *imparcialidad objetiva*, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él (así, SSTC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3, o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4).

(ii) Dado el carácter jurisdiccional de las actuaciones del Tribunal Constitucional, la imparcialidad de los magistrados se deduce del art. 159.5 CE, que proclama su independencia, así como del art. 22 LOTC, que la recoge expresamente. La CE y LOTC prevén una serie de mecanismos para garantizar la independencia orgánica y funcional del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la LOTC no regula las causas de abstención y recusación, sino que se remite a las previstas en el art. 219 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) para los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, la naturaleza y funciones particulares que desempeña el Tribunal Constitucional dificultan la aplicación de esos instrumentos. El Tribunal Constitucional es un órgano único, cuyos miembros no pueden ser sustituidos en caso de abstención o recusación, a diferencia de lo que ocurre con los integrantes de otros órganos jurisdiccionales. Por otro lado, el ejercicio del control de constitucionalidad no implica la resolución de un conflicto de intereses entre partes, sino que tiene por objeto garantizar la supremacía normativa de la Constitución frente a las actuaciones de los poderes constituidos. No hay intereses subjetivos en juego, sino un único interés objetivo: la defensa de la Constitución<sup>7</sup>.

(iii) Ante la imposibilidad de sustituir a los miembros del Tribunal Constitucional, y en la medida en que las causas de recusación pueden apartar de un caso al juez predeterminado por la ley, el Tribunal Constitucional ha hecho una interpretación restrictiva y rigurosa de las mismas. Sin embargo, en el año 2007 dio un giro brusco a esta línea interpretativa al admitir la recusación contra el magistrado Pérez-Tremps, promovida por el Grupo Parlamentario Popular en el caso del recurso contra la reforma del Estatuto de Cataluña (Auto 26/2007, de 5 de febrero de 2007). El magistrado fue retirado de la causa por haber elaborado un dictamen retribuido por encargo del Instituto de

<sup>7</sup> Resulta de gran interés sobre este asunto el completo trabajo de DELGADO DEL RINCÓN, L. E. (2008).

Estudios Autonómicos de la Generalitat de Cataluña sobre las relaciones de la Generalitat con la Unión Europea y su acción exterior. En opinión de la mayoría del Tribunal Constitucional

«[e]l estudio realizado supone una toma de postura acerca de los límites constitucionales sobre la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma de Cataluña, lo que constituye un elemento objetivo que razonablemente permite la suspicacia de la parte recusante acerca de la imparcialidad con la que el Magistrado recusado está en condiciones de abordar el enjuiciamiento de la norma impugnada. Ahora bien, dado que la causa de recusación no exige, para subsumir en ella los hechos, que la participación profesional en el asunto objeto del proceso u otro semejante haya determinado una toma de postura sobre él, bastará con constatar, como así se desprende del material probatorio acopiado en este incidente, que pueda existir una duda razonable sobre la imparcialidad.»

Sobre la base de estos argumentos, el Tribunal Constitucional admite como justificada la recusación sustentada en la causa decimotercera del art. 219 LOPJ, aclarando que «[...] no se trata de juzgar si el magistrado recusado es efectivamente parcial o si él mismo se tiene por tal. Lo determinante es, exclusivamente, si una parte del proceso tiene motivo, sopesando racionalmente todas las circunstancias, para dudar de la falta de prevención y de la posición objetiva del magistrado» (Auto 26/2007, de 5 de febrero de 2007, FJ 8).

En fechas más recientes, el Tribunal Constitucional aceptó el escrito de abstención presentado por el magistrado Conde-Pumpido Tourón, por el que comunica su decisión de abstenerse en las causas pendientes del *Procés* «[...] a fin de garantizar preventivamente el derecho a un proceso con todas las garantías de quienes son parte o se ven afectados por el contenido de las resoluciones cuestionadas en los distintos procesos de amparo que han sido reseñados» y «[...]con el propósito de reforzar la apariencia y confianza en la imparcialidad del Tribunal Constitucional en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas en defensa de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, es decir, en defensa de la Constitución y los valores que proclama» (Auto 48/2021, de 21 de abril).

También se admitió la abstención presentada por el magistrado Narváez (Auto 17/2021, de 16 de marzo). Contra Narváez se habían dirigido previamente varios escritos de recusación fundamentados en unas palabras pronunciadas por el magistrado en el transcurso de una conferencia en 2017 en la que se refirió al *Procés* como golpe de Estado encubierto, más grave por sus consecuencias que el perpetrado en 1981 por el teniente coronel Tejero al Congreso de los Diputados (*Sic*).

(iii) La tendencia del Tribunal Constitucional en esta materia se interrumpe en 2021 al rechazar las peticiones de recusación del presidente del Tribunal Constitucional, González-Trevijano, y de los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera, presentadas por ex miembros del Parlamento de Cataluña y diputados del Parlamento Europeo en diversos procesos de amparo (Auto 107/2021, de 15 de diciembre). Para fundamentar su decisión, el Tribunal Constitucional alega, en primer lugar, que la singularidad de las competencias atribuidas a este órgano determina la diversidad de planteamientos jurídicos sobre la interpretación de los preceptos constitucionales:

«[...] la heterogeneidad de posiciones guarda una estrecha correspondencia con el pluralismo político que, como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), permite diversas formas de organización de la comunidad. Una diversidad que se plasma en disposiciones normativas de distinto rango, susceptibles de distintas interpretaciones jurídicas en las que inevitablemente influyen elementos conceptualmente ideológicos, todos ellos dentro del amplio espacio diseñado por el texto constitucional.»

El permitir esa pluralidad justifica que no esté prohibido en el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional su pertenencia a partidos políticos o sindicatos. La pluralidad de la magistratura constitucional, defiende el Tribunal Constitucional, es una seña de su propia identidad, por lo que no puede suponer, sin más, la incompatibilidad para el ejercicio de sus funciones mediante una genérica causa de recusación que ponga en tela de juicio su imparcialidad. Por ello,

«[I]as diversas circunstancias que definen la personalidad de cada uno de los magistrados y conforman su trayectoria personal no pueden considerarse sin más condicionamientos negativos que afecten a su imparcialidad, pues la imparcialidad que exige el art. 22 LOTC no equivale a un mandato de neutralidad general o a una exigencia de aislamiento social y político casi imposible de cumplir en cualesquiera profesionales, también en los juristas de reconocida competencia.»

Sobre la base de pronunciamientos anteriores, el Tribunal Constitucional defiende que «una afinidad ideológica no es en ningún caso factor que mengüe la imparcialidad para juzgar los asuntos que según su Ley orgánica este tribunal debe decidir» (ATC 226/1988, de 16 de febrero, FJ 3). Es más, «la afinidad ideológica no constituye por sí sola causa de recusación» (ATC 195/1983, de 4 de mayo, y STC 162/1999, de 27 de septiembre). Concluye el Tribunal Constitucional que

«[...] el perfil ideológico y jurídicamente heterogéneo es lo que contribuye a conformar el tribunal, y determina la designación de sus miembros. Va en la

propia naturaleza de las cosas que un magistrado del Tribunal Constitucional haya sido designado precisamente por sus ideas y opiniones expresadas a través de los instrumentos habituales de difusión jurídica, que conforman su trayectoria profesional y que, por lo tanto, delimitan los principios de mérito y capacidad que le habilitan para el ejercicio de sus funciones.»

En definitiva, se rechaza cualquier duda de imparcialidad de los magistrados sea por la exteriorización jurisdiccional de un criterio jurídico al resolver un proceso o al discrepar de lo resuelto a través de la formulación de un voto particular, sea por las manifestaciones vertidas en publicaciones académicas o en artículos de opinión antes de haber adquirido la condición de magistrado.

Este viraje en la doctrina del Tribunal Constitucional se sustenta sobre un argumento de oportunidad. Recordemos que se había aceptado, previamente, la abstención de Narváez y Conde-Pumpido, reduciendo a diez los magistrados del Pleno. Aunque el art. 227 LOPJ impide, como es lógico, a los recusados formar parte del órgano que haya de decidir sobre su situación, el Tribunal Constitucional no aplicó esta norma, argumentando que la salvaguarda del ejercicio de la jurisdicción constitucional justifica que para dictar esta resolución no se excluyese a los magistrados recusados. De haberlos excluido, no se habría cumplido el quórum exigido por la Ley para decidir sobre esta cuestión (art. 14 LOTC). Las recusaciones de Arnaldo y Espejel se rechazaron de plano por constituir, en opinión del Tribunal Constitucional, un uso abusivo del ejercicio de esa facultad por parte de los recurrentes, con el único objetivo de obstaculizar su funcionamiento (Auto 107/2021, de 15 de diciembre, FJ 3). Se justifica el Tribunal Constitucional diciendo que la naturaleza del órgano exige una interpretación flexible de las reglas de recusación y abstención. Defiende el Tribunal Constitucional que, para asegurar su propia funcionalidad, la aplicación de estos instrumentos no puede conducir a resultados absurdos o gravemente perturbadores para las tareas que tiene constitucionalmente asignadas.

(iv) En idéntico sentido, el Tribunal Constitucional no estima justificada la solicitud de abstención de la magistrada Concepción Espejel de apartarse de la deliberación en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo (Auto 28/2023, de 7 de febrero). La magistrada alega en su escrito estar incurso en la causa prevista en el art. 219.16 de la LOPJ, consistente en «[h]aber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad».



La magistrada manifiesta que, en su condición de vocal del Consejo General del Poder Judicial e integrante del Pleno y de la Comisión de Estudios e Informes, participó en el ejercicio de la función consultiva del informe previo a la tramitación parlamentaria del anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que ahora es objeto de recurso. Aclara Espejel que tanto en la reunión de la Comisión de Estudios e Informes, de 15 de julio de 2009, como en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial celebrado el 23 de julio de 2009, votó en contra de la propuesta de informe emitido con relación al citado anteproyecto de Ley orgánica, así como a favor de la enmienda a la totalidad que se presentó al aludido informe aprobado por la Comisión.

El rechazo de la solicitud de abstención por el Tribunal Constitucional se basa en cuatro consideraciones. En primer lugar, la abstención se presenta en un proceso de control abstracto de constitucionalidad de la ley, que no es un proceso entre partes en el que se discutan intereses particulares. En segundo lugar, el Tribunal estima que el objeto del recurso de inconstitucionalidad, sobre el que debe deliberar el Pleno, no coincide con el proyecto de Ley sobre el que se solicitó el informe del Consejo General del Poder Judicial. En tercer lugar, la solicitud de abstención está vinculada a la expresión de una opinión jurídica manifestada hace más de doce años en el ejercicio de su profesión. El Tribunal considera que este hecho no inhabilita a los jueces para ejercer su función de magistrados constitucionales. Por último, a pesar de haber sido sometidos a votación, los trabajos preparatorios del informe no vinculante solicitado por el Gobierno al Consejo General del Poder Judicial no dieron lugar a la aprobación de informe alguno, por lo que su contenido no fue trasladado al Gobierno.

Al margen de esos argumentos, lo cierto es que subyace otra razón de peso para rechazar la abstención de Espejel. Había otros tres magistrados que se encontraban en una situación similar: la propia ponente de la sentencia, la vicepresidenta del Tribunal Constitucional, la magistrada Inmaculada Montalbán, el magistrado Juan Carlos Campo, secretario de Estado de Justicia en el momento de redactarse la reforma de la Ley del aborto, y el presidente del Tribunal Constitucional, el magistrado Cándido Conde-Pumpido, entonces fiscal general del Estado que participó en el Consejo Fiscal en el que se votó el informe del anteproyecto de la Ley ahora objeto de control. De haberse admitido la abstención de Espejel, la situación del Tribunal Constitucional se habría visto comprometida ya que esos tres magistrados también tendrían que haberse apartado del caso.

Las dificultades y distorsiones que genera la aplicación supletoria de la LOPJ, tanto en las causas como en el procedimiento de recusación y abstención, avalan la necesidad de conformar un Derecho procesal *ad hoc* para el Tribunal Constitucional (Sánchez Calvo, 2009).

## 5. CODA

A raíz de la última renovación del Tribunal Constitucional, Tajadura Tejada (2023) reflexiona sobre cuál será el futuro de este órgano y se pregunta si podrá recuperar la *auctoritas* imprescindible para el ejercicio de su función estabilizadora: «La respuesta dependerá de si es capaz o no de lograr con su actuación una legitimidad de ejercicio que compense los defectos de su legitimidad de origen».

Lamentablemente, la «colonización partidista» del Tribunal Constitucional ha provocado una división interna difícil de superar. La discrepancia entre los magistrados no significa disfunción o mal funcionamiento, sino que forma parte de la propia dinámica del órgano de control de la constitucionalidad (Medina Rubio, 2000:307). Ahora bien, cuando esas diferencias no son fruto del sano debate jurídico, sino un síntoma de la politización del órgano y del juego de las mayorías parlamentarias, no sólo se desprestigia el Tribunal Constitucional sino que se debilita la última línea defensa de los derechos de la ciudadanía frente a los abusos del poder constituido.

Baste recordar el episodio protagonizado por el magistrado Cándido Conde-Pumpido cuyo voto particular a la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021, que resolvía el recurso contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma, se filtró a la prensa. En ese documento el magistrado señalaba que la mayoría del órgano «[e]n ejercicio más propio de un jurista de salón que del máximo intérprete de la Constitución, viene a considerar que tanto el Gobierno como el Parlamento que prorrogó las medidas inicialmente adoptadas con más del 90% de apoyo de la Cámara y sin ningún voto en contra, erraron en la elección del estado declarado». También se refiere a sus colegas como «legos en Derecho»; les acusa de «no entender el sistema de derechos fundamentales establecido en nuestra norma fundamental» o de utilizar «un atajo argumental para lograr una declaración de inconstitucionalidad». Estas desafortunadas expresiones van más allá de lo que se puede considerar una mera diferencia de pareceres. De hecho, el magistrado tuvo que disculparse ante sus compañeros a través de una nota difundida por el propio Tribunal Constitucional en la que Conde-Pumpido alega que el

texto filtrado no era más que un borrador y que las expresiones ahí contenidas eran «fruto de la discrepancia propia del arduo debate jurisdiccional sobre asuntos especialmente complejos y relevantes».

La perversión del control de constitucionalidad alimenta la desafección de la ciudadanía por los poderes públicos, debilita el sistema democrático y propicia una deriva hacia regímenes populistas con líderes mesiánicos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. (2017): «Vigilando al vigilante: el Tribunal Constitucional y sus circunstancias». *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 4, pp. 135-164. Disponible en <https://doi.org/10.18002/rjule.v0i4.5289>
- DELGADO DEL RINCÓN, L. E. (2008): «La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional. (Comentario al ATC 26/2007, de 5 de febrero)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 82, pp. 347-394.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1993): «Reflexiones en torno a la composición del Tribunal Constitucional en España». *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 26, pp. 15-28.
- (2006): «Los *overruling* de la jurisprudencia constitucional». *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 3, 2006, pp. 27-92.
- LEÓN ALONSO, M. (2015): «La objeción de conciencia de los farmacéuticos ante la obligación de dispensar medicamentos y productos farmacéuticos. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 145/2015, de 25 de junio». *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 3, pp. 309-313. Disponible en [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/129107/AIS\\_Ars\\_Iuris\\_Salmanticensis?cv=1&sequence=1](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/129107/AIS_Ars_Iuris_Salmanticensis?cv=1&sequence=1)
- MEDINA RUBIO, R. (2000): «La discrepancia en el seno del Tribunal Constitucional». *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 9, pp. 305-316.
- NIEVA FENOLL, J. (2012): «El sesgo ideológico como causa de recusación». *Ius et Praxis*, núm. 2, pp. 295-308. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000200010>
- PONCE SOLÉ, J. (2015): «El Estado social y Democrático de Derecho ante la austeridad y los recortes sociales: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués y su interés para el caso español». *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 23. Disponible en [https://www.ugr.es/~redce/REDCE23/articulos/10\\_PONCE.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE23/articulos/10_PONCE.htm)
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (2015). «El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, pp. 417-437.
- SÁNCHEZ CALVO, M.<sup>a</sup> C. (1988): «El interés ideológico como motivo posible de recusación». En *Crisis de la Justicia y reformas procesales*, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 57-80.

- SÁNCHEZ CALVO, M.<sup>a</sup> C. (2009): *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*. Atelier.
- TAJADURA TEJADA, J. (2023): «El futuro del Tribunal Constitucional». *Iustel. Estudios y Comentarios*. Disponible en [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1229624](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1229624)

# EL RECURSO DE AMPARO CONTRA DECISIONES JUDICIALES: UNA PROPUESTA DE MEJORA

ANA LÓPEZ NAVÍO<sup>1</sup>  
UNIVERSIDAD DE JAÉN

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Algunos apuntes en torno a la problemática del recurso de amparo contra decisiones judiciales.* 2.1. Determinación de la tipología de recursos de amparo. 2.2. Requisitos para la interposición del recurso de amparo contra decisiones judiciales. 2.3. La tramitación del recurso de amparo contra decisiones judiciales. 2.4. Respuestas del Tribunal Constitucional a la posible objetivación del recurso de amparo: un medio para evitar la sobrecarga de trabajo.—3. *Algunas consideraciones finales sobre esta modalidad del recurso de amparo.* 3.1. Las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional (el peligro de que el recurso de amparo se convierta en una «tercera instancia»). 3.2. Derechos tutelables en el recurso de amparo contra decisiones judiciales. 3.3. El excesivo e inadecuado uso del art. 24 CE en los recursos de amparo contra decisiones judiciales. 3.4. El uso del incidente excepcional de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo contra decisiones judiciales.

## 1. INTRODUCCIÓN

El recurso de amparo contra decisiones judiciales es el más comúnmente utilizado por los ciudadanos debido a que, en esta tipología de recurso de amparo, la vulneración de los derechos y libertades fundamentales se ha llevado

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho. Profesora sustituta interina en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Jaén desde septiembre de 2018.

a cabo por la acción u omisión de un órgano judicial. Este tipo de recurso fue, a su vez, el causante de la sobrecarga de trabajo del Tribunal Constitucional que dio lugar a una situación de colapso insostenible. Esta situación hizo necesaria una reforma de la institución, en concreto, la llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modificó la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Sin embargo, esta reforma sólo introdujo, a nuestro modo de ver, un tratamiento paliativo de la problemática, quedando aún muchos problemas por resolver y numerosos aspectos a mejorar en el Tribunal. En concreto, el recurso de amparo contra decisiones judiciales sigue suponiendo un problema de gran relevancia por su uso excesivo e incorrecto, generalmente como última instancia posterior a la vía judicial. Por todo lo anterior, consideramos necesario realizar un análisis de estado de la cuestión en la actualidad, quince años después de la citada reforma, que exponga de forma clara la problemática aún existente, así como las posibles soluciones a la misma.

Respecto a la estructura y metodología propuestas, comenzaremos con una exposición del estado de la cuestión de esta problemática. A continuación, realizaremos un análisis del régimen jurídico de la materia y finalmente, plantearemos una propuesta de mejora para la problemática planteada.

En cuanto a la línea metodológica, seguiremos una metodología de tipo analítico para el estudio del régimen jurídico de la materia en lo relativo al estado de la cuestión de la situación planteada.

Nuestra hipótesis de trabajo versa en torno a la efectividad del recurso de amparo tras la reforma de la LO 6/2007. Nos cuestionamos, a este respecto, en qué medida se produjo una disminución de las garantías de los derechos fundamentales en pro de un –cuestionable– mejor funcionamiento del Tribunal constitucional o, en otras palabras, si se produjo un aumento de la «cantidad» en detrimento de la «calidad». Nos planteamos, asimismo, la funcionalidad del recurso de amparo contra decisiones judiciales pues, teniendo en cuenta el reducido número de recursos que son admitidos por el Tribunal, consideramos cuestionable su función de «último garante de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en la Constitución». Partiremos de la idea de que, desde la introducción del requisito de la especial trascendencia constitucional para la admisión del recurso de amparo, creemos que se ha perdido la esencia del recurso en sí mismo, pues ya no importará en modo alguna la lesión del derecho fundamental para su admisión, sino que admisión dependerá de la consideración por parte del Tribunal de si el caso en cuestión presenta dicho requisito.

El objetivo que se persigue con este trabajo es el planteamiento de una propuesta de mejora y posibles soluciones a la problemática existente.

## 2. ALGUNOS APUNTES EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DEL RECURSO DE AMPARO CONTRA DECISIONES JUDICIALES

### 2.1 La tipología de recursos de amparo recogida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC en adelante) recoge una variedad de recursos de amparo, con requisitos y efectos específicos. Atendiendo al sujeto productor del acto lesionador (el poder legislativo, el poder ejecutivo o el poder judicial), los artículos 42, 43 y 44 de la LOTC distinguen tres tipos básicos de recurso de amparo <sup>2</sup>:

a) El recurso de amparo contra «las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional». Recogido en el artículo 42 de la LOTC.

b) El recurso de amparo contra «Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes». Recogido en el artículo 43 de la LOTC.

c) El recurso de amparo contra actos u omisiones de órganos judiciales, recogido en el artículo 44 de la LOTC. Con la reforma operada por la LO 6/2007 este artículo fue modificado. En concreto, se sustituyó la necesidad de agotar

---

<sup>2</sup> Además de los mencionados recursos de amparo correspondientes a los artículos 42, 43 y 44 de los LOTC, dispuestos en función del poder público del que proviene la lesión del derecho fundamental, podemos distinguir otros tipos de recursos de amparo en nuestro ordenamiento jurídico.

El recurso de amparo frente a la inadmisión a trámite por la Mesa del Congreso de una iniciativa legislativa popular: Previsto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular. Este artículo dispone que la Comisión Promotora de la iniciativa legislativa popular podrá interponer un recurso de amparo contra la decisión de la Mesa del Congreso de no admitir a trámite la iniciativa. Debido a la procedencia del acto, la Mesa del Congreso de los Diputados, este recurso de amparo entraría dentro de los recursos previstos en el artículo 42 LOTC.

El recurso de amparo electoral: Previsto en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General. Esta Ley dos modalidades de recurso de amparo contra actos y decisiones de la Administración electoral:

El recurso de amparo contra las Resoluciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia que denieguen la solicitud de declaración de objeción de conciencia. Previsto en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por el que se regula el Régimen de Recursos en caso de Objeción de Conciencia, su Régimen Penal y se deroga el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Este recurso se inserta dentro del recurso de amparo frente a actos del poder ejecutivo o de la Administración previsto en el artículo 43 de la LOTC. Sin embargo, hoy es inoperante tras la suspensión del servicio militar obligatorio y, en paralelo, el sistema de prestación social sustitutoria.

«todos los recursos utilizables» por «los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto».

Podemos apreciar, asimismo, casos en los que los recursos de amparo planteados ante el TC se dirigen tanto contra actos administrativos o gubernativos (art. 43 LOTC) como contra actos jurisdiccionales adoptados en la vía judicial consecutiva a aquellos (art. 44 LOTC), ya sea porque la resolución jurisdiccional no haya reparado la lesión del derecho fundamental que se atribuía a la vía gubernativa o administrativa o porque se haya producido una nueva lesión de un derecho fundamental en la resolución jurisdiccional que se haya emitido. Nos referimos en estos casos a los denominados «recursos de amparo mixtos» (Requejo Pagés 2002).

Cuando esto sucede, el TC considera cuando dicta su sentencia de amparo que el acto administrativo sigue siendo el verdadero objeto del proceso. Esto se debe, en palabras de Sánchez Garrido, *«al carácter autónomo y preferente que en éste posee la pretensión deducida por el cauce del art. 43 LOTC, por lo que entiende procedente el examen y resolución previo de las lesiones imputadas a las resolución o resoluciones administrativas, dejándose para un ulterior análisis las vulneraciones que se atribuyen a las resoluciones jurisdiccionales»* (Sánchez Garrido, 2012).

## 2.2 Requisitos para la interposición del recurso de amparo contra decisiones judiciales

La LOTC recoge unos requisitos de especial rigidez para el supuesto de que el recurso se dirija contra actos u omisiones judiciales. En efecto, su artículo 44 establece que sólo podrá promoverse esta modalidad del amparo cuando concurran los siguientes requisitos:

- a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.
- b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.
- c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.



Establece además un plazo para interponer el recurso de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial<sup>3</sup>.

Debemos destacar respecto al segundo requisito que, el hecho de limitar la protección del amparo constitucional a las lesiones de derechos fundamentales producidas únicamente por los poderes públicos, fue modificada en la práctica por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Éste ha admitido recursos de amparo frente a violaciones de derechos fundamentales provocadas por particulares. Para ello, ha recurrido a la ficción de entender que el acto lesivo del derecho procede realmente del poder judicial, encargado de su protección y no del particular que causó la lesión del derecho. Se considera así que cuando el poder judicial no repara una lesión de derechos provocada por un particular, es el propio poder judicial el que vulnera el derecho, al no repararlo. De este modo, los actos provocados por particulares también resultarán susceptibles de amparo, pero sólo en el caso de que se atribuya al poder judicial la lesión del derecho por conocer del asunto y no proceder a la oportuna reparación.

De este modo, podemos apreciar dos subtipos de recursos de amparo dentro del artículo 44 de la LOTC, por una parte, aquellos que provienen de una lesión provocada por particulares, que el poder judicial no ha reparado (únicamente cabe recurrir el acto procedente del poder judicial) y, por otra, los que provienen de una lesión provocada por el poder judicial directamente.

Respecto a la legitimación, la Constitución dispone en su art. 162.1 b) que está legitimada para interponer el recurso de amparo «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal».

A su vez, la Constitución se complementa con el art. 46.1 LOTC, el cual establece una distinción para la legitimación dependiendo del tipo de recurso de amparo que presentemos. En los casos de los artículos cuarenta y dos y cuarenta y cinco estarán legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Para los casos de los artículos cuarenta y tres y cuarenta y cuatro, lo estarán quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Complementando esto,

<sup>3</sup> La LO 6/2007 modificó su plazo produciéndose un alargamiento de éste, que pasó de 20 a 30 días.

Desde nuestro punto de vista, habría sido conveniente una ampliación mayor del plazo de interposición del recurso en los tres supuestos que recoge la LOTC, teniendo en cuenta la exigencia del nuevo requisito de la especial trascendencia constitucional y las complicaciones que conlleva su justificación. La ampliación en tan sólo 10 días para los casos del artículo 44 resulta insuficiente a nuestro modo de ver, dadas las circunstancias actuales.

el art. 47, referente a la intervención procesal en el recurso de amparo, dispone que pueden comparecer en el proceso de amparo constitucional, con el carácter de demandado o con el de coadyuvante, las personas favorecidas por la decisión, acto o hecho en razón del cual se formule el recurso o que ostenten un interés legítimo en el mismo.

Por último, se establece que podrán comparecer en el proceso de amparo constitucional, con el carácter de demandado o con el de coadyuvante, las personas favorecidas por la decisión, acto o hecho en razón del cual se formule el recurso que ostenten un interés legítimo en el mismo.

### **2.3. La tramitación del recurso de amparo contra decisiones judiciales**

El conocimiento de los recursos de amparo constitucional corresponde a las Salas del Tribunal Constitucional y, en su caso, a las Secciones. El Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley.

El artículo 49 LOTC dispone que el recurso se iniciará «mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado». Desde la reforma de 2007 se añade como requisito indispensable la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso. Con la demanda deberán acompañarse el documento que acredite la representación del solicitante del amparo y, en su caso, la copia, traslado o certificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial o administrativo (Pérez Tremps, 2015).

Por su parte, el artículo 50 LOTC hace referencia a la decisión de la admisión a trámite del recurso de amparo. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49.
- b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

En caso de inadmisión, ésta se efectuará mediante providencia, por parte de las Secciones o las Salas, y se especificará el requisito incumplido. Ésta se notificará al demandante y al Ministerio Fiscal. Dichas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de tres días. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna.

Es importante destacar que, el uso de providencias – no motivadas– para inadmitir las demandas de amparo presentadas ante el TC, a pesar de ser una medida amparada por la propia CE, así como necesaria para la reducción de la excesiva carga de trabajo del Tribunal, nos parece una facultad que concede a este órgano un margen de maniobra en las inadmisiones demasiado amplio y discrecional. Este hecho provoca, a nuestro modo de ver, una cierta falta de control a la hora de determinar qué entra y qué no entra en el TC y, no sólo eso, sino que tampoco permite al operador jurídico conocer el motivo concreto de su inadmisión para poder realizar una mejora en su trabajo. Es más, este blindaje de las providencias hace que no se conozcan las causas de inadmisión a trámite de las demandas de amparo, complicando consecuentemente el trabajo y esfuerzo de los demandantes de amparo ya que se aumenta la dificultad a la hora de justificar la especial trascendencia constitucional. Se nos asemeja pues una pérdida considerable de la seguridad jurídica en pro de la agilidad de este órgano. Entendemos su utilidad en los primeros años de aplicación de la reforma pues, dada la sobrecarga de trabajo del TC, era lógica la utilización de este instrumento por la celeridad que le otorgaba al Tribunal, sin embargo, a día de hoy, y teniendo en cuenta el descenso de asuntos que se presentan ante éste, sería una idea a tener en cuenta el cambiar este método de rechazo de asuntos para otorgar a nuestro TC una mayor legitimidad, así como una mayor seguridad para los justiciables.

Respecto al caso de que en la demanda de amparo concurren uno o varios defectos de naturaleza subsanable, se dispone que se procederá en la forma prevista en el artículo 49.4; de no producirse la subsanación dentro del plazo fijado en dicho precepto, la Sección acordará la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno

Destacar el hecho de que será el recurrente quien deba demostrar que cumple todos los requisitos exigidos para la admisión. La importancia de este hecho radica, no tanto en los requisitos formales (arts. 41 a 46 más 49 LOTC) sino en el requisito de la especial trascendencia constitucional. El hecho de que sea el propio demandante el que deba indicar y justificar al TC que su caso reviste una especial importancia y que por ello merece ser admitido a trámite es una ardua labor y una responsabilidad cuestionable, más aún si tenemos en

cuenta que el trabajo del TC se ve reducido, en principio, a comprobar si las demandas presentadas justifican adecuadamente la especial trascendencia constitucional y por ello, deben ser admitidas a trámite.

El resto de causas de inadmisión son meramente procesales, es decir, pueden ser apreciadas por el Tribunal en la sentencia, incluso de oficio, y en caso de que se comprobara su incumplimiento, puede dictarse un pronunciamiento de inadmisión completa del recurso o del motivo que se vea afectado por dicha inobservancia. De esta manera, se ocasionaría la imposibilidad de enjuiciamiento del fondo de las pretensiones deducidas por el demandante.

Caben plantearse múltiples cuestiones respecto al trámite de admisión. En primer lugar, el hecho de que el esfuerzo argumentativo sea responsabilidad del recurrente, pues será de su adecuada justificación de la especial trascendencia constitucional de la que dependa la admisión a trámite de su demanda. Por otra parte, también cabe preguntarse si realmente este hecho descarga de trabajo al tribunal<sup>4</sup> ya que la labor en sí de comprobar si cada una de las demandas que recibe justifican o no de manera adecuada la trascendencia constitucional es también un arduo trabajo que conlleva mucho tiempo. Otra cuestión a destacar es el nivel de discrecionalidad del que disponen los miembros del TC a la hora de «escoger» las demandas que son admitidas a trámite.

## **2.4 Respuestas del Tribunal Constitucional a la posible objetivación del recurso de amparo: un medio para evitar la sobrecarga de trabajo**

El recurso de amparo contra decisiones judiciales es el más comúnmente utilizado por los ciudadanos debido a que, en esta tipología de recurso de amparo, la vulneración de los derechos y libertades fundamentales se ha llevado a cabo por la acción u omisión de un órgano judicial. Este tipo de recurso ha sido, a su vez, el causante de la sobrecarga de trabajo del Tribunal. Entre las múltiples soluciones que se han intentado dar a lo largo de los años para paliar esta situación, debemos destacar la progresiva objetivación de este recurso como medio para filtrar las demandas de amparo que son admitidas a trámite. Esta objetivación es especialmente significativa en relación con los recursos de amparo de origen judicial, especialmente por ser estos los más numerosos.

---

<sup>4</sup> Recordemos que la introducción del requisito de la especial trascendencia constitucional se produjo con la LO 6/2007, de 24 de mayo, cuyo objetivo, entre otros, fue la descongestión de trabajo del TC, el cual se encontraba en una situación de colapso absoluto desde hacía varios años.

Los primeros indicios de esta objetivación del recurso de amparo se pudieron ver en el ATC 188/2008. En este Auto, se determinó que ya no bastaría la alegación de la vulneración de un derecho fundamental para que la demanda de amparo fuese admitida a trámite, sino que, junto a esto, debería justificarse la especial trascendencia constitucional de la misma. Por tanto, en caso de que se dé la vulneración de un derecho fundamental pero no se justifique o se haga de manera insuficiente, la especial trascendencia constitucional, esta demanda no será admitida a trámite.

El razonamiento de este Auto se repitió en los AATC 289/2008 y 290/2008. En el voto particular emitido por el Magistrado Gay Montalvo, en el primero de ellos, éste ya apuntaba que «... *cabría afirmar que el legislador ya ha optado a favor de una concepción objetiva del recurso de amparo, entendiendo por tal la determinación del contenido de los derechos fundamentales y la fijación de doctrina para su posterior aplicación por los Jueces y Tribunales ordinarios, en detrimento de una concepción subjetiva del recurso de amparo, de tutela de los derechos fundamentales. Sin embargo, al margen del debate académico que pueda suscitarse sobre la concepción del amparo constitucional, me parece importante, hoy más que nunca, reafirmar la finalidad esencial con la que la Constitución y nuestra doctrina han dotado al recurso de amparo, que no es otra que la reparación de las vulneraciones de derechos y libertades fundamentales producidas a los recurrentes, hasta el punto de quedar excluida la posibilidad de interponer recurso de amparo cuando su finalidad no sea la tutela de un derecho*».

Nos parece sumamente interesante la postura de este Magistrado ya que, en nuestra opinión, no debería excluirse como motivo de especial trascendencia constitucional la gravedad de la lesión del derecho fundamental ya que esto sería ignorar la finalidad del recurso que no es otra que la tutela de los derechos fundamentales en los casos en que ésta no ha sido realizada por los tribunales ordinarios.

Al año siguiente, la STC 155/2009 realizó un elenco, no cerrado, de casos que, bajo el punto de vista del TC, revestirían especial trascendencia constitucional. Estos casos, como bien señala Lozano Gago, se refieren a dimensiones objetivas de los derechos fundamentales, por ejemplo, cuando habla de «nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental», en que efectivamente se alude a la incidencia social en el núcleo mismo que configura y delimita el alcance del derecho. También sería una dimensión objetiva, el caso en que los poderes públicos deban proteger el contenido del derecho para evitar su desfiguración, por lo que también es una alusión en este sentido la siguiente: «o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpre-

tación de la Ley que el TC considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución». Por otro lado, también se refiere a aspectos objetivos el siguiente apartado: «o bien cuando la doctrina del TC sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la Jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros». En el mismo sentido objetivo incide el apartado f, «o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del TC», y el apartado último hace referencia al orden político y social que cimienta a su vez los derechos fundamentales: «o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales...» (Lozano Gago, 2014).

Además de este elenco de sucesos eminentemente objetivos, el TC terminó de concretar esta objetivación en el Auto 29/2011. Y es que, podría considerarse que, al ser un elenco abierto de casos, podría haberse incluido fuera de este la posibilidad de justificar la especial trascendencia constitucional basándonos en la gravedad de la lesión del derecho fundamental, hecho que sucedió en muchas demandas. Sin embargo, el TC eliminó esta posibilidad totalmente como podemos ver a continuación:

«... que el elenco de casos de la STC 155/2009, FJ 2.º, en los que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo reviste la «especial trascendencia constitucional» a la que se refiere el art. 50.1.b) LOTC no tenga carácter definitivamente cerrado no significa, como pretende el fiscal, que ello permita incluir en tal elenco aquellos supuestos en los que (como ocurriría en el presente caso, a juicio del fiscal) el amparo se fundamente en la existencia de un grave perjuicio para los titulares de los derechos fundamentales que se denuncian como lesionados, esto es, en la gravedad de la lesión de los derechos fundamentales en su dimensión subjetiva, a semejanza de lo que sucede en el caso alemán, en virtud del § 93 a 2) de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgerichts). La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007 en la regulación del recurso de amparo ha eliminado la dimensión subjetiva del recurso de amparo para dotarlo, exclusivamente, de un significado objetivo.»

Podemos apreciar con esto una confirmación por parte del TC de la naturaleza objetiva que tras la reforma de 2007 se le ha conferido al recurso de amparo. Con esta afirmación se deja claro que lo que confirmará la especial trascendencia constitucional de cada caso no será ya la existencia de una lesión

o perjuicio del derecho fundamental de un particular ni la gravedad de éstos, sino el interés constitucional que pueda suscitar la resolución de ese caso concreto en el sentido de lo establecido por la propia LOTC cuando se refiere «a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

Finalmente, el TC añadió lo siguiente en el citado Auto:

«... no es ocioso añadir que el supuesto de la gravedad del perjuicio para los titulares de los derechos fundamentales que se denuncian como lesionados, como criterio para considerar que un recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional fue expresamente descartado durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley de reforma de la LOTC que dio lugar a la aprobación de la LO 6/2007, al rechazarse la enmienda que proponía introducir este criterio (dimensión subjetiva del recurso de amparo) junto a los tres criterios que son los que definitivamente se enuncian en el art. 50.1.b) LOTC para poder apreciar que «el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional»; «a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.»

Podemos apreciar, por tanto, una completa desaparición –al menos, en principio– de la dimensión subjetiva del recurso de amparo optándose, por el contrario, por una configuración plenamente objetiva del mismo eliminando todo carácter subjetivo a la hora de la admisión a trámite del mismo. En cualquier caso, ya no bastará con la alegación de la vulneración de un derecho fundamental en la resolución que se impugna en amparo y con pedir una equitativa reparación, sino que tiene que justificarse de manera objetiva que más allá de ello el recurso requiere un pronunciamiento sobre el fondo en atención a la importancia para la interpretación o aplicación de la Constitución o para la determinación de su contenido y alcance.

Como podemos ver, la opinión respecto a la licitud de esta supuesta objetivación no es unánime. En nuestra opinión, nos parece discutible, desde el punto de vista de su adecuación constitucional, la concreción de los supuestos indicativos de la trascendencia constitucional de la demanda, en la que se excluye cualquier referencia a la gravedad de la lesión. Además, como hemos visto, el TC lo excluye tajantemente en el ATC de 2011.

A nuestro parecer, que el amparo constitucional deje de ofrecer protección frente a efectivas vulneraciones y lesiones subjetivas de derechos fundamentales porque, con arreglo a los referidos criterios, se considere que dicha lesión no presenta especial trascendencia constitucional, nos parece del todo

inadecuado. Además de que esta reforma supone un cambio radical en el entendimiento consolidado de la finalidad y funcionalidad constitucional del recurso de amparo que, como hemos mencionado, siempre ha sido la tutela y protección de los derechos fundamentales.

### 3. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE ESTA MODALIDAD DEL RECURSO DE AMPARO

#### 3.1 **Las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional (el peligro de que el recurso de amparo se convierta en una «tercera instancia»)**

El mayor problema que plantea el recurso de amparo contra actos u omisiones de los jueces y tribunales es el del posible enfrentamiento entre el orden jurisdiccional ordinario y el orden jurisdiccional constitucional. Durante años, el recurso de amparo ha sido erróneamente utilizado como una especie de «tercera instancia» a la que acudir como último medio de ver protegido nuestro derecho. Esto ha tenido consecuencias especialmente graves cuando ha sido utilizado con posterioridad a una sentencia emitida por el Tribunal Supremo. Las decisiones del Tribunal Supremo, al menos en cierto sentido, dejan de ser «inatacables», y tal circunstancia no podía menos que ocasionar alguna oposición dentro del estamento judicial (Oliver Araujo, 2003).

Bien es cierto que, con la reforma de 2007, se pretendió dar solución a este problema al haber dificultado el acceso a este recurso, sin embargo, el endurecimiento principal de la admisión del mismo (mediante el requisito de la especial trascendencia constitucional) no versa de modo alguno en marcar una separación clara entre ambas jurisdicciones, por lo que igualmente una Sentencia del Tribunal Supremo podrá seguir siendo recurrida en amparo ante el TC si justifica adecuadamente este requisito, produciéndose aún, consecuentemente, fricciones entre ambas jurisdicciones.

#### 3.2 **Derechos tutelables en el recurso de amparo contra decisiones judiciales**

Nos planteamos a continuación el ámbito material de protección de esta modalidad de recurso pues no existe ninguna específica disposición del mismo. En la práctica, vemos cómo la protección contra actos u omisiones judi-



ciales se otorga frente a violaciones de todos los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución de forma general aunque, se han suscitado algunas dudas en torno a si efectivamente los jueces pueden vulnerar todos los derechos que figuran en ese extenso catálogo o si, por el contrario, por la propia naturaleza de la actividad judicial, el tipo de recurso de amparo que regula el art. 44 de la LOTC sólo es utilizable para reparar las violaciones que sufran las garantías procesales que enumera el art. 24 de la Constitución (Oliver Araujo, 2003).

### 3.3 El excesivo e inadecuado uso del art. 24 CE en los recursos de amparo contra decisiones judiciales

En relación con lo anterior, esto podría enlazarse con otra cuestión, y es el excesivo uso de este artículo para justificar el derecho fundamental vulnerado en el recurso de amparo. Y es que la tutela judicial efectiva acaba siendo el «cajón de sastre» en el que cabe justificar cualquier lesión u omisión proveniente de un órgano judicial. Esta cuestión es particularmente problemática ya que es la principal causante de que continúen llegando excesivas demandas de amparo ante nuestro TC y que, por tanto, la sobrecargar de trabajo continúe existiendo. Ello es así porque este hecho deja sin efecto las medidas introducidas en la reforma de 2007, es decir, el filtro principal de la admisión a trámite se encuentra en la justificación de la especial trascendencia constitucional, sin embargo, no se ha introducido ningún filtro real *a priori* para disminuir las demandas de amparo que pueden presentarse (independientemente de que luego no sean admitidas a trámite por no cumplir los requisitos establecidos). Por tanto, aunque la demanda no sea admitida, ésta se ha presentado y, por tanto, se debe invertir un tiempo en comprobar si la misma es admitida. En el caso concreto de los recursos de amparo de origen judicial, esto son los más numerosos, especialmente porque de un modo u otro pueden ser justificados bajo el «polivalente» artículo 24 CE, siendo, por tanto, los que ocupan la mayor parte del tiempo de nuestro TC.

### 3.4 El uso del incidente excepcional de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo contra decisiones judiciales

La reforma que se produjo en 2007 del incidente de nulidad de actuaciones supuso, en principio, una vía más de protección dentro de la jurisdicción

ordinaria teniendo en cuenta la grave restricción de acceso a la jurisdicción constitucional introducida por esta reforma. Podemos decir que se intentó compensar la dificultad de acceso en el orden constitucional introduciendo una nueva opción de protección de los derechos en los tribunales ordinarios.

En los casos en los que se den los requisitos legales para acudir al incidente, éste va a constituir un mecanismo de necesaria utilización antes de poder acudir en amparo al Tribunal Constitucional. En otras palabras, para que la vía judicial previa quede agotada (art. 43.1 LOTC), o en su caso todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales [art. 44.1.a) LOTC], requisitos necesarios (salvo en los amparos parlamentarios) para acudir en amparo, debemos haber agotado también esta vía.

El incidente de nulidad pone así, en manos de la jurisdicción ordinaria, un último remedio procesal para tutelar los derechos fundamentales o, incluso una última oportunidad para subsanar vulneraciones de esos derechos producidos por la misma resolución judicial que haya puesto fin al proceso.

Sin embargo, si consideramos que la ampliación del objeto del incidente «excepcional» de nulidad de actuaciones en la reforma de 2007 tenía como objetivo que esta figura fuese concebida como una nueva garantía de los derechos en la vía jurisdiccional ordinaria (una garantía alternativa al amparo, teniendo en cuenta la dificultad de acudir a este tras la introducción del requisito de la especial trascendencia constitucional), consideramos que su diseño procesal no responde a este objetivo. Esta la ampliación material del objeto del incidente no se corresponde con una ampliación real de los motivos de impugnación al encontrarse limitado a las lesiones producidas por los propios órganos judiciales y no incluir las lesiones no reparadas por los mismos órganos. Además, al prohibirse la «traslación» de las vulneraciones de derechos fundamentales y sólo admitirse las vulneraciones producidas por el mismo órgano que resolvió, difícilmente veremos incidentes de nulidad de actuaciones alegados en base a un artículo distinto al 24 CE. Por tanto, pese a haberse ampliado el objeto, consideramos esta ampliación como «ficticia» ya que no presenta ninguna proyección ni utilidad práctica.

Asimismo, resulta difícil el conocimiento de los criterios del TC a la hora de valorar cuándo será imprescindible la interposición del incidente «excepcional» de nulidad de actuaciones para considerar agotada la vía judicial previa, o incluso para valorar cuándo éste será improcedente. Esta dificultad resulta incomprensible teniendo en cuenta que la adecuada interposición del incidente será determinante para la admisión, en su caso, de un posterior recurso de amparo. Además, la doctrina constitucional no permite diseñar estrategias de litigio con garantía de éxito ya que, aún a día de hoy, los operadores

jurídicos siguen teniendo dudas acerca de cuándo se debe interponer esta figura antes de acudir al recurso de amparo constitucional. Y es que el recurso de amparo será considerado extemporáneo, por alargamiento de la vía judicial previa, si se interpuso un incidente de nulidad de actuaciones «improcedente» resultando la demanda de amparo presentada fuera del plazo legalmente establecido. En el caso de que no se interponga el incidente «excepcional» de nulidad de actuaciones y se acuda directamente al amparo, en el caso de que el TC considere que alguna de las vulneraciones denunciadas pudo denunciarse por la vía del incidente, el recurso de amparo será inadmitido por tener un carácter «prematureo».

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. (2014). *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional. El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España*, José María Morales Arroyo Dir.), Navarra.
- ARAGÓN REYES, M. (2009). «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. (2017). «Especial trascendencia constitucional del recurso de amparo», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 68.
- BELADÍEZ ROJO, M. (2017). «El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25.
- EQUIVEL ALONSO, Y. (2013). «El requisito de la especial trascendencia constitucional «decidir no decidir»», Estudios de Deusto, *Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 61/2, Bilbao.
- FIGUEROA GUTARRA, E. (2015). «La exigencia de especial trascendencia constitucional en el ordenamiento en el ordenamiento constitucional. Indeterminación y reconstrucción del precedente vinculante», *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 8.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2016). «La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107.
- HERNÁNDEZ RAMOS, M. (2015). «El amparo constitucional. Doctrina y problemas actuales. La admisibilidad del recurso», *Lex*, núm. 15.
- LOZANO GAGO, M. L. (2014). «La objetivación del recurso de amparo», *Diario La Ley*, núm. 8411, Sección Tribuna.
- LOZANO MIRALLES, J. (2012). «El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Español. Análisis de la problemática del juicio de admisión: la denominada trascendencia constitucional», en AAVV, *Genesi ed evoluzione dei sistema di giustizia costituzionale: Italia, Francia e Spagna*, Jovene Editore, Nápoles.

- OLIVER ARAUJO, J. (2003). «El recurso de amparo frente a actos y omisiones judiciales». *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm 120.
- PATRONI GRIFFI, P. (2013). «La reforma del recurso de amparo y la Ley orgánica 6/2007 vistas desde Italia. El alcance expansivo del recurso individual directo (como acceso sustancialmente alternativo a la vía incidental)», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 19.
- PÉREZ TREMP, P. (1980). «El recurso de amparo en la Constitución de 1978», en *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid.
- (2015). *El recurso de amparo*, Valencia.
- (2018). «La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre ‘morir de éxito’ o ‘vivir en el fracaso’», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41.
- REQUEJO PAGÉS, J. L. (2002). «La lógica de la subsidiariedad y sus perversiones. Los recursos de amparo mixtos». *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22. Núm. 66.
- ROMBOLI, R. «La reforma del recurso de amparo ante el tribunal constitucional en España, y la introducción de un recurso individual y directo en Italia», en <https://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/11RobertoRomboli.htm>
- SÁNCHEZ GARRIDO, J. A. (2012). «Resoluciones recurribles en vía de amparo», *Diario La Ley*, Núm. 7838, Sección Tribuna.
- URIAS MARTINEZ, J. (2014). «Seleccionar lo (menos) importante. Nota sobre la construcción por el Tribunal Constitucional de un nuevo régimen de admisibilidad del recurso de amparo, y sus paradojas», *Recurso de Amparo, Derechos, Fundamentales y Trascendencia Constitucional (el Camino Hacia la Objetivación del Amparo Constitucional en España)*, Madrid.
- VIDAL FUEYO, M.<sup>a</sup> C. (2022). «El Tribunal Constitucional», Madrid.

# **TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI: SPUNTI DI DIRITTO COSTITUZIONALE NEL QUADRO EUROPEO**

ANDER MAGLICA MURUA

*Università degli Studi di Milano & KU Leuven*

**SOMMARIO:** 1. *Introduzione.*–2. *Public interest litigation.*–3. *Il sistema multilivello di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali in Europa.*–4. *Le azioni di classe.*–5. *Conclusione.*

## **1. INTRODUZIONE**

Gli individui all'interno del panorama europeo godono oggi di alcune tra le costituzioni più ricche e complete. Questi cataloghi fondamentali sanciscono diritti e valori civili, sociali, economici, politici e culturali, che mirano a promuovere il pieno sviluppo della personalità di ciascuno e pongono la dignità umana quale loro principale pietra angolare. Il loro riconoscimento avviene non solo a livello nazionale – in modalità differenti (ad esempio con carte dei diritti più essenziali, come in Francia, o con costituzioni più lunghe e complesse, come in Portogallo) –, ma anche su diversi livelli sovranazionali: l'Unione Europea, con la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (di seguito «CDFUE»), giuridicamente vincolante dal 2009; il Consiglio d'Europa, con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito «CEDU»); le Nazioni Unite, con la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

Nonostante la loro garanzia sulla carta, tuttavia, un'analisi empirica spesso fornisce la percezione che la maggior parte di queste preziose disposizioni sostanziali manchino di applicazione concreta. Ciò riguarda tutti i tipi di dis-

posizioni, dalle tradizionali libertà «negative» dello Stato liberale ai più recenti principi socio-economici «positivi» dello Stato sociale, in tutti i campi del diritto e contesti sociali. Numerosi esempi possono essere trovati in relazione al cambiamento climatico e all'inquinamento ambientale, a eque condizioni lavorative, all'assistenza sanitaria o sociale, all'istruzione, alla protezione dei dati personali, alla libertà di espressione, alle condizioni di detenzione e alla non-discriminazione per motivi di razza, sesso, religione, orientamento politico o sessuale. Lesioni sono spesso provocate da violazioni attive da parte di autorità pubbliche o enti privati, ma anche in caso di mancata attuazione di principi programmatici.

È vero che alcune, se non la maggior parte, di queste disposizioni hanno una natura soggettiva, nel senso che si riferiscono a singoli individui. Tuttavia, da un lato, sempre più spesso le violazioni sono collettive (a causa di una stessa azione o omissione che si ripercuote contemporaneamente su un gruppo di persone o addirittura sull'intera comunità); dall'altro, alcune delle situazioni coinvolte possono essere troppo diffuse per appartenere a una sola persona (il diritto a respirare aria pulita, per esempio). Inoltre, la loro inclusione all'interno di cataloghi costituzionali diretti alla protezione di tutti gli esseri umani, rende anche le specifiche violazioni individuali – in linea di principio *private* – rilevanti per l'intera società: erodono lo standard di applicazione attendibile, creando un precedente che riguarda tutti, qualificando così la loro applicazione come una questione *pubblica*, poiché interessa una, se non tutta la, collettività.

Queste pagine non si soffermeranno sull'affascinante ma intricato studio delle cause alla base di questi fenomeni, certamente potenziati dalle ondate di globalizzazione, digitalizzazione, massificazione e standardizzazione della maggior parte delle relazioni all'interno della società e dell'economia contemporanea (Cappelletti, 1976). Tali temi dovrebbero essere affrontati da un punto di vista più socio-politico. Verranno, invece, esaminate le *tecniche processuali* disponibili per l'applicazione dei suddetti diritti e interessi. Dopo tutto, il ruolo del diritto processuale è quello di entrare in gioco quale corpo normativo ancillare quando la protezione offerta dal diritto sostanziale fallisce (Luiso, 2017).

Questo tipo di tutela giurisdizionale di diritti, interessi e principi pubblici può essere etichettata in diversi modi. Seguendo le orme di alcuni illustri studiosi, per lo più d'oltreoceano, di seguito verrà adottato il termine *public interest litigation* (Homburger, 1974; Chayes, 1976; Rhode, Cummings, 2009; Cummings, 2020). Inizialmente, ne verranno presentate le caratteristiche principali, con alcuni esempi significativi. Successivamente, verrà ricordata l'architettura multilivello e multiforme dell'Unione Europea per la tutela giurisdizionale dei suddetti diritti e interessi pubblici. Verranno evidenziate le di-

verse tecniche procedurali e il necessario coordinamento tra di esse. Infine, sarà posto l'accento su una tecnica processuale in particolare: quella delle azioni di classe, per valutare i principali vantaggi e le sfide per il futuro sviluppo di questo tipo di controversie all'interno dell'UE. A tal fine, saranno esaminati anche casi significativi e la recente legislazione in materia.

## 2. PUBLIC INTEREST LITIGATION

*Public interest*, o *public law*, *litigation* è un termine che risale alla seconda parte del secolo scorso, negli Stati Uniti, quando fu usato per la prima volta per descrivere le numerose cause intentate nell'ambito del cd. *civil rights movement* – soprattutto nell'ambito della desegregazione razziale – e, successivamente, qualsiasi azione volta a promuovere giustizia sociale. Circoscrivere il fenomeno solo a questa esperienza, tuttavia, sarebbe ingenuo, dal momento che le azioni per la difesa degli interessi della comunità esistono da secoli (a partire dalle cosiddette *actiones populares* dell'Antica Roma, che potevano essere intentate per tutelare la *res publica*) (Casavola, 1958; Caielli, 2015) e in tutto il mondo: dalle Americhe all'Oceania, passando per Europa (in particolare attraverso la giustizia costituzionale), Asia e Africa. A differenza di altre esperienze, quella statunitense sembrò particolarmente efficace, almeno inizialmente, oltre che in sintonia con le esigenze della nuova società di massa e globale (Cummings, 2020). La riforma nel 1966 del modello di *class action*, attraverso le modifiche al *Rule 23* dei *Federal Rules of Civil Procedure*, non è stata una coincidenza. Piuttosto, come verrà di seguito analizzato, ha rappresentato uno strumento chiave per il movimento allora in via di sviluppo (Grenberg, 1997; Marcus, 2011).

Nonostante la terminologia, i diversi risultati e gli strumenti procedurali, l'idea alla base del contenzioso di cd. interesse pubblico è quindi antica, e deriva sia dalla tradizione di *civil law* che da quella di *common law*. Le tecniche processuali, così come i tipi di rimedio richiesti, possono essere differenti, ma l'obiettivo è certamente lo stesso: la promozione degli interessi della società nel suo complesso e, in particolare, dei diritti essenziali di coloro meno rappresentati e potenti nel contesto politico ed economico, attraverso azioni giudiziarie avviate da privati cittadini. Dovrebbe essere concepito come un contenzioso che va a beneficio, in generale, della comunità di un certo ordinamento giuridico, favorendone il progresso morale e materiale (Pizzorusso, 1972).

I criteri comuni per soddisfare concretamente una definizione così ampia sono contestati tra gli studiosi e, secondo alcuni, addirittura impossibili da tro-

vare (Rhode, Cummings, 2009). Tuttavia, per definire chiaramente il perimetro del presente contributo verranno evidenziate cinque caratteristiche principali.

In primo luogo, la cd. *public interest litigation* persegue un giudizio che trascende i diritti e gli interessi delle parti coinvolte nel procedimento. Ciò può avvenire in diversi modi. Ad esempio, rimuovendo gli ostacoli – come una legge, un atto o una condizione – all’effettivo godimento di diritti soggettivi condivisi da un’ampia comunità o da un gruppo di persone. Un caso emblematico, in relazione ai diritti all’istruzione e alla non discriminazione, è *Brown v. Board of Education*, del 1954 negli Stati Uniti, in cui la Corte Suprema ha dichiarato l’incostituzionalità della segregazione razziale nelle scuole pubbliche. Altri esempi statunitensi sono il noto caso *Roe v. Wade*, del 1973, riguardante il diritto all’aborto e oggetto di un recente *revirement* della Corte Suprema<sup>1</sup>; *Harris v. Rainey*, del 2014, sul matrimonio delle coppie omosessuali in Virginia; *Hall v. Werthan Bag*, del 1966, sulla discriminazione sul lavoro; o il cosiddetto caso *El Monte Thai Garment Slavery Case*, del 1995, sulle inique condizioni di lavoro. Numerosi altri esempi si possono trovare anche in altre giurisdizioni e settori del diritto: ad esempio, in relazione al diritto all’istruzione degli studenti disabili, al diritto all’alloggio sociale, al diritto a un’adeguata assistenza sanitaria<sup>2</sup>, alla privacy e alla protezione dei dati personali, agli abusi della polizia, ai servizi di affidamento dei minori, ai disastri ambientali. Evidentemente, non solo i diritti individuali, ma anche quelli collettivi e gli interessi diffusi sovraindividuali possono essere fatti valere in giudizio. Il diritto generale di respirare aria pulita o di vivere in un ambiente sano, non influenzato dagli effetti negativi del cambiamento climatico, è un esempio estremamente rilevante oggi. Finora, in tutto il mondo sono state intentate numerose cause (circa 2000, secondo stime recenti) (Setzer, Higham, 2022) per combattere il cambiamento climatico. Altri diritti troppo ridotti per essere fatti valere individualmente potrebbero essere quelli dei detenuti di un sistema carcerario persistentemente sovraffollato, come nel caso *Brown v. Plata*, del 2011, relativo alle condizioni disperate delle carceri statali californiane: ogni detenuto potrebbe rivendicare individualmente il diritto di vivere in condizioni più salubri, ma nessuno di essere rilasciato o di ridurre significativamente il numero di detenuti nell’intero sistema.

Si tratta, insomma, di un contenzioso *meta-individuale*, che di per sé riguarda i singoli individui, ma, allo stesso tempo, va anche *oltre* («meta», in greco antico), nel senso che riguarda un intero gruppo o comunità, in modo

<sup>1</sup> *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, US Supreme Court, 24 giugno 2022.

<sup>2</sup> Corte Costituzionale Italiana, sent. 275/2016.



analogo. Per questo motivo, data la natura collettiva, o addirittura diffusa, delle situazioni che vengono fatte valere, i tradizionali meccanismi dualistici del contenzioso civile potrebbero non essere più efficienti per consentire la partecipazione di tutte le parti coinvolte. Come analizzato in seguito, sorgono inevitabilmente anche questioni di legittimazione ad agire, di adeguatezza della rappresentanza di tutte le parti interessate e di estensione degli effetti della *res judicata*.

In secondo luogo, i diritti e gli interessi tutelati sono di natura *fondamentale*, nel senso che sono riconosciuti e garantiti da un testo costituzionale (Alexy, 2010). Questo riconoscimento può avvenire in modo esplicito o implicito. Si possono considerare sia le libertà tradizionali – che non richiedono l’interferenza dello Stato nella propria sfera (ad esempio, il diritto alla vita e all’integrità fisica, la libertà di espressione, la libertà di movimento, il diritto alla proprietà) – sia i diritti sociali – che richiedono un ruolo attivo da parte dello Stato (ad esempio, il diritto alla sicurezza sociale, all’istruzione, all’assistenza sanitaria, a eque condizioni di lavoro). Inoltre, alla fine del secolo sono apparse una terza e una quarta «generazione» di diritti e interessi che contribuiscono tuttora all’espansione dei cataloghi costituzionali. La loro comparsa è principalmente legata alle nuove tecnologie e agli sviluppi dell’economia e della società: ad esempio, riguardano la privacy e la protezione dei dati personali, l’ambiente e il cambiamento climatico, la bioetica e l’intelligenza artificiale. Sulla scia dei diritti sociali, un tratto comune a queste nuove posizioni fondamentali tutelate è il ruolo attivo atteso dal legislatore, da un lato, e dalla pubblica amministrazione, dall’altro, per la loro attuazione e applicazione. Inevitabilmente, il loro riconoscimento all’interno di testi costituzionali risalenti alla metà del Novecento può avvenire solo in modo implicito, grazie all’utilizzo di clausole generali (come l’art. 2 della Costituzione italiana: «*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*») e di concetti flessibili, capaci di evolversi e di stare al passo con le sfide poste da progressi che non potevano nemmeno essere immaginati durante la stesura dei testi costituzionali (ad esempio, le questioni legate al cambiamento climatico, a internet o ad altre scoperte scientifiche successive). Questa caratteristica è significativamente trasmessa dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nella sua ormai frequente descrizione della Convenzione – e, naturalmente, anche dei diritti in essa sanciti – come uno «*strumento vivente*», in grado di adattarsi alle nuove necessità e al progresso della società.

In terzo luogo, le controversie in oggetto non sono quasi mai condotte esclusivamente tra persone fisiche private. I ricorrenti sono necessariamente

soggetti privati, che possono sì perseguire il proprio interesse personale, ma allo stesso tempo si propongono quali paladini dell'intera comunità. Per questo motivo, sono stati talvolta definiti «*private attorney generals*» (Homburger, 1974). Possono essere persone fisiche, ma anche ONG, sindacati, associazioni, altre organizzazioni o addirittura, in alcune giurisdizioni quali gli Stati Uniti, studi legali specializzati. D'altra parte, molto raramente i *convenuti* sono persone fisiche. Essi sono di solito lo Stato stesso o le agenzie *amministrative* (ad esempio, per promuovere l'attuazione attiva dei diritti sociali), enti pubblici o privati (come ospedali, scuole, carceri o grandi aziende; ad esempio, per danni di massa o discriminazioni). Sono uno strumento prezioso per le minoranze politiche non sufficientemente rappresentate per combattere l'oppressione o l'inazione della maggioranza politica (Issacharoff, 2012) sulla base dei diritti e dei principi sanciti nei loro cataloghi fondamentali. Data l'inerzia legislativa o politica, attraverso la *public interest litigation* i ricorrenti cercano di portare in un'altra arena, quella giudiziaria, le voci e i bisogni dei membri meno avvantaggiati e più deboli della società. Di conseguenza, queste azioni possono essere percepite come dirette contro lo Stato o contro specifiche autorità pubbliche. Questo è spesso, ma non necessariamente, il caso: nella società globalizzata contemporanea non è raro vedere grandi aziende con bilanci significativamente superiori a quelli degli Stati stessi. Inevitabilmente, questi potenti attori privati, di solito transnazionali, influenzano radicalmente con le loro attività quotidiane la vita e gli interessi dei diversi membri della società che interagiscono con essi: quando trattano i loro dati personali, forniscono loro beni o servizi, li assumono o, in generale, conducono azioni (eventualmente pericolose) nel luogo in cui vivono: tutte queste situazioni ridimensionano i tradizionali equilibri di potere uno-verso-uno e, allo stesso tempo, offrono terreno fertile per contemporanee violazioni sostanziali di diversi diritti fondamentali all'interno di una medesima comunità.

In quarto luogo, il *rimedio* richiesto non è un mero risarcimento dei danni, come nel tradizionale schema di responsabilità civile. Piuttosto che concentrarsi sul passato, è più orientato al futuro. I ricorrenti spesso mirano a provocare un cambiamento sistemico, strutturale o normativo. L'obiettivo principale è quello di fermare un'attività, una condizione o un'omissione ingiusta che colpisce la collettività in generale o una classe di persone, non solo coloro che intentano la causa. Per questo motivo, i provvedimenti inibitori o cautelari sono più comuni. Il successo non si misura solo in base ai risultati del procedimento giudiziario, ma anche in base all'impatto che esso ha generato all'interno della società: ad esempio, sensibilizzando l'opinione pubblica o esortando le forze legislative o le grandi aziende ad agire o a cambiare le loro

politiche. Eventuali somme possono essere richieste, ma in questo caso di solito come cd. *adaptation costs*<sup>3</sup>, attraverso rimedi equitativi (*cy-prés*, nelle giurisdizioni di *common law*) (Kalajdzic, 2021) o meccanismi di cd. *fluid recovery*<sup>4</sup>. In ogni caso, nonostante il loro uso significativamente minore, non si deve sottovalutare il possibile ruolo deterrente delle azioni risarcitorie: la società e le politiche sia pubbliche che private sono fortemente mosse da incentivi economici.

Date le riforme ambiziose e complesse spesso perseguite da questo tipo di contenzioso, una delle sue principali critiche è stata proprio la difficoltà di eseguire le sentenze anche quando si raggiunga un risultato favorevole. Due importanti strategie evidenziate a questo proposito sono, da un lato, lo spostamento verso azioni più limitate e locali e, dall'altro, la cosiddetta «*advocacy integrata*», ovvero il coordinamento del contenzioso con campagne politiche volte a muovere contemporaneamente il processo decisionale legale e a cambiare la percezione sociale (Cummings, 2020).

Infine, il contenzioso di interesse pubblico cambia radicalmente il ruolo del *giudice*. La concezione montesquieuiana del giudice come «*bouche de la loi*», che interpreta e applica passivamente la legge ai fatti presentati dalle parti, viene definitivamente abbandonata. Al contrario, essi diventano i principali registi di procedimenti della massima complessità, a causa dei diversi interessi in gioco e delle voci da ascoltare, alcune delle quali non partecipano nemmeno formalmente al processo. Nella maggior parte dei casi il loro controllo continuerà anche dopo la decisione, per garantire una corretta applicazione dei compiti stabiliti (ad esempio, sollecitando l'azione degli organi legislativi, delle agenzie amministrative, delle società o di altre entità che agiscono come convenuti, ma anche dei ricorrenti, ad esempio verso il resto della comunità non formalmente coinvolta nel procedimento). Ciò può richiedere creatività, anche durante l'esame del caso, nonché un controllo attivo dell'adeguatezza della rappresentanza e dell'assenza di conflitti di interesse tra tutte le parti. Le

<sup>3</sup> Si v. il caso, pendente in appello, *Lliuya v. RWE*, in cui un coltivatore peruviano ha intentato una causa contro REW, il più grande produttore di energia elettrica in Germania, chiedendo costi di adattamento per circa 15.000 €. Questa somma, che equivale allo 0,47% dei costi totali che stima di dover affrontare per la protezione dalle inondazioni nella sua città natale peruviana, è stata calcolata sulla base della stessa percentuale (0,47%) delle emissioni globali di gas serra che i dati scientifici attribuiscono a REW dall'inizio dell'industrializzazione.

<sup>4</sup> Si v. CAPPALLI, CONSOLO (1992), in cui si menziona *Daar v. Yellow Cab Company*, [1967] 433 P.2d 732, Corte Suprema della California, riguardante una compagnia di taxi dell'area di Los Angeles che aveva ritoccato i suoi tassametri – e quindi sovraccaricato illegalmente i suoi passeggeri – per quattro anni. Il tribunale, non riuscendo a identificare tutti passeggeri, dopo aver soddisfatto i danni individuali provati, decise di utilizzare le somme non reclamate per sovvenzionare la riduzione delle future tariffe dei taxi da parte della società convenuta.

relazioni causali del mondo globale moderno sono molto ramificate e interconnesse, al punto che diventa estremamente complesso, se non impossibile, prendere una decisione di interesse pubblico che non abbia conseguenze su altri soggetti oltre a quelli direttamente coinvolti nel procedimento. Questo è dimostrato in modo esemplare dalle controversie sul cambiamento climatico: oltre agli interessi dei ricorrenti – che fanno valere il proprio diritto alla salute – e a quelli dei convenuti, entrano in gioco altri interessi, quali quelli dei lavoratori delle aziende inquinanti, che potrebbero perdere il posto di lavoro. Lo stesso vale per gli investitori di quelle aziende, le cui azioni potrebbero subire un notevole calo di valore. Per una decisione completa, è necessario valutare tutte queste posizioni. La sfida più difficile per i giudici è spesso quella di realizzare questa valutazione completa ed esaustiva, rispettando al contempo il principio della separazione dei poteri.

Inoltre, come assunto generale, bisogna considerare che i diritti – soprattutto quelli sociali – costano. I loro costi possono essere internalizzati attraverso le tasse, che saranno direttamente sostenute dalla collettività, e attraverso la rinuncia ad altri diritti, che saranno quindi limitati a favore di quelli applicati. Ma fino a che punto un giudice non eletto ha, e dovrebbe avere, il potere di incidere a tal punto sul resto della società? Inevitabilmente, il principio dello stato di diritto viene messo in discussione, insieme ai limiti della forza contro-maggioritaria del potere giudiziario nelle società democratiche. Oltre a tutte le parti potenzialmente interessate dalla decisione, in molti casi sarà necessario un dialogo con il legislatore per evitare di oltrepassare le sue competenze. Nella complessa architettura giudiziaria dell'UE per la protezione dei diritti e dei principi fondamentali, potrebbe essere necessario anche un coordinamento con altre Corti superiori sovranazionali (come la Corte di giustizia europea o la Corte europea dei diritti dell'uomo).

### 3. IL SISTEMA MULTILIVELLO DI TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN EUROPA

La *public interest litigation* è stata condotta in Europa anche di gran lunga prima dello sviluppo del movimento statunitense negli anni Sessanta e Settanta. Se, così come concepito, riguarda l'applicazione di diritti, interessi e principi fondamentali, evidentemente la maggior parte dei ricorsi presentati alle corti costituzionali nazionali può rientrare in questo ambito, così come molti altri davanti alla CEDU e, in una certa misura, alla Corte di Giustizia, purché abbiano un effetto sul resto della comunità.

Ad esempio, nel 1958, la Corte costituzionale tedesca, nella storica causa Luth, ha affermato che *«i diritti fondamentali non sono solo diritti difensivi dell'individuo contro lo Stato, ma incarnano un ordine oggettivo di valori, che si applica a tutte le aree del diritto [...] e che fornisce linee guida e impulsi per il legislatore, l'amministrazione e il potere giudiziario»*. In questa sentenza è stata formulata per la prima volta la base della cosiddetta «tesi della radiazione». In base ad essa, *«le norme sui diritti fondamentali si 'irradiano' in tutti i settori dell'ordinamento giuridico»* e stabiliscono principi che riguardano tutti gli attori all'interno della loro giurisdizione: verticalmente, con gli individui che hanno diritto alle azioni positive dello Stato, ma anche orizzontalmente, tra le parti private. Ciò pone le basi per una maggiore tutela dei soggetti svantaggiati, in base ai principi di solidarietà e uguaglianza (Kumm, 2006). Da allora sono seguite numerose altre decisioni in questa e in tutte le altre giurisdizioni europee, contribuendo in modo significativo allo sviluppo materiale e morale della società e dei suoi singoli membri.

È quindi certo che il contenzioso di interesse pubblico – per quanto con nomi diversi – è stato ed è ripetutamente praticato all'interno dell'Unione Europea. Per valutarne l'efficacia e il potenziale, tuttavia, è indispensabile considerare la complessa struttura da cui scaturisce tale contenzioso. Tale architettura è caratterizzata da molteplici livelli e corti, che offrono valide alternative, ma comportano anche il rischio di pericolosi intrecci, o addirittura di sovrapposizioni.

Quando ci si riferisce al sistema di protezione dei diritti fondamentali in Europa, il termine multilivello è ormai ampiamente utilizzato. Oltre all'ordinamento giuridico nazionale cui appartengono, gli individui in Europa beneficiano, infatti, anche delle garanzie sostanziali e procedurali previste dall'Unione Europea, nonché da qualsiasi trattato internazionale concordato dal loro Stato. Ad esempio, poiché tutti gli Stati membri dell'UE sono anche Stati membri del Consiglio d'Europa, la loro protezione comprende le disposizioni della CEDU e, di conseguenza, la possibilità di rivolgersi anche alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; lo stesso vale per il sistema di protezione delle Nazioni Unite e le sue garanzie (per lo più sostanziali).

Da un punto di vista sostanziale, i cataloghi di diritti più rilevanti applicabili in Europa sono senza dubbio la Costituzione nazionale di ogni Stato, la CDFUE, la CEDU e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Sebbene ognuna di esse – soprattutto a livello nazionale – sia stata raggiunta attraverso un proprio processo costituzionale e storico, declinato in modo peculiare, in quasi tutte le costituzioni europee si possono trovare profondi legami reciproci, sia espliciti che impliciti. All'interno dell'UE si può, infatti, riscontrare un

nucleo condiviso di diritti fondamentali *«in quanto risultano, in particolare, dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri»*, come si legge nel preambolo della CDFUE. Il Trattato dell'Unione Europea, all'articolo 2, sottolinea come *«l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società in cui prevalgono il pluralismo, la non discriminazione, la tolleranza, la giustizia, la solidarietà e la parità tra donne e uomini»*. La CDFUE, che è giuridicamente vincolante dal Trattato di Lisbona del 2009, *«riproduce sostanzialmente in un catalogo scritto i principi generali di diritto enunciati dalla Corte di Giustizia europea nella sua giurisprudenza, sviluppata nel corso degli anni»* (Amalfitano, 2018). Una stretta influenza deriva anche dal diritto internazionale. La CDFUE, ad esempio, fa esplicito riferimento alla CEDU nell'art. 52.3 (*«Nella misura in cui la presente Carta contiene diritti che corrispondono a quelli garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata di tali diritti sono identici a quelli stabiliti da detta Convenzione. Questa disposizione non impedisce al diritto dell'Unione di fornire una protezione più ampia»*). Alcune Costituzioni nazionali menzionano esplicitamente la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (ad esempio, l'art. 10, comma 2, della Costituzione spagnola e l'art. 16, comma 2, di quella portoghese). Influenze generali e implicite si trovano in quasi tutte le costituzioni europee. Questi riferimenti reciproci dimostrano un grado crescente di interconnessione tra il livello interno e quello sovranazionale, che ultimamente può essere percepito attraverso un dialogo sempre più vivace tra le corti a tutti i livelli e coordinate, anche da continenti diversi (Randazzo, 2022).

Da un punto di vista processuale, le sedi all'interno dell'Unione Europea in cui questi diritti e principi possono essere difesi riguardano i tre livelli sopra menzionati: i tribunali nazionali (di fronte al giudice ordinario, a quello amministrativo o, se presente, a quello costituzionale), la Corte di giustizia europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo. All'interno di questi livelli, esistono numerosi percorsi processuali attraverso i quali le parti private (sia come persone fisiche che come entità organizzate, come le ONG) possono raggiungere i tribunali. Ognuno di questi percorsi ha caratteristiche processuali diverse, dovute al disegno politico, alla tradizione storica, alla composizione della corte o al sistema giuridico di appartenenza. Ad esempio, ogni via presenta i propri requisiti peculiari per accedervi. Per quanto riguarda la legittimazione ad agire, alcune tecniche consentono a chiunque di adire il tribunale, mentre nella

maggior parte dei casi solo alcuni soggetti sono autorizzati a farlo, come ad esempio, a seconda dello strumento processuale, le persone direttamente colpite dall'atto, il ministro pubblico, agenzie o istituzioni amministrative specificamente indicate o uno Stato membro. Sono previsti anche diversi criteri di ammissibilità: il precedente esaurimento di altri (o di tutti) i rimedi disponibili, la precedente instaurazione di un procedimento ordinario cd. *a quo*, l'omogeneità dei diritti fatti valere, la prova della notifica alle parti interessate, l'adequatezza della rappresentanza, il collegamento diretto con il caso. Inoltre, la maggior parte delle azioni può essere avviata entro uno specifico termine temporale, allorché altre non ne prevedono.

In relazione ai tipi di reclami che possono essere presentati attraverso ciascuna via processuale, le divergenze riguardano i possibili convenuti della causa: alcuni procedimenti possono essere intentati solo contro Stati membri, parti private, enti pubblici, agenzie o istituzioni. Le limitazioni possono riguardare anche i tipi di atti (o omissioni) che possono essere rivendicati come lesivi di una serie di diritti e interessi: ad esempio, solo quelli provenienti dal potere legislativo, amministrativo e non dal potere giudiziario o, piuttosto, da soggetti privati o, ancora, limitatamente a specifici settori del diritto. Inoltre, i terzi possono contribuire o meno alla discussione del procedimento, ad esempio in qualità di *amici curiae*. In altri casi, il loro coinvolgimento è addirittura obbligatorio (ad esempio, gli avvocati generali davanti alla Corte di giustizia europea).

Infine, ogni percorso processuale può portare a risultati diversi. Per quanto riguarda il tipo di rimedio, alcuni consentono al giudice di concedere misure provvisorie o inibitorie, altri un risarcimento e altri ancora un cambiamento strutturale, come una riforma della legge. Per quanto riguarda gli effetti della decisione, invece, alcune sono vincolanti solo *inter partes*, mentre altre *erga omnes*, per l'intera comunità. Alcune decisioni possono essere impugnate entro un certo numero di giorni, altre sono definitive e non possono assolutamente essere impugate.

Il diverso intreccio di tutti questi elementi contribuisce a dare forma a ciascuna tecnica processuale e al suo potenziale nel far valere diritti e interessi specifici. Come i pezzi di un puzzle complesso, ogni composizione produce un risultato diverso. Alcune saranno più efficaci per la rivendicazione di determinate politiche, mentre altre saranno più adatte ad altri obiettivi processuali. Le scelte alla base di alcuni elementi sono radicate nella tradizione dell'ordinamento giuridico o del sistema a cui appartengono, altre sono dovute a scelte politiche temporanee. Alcuni sono più facili da cambiare, altri rimarranno probabilmente fissi a lungo. Nell'ambiziosa ricerca di quale, se esiste, tecnica processuale

sia più adatta a tutelare l'interesse pubblico, naturalmente la somma degli elementi corretti diventa fondamentale. Probabilmente, però, a differenza dei comuni puzzle, non esiste una risposta universale corretta, o una «formula perfetta». Non esiste uno strumento processuale o un sistema di intrecci che *di per sé* fornisca sempre il risultato più efficiente. Ciò è particolarmente vero se si considera l'ampiezza del perimetro della presente ricerca: la tutela dell'interesse pubblico e dei diritti fondamentali. A seconda delle circostanze concrete del caso – vale a dire lo specifico interesse pubblico tutelato, la comunità coinvolta, l'urgenza, il sistema giuridico complessivo – alcune tecniche processuali possono risultare più adatte di altre.

In ogni caso, come descritto nel paragrafo precedente, un contenzioso di successo in questo campo trascende gli interessi delle parti coinvolte nel procedimento, fa valere diritti e principi di natura fondamentale, cerca un cambiamento sistemico andando contro enti pubblici o grandi soggetti privati, se non lo Stato stesso, e trova nel giudice un regista attivo e flessibile: queste caratteristiche evidentemente danno ancora preziose indicazioni su quali siano i percorsi che possono funzionare meglio o meno. Ad esempio, possono essere scartate le tecniche che non possono essere avviate direttamente dai privati, che hanno un *iter* troppo lungo e complesso per arrivare in tribunale, che hanno un ambito di applicazione troppo ristretto, che non possono essere rivolte contro lo Stato o le autorità pubbliche, che non hanno effetti *erga omnes*, o che non offrono rimedi sufficientemente efficaci ai giudici. Si dovrebbe, però, anche considerare come lievi (seppur difficili da realizzare) cambiamenti nella composizione degli elementi sopra citati possano alterare significativamente – in positivo o in negativo – il potenziale di tutela di un certo meccanismo processuale. Inoltre, l'impatto potrebbe essere percepito in modo diverso dalle varie parti interessate. Si tratta quindi di una sfida molto delicata di bilanciamento e di scelta della migliore procedura disponibile in base alle circostanze concrete del caso in questione.

#### 4. LE AZIONI DI CLASSE

Nel contesto europeo, la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali e, in generale, dell'interesse pubblico, ha tradizionalmente visto l'impiego per lo più di strumenti di revisione costituzionale o di contenzioso davanti alla Corte EDU (sia individuale sia, più recentemente, attraverso la cd. *pilot judgement procedure*). Raramente, invece, nel continente è stato posto l'accento sul possibile ruolo delle azioni di classe, le quali hanno giocato un ruolo cruciale



nell'esperienza di *public interest litigation* d'oltreoceano e sono ora al centro di nuova normativa, sia interna che UE.

Come noto, le azioni di classe, o *class action*, sono un istituto tipico delle giurisdizioni di *common law*. Si tratta di un meccanismo processuale attraverso cui una persona fisica o un'organizzazione agisce per conto di un gruppo di individui simultaneamente, i cui diritti o interessi vengono fatti valere in quanto danneggiati dalla stessa condotta e che sono, o possono essere, vincolati dagli effetti della *res judicata*, senza essere necessariamente parte del procedimento. Con esse possono essere richiesti sia risarcimenti che provvedimenti inibitori. Nate nel XIII secolo nel Regno Unito, hanno visto il pieno sviluppo solo nel 1966 negli Stati Uniti, con l'introduzione del nuovo *Rule 23* dei *Federal Rules of Civil Procedure*. Da allora, hanno guadagnato molta attenzione e si sono dimostrati uno strumento estremamente prezioso per il cambiamento sociale in quella giurisdizione, soprattutto nell'ambito dei diritti civili, nonché per superare le asimmetrie economiche, organizzative e informative, principalmente nei settori del diritto dei consumatori, degli illeciti di massa e dei finanziari. In breve, sono state una delle ragioni principali del successo del nuovo movimento di *public interesse litigation* e per la realizzazione di numerosi principi fondamentali, altrimenti mera parola su carta (Marcus, 2015). Negli ultimi anni, tuttavia, importanti modifiche legislative, esortate dai potenziali convenuti e dal timore di un possibile abuso del modello (attraverso i cd. «*buccaneering attorneys*», che puntano a quote lite o accordi transattivi loro vantaggiosi), hanno portato a numerose restrizioni processuali che hanno fortemente ostacolato lo strumento (Cummings, 2020). Tuttavia, nel frattempo, il suo trapianto giuridico ha raggiunto numerose altre sponde in tutto il mondo, tra cui anche quelle dell'Europa continentale. In particolare, a partire dai primi anni 2000, le istituzioni dell'UE hanno iniziato a prendere seriamente in considerazione l'introduzione di modelli simili sul territorio europeo. Questo processo è stato accelerato da una serie di rilevanti scandali nel settore del diritto dei consumatori (Volkswagen Dieseldgate, Poli Implant Prothès, Ryanair), che hanno portato la Commissione europea a lanciare nel 2018 il cosiddetto «*New Deal for Consumers*», una serie di iniziative volte a migliorare il livello di protezione dei consumatori europei. L'ultima tappa di questo processo è stata l'adozione, alla fine del 2020, della cosiddetta Direttiva RAD, la cui attuazione a livello nazionale è prevista entro il 25 dicembre 2022<sup>5</sup>. Gli obiettivi principali della Direttiva RAD sono, da un lato, quello di garantire che in ogni Stato membro sia disponibile almeno un meccanismo di azione collettiva inibitoria

---

<sup>5</sup> Si v. UZELAC, VOET (2021) per una disamina completa dell'attuale panorama europeo.

e risarcitoria e, dall'altro, quello di raggiungere un livello minimo di armonizzazione tra le procedure nazionali già esistenti (art. 1, Direttiva RAD, «*Oggetto e finalità*»). Tuttavia, a differenza della precedente Raccomandazione UE del 2013<sup>6</sup>, il suo ambito di applicazione è piuttosto limitato, in quanto sembra circoscritto esclusivamente alla protezione dei consumatori. Questo passo indietro è immediatamente rappresentato dal titolo della Direttiva («*relativa alle azioni rappresentative per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE*»). L'art. 2, paragrafo 1, chiarisce che «*si applica alle azioni rappresentative promosse contro le violazioni da parte dei professionisti delle disposizioni del diritto dell'Unione di cui all'allegato I [...] che ledono o possono ledere gli interessi collettivi dei consumatori*», mentre l'art. 3 definisce il «consumatore» come «*qualsiasi persona fisica che agisca per fini che non rientrano nella sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale*» e l'Allegato I fornisce un elenco di direttive e regolamenti incentrati sul consumatore. Quindi, almeno sulla carta, sembra che i diritti non legati alla sfera dei consumatori – e, in particolare, i diritti fondamentali – non rientrino nel suo campo di applicazione.

In alcuni Stati, come il Belgio, sono già stati avviati procedimenti dinanzi alle rispettive Corti costituzionali per chiedere l'incostituzionalità di regimi di azioni collettive con un ambito di applicazione troppo ristretto, come quelli limitati al diritto dei consumatori<sup>7</sup>. Sebbene questi tentativi di ampliare l'ambito di applicazione siano stati finora infruttuosi, è necessario monitorare se questa tendenza sarà seguita in altri Stati membri, eventualmente con risultati diversi.

Tuttavia, nel frattempo, non tutte le porte sono chiuse. Alcune delle disposizioni dell'Allegato I della Direttiva, infatti, potrebbero essere utilizzate come leva per far valere altri diritti: ad esempio, il diritto alla salute, alla vita privata, a un ambiente pulito, alla libertà di informazione. Dovrebbe sempre esserci un legame con i diritti sostanziali dei consumatori, ma potrebbero effettivamente essere un modo per tutelare anche diritti di rango costituzionale, almeno in determinate circostanze.

Soprattutto, va sottolineato come ai sensi della Direttiva RAD gli Stati membri abbiano comunque la possibilità di adottare modelli di azione collettiva con un ambito di applicazione più ampio. È il caso, ad esempio, dell'Italia o dei Paesi Bassi, che hanno adottato un ambito di applicazione orizzontale per le azioni collettive sia inibitorie che risarcitorie, o della Francia, che prevede le cosiddette «*actions de groupe*» anche per altre aree del diritto (ad esempio,

<sup>6</sup> Raccomandazione 2013/396/EU della Commissione Europea dell'11 giugno 2013.

<sup>7</sup> Corte Costituzionale Belga, [2006], n. 41-2016.

diritto ambientale o anti-discriminazione). In particolare, l'Olanda, attraverso le sue azioni inibitorie, ha riscontrato, soprattutto nel settore del cambiamento climatico, grandi vittorie per l'interesse pubblico: ad esempio, con le cause *Urgenda v. the Netherlands* e *Milieudefensie v. Royal Dutch Shell*, rispettivamente del 2019 e del 2021, attraverso le quali i ricorrenti hanno ottenuto l'ordine (diretto, nel primo caso, allo Stato e, nel secondo, a una grande società) di ridurre significativamente le dannose emissioni di carbonio<sup>8</sup>. In Italia, dove la legislazione è più recente, sono attualmente in corso tre azioni collettive inibitorie che potrebbero essere definite di «interesse pubblico» e volte alla tutela di diritti fondamentali: una contro l'impianto siderurgico dell'ILVA<sup>9</sup>, vicino alla città di Taranto, che è stata recentemente descritta come «zona di sacrificio» in un rapporto del Relatore Speciale delle Nazioni Unite sui Diritti Umani e l'Ambiente a causa dell'alto livello di inquinamento atmosferico; una contro ITA Airways per la discriminazione in ambito lavorativo delle lavoratrici, in particolare di quelle con figli disabili; un'altra contro l'azienda di *food delivery* Deliveroo per condizioni di lavoro inique, sulla base di precedenti decisioni favorevoli dei giudici ordinari<sup>10</sup>.

In altri Paesi, come gli Stati Uniti o il Canada, si sono registrati successi in diversi altri settori: ad esempio, in numerosi casi di sovraffollamento carcerario o, in generale, di trattamento persistentemente ingiusto e disumano dei detenuti; di desegregazione scolastica; di danni di massa; di discriminazione lavorativa. Ciò dimostra come, almeno in determinate circostanze, possano essere uno strumento prezioso per colmare alcune delle lacune processuali e degli ostacoli pratici non superati da altre tecniche più tradizionali – le quali restano comunque essenziali. Da questa vasta gamma di precedenti si possono trarre diversi insegnamenti.

In primo luogo, le azioni di classe possono essere intentate direttamente, senza il previo esaurimento di altri rimedi o senza la necessità di instaurare un procedimento ordinario (tipico dei sistemi indiretti di revisione costituzionale, quale quello italiano). Ciò consente un giudizio rapido, soprattutto per le azioni inibitorie. Inoltre, qualsiasi soggetto privato interessato può intentarle, sia come persona fisica che come associazione o altra organizzazione. Alcune azioni collettive inibitorie, come quella italiana, danno addirittura diritto di agire a qualsiasi individuo che possa essere interessato: non è quindi nemmeno

<sup>8</sup> *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*, [2015] HAZA C/09/00456689; *Milieudefensie et al v. Royal Dutch Shell*, [2021] C/09/571932, in appello.

<sup>9</sup> *Zaninelli et al. c. ILVA S.p.a., Acciaierie d'Italia Holding S.p.a. e Acciaierie d'Italia S.p.a.*, Trib. Milano, Sez. spec. impresa, 10166/2021.

<sup>10</sup> Per ulteriori approfondimenti, si v., volendo, MAGLICA, RANDAZZO (2023).

necessario dimostrare un legame diretto con il caso <sup>11</sup>. Questo potrebbe essere estremamente rilevante quando si tratta di far valere interessi supraindividuali o diffusi. A questo proposito, gli eventuali requisiti per la legittimazione attiva diventano naturalmente determinanti: ad esempio, l'appartenenza a un registro speciale o l'essere stati costituiti da almeno un certo numero di anni possono porre barriere pericolose. D'altra parte, è anche importante verificare appieno l'adeguatezza a rappresentare l'interesse pubblico di chi propone la domanda: un mero criterio del «primo arrivato, primo a rappresentare» può essere inefficace da questo punto di vista.

In secondo luogo, le cd. *class action* possono essere intentate anche contro soggetti privati e per violazioni più locali e circoscritte. Molte delle cause sopracitate sono state promosse contro società private – ad esempio contro Milieudefensie, ILVA, ITA Airways, Deliveroo, società responsabili di danni di massa, di discriminazioni sul lavoro, ma la casistica mostra anche scuole private, ospedali o persino centri di detenzione privati (negli Stati Uniti). In questo modo si colma, da un lato, la lacuna di quelle tecniche processuali che possono essere utilizzate solo contro lo Stato, le autorità pubbliche o per far valere l'incostituzionalità di una disposizione; dall'altro, si affrontano in modo uniforme casi di natura *sistemica* che altrimenti non potrebbero essere portati individualmente davanti al giudice ordinario da tutti i membri della comunità interessata. Tra i possibili, ma facilmente evitabili, inconvenienti, va considerato che alcuni modelli di *class action* – come quello italiano – non consentono di presentare richieste di risarcimento direttamente contro lo Stato in sé (ma contro specifici enti pubblici, sì).

In terzo luogo, la riunione delle domande è efficiente dal punto di vista dell'economia processuale e al fine di condividere gli effetti della decisione direttamente su tutti gli interessati, senza il rischio di esiti divergenti del procedimento. Ciò potrebbe essere favorevole anche per i convenuti. Per le azioni collettive risarcitorie, naturalmente i membri della classe interessata dovranno avere almeno la possibilità di rinunciare, se non è già previsto un regime di *opt-in*. In tal caso, sarà necessario predisporre modalità di notifica adeguate verso tutti gli interessati.

In quarto luogo, la riunione di tutte le posizioni violate in un'unica causa presenta numerosi vantaggi: favorisce le transazioni, il che apre la porta a forme di risarcimento più flessibili e creative (ad esempio, tramite accordi stragiudiziali volti alla creazione di fondazioni *ad hoc*, nonché tramite una maggiore risonanza nell'opinione pubblica, che esercita pressioni sui convenuti e

---

<sup>11</sup> Art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.

sui legislatori per agire, al di là dell'esito concreto della causa); facilita il coinvolgimento di tutte le parti interessate, anche di terzi, creando un *forum* di discussione e, ancora una volta, aumentando l'attenzione dei media sulla questione pubblica al di là della situazione concreta discussa (ad esempio, coinvolgendo anche i lavoratori di un'azienda inquinante); attrae finanziatori terzi, i cd. *third-party litigation funders* (il contenzioso costa e qualcuno se ne deve assumere l'onere, oltre che il rischio).

Nonostante questi possibili vantaggi, bisogna considerare che ci sono stati anche numerosi casi in cui le azioni collettive non hanno funzionato per la tutela dell'interesse pubblico: alcuni dei possibili difetti sono già stati evidenziati, mentre altri riguardano le possibili difficoltà nel comporre una «classe omogenea», nel trattare congiuntamente interessi di elevato rango costituzionale afferenti a più individui, nelle ritrosie che alcuni giudici ordinari (anche di primo grado, spesso) potrebbero mostrare nel decidere su questioni parzialmente politiche, o, infine, nel dar loro esecuzione. Tuttavia, l'esperienza empirica, per lo più d'oltreoceano, mostra chiaramente che c'è stata anche un'ampia porzione di casi in cui questa tecnica processuale ha avuto notevole successo per la tutela, in forma giurisdizionale, di diritti fondamentali. Già solo per questo motivo, quando si discute dei diversi modi in cui i diritti e principi costituzionali possono essere garantiti, questo strumento – tipico del mondo di *common law*, ma ora lentamente trapiantato anche sul suolo europeo – merita attenzione, accanto ai più tradizionali meccanismi di *civil law*.

## 5. CONCLUSIONE

L'obiettivo di questo contributo non è quello di trovare il meccanismo migliore per tutelare i diritti fondamentali o l'interesse pubblico in Europa. Si tratta di un compito impossibile. Piuttosto, ci si è concentrati, in via preliminare, su cosa significhi realmente questo tipo di contenzioso, basandosi sull'esperienza della cd. *public interest litigation*. L'obiettivo era quello di comprenderne appieno le caratteristiche principali e, soprattutto, le necessità. Una volta delineato il perimetro, vale a dire il complesso quadro multilivello dell'UE per la tutela giurisdizionale dei diritti e dei principi fondamentali, si è posto l'accento sullo strumento delle azioni di classe. A tal riguardo, è vero che altri strumenti processuali possono essere più adatti per certi tipi di casi: ad esempio, la *pilot-judgement procedure* davanti alla CEDU quando manca un rimedio efficace che sta causando numerose violazioni simili nello stesso Stato, accompagnate da una forte inerzia politica; oppure la revisione costi-

tuzionale per le disposizioni che vanno chiaramente contro i principi, anche programmatici, stabiliti dalla Costituzione. Altri possono essere più efficaci in determinati ordinamenti giuridici, a seconda del sistema di applicazione disponibile. È, altresì, certo, tuttavia, che il modello della *class action*, in fase di implementazione a livello europeo (entro la fine di quest'anno, il 2022), presenta una serie di caratteristiche che possono ovviare ad alcune delle carenze degli altri meccanismi, perseguendo al contempo l'interesse pubblico e la tutela di diritti fondamentali in sede giudiziaria. L'esperienza di *common law*, così come le prime applicazioni all'interno dell'UE, ci forniscono preziosi insegnamenti su ciò che ha funzionato e ciò che non ha funzionato. Altri spunti, ancora più preziosi, verranno dalle future applicazioni e dagli sviluppi giurisprudenziali nei sistemi di *civil law*. Nel frattempo, non cogliere questa opportunità nell'elaborazione dei nuovi meccanismi di classe, limitandone l'ambito di applicazione ai soli ricorsi dei consumatori, sarebbe un'occasione persa. La difesa dell'interesse pubblico è, infatti, una sfida già troppo ardua per proseguire su un solo cammino. Per ciò, è necessario utilizzare tutti i meccanismi disponibili ed efficaci. Si tratta quindi, come già detto in passato da altri, di una lezione di pluralismo (Cappelletti, 1975).

Per ironia della sorte, è proprio il pluralismo – inteso come globalizzazione, standardizzazione e massificazione della maggior parte dei rapporti economici e sociali – ad aver causato la divisione tra diritto pubblico e privato, portandoci oggi a discutere dei diversi modi di far valere privatamente gli interessi pubblici, che, in fondo, non sono più solo pubblici.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.VV. (1990). *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario*. Corte Costituzionale. Giuffrè. Milano.
- ALEX, R. (2010). *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press.
- AMALFITANO, C. (2008). *General principles of EU law and the protection of fundamental rights*. Elgar.
- CAIELLI, M. (2015). *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell'actio popularis*. Giappichelli. Torino.
- CAPPALLI, R. B.; CONSOLO, C. (1992). *Class Actions for Continental Europe: A Preliminary Inquiry*. 6 Temple International and Comparative Law Journal.
- CAPPELLETTI, M. (1955). *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Giuffrè. Milano.
- (1976). *Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist's Contribution*, 25 Buffalo Law Review.

- CAPPELLETTI, M. *Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: a Comparative Study*, 73(5) Michigan Law Review, 1975, p. 883.
- CARLASSARRE, L. (1988). *Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali*. CEDAM. Padova.
- *Introduzione*, in Angiolini, V. (1992). *Libertà e giurisprudenza costituzionale*. G. Giappichelli. Torino.
- CASAVOLA, F. (1958). *Studi sulle azioni popolari romane. Le «actiones populares»*. Jovene. Napoli.
- CHAYES, A. (1976). *The Role of the Judge in Public Law Regulation*. 89 Harvard Law Review.
- CHILTON, A.; VERSTEEG, M. (2020). *How Constitutional Rights Matter*, Oxford University Press.
- CUMMINGS, S. L. (2020). *Public interest litigation in a comparative perspective*. 26 Australian Journal of Human Rights.
- GREENBERG, J. (1997). *Civil Rights Class Actions. Procedural Means of Obtaining Substance*. 39 Arizona Law Review.
- HANDLER, J. F. (1978). *Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change*. New York Academic Press.
- HARARI, Y. N. (2018). *21 Lessons for the 21st Century*. Jonathan Cape. London.
- HESS, B. (2022). *Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution?*. 3 MPILux Research Paper Series.
- HOMBURGER, A. (1974). *Private Suits in the Public Interest in the United States of America*. 23 Buffalo Law Review.
- ISSACHAROFF, S. (2012). *Class Actions and State Authority*. 44 Loyola University Chicago Law Journal.
- KALAJDZIC, J. (2021). *Climate Change Class Actions in Canada*. 100(2) Supreme Court Law Review.
- KUMM, M. (2006). *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*. 7 German Law Journal.
- LANDFRIED, C. (2019). *Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge University Press.
- LUISO, F. P. (2017). *Diritto processuale civile. Vol. 1: Principi generali*. Giuffrè. Milano.
- MAGLICA, A.; RANDAZZO, B. (2024) *La class action all'italiana: dubbi di costituzionalità e prime problematiche applicative*, in Henke, A.; Randazzo, B. (ed.) *L'azione di classe italiana nel quadro europeo: profili sostanziali e processuali*, Giappichelli.
- MARCUS, D. (2015). *The Public Interest Class Action*, 104 Georgetown Law Journal.
- (2011). *Flawed but Noble: Desegregation Litigation and Its Implications for the Modern Class Action*. 63 Florida Law Review.
- OLIVETTI, M. (2020). *Diritti fondamentali*. Giappichelli.

- PALOMBELLA, G. (2020). *From Human Rights to Fundamental Rights: Consequences of a conceptual distinction*. 93 Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, as cited in Wouters, J.; Ovádek, M. (2020). *The European Union and Human Rights. Analysis, Cases and Materials*, Oxford University Press.
- PIZZORUSSO, A. (1972). *Interesse pubblico e interessi pubblici*. 26 Riv. trim. dir. e proc. civ.
- RANDAZZO, B. (2012). *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*. Giuffrè. Milano.
- (2022). *Accesso alla giustizia e diritti fondamentali nella dimensione costituzionale nazionale e sovranazionale. Introduzione*, in Amalfitano, C.; Violini, L.; Galetta, D. U. (2022). *Law, Justice and Sustainable Development: L'Accesso alla giustizia nel quadro del SD Goal 16*. Giappichelli. Torino.
- RHODE, D.; CUMMINGS, S. L. (2009). *Public Interest Litigation: Insights from Theory and Practice*.
- ROMBOLI, R. (2021). *Manuale di diritto costituzionale ed europeo*. Giappichelli. Torino.
- SETZER, J. AND HIGHAM, C. (2022). *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot*. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy. London School of Economics and Political Science.
- UZELAC, A.; VOET, S. (2021). *Class Actions in Europe. Holy Grail or Wrong Trail?*. Springer.
- VOET, S. (2017). *Where the Wild Things Are – Reflections on the State and Future of European Collective Redress* in A. Keirse, M. B. M. Loos (2017). *Ius Commune Europaeum*. Intersentia. Cambridge.



**GLI EFFETTI NEGATIVI DELLA MANCATA COOPERAZIONE  
TRA CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI GIUSTIZIA:  
RIFLESSIONI A PARTIRE DAL CASO RUMENO (CORTE DI  
GIUST., SENT. 22/2/2022 RS, C-430/21)<sup>1</sup>**

PAOLO GAMBATESA<sup>2</sup>

*Università degli Studi di Milano e Universidad de Granada*

**SOMMARIO:** 1. *I primi rilievi sul caso oggetto di studio.*–2. *I termini del «conflitto»: gli accadimenti giudiziali pregressi che influenzano l'odierno rinvio pregiudiziale.*–3. *I questi pregiudiziali proposti dalla Corte d'Appello di Craiova e la loro soluzione da parte della Corte di Giustizia.*–4. *Verso un obbligo di rinvio pregiudiziale per i Giudici costituzionali prima dell'attivazione dei cc.dd. controlimiti?*

**1. I PRIMI RILIEVI SUL CASO OGGETTO DI STUDIO**

La pronuncia del 22 febbraio 2022 della Corte di Giustizia nel caso RS (C-430/21) testimonia come esistano, ancora oggi, fratture e contraddizioni nel difficile bilanciamento tra primato del diritto dell'Unione e identità costituzionali<sup>3</sup>. Tale rapporto, come noto, costituisce uno degli aspetti più comples-

---

<sup>1</sup> Questo contributo ha ricevuto il premio *ex aequo* come migliore relazione del VI Congresso internazionale del Seminario Italospagnolo «Costituzionalismo?».

<sup>2</sup> Assegnista di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano e dottore di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano e l'Universidad de Granada, [paolo.gambatesa@unimi.it](mailto:paolo.gambatesa@unimi.it)

<sup>3</sup> La pronuncia è stata oggetto di dibattito nel recente incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia, «Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione Europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali», tenutosi a Roma presso il palazzo della

si dell'intero processo di integrazione europea, su cui in plurime occasioni il Giudice dell'Unione, sollecitato in sede pregiudiziale, ha avuto modo di intervenire esprimendo delle posizioni non sempre in linea con quanto affermato dalle Corti costituzionali degli Stati membri.

Terreno di «scontro», ancora una volta<sup>4</sup>, è il principio di indipendenza della magistratura, presidiato al livello europeo dal combinato disposto degli artt. 2 e 19 del TUE, e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la cui lesione viene accertata dalla Corte di Lussemburgo<sup>5</sup> nel maggio 2021 in relazione alla normativa nazionale sulla Sezione specializzata della procura per le indagini sui reati commessi all'interno del sistema giudiziario (*Secția pentru investigarea infracțiunilor din justiție*, in seguito anche «SIRG»), istituita presso l'Alta Corte di Cassazione e di Giustizia rumena (*Înalta Curte de Casație și Justiție*). Alla sentenza del Giudice dell'Unione segue il pronunciamento, di segno contrario, della Corte costituzionale che ritiene quella stessa disciplina nazionale non in contrasto con le previsioni super primarie, norme parametro nel suo giudizio. Conseguentemente, in questa prospettiva, nel conflitto tra norme nazionali e norme europee, a subire una recessione sarebbero quest'ultime, dal momento che le prime costituiscono espressione della identità costituzionale rumena.

All'esito dei due giudizi, la Corte d'appello di Craiova, chiamata a dirimere una controversia ove si rendeva necessaria l'applicazione della normativa sulla SIRG, si trova davanti a un bivio: applicare le disposizioni nazionali, dando così seguito alla pronuncia del Giudice costituzionale, ma violando l'obbligo di disapplicare imposto da Lussemburgo; oppure – viceversa – agire in ossequio a quest'ultimo, ma dissociandosi dal *decisum* costituzionale e rischiando l'attivazione, a suo carico, di un procedimento disciplinare. In altri termini, in terza battuta, il giudice di secondo grado si trova a decidere del bilanciamento tra il primato, da un lato, e la identità costituzionale, dall'altro.

---

Consulta il 5 Settembre 2022. In particolare si v. le relazioni di K. LENAERTS, S. SCIARRA, E. NAVARRETTA, L. S. ROSSI, G. PITRUZZELLA. Mentre, in dottrina v. M. D'AMICO 2024, D. GALLO, 2022; P. FARAGUNA 2022; F. SEVERA 2022.

<sup>4</sup> Il tema richiama al caso della Polonia, sui cui è già in più occasioni intervenuta la Corte di Giustizia: v., *ex multis*, sentenza del 5 novembre 2019, C-192/18, GC, *Commissione europea c. Polonia*; sentenza del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18; C-624/18; C-625/18, GC, *AK*; sentenza del 24 giugno 2019, C-619/18, GC, *Commissione europea c. Polonia*; sentenza del 15 luglio 2021, C-791/19, GC, *Commissione europea c. Polonia*; sentenza del 16 novembre 2021, cause riunite C-748-754/19, GC, *WB e a.*; più recentemente, sentenza del 5 giugno 2023, C-204/21, GC, *Commissione europea c. Polonia*, sentenza del 13 luglio 2023, cause riunite C-615/20 e C-671/20, GC, *YP e al.*, (in argomento per tutti, v. G. DE BÚRCA 2022; F. C. MARQUES, 2022; W. SADURSKI 2019; A. DI GREGORIO, 2017).

<sup>5</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. del 18 maggio 2021, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»*, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, con nota di M. MORARU, R. BERECA 2022.

Tale scelta non viene operata immediatamente e, anzi, viene demandata da giudice comune alla Corte di Giustizia che conferma il suo precedente e riafferma l'obbligo del giudice nazionale di procedere alla disapplicazione in virtù del principio del primato.

Già da queste prime coordinate si evince la cornice che fa da sfondo al caso di studio. Assume rilievo, da un lato, il tema del primato del diritto e dei suoi valori fondanti che nell'impattare direttamente sull'ordinamento nazionale producono instabilità e incertezze anzitutto presso i giudici comuni; dall'altro, vi è il sempre più delicato «rapporto» – che qui figura come un vero e proprio «scontro» – fra la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale rumena. Dunque, tematiche e problematiche non nuove che – sia pur con differenti declinazioni – hanno caratterizzato altri noti casi<sup>6</sup> che fanno perno sul complesso ruolo dei Giudici costituzionali nello spazio giudiziario europeo<sup>7</sup>. Spazio in cui la trama dei diritti è diventata sempre più fitta e complessa grazie alla cooperazione tra giudici nazionali e Corte di Lussemburgo attivata per il tramite del rinvio pregiudiziale (F. Balaguer Callejón 2004), strumento che gli stessi Giudici costituzionali hanno iniziato ad adoperare piuttosto tardi<sup>8</sup> (in

<sup>6</sup> Solo per fare alcuni tra i più noti esempi si considerino le cc.dd. «saghe» *Taricco e Melloni* (infra nota n. 11).

<sup>7</sup> In argomento, v. le più ampie riflessioni di M. D'AMICO, 2017, che abbracciano l'articolato legame tra la Corte EDU, la Corte di Giustizia e il Comitato europeo dei diritti sociali nella protezione dei diritti fondamentali della persona.

<sup>8</sup> Tra le prime Corti costituzionali che hanno operato un rinvio pregiudiziale troviamo la Corte costituzionale belga (già denominata *Court d'arbitrage*, dal 2007 *Cour constitutionnelle*) nel 1997 (C-93/97, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins c. Gouvernement flamand e a.*, sentenza del 16 luglio 1998), la Corte Austriaca (*Verfassungsgerichtshof*) nel 1999 (C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e a. c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*, sentenza del 8 Novembre 2001), la Corte costituzionale della Lituania (*Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas*) nel 2007 (C-239/07, *Julius Sabatauskas e a.*, sentenza del 9 ottobre 2008).

A seguire, vi è stato il primo rinvio della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio in via principale, ordinanza di rinvio del 15 aprile 2008, n. 103, che ha trovato esito nella sentenza del 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna* (C-169/08); mentre il primo rinvio pregiudiziale nel corso di un giudizio in via incidentale si registra nel 2013, con l'ordinanza di rinvio n. 207 (C-418/13), decisa in sede europea con la pronuncia *Mascolo e a.*, resa dal Giudice europeo il 26 novembre 2014 a seguito di una riunione delle cause iscritte al ruolo della Corte di Giustizia (C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13).

Nota è anche la prima (e sino ad ora unica) rimessione alla Corte di Giustizia da parte del *Tribunal Constitucional*, nel caso *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal* (C-399/11), deciso con la sentenza del 26 febbraio 2013.

Nel medesimo anno, anche il *Conseil Constitutionnel*, adito in sede incidentale, effettua un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo (cfr. sent. 30 maggio 2013, *Jeremy F. contro Premier ministre*, C-168/13).

Successivamente, nel 2014 procedono nel medesimo senso anche il Tribunale costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*) e la Corte Suprema Danese (*Højesteret*), i cui rinvii trovano esito nelle sentenze del Giudice europeo, rispettivamente, del 16 giugno 2015 (causa C-62/14, *Peter Gauweiler e a. c. Deutscher Bundestag*) e del 19 aprile 2016 (C-441/14, *Dansk Industri c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*).

E, da ultimo, si segnalano i primi (ed unici) rinvii pregiudiziali della Corte costituzionale polacca (*Trybunał Konstytucyjny*), nel caso *Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO)*, C-390/15 (sentenza del 7 marzo 2017), e della Corte costituzionale della Romania (*Curtea Constituțională*) deciso dalla Corte di Gius-

senso critico, nella dottrina italiana, v. N. Zanon 2006; M. Cartabia, J. H. H. Weiler 2013), e, ancor oggi, i rinvii operati dai Tribunali costituzionali non risultano essere ancora molti.

Ed in particolare, il presente contributo mira ad analizzare gli effetti di un mancato rinvio da parte di un Giudice costituzionale alla Corte di Giustizia, che invece viene sollecitato da un giudice comune. A tal fine, sarà necessario prendere prioritariamente in esame le circostanze e le decisioni che impattano sulla scelta del giudice *a quo* (*infra* par. 2). Successivamente, il focus si sposterà sulla decisione della Corte di Giustizia (*infra* par. 3) che tra le altre cose paventa, in un *obiter dictum*, la possibilità di configurare un obbligo di rinvio pregiudiziale per il Giudice costituzionale (*infra* par. 4).

## 2. I TERMINI DEL «CONFLITTO»: GLI ACCADIMENTI GIUDIZIALI PREGRESSI CHE INFLUENZANO L'ODIERNO RINVIO PREGIUDIZIALE

La prima pronuncia resa in sede europea viene occasionata da sei rinvii operati dalle Corti nazionali rumene in relazione ad alcune riforme della giustizia adottate a partire dal 2017 concernenti l'organizzazione giudiziaria, il meccanismo disciplinare dei magistrati e la responsabilità, tanto statale quanto individuale, delle autorità giurisdizionali per gli errori commessi in sede giudiziaria. In particolare, quattro dei sei rinvii pregiudiziali, quelli promossi dalle Corti d'appello di Pitești (C-127/19 e C-355/19), București (C-195/19) e Brașov (C-291/19), si fondano sulla dubbia compatibilità della disciplina sulla SIRG (specie, come riformata nel 2018 dalla l. n. 207) con gli art. 2 e 19 TUE e con quanto disposto dalla decisione 2006/928/CE della Commissione.

Quest'ultima decisione viene adottata il 13 dicembre 2006, quindi poco prima della formale adesione della Romania all'Unione, avvenuta il 1 gennaio 2007, e istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi in materia giudiziaria, richiesti dall'Unione durante i negoziati di adesione (cfr. artt. 37 e 38 del Trattato di Adesione. Più in generale sull'allargamento a Est dell'UE, v. O. Pollicino, 2010). Infatti, in forza di questi obblighi, nel 2004 la Romania adottata tre leggi sulla giustizia, nn. 303, 304, 317 (specificatamente, con la l. n. 304 introduce la SIRG), che sono state, poi, oggetto di rile-

---

tizia con la sentenza del 5 giugno 2018, *Relu Adrian Coman e a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne* (C-673/16). Per tutti, sul ruolo delle Corti costituzionali nell'ambito del processo di integrazione europea, BALAGUER CALLEJÓN 2006.

vanti modificazioni tra il 2017 e il 2019, molte delle quali al centro dei dubbi sollevati in sede pregiudiziale.

Pertanto, un primo fondamentale rilievo che questa prima decisione sottolinea riguarda l'ambito di applicazione del diritto europeo, che nelle ipotesi aventi ad oggetto una normativa nazionale sulla organizzazione della giustizia non è *ictu oculi* ravvisabile in una specifica competenza devoluta all'Unione. Il ragionamento svolto intorno all'ammissibilità del vaglio interpretativo della Corte in relazione alle censure mosse dai giudici *a quibus* fa perno sull'art. 49 TUE, norma in tema di adesione, che richiede ai Paesi che intendono unirsi alla «famiglia europea», anzitutto, il rispetto dei valori dell'UE consacrati all'art. 2 TUE e, tra questi, in particolare quello dello Stato di diritto. Su questo pregnante presupposto assiologico, e cioè che «il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori sanciti dall'articolo 2 TUE costituisce una condizione di per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati a tale Stato», la Corte precisa che «uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa in modo da determinare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto [...]» e pertanto dovrà astenersi «dall'adottare qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici» (sent. *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»*, cit., pt. 162).

Quantopremesso qui in via generale, trova poi conferma nell'incompatibilità con il diritto europeo della disciplina della SIRG. Quest'ultima assegna a tale Sezione specializzata la competenza esclusiva ad avviare indagini, e al loro esito all'eventuale esercizio dell'azione penale, per i reati commessi dai magistrati rumeni nell'esercizio delle loro funzioni (art. 88<sup>1</sup>, par. 1, della l. 304 del 2004). La SIRG si compone di quindici procuratori nominati dal Consiglio della Magistratura in seguito al giudizio positivo formulato da una commissione *ad hoc* istituita, che vaglia preliminarmente i titoli presentati dei procuratori inoltrano la propria candidatura (medesima procedura viene adoperata per la scelta del procuratore capo). Con decreto d'urgenza, nel 2018 si prevede una procedura in deroga che permette l'assegnazione dell'incarico sia a procuratore capo sia procuratore a coloro ritenuti idonei dalla commissione di concorso, sebbene quest'ultimo non venga portato a termine.

Particolari critiche a questo sistema sono mosse dalla Commissione di Venezia (opinion No. 924/2018, Strasburgo, 13 luglio 2018), e confermate dalla Corte di Giustizia, la quale accerta la lesione del principio di indipendenza della magistratura ai sensi degli artt. 2 e 19 TUE, nonché delle prescrizioni inserite nella decisione della Commissione 2006/928, che esigono il rispetto del medesimo principio proprio da parte delle Autorità statali rumene. Il rischio più evidente viene ravvisato nella possibile pressione che i membri della

SIRG potrebbero esercitare indebitamente sui giudici<sup>9</sup>. In altri termini, il vulnus di fondo poggia sulla mancanza di apparenza di indipendenza e imparzialità dei membri della SIRG, dal momento che tali norme impediscono «di fuggare qualsiasi dubbio legittimo nei singoli quanto all'impermeabilità dei giudici rispetto ad elementi esterni» (sent. *Asociația*, cit., pt. 212).

Pertanto, anche in forza della decisione della Commissione, il Giudice nazionale sarà abilitato a disapplicare la normativa sulla SIRG, anche nell'eventualità in cui tale normativa abbia superato positivamente il vaglio di costituzionalità da parte della Corte costituzionale nazionale (così sent. *Asociația*, cit., pt. 7 del dispositivo).

A questa forte presa di posizione della Corte di Giustizia, segue una altrettanto netta presa di posizione della Corte costituzionale rumena. Quest'ultima, con la sentenza n. 390 del 9 giugno 2021, rigetta l'eccezione di incostituzionalità formulata in relazione alla disciplina nazionale istitutiva della SIRG, e, sulla scorta di tale considerazione, ritiene che sia proprio l'applicazione del primato del diritto europeo ad essere d'ostacolo all'applicazione di norme di rango costituzionale. In particolare, tra le norme della Costituzione romena che maggiormente interessano il nostro caso, occorre richiamare gli artt. 11 e 148. La prima norma esplicita che nell'ipotesi in cui la Romania debba aderire un Trattato internazionale che contenga disposizioni contrarie alla Costituzione, prima della ratifica sarà necessaria una modifica delle norme costituzionali interessate. Mentre, l'art. 148 prescrive, al par. 2, che «[a] seguito dell'adesione, le disposizioni dei Trattati istitutivi dell'Unione europea, nonché le altre normative comunitarie aventi valore vincolante, prevalgono sulle disposizioni contrarie della normativa nazionale, nel rispetto dell'atto di adesione»; al par. 4, si aggiunge che «[i]l Parlamento, il Presidente della Romania, il governo e l'autorità giudiziaria garantiscono il rispetto degli obblighi derivanti dall'atto di adesione e dalle disposizioni del paragrafo 2».

Con riguardo a quest'ultima disposizione costituzionale, nella sentenza n. 390 del 2021, si precisa che, sebbene sia ammessa la prevalenza del diritto UE (dotato di carattere vincolante) su quello nazionale che si ponga in contrasto con il primo, «*this priority of application must not be perceived as removing or disregarding the national constitutional identity, as enshrined in Article 11 (3), read in conjunction with Article 152 of the Basic Law, i.e. a guarantee of a substantive identity core of the Romanian Constitution and which must not*

---

<sup>9</sup> «Le norme a disciplina della competenza e dell'organizzazione della SIRG, delle modalità del suo funzionamento nonché della nomina e della revoca dei procuratori che vi sono assegnati rafforzerebbero tale timore e sarebbero, del resto, idonee ad ostacolare la lotta contro i reati di corruzione» (sent. *Asociația*, cit., pt. 209).

*be relativised in the process of European integration*». E pertanto, spetta alla Corte Costituzionale «*to ensure the primacy of the Basic Law in Romania*» (sent. n. 390/2021, cit., pt. 74). E pertanto, «*Article 148 of the Constitution does not give EU law priority over the Romanian Constitution, so that a national court does not have the power to examine the conformity of a provision of national law, found to be constitutional in the light of Article 148 of the Constitution, with the provisions of EU law*» (sent. n. 390/2021, cit., pt. 76).

In aggiunta, secondo il Giudice costituzionale, a suffragare questa tesi interverrebbe lo stesso art. 4, par. 2, TUE, il quale, oltre a sancire l'uguaglianza tra gli Stati Membri, prevede il rispetto della loro identità costituzionale, «*in-sita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale*». Sicché, proprio in relazione a tale struttura, l'integrazione europea troverebbe il suo limite (cfr. sent. n. 390/2021, cit., pt. 75).

In altri termini, la Corte costituzionale conclude il suo giudizio ritenendo che non è possibile accordare il primato alle norme UE, specie quelle contenute nella decisione Commissione 2006/928, così come interpretate dalla Corte di Giustizia nella pronuncia del maggio 2021. Tali norme, infatti, «*do not constitute rules of EU law, which the court should apply as a matter of priority, removing the national rule. Therefore, the national judge cannot be asked to decide that recommendations should be applied as a matter of priority to the detriment of national law [...]*» (sent. n. 390/2021, cit., 78).

La posizione espressa dalla Corte costituzionale risulta alquanto netta, pur tuttavia si noti come, alle suddette affermazioni, non faccia seguito – sul piano «sanzionatorio» – l'attivazione dei cc.dd. controlimiti.

Infine, va segnalato che qualche mese dopo, in data 21 dicembre 2021, interviene la Corte di Giustizia con la sentenza *Euro Box Promotion e a.* (cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19, C-840/19), sempre resa a seguito di molteplici rinvii pregiudiziali effettuati da giudici rumeni, ma aventi ad oggetto quesiti concernenti l'indipendenza di autorità giudiziarie nazionali chiamate a decidere controversie relative ai reati in materia di corruzione e di frodi IVA. Per quel che interessa in questa sede, la Corte di Lussemburgo riafferma il carattere vincolante dell'Accordo di Adesione, e della connessa decisione 2006/928 della Commissione, e per quel che concerne il principio del primato, esso «*deve essere interpretato nel senso che osta a una norma o a una prassi nazionale ai sensi della quale i giudici ordinari nazionali sono vincolati dalle decisioni della corte costituzionale nazionale e non possono, a pena di commettere un illecito disciplinare, disapplicare, di propria iniziativa, la giurisprudenza risultante da tali decisioni, laddove ritengano, alla luce di una sentenza della Corte, che tale giurisprudenza sia contraria all'articolo 19,*

paragrafo 1, secondo comma, TUE, all'articolo 325, paragrafo 1, TFUE o alla decisione 2006/928» (sent. *Euro Box Promotion e a.*, cit., pt. 263).

### 3. I QUESTI PREGIUDIZIALI PROPOSTI DALLA CORTE D'APPELLO DI CRAIOVA E LA LORO SOLUZIONE DA PARTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Appena un mese dopo la sentenza della Corte costituzionale rumena, la Corte d'Appello di Craiova, trovandosi a decidere il ricorso presentato da RS<sup>10</sup>, si ritrova a dar conto del contrasto giurisprudenziale sorto tra la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale (*supra* §2). E come anticipato nelle righe introduttive, nel dubbio su quale delle due opzioni fosse più opportuno dare maggior rilievo, in data 7 luglio 2021 la *Curtea de Apel* di Craiova sceglie la *terza via* e promuove un nuovo rinvio pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia, ponendo tre quesiti pregiudiziali d'interpretazione, tutti aventi ad oggetto la corretta declinazione del principio di indipendenza dei giudici al livello eurounitario. Anche in questo caso il richiamo al diritto europeo è riferirsi agli artt. 2 e 19 del TUE e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Con il primo quesito il rimettente mira ad indagare «[s]e il principio di indipendenza dei giudici, [...], osti a una disposizione nazionale, come quella di cui all'articolo 148, paragrafo 2, della Costituzione della Romania, nell'interpretazione che ne ha dato la *Curtea Constituțională* (Corte costituzionale) nella sua decisione n. 390/2021, secondo la quale i giudici nazionali non sono legittimati a esaminare la conformità di una disposizione nazionale, dichiarata costituzionale da una decisione della *Curtea Constituțională*, con le disposizioni del diritto dell'Unione europea» (sent. *RS*, cit., pt. 25).

<sup>10</sup> La vicenda giudiziaria instaurata in ambito nazionale trae origine dal ricorso presentato da RS, condannato a seguito di un procedimento penale. Per tale ragione, nell'aprile 2020 RS presentava denuncia ai danni di un pubblico ministero e di due giudici presso la SIRG. In questa sede, il ricorrente contestava a tutti e tre i magistrati il reato di abuso d'ufficio (art. 297 del codice penale rumeno) e al solo pubblico ministero anche il reato di abuso dello strumento giudiziario (art. 283 del codice penale rumeno). Le doglianze trovavano fondamento nel fatto che il pubblico ministero avrebbe promosso l'azione penale in spregio dei diritti della difesa di RS e avrebbe formulato, nei confronti dell'imputato, accuse fondate su false testimonianze. Mentre quanto ai due giudici, si contestava il comportamento omissivo da questi tenuto nel corso del giudizio secondo grado con specifico riguardo a una domanda di riqualificazione giuridica dei fatti avanzata dall'imputato.

Successivamente, la Sezione specializzata avviava a carico dei suddetti magistrati le indagini per l'accertamento dei reati menzionati, ma gli inquirenti tardavano a concludere le indagini. RS, in conformità al codice di rito rumeno, proponeva un reclamo alla *Curtea de Apel* di Craiova, al fine di ottenere dal giudice di seconda istanza un termine per la conclusione delle indagini.



Il secondo e il terzo quesito sono, invece, imperniati sul procedimento disciplinare che può in eventualità attivarsi, ai sensi dell'art. 99, lettera §), della legge romena n. 303/2004, laddove un giudice comune non dia seguito al *decisum* della Corte costituzionale. Per la precisione, con il secondo quesito, il giudice *a quo* chiede se è conforme al principio di indipendenza il fatto che il suddetto meccanismo disciplinare impedisca di fatto all'autorità giurisdizionale procedente di esercitare il potere di disapplicare la norma nazionale conformemente a quanto precedentemente statuito in materia dalla Corte di Giustizia. Mentre, la terza domanda pregiudiziale è volta ad accertare se la suddetta limitazione alla disapplicazione debba intervenire anche nei procedimenti penali ove si contesti la durata ragionevole dello stesso procedimento, a norma dell'articolo 488 bis del codice di procedura penale rumeno.

L'esame nel merito del primo dei tre quesiti pregiudiziali prende avvio da considerazioni di fondo sul principio di indipendenza della magistratura, vale principio-valore cardine dell'Unione stessa sancito negli artt. 2 e 19 TUE e 47 CdfUE.

Il primo profilo d'interesse concerne la formale esclusione dell'art. 47 CdfUE dal novero dei parametri europei<sup>11</sup>. Tale scelta, afferma la Corte, è anzitutto, dovuta al più limitato campo di applicazione della Carta imposto al suo art. 51, par. 1. In quest'ultima disposizione, infatti, si limita l'applicazione dei diritti fondamentali UE, solo laddove intervenga un atto dell'Unione o una normativa nazionale «emanata in attuazione del diritto dell'Ue». Pertanto, la normativa «impugnata» dal rimettente non rientrando nei limiti di questa definizione, ciò comporta anche l'inapplicabilità nel caso di specie della Carta.

In disparte a questa precisazione «formale», la Corte però «recupera» il contenuto dell'art. 47 CdfUE attraverso l'art. 19 TUE, qui invece applicabile. Tra le due norme vi sarebbe una storta di interdipendenza sostanziale: infatti, a norma dell'art. 19, par. 1, comma 2, si impone agli Stati membri di assicurare una effettiva tutela giurisdizionale nell'ambito dei settori disciplinati dall'UE; per altro verso, l'art. 47 CdfUE «completa» e specifica la portata della garanzia che investe la protezione giurisdizionale (per un esame dettagliato della norma della Carta di Nizza, v. M. D'Amico 2010). In altri termini, la Corte, sebbene escluda l'applicazione dell'art. 47 della Carta di Nizza, in via ermeneutica mantiene traccia di quest'ultima previsione, grazie alla sua intima connessione con l'art. 19 TUE.

<sup>11</sup> Sul test di applicabilità della Carta dei diritti si v. A. AGUILAR CALAHORRO 2018, ID 2021.

Volgendo, ora, l'attenzione proprio a quest'ultima disposizione, essa assume rilievo proprio in quanto «concretizza il valore dello stato di diritto affermato all'art. 2 TUE», così affidando «ai giudici nazionali e alla Corte il compito di garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri nonché la tutela giurisdizionale spettante ai cittadini in forza di detto diritto» (sent. *RS*, cit., pt. 39). La piena applicazione si traduce nell'obbligo in capo ad ogni Stato membro di assicurare che le autorità giurisdizionali siano in grado di interpretare e applicare il diritto europeo facendo uso degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento nazionale, così da soddisfare «i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva, tra cui, in particolare, quello dell'indipendenza» (sent. *RS*, cit., pt. 40).

In questa prospettiva, il disposto delle norme europee di rango primario, poste a presidio dell'indipendenza della magistratura<sup>12</sup>, non impongono la scelta di un determinato modello costituzionale di giustizia. Permangono salde in capo agli Stati tutte quelle scelte che contribuiscono a definire la propria struttura fondamentale: così in ossequio a quanto disposto dell'art. 4, par. 2, del TUE. Ciò però con una (dovuta) precisazione: «nella scelta del proprio rispettivo modello costituzionale gli Stati membri sono tenuti a osservare, in particolare, il requisito di indipendenza dei giudici derivante da tali disposizioni del diritto dell'Unione» (sent. *RS*, cit., pt. 43). E pertanto, sulla scorta di questa considerazione, non osteranno all'applicazione degli artt. 2 e 19, par. 1, TUE normative e prassi nazionali che dovessero determinare il carattere vincolante delle decisioni della Corte costituzionale dello Stato, «purché il diritto nazionale garantisca l'indipendenza di detta Corte costituzionale nei confronti, in particolare, dei poteri legislativo ed esecutivo, come richiesto da tali disposizioni» (sent. *RS*, cit., pt 44).

Le considerazioni svolte della Corte trovano ancoraggio nei due principi di struttura, primato ed effetti diretti, sviluppatasi a partire dai noti casi *Costa c. Enel* e *Van Gend and Loos* (per tutti, B. Nascimbene, 2015 e D. Gallo 2020). Essi impongono la prevalenza del diritto dell'Unione in caso di contrasto con quello nazionale, con la possibilità per il giudice comune di rimuovere imme-

---

<sup>12</sup> Quanto, invece, alle caratteristiche dell'indipendenza *ex art.* 19 TUE, la Corte specifica che queste possono essere di tipo «esterno» e «interno». La prima caratteristica richiede che l'autorità giudiziaria sia autonoma nell'esercizio delle sue funzioni, senza che vi sia alcuna forma di vincolo e soggezione gerarchica con soggetti che si trovano all'«esterno», come ad esempio l'organo di governo; mentre l'indipendenza «interna» mira a salvaguardare il magistrato nell'ambito del processo, mentendo egli una posizione di imparzialità ed equidistanza dalle parti (cfr. in tal senso, sent. del 24 giugno 2019, *Commissione/Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, C-619/18, ptt. 72 e 73, e sent. *Euro Box Promotion e a.*, cit., pt. 224). Sull'inamovibilità quale garanzia per l'indipendenza esterna istituzionale, in dottrina si v. N. ZANON, F. BIONDI (2019, p. 103 ss.).

diatamente l'antinomia per mezzo della disapplicazione, se la norma europea è dotata di effetti diretti<sup>13</sup> (di recente in argomento, A. Amato 2021).

Il suddetto meccanismo, pertanto, si regge sul principio di *leale cooperazione* ex art. 4, par. 3, TUE, che andrà qui a rinsaldare il rapporto tra giudici nazionali e Corte di Giustizia, laddove emerga una violazione del diritto europeo da parte della normativa nazionale.

Spostando, ora, l'attenzione sulle norme europee che il rimettente presume violate, ovverosia quelle che consacrano il principio di indipendenza, la Corte conferma la sua giurisprudenza precedente (in particolare, sent. *Asociația*, cit.) e assicura effetti diretti di suddette norme. Conseguentemente, «non potendo effettuare un'interpretazione delle norme nazionali conforme a detta disposizione o ai succitati parametri, i giudici ordinari *devono disapplicare, di propria iniziativa, tali norme nazionali*» (sent. *RS*, cit., pt. 59, corsivo aggiunto).

Ne discende che la norma nazionale che prescrive una sanzione disciplinare per il magistrato, che non disapplica per rispettare quanto deciso dalla Corte costituzionale, risulterà in contrasto con il diritto dell'Unione. Sul punto, di particolare interesse, sono alcuni passaggi che la Corte compie con riferimento alla cooperazione tra giudici, da un lato, e il rispetto delle identità costituzionali, dall'altro. «L'efficacia della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali posta in essere dal procedimento del rinvio pregiudiziale e, pertanto, del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa se l'esito di un'eccezione di incostituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale di uno Stato membro potesse avere l'effetto di dissuadere il giudice nazionale, investito di una controversia disciplinata da tale diritto, dall'esercitare la facoltà, o, se del caso, dall'adempiere l'obbligo, derivante dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità degli atti di detto diritto, al fine di consentirgli di giudicare se una norma nazionale sia o meno compatibile con quest'ultimo»

<sup>13</sup> Questo è il noto orientamento che si è consolidato a seguito delle pronunce *Simmenthal* e *Granital*, secondo cui in caso di conflitto con una norma UE non ad effetto diretto, il giudice abilitato a rimuovere l'antinomia sarà la Corte costituzionale, investita *ad hoc* in via incidentale. Questo è, in estrema sintesi, il traguardo raggiunto all'esito del lungo «cammino comunitario» che ha caratterizzato i rapporti tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia sul tema dell'adattamento delle norme europee nell'ordinamento interno. In argomento, per tutti, P. BARILE, 1973; V. ONIDA, 2015.

Per completezza, si segnala che a partire dalla pronuncia n. 269 del 2017 la Corte costituzionale italiana ha parzialmente modificato questo orientamento, specificando che, laddove la norma ad effetto diretto sia una della Carta di Nizza, il giudice ha la facoltà di investire della questione il Giudice delle Leggi, in luogo della immediata disapplicazione della norma interna. Sul tema numerosi sono stati i commenti della dottrina, in senso favorevole si v. N. ZANON 2022; P. CURZIO 2022, A. ANZON DEMING 2019, S. LEONE 2019; e S. CATALANO, 2019; maggiori perplessità sono avanzate da A. RUGGERI 2017, L. S. ROSSI 2018, e R. G. CONTI 2017.

(sent. RS, cit., pt. 65). E pertanto, tale prassi imposta al livello nazionale compromette l'efficace cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali: ciò anche nell'ipotesi in cui «una sentenza della Corte costituzionale dello Stato membro interessato rifiuta di ottemperare a una sentenza pronunciata in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia, basandosi, in particolare, sull'*identità costituzionale* dello Stato membro interessato e sulla considerazione secondo cui la Corte avrebbe violato la propria competenza» (sent. RS, cit., pt. 68, corsivo aggiunto).

Ritenendo che non sia possibile invocare *sic et simpliciter* la prevalenza dell'identità nazionale sul principio del primato, appare quasi che la Corte intenda preservare il solo legame con il giudice comune, collaudato da ormai molti anni grazie ai plurimi rinvii pregiudiziali sollecitati dalle corti nazionali (in questo senso, F. Severa, 2022).

In verità, vi è modo di credere che il Giudice dell'Unione non intenda «confinare» in tal senso il «campo» della leale cooperazione che si esplica per mezzo del rimedio pregiudiziale. Al contrario, l'obiettivo della Corte di Giustizia pare svilupparsi intorno all'aumento delle occasioni dialogiche con i Giudici costituzionali degli Stati membri, specie laddove emerga una possibile frizione di valori e principi costituzionali, che impedirebbe la corretta applicazione del primato. Sollecitare in tali occasioni il rinvio pregiudiziale consentirebbe ai Giudici di Lussemburgo di «verificare [ai sensi dell'art. 4., par. 2] che un obbligo del diritto dell'Unione non attenti all'identità nazionale di uno Stato membro» e, se del caso, chiarire e modificare quanto affermato in precedenza<sup>14</sup>.

Al fine di confermare, e forse anche di rafforzare, siffatto *modus procedendi*, la Corte di Giustizia, in un *obiter dictum*, aggiunge un dettaglio di non poco conto. «Qualora la Corte costituzionale di uno Stato membro ritenga che una disposizione del diritto derivato dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia, violi l'obbligo di rispettare l'identità nazionale di detto Stato membro, tale Corte costituzionale *deve* sospendere la decisione e investire la Corte di giustizia di una domanda di pronuncia pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, al fine di accertare la validità di tale disposizione alla luce dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, essendo la Corte di giustizia la sola competente a dichiarare l'invalidità di un atto dell'Unione» (sent. RS, cit., pt. 71, enfasi aggiunta).

<sup>14</sup> Come noto, in passato non sono mancati casi di rinvii pregiudiziali effettuati da Corti costituzionali, che lamentavano la lesione di principi supremi dell'ordinamento nazionale. Un riferimento, in tal senso, si accosta al noto caso *Taricco*, all'esito del quale il Giudice costituzionale italiano ottiene dal Giudice di Lussemburgo il «ripensamento» richiesto. Sulla «saga» *Taricco*, per tutti, si v. le variegiate riflessioni che ospitano le opere collettanee curate da A. BERNARDI, C. CUPELLI 2017, e da C. AMALFITANO 2018.

Il medesimo esito non ha però caratterizzato il rinvio pregiudiziale del Tribunal Constitucional spagnolo nel noto caso *Melloni*. In argomento, per tutti, A. AGUILAR CALAHORRO, 2014.

#### 4. VERSO UN OBBLIGO DI RINVIO PREGIUDIZIALE PER I GIUDICI COSTITUZIONALI PRIMA DELL'ATTIVAZIONE DEI CC.DD. CONTROLIMITI?

Il ragionamento della Corte di Giustizia conduce inequivocabilmente ad una risposta affermativa a ciascuno dei tre quesiti interpretativi posti alla Sua attenzione. Ad imporre tale triplice soluzione è proprio la lettura combinata dell'art. 19 TUE con gli artt. 2, 4 (parr. 2 e 3) TUE e 267 TFUE che porta a considerare, da un lato, come prevalente la funzione del giudice comune di disapplicare la normativa nazionale, che pure ha superato positivamente il vaglio della Corte costituzionale nazionale (*primo quesito*), e, dall'altro, tale combinato disposto conferma il contrasto al livello unionale di qualsiasi meccanismo nazionale che sanzioni attraverso un procedimento disciplinare il magistrato che decida di disapplicare la normativa nazionale (*secondo e terzo quesito*)<sup>15</sup>.

E dunque, nell'ottica del Giudice dell'Unione, qualsiasi forma di «vincolo» prevista a livello nazionale per il giudice comune si pone in evidente contrasto con il principio del primato, che si trova a subire una permanente compressione per effetto di una sentenza della Corte costituzionale. Sicché la perdurante applicazione delle norme nazionali recherebbe un pregiudizio all'unità e all'efficacia del diritto dell'Unione.

È questa la reazione Giudice europeo alla decisione della Corte costituzionale che decide di azionare unilateralmente un «freno» all'integrazione europea (sebbene senza l'attivazione formale di meccanismi assimilabili ai cc.dd. controlimiti) e, conseguentemente, alla stessa forza trainante del principio del primato, ritenendo che l'*ultima* e l'*unica* parola spetti, in ogni caso, solo a Lei.

In particolare, il *decisum* europeo nel caso *RS* tenta di offrire una soluzione al difficile contrasto che può emergere, tanto su un piano sostanziale tanto procedimentale, tra valori costituzionali e valori europei, i quali connotano, rispettivamente, l'identità degli Stati membri e dell'Unione<sup>16</sup>. Ma prima di esaminare, nella duplice prospettiva menzionata, il tema del contrasto tra le due distinte identità, si considerino le rispettive basi giuridiche nel diritto primario. Se immediato è il riscontro dell'identità nazionale all'art. 4, par. 2, TUE (il cui rispetto si impone con riguardo alla «*loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali*», alle «*funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia*

<sup>15</sup> In particolare, sent. *RS*, cit., ppt. 78 e 93.

<sup>16</sup> Sul tema dell'identità costituzionale ai sensi dell'art. 4, par. 2 TUE, per tutti, si v. F. BALAGUER CALLEJÓN 2017, A. VON BOGDANDY, S. SCHILL 2011, M. CARTABIA 2014, L. VANONI, B. VIMERCATI 2020, G. DI FEDERICO 2019, e S. NINATTI 2019.

*dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale»*), altrettanto non può dirsi per quella europea su cui sono carenti specificazioni normative (M. Klamert 2019). Su cosa debba intendersi per «identità europea», la Corte di Giustizia è in più occasioni intervenuta: occorrerà anzitutto riferirsi ai valori comuni e fondativi dell'Unione art. 2 TUE, come lo Stato di diritto, ma non è infrequente che quest'ultima norma venga accostata all'art. 19 TUE e 267 TFUE. E la stessa pronuncia qui in commento conferma quanto possa essere cruciale tale combinato disposto non solo per definire in concreto la identità europea, ma anche per sancire la sua prevalenza su quella costituzionale nazionale.

Per quello che attiene, sul piano sostanziale, al difficile bilanciamento che si rende necessario laddove emerga un contrasto tra valori europei e valori costituzionali, la Corte di Giustizia specifica che il Suo giudizio si fonda sul presupposto che il diritto dell'Unione non impone a tutti gli Stati l'adozione di un «modello costituzionale preciso che disciplini le relazioni e l'interazione tra i diversi poteri statali» (sent. RS, cit., pt. 43). Mentre, invece, si «limita» ad esigere che siffatto modello (presidiato dall'art. 4 par. 2 TUE) sia conforme al valore dello stato di diritto (art. 2 TUE), che racchiude in sé il principio di indipendenza della magistratura (art. 19 TUE).

Tale specifica pare essenziale per giustificare il giudizio stesso della Corte, che si àncora intorno all'idea per cui non sarà possibile invocare la prevalenza dell'identità nazionale se quest'ultima viola i valori europei, comuni alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri<sup>17</sup>. Quest'ultimi, infatti, come sostenuto dal Presidente della Corte di Giustizia, K. Lenaerts, al momento dell'accesso hanno accettato l'*aquis* dell'Unione e si sono impegnati a garantirne l'effettivo rispetto nel proprio ordinamento (anche con l'introduzione di specifiche riforme normative)<sup>18</sup>. Medesima forza mantiene tale argomentazione anche successivamente all'ingresso, dal momento che non sarebbe tollerabile nessuna sorta di *regressione di valori* (K. Lenaerts 2022).

Valori comuni europei che per non regredire necessitano, *in primis*, di una precisa traduzione in atti di diritto derivato (decisioni, direttive, regolamenti,...) e, in secondo luogo, quest'ultimi dovranno trovare una applicazione

<sup>17</sup> Recentemente, nella pronuncia sul regolamento sulla condizionalità (sent. del 16 febbraio 2022, C-157/21), la Corte di Giustizia ha affermato che «pur disponendo di identità nazionali distinte, insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di «Stato di diritto» che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo» (pt. 266). Sul *tono costituzionale* di tale pronuncia si v. A. BARAGGIA 2022.

<sup>18</sup> Ciò anche nell'eventualità di richiedere a tali Stati di introdurre specifici adeguamenti normativi al fine di conformarsi ai cc.dd. *criteri Copenhagen*.

quanto più possibile uniforme negli ordinamenti nazionali, in ossequio al principio del primato (cfr. *amplius* M. Condinanzi 2015).

In questi termini, e cioè attraverso la congiunta declinazione del principio primato e dei valori dell'UE, si concretizzerebbe il principio di eguaglianza tra gli Stati Membri di fronte ai Trattati, su cui si focalizza lo stesso art. 4, par. 2, TUE. Esso, dunque, mira a mettere a sistema due elementi emblema dell'intero processo di integrazione europea (identità nazionali e uguaglianza degli Stati membri), che in quanto tali dovranno controbilanciarsi per restituire coerenza all'ordinamento sovranazionale. E affinché ciò si realizzi, occorrerebbe rinunciare ad un duplice automatismo: la eventuale lesione di un valore costituzionale (così come interpretato dal Suo Giudice costituzionale) ad opera di una norma europea non dovrebbe comportare in ogni caso l'attivazione immediata dei controlimiti (E. Navarretta 2022) e, in aggiunta, nei casi in cui emerga tale rischio sarebbe opportuno che prima venga operato un rinvio pregiudiziale.

Tale ragionamento in tema di «conflitti» collega il piano logico-sostanziale con quello procedurale che invece indaga sul *chi*, e *con quali strumenti*, occorre che intervenga in tali ipotesi. Infatti, l'eventuale contrasto tra valori presuppone una interazione tra i Giudici abilitati a definire la portata dei valori stessi. Se – come avviene nel caso di studio – il Giudice costituzionale ravvisi un contrasto con un principio costituzionale, incorporato a sua volta in un valore anch'esso di conio super primario, non potrebbe sanare subito il conflitto, dal momento che Egli non conosce con precisione la portata del secondo «termine» del conflitto (cioè quello europeo). Per «conoscenza precisa» ci si riferisce sia al caso in cui la violazione sia dedotta per la prima volta sul piano interpretativo dal Giudice costituzionale senza che vi siano precedenti della Corte di Giustizia che attestino il contrasto, sia anche nell'eventualità che la Corte di Giustizia sia già recentemente espressa in materia, annunciando la violazione del diritto dell'Unione, a seguito del rinvio pregiudiziale effettuato da un giudice comune.

In entrambe le eventualità, invece, parrebbe quanto più opportuno che la Corte costituzionale «confezioni» (S. Leone 2019, p. 659) o «ri-confezioni» (se vi è stato già un precedente rinvio pregiudiziale) la questione pregiudiziale, facendo emergere la violazione di un valore/principio costituzionale, che necessiti protezione e bilanciamento ai sensi dell'art. 4, par. 2 TUE. In altri termini, proferendo la sua «prima parola» (cfr. Corte cost. italiana, sent. 20/2019), il Giudice costituzionale attraverso lo strumento pregiudiziale porterebbe a conoscenza del Giudice europeo l'eventuale frizione tra il diritto europeo e le norme costituzionali, espressione della identità costituzionale dello Stato membro.

In quest'ottica, potrebbe assumere particolare rilievo anche il tipo di rinvio pregiudiziale. Sebbene astrattamente il Giudice delle leggi possa effettuare tanto un rinvio di interpretazione quanto uno di validità, si ritiene che specialmente quest'ultimo potrebbe essere particolarmente rilevante per risolvere quello che sinteticamente possiamo chiamare «conflitto tra valori». In particolare, per il tramite di un rinvio di interpretazione la Corte costituzionale potrebbe chiedere l'esatta interpretazione della norma europea di diritto derivato alla luce delle norme di diritto primario che definiscono l'identità europea, ciò al fine di poter capire se vi è una violazione con la norma interna di rango primario<sup>19</sup>. Tuttavia, simile rinvio potrebbe non aggiungere molto al rinvio che potrebbe operare il giudice comune. Mentre, con il rinvio di validità il Giudice costituzionale potrebbe richiedere uno scrutinio della norma europea di diritto derivato che impatta direttamente con l'identità costituzionale, e quindi con l'art. 4 par. 2, TUE (purché, come ricordato sopra, l'identità costituzionale non sia – a sua volta – in conflitto con quella europea). Si consideri, in aggiunta, che dell'effetto *erga omnes* conseguente all'accoglimento del rinvio validità ne beneficerebbe l'intero ordinamento europeo, dal quale verrebbe espunta la suddetta norma europea (cfr. G. Scaccia 2022).

In disparte al tipo di rinvio, la Corte di Giustizia nella pronuncia sul caso *RS* imposta in linea teorica il rinvio da parte della Corte costituzionale in termini di *obbligatorietà*, sebbene non espliciti la base giuridica su cui si innesterebbe tale dovere.

Il tema rievoca, *mutatis mutandis*, il dibattito che vi è stato presso la dottrina italiana in seguito al noto *obiter dictum* inserito nella pronuncia n. 269 del 2017 del Giudice delle Leggi italiano. Con quest'ultima pronuncia si rendeva esplicita una parziale deroga alla regola «Simmenthal-Granital» sull'ordine delle pregiudiziali, costituzionale ed europea, che il giudice poteva parimenti proporre. Se prima il giudice *a quo* era «tenuto» ad accordare sempre precedenza alla questione pregiudiziale europea, l'*obiter dictum* sembrava «imporre» la rimessione degli atti alla Corte costituzionale nei soli casi in cui la questione intersecasse la eventuale frizione con diritti altrettanto presidiati dalla Costituzione italiana.

Tuttavia, come sottolineato da autorevoli studiosi, il dettato costituzionale non esplicita tale forma di obbligo di rimessione e lo stesso Giudice

---

<sup>19</sup> Si potrebbe escludere l'ipotesi che il secondo termine di interpretazione possa essere una norma nazionale di rango costituzionale. Al contrario, il giudizio europeo d'interpretazione (come noto, surrettiziamente di validità) inciderebbe direttamente su una norma costituzionale, non suscettibile di disapplicazione.



delle Leggi non possiede strumenti formali atti a sanzionare il mancato rispetto di tale obbligo (F. Viganò 2019). Per completezza, si noti come il Giudice costituzionale italiano a partire dalla sent. n. 20 del 2019 abbia «temperato» la sua nuova regola giurisprudenziale, chiarendo che essa si pone in termini di opportunità e non già di obbligo per i «*casi di rilievo costituzionale assoluto*» (N. Zanon 2022).

Discorso non diverso potrebbe proporsi in relazione all'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte delle Corti costituzionali. La lettera dei Trattati riserva simile obbligo alla giurisdizione nazionale di ultima istanza, nel cui novero difficilmente si potrebbero includere le Corti costituzionali (a meno che non siano loro stesse ad auto-definirsi «giudice di ultima istanza»<sup>20</sup>). Pertanto, rischierebbe di essere *contra legem* un'interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, e un siffatto obbligo dovrebbe, tutt'al più, essere introdotto in forma esplicita nei Trattati a seguito di una loro modifica.

Ciò però non toglie che il rinvio pregiudiziale da parte del Giudice costituzionale in queste ipotesi resti fortemente opportuno e a condurre a tale risultato l'interpretazione sistematica del secondo e il terzo paragrafo dell'art. 4 TUE, che erigerebbe il rispetto dell'identità nazionale (par. 2) in funzione del principio di leale cooperazione (par. 3). Per la precisione, sia pur non nel senso qui rievocato, si noti come la Corte di Giustizia ha più volte invocato la lesione del principio di leale cooperazione, al solo fine (però) di evidenziare l'ingiustificata interruzione del suo «rapporto diretto» con i giudici comuni.

In conclusione, il caso romeno eleva al massimo livello la «tensione» nei rapporti tra gli ordinamenti. Ciascuno degli attori istituzionali hanno avuto modo di affermare la propria posizione divergente, che però tale è rimasta per via del mancato tentativo di composizione del conflitto. L'assenza di una cooperazione diretta tra le Corti ha impedito che venisse attivato un confronto volto a bilanciare l'identità costituzionale e il primato del diritto UE, lasciando così sia evidenti fratture circa le connessioni tra i plurimi livelli di tutela, che avrebbero al contrario necessitato di soluzioni volte alla reciproca integrazione (M. D'Amico 2022), sia i giudici comuni in balia delle onde, i quali sempre più difficilmente troveranno una rotta comune da seguire.

---

<sup>20</sup> A titolo d'esempio si consideri che la Corte costituzionale italiana nel suo primo rinvio pregiudiziale in un giudizio in via incidentale (ord. n. 207 del 2013) si è formalmente definita «giurisdizione» ex art. 267 par. 3 (cfr. ult. periodo del Cons. in dir.). Per ulteriori considerazioni sul tema, si consentito il rinvio a P. GAMBATESA 2022.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AGUILAR CALAHORRO, A. (2014), *Riflessioni sul primo rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, fasc. monografico su «Rinvio pregiudiziale», p. 1 ss.
- (2021), *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Union Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2018), *Il test di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea in Spagna*, in *Nomos*, n. 2, p. 1 ss.
- AMATO, A. (2021), *Disapplicazione giudiziale della legge e Carta di Nizza*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- ANZON DEMMIG, A. (2019), *Applicazioni virtuose della nuova «dottrina» sulla «doppia pregiudizialità» in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, p. 179 ss.
- AMALFITANO, C. (a cura di) (2018), *Primato del diritto dell'Unione Europea e contro-limiti alla prova della «Saga Taricco»*, Giuffrè, Milano.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2017), *The dialectic relation between the national and the European constitutional identity in the framework of European Constitutional Law*, in *EU Law Journal*, Vol. 73, No. 1, 2017, p. 10 ss.
- (2006), *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, in *Rivista AIC*.
- (2004), *Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, p. 25 ss.
- BARILE, P. (1973), *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 2406 ss.
- BARAGGIA, A. (2022), *La condizionalità a difesa dei valori fondamentali dell'Unione nel cono di luce delle sentenze C-156/21 e C-157/21*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, p. 371 ss.
- BIN, R. (2018), *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della «Saga Taricco»*, Giuffrè, Milano, p. 227 ss.
- CATALANO (2019), *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 10, p. 2 ss.
- CARTABIA M., WEILER, J. H. H. (2000), *L'Italia in Europa: profili istituzionali e costituzionali*, il Mulino, Bologna.
- CARTABIA, M. (2014), *Art. 4, par. 2*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano.
- CONDINANZI, M. (2015), *L'Unione europea tra integrazione e differenziazione*, in *Federalismi*, n. 5, p. 2 ss.
- CONTI, R. G. (2017), *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni*

- preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in *giudicedonna.it*, n. 4, p. 1 ss.
- CURZIO, P. (2022), *L'identità nazionale degli Stati membri e il primato del diritto dell'Unione Europea*, in Giornata di studio su «Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione Europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali», Roma, Palazzo della Consulta, 5 Settembre 2022, disponibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- D'AMICO, M. (2024), *Riflettendo sullo spazio giudiziario europeo: al crocevia tra diritti, Carte e Corti*, in corso di pubblicazione nel Volume relativo agli Scritti in onore di A. Padoaschioppa, p. 81 ss.
- (2022), *La «resilienza» della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE*, in C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Giappichelli, Torino, p. 243 ss.
- (2010), *Article 47: right to an effective remedy and to a fair trial*, in W. T. B. Mock, G. Demuro (a cura di), *Human Rights in Europe*, Carolina Academic Press, Durham.
- D'AMICO, M. E. (2017), *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, n. 3, p. 1 ss.
- DE BÚRCA, G. (2022), *Poland and Hungary's EU membership: On not confronting authoritarian governments*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 20, No.1, 2022, p. 13 ss.
- DI FEDERICO, G. (2019), *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, p. 333 ss.
- DI GREGORIO, A. (2016), *Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?*, in *DPCE online*, n. 4, p. 175 ss.
- FARAGUNA, P. (2022), *La Corte di giustizia alle prese con identità costituzionali incostituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, p. 634 ss.
- GALLO, D. (2022), *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, p. 374 ss.
- GAMBATESA, P. (2021), *Riflessioni sulla prima occasione di «dialogo» tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in *Federalismi*, n. 23, p. 64 ss.
- KLAMERT, M. (2019), *Article 4*, in M. Kellerbauer, M. Klamert, J. Tomkin (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford.
- LENAERTS, K. (2022). *National Identity, the Equality of Member States before the Treaties and the Primacy of Eu Law*, in Giornata di studio su «Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione Europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali», Roma, Palazzo della Consulta, 5 Settembre 2022, disponibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- LEONE, S. (2019), *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte Costituzionale*, online in *Rivista AIC*, n. 3,

- MANES, V. (2018), Taricco, *finale di partita*, in C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della «Saga Taricco»*, Giuffrè, Milano.
- MARQUES, F. C. *L'Unione europea, protettrice dell'indipendenza degli attori della giustizia*, in *QuestioneGiustizia*, marzo 2022.
- MORARU, M., BERCEA, R., *The First Episode in the Romanian Rule of Law Saga: Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, Asociația 'Forumul Judecătorilor din România, and their follow-up at the national level*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 18, Issue 1, p. 82 ss.
- NASCIMBENE, B. (a cura di) (2015), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di Giustizia a confronto cinquant'anni dopo*, Giuffrè.
- NAVARRETTA, E. (2022), *Identità nazionale e primato dell'Unione Europea*, in Giornata di studio su «Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione Europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali», Roma, Palazzo della Consulta, 5 Settembre 2022, disponibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- NINATTI, S. (2019), *Dalle tradizioni costituzionali comuni all'identità costituzionale il passo è breve? Riflessioni introduttive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 13, p. 102 ss.
- ONIDA, V. (2015), *A cinquanta anni dalla sentenza «Costa/Enel»: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. Nascimbene (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di Giustizia a confronto cinquant'anni dopo*, Giuffrè, Milano, p. 29 ss.
- POLLICINO, O. (2010), *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee*, Giuffrè, Milano.
- PITRUZZELLA, G. (2022), *L'integrazione tramite il valore dello «stato di diritto»*, in Giornata di studio su «Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione Europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali», Roma, Palazzo della Consulta, 5 Settembre 2022, disponibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- ROSSI, L. S. (2022), *Regole dell'Unione Europea ed eccezioni nazionali: la questione «identitaria»*, in Giornata di studio su «Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione Europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali», Roma, Palazzo della Consulta, 5 Settembre 2022, disponibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- (2018), *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter «creativi» (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi*, n. 3, p. 2 ss.
- RUGGERI, A. (2017), *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurolunitario 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)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3, p. 234 ss.

- SADURSKI, W. (2019), *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Oxford.
- SCACCIA, G. (2022), *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Giappichelli, Torino, p. 147 ss.
- SCIARRA, S. (2022), *Identità nazionale e Corti costituzionali. Il valore comune dell'indipendenza*, in Giornata di studio su «Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione Europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali», Roma, Palazzo della Consulta, 5 Settembre 2022, disponibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- SEVERA, F. (2022), *Il caso romeno nella dimensione conflittuale dell'integrazione europea*, in *EU Blog*.
- VANONI, L. P., VIMERCATI, B. (2020), *Dall'identità alle identity politics: la rinascita dei nazionalismi nel sistema costituzionale europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, p. 31 ss.
- VIGANÒ, F. (2019), *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, p. 481 ss.
- VON BOGDANDY A., SCHILL, S. (2011), *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, Vol. 45, n. 5, p. 1405 ss.
- ZANON, N. (2006), *Introduzione*, in Id (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli, p. VII ss.
- (2022), *Ancora in tema di doppia pregiudizialità: le permanenti ragioni della «precisazione» contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 rispetto alla «grande regola» Simmenthal-Granital*, in Giornata di studio su «Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione Europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali», Roma, Palazzo della Consulta, 5 Settembre 2022, disponibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- ZANON, N., BIONDI, F. (2019), *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Torino.

## NOTAS SOBRE EL ARBITRAJE EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ANTONIO JOSÉ VÉLEZ TORO<sup>1</sup>  
*Universidad de Granada*

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el arbitraje.*–3. *Consideraciones sobre la renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva y la consecuente ausencia de control jurisdiccional y de constitucionalidad.*–4. *El necesario cumplimiento del derecho de la Unión Europea y del Convenio Europeo de Derechos Humanos.*–5. *Conclusiones.*–*Referencias bibliográficas.*

### 1. INTRODUCCIÓN

La presente reflexión versa sobre el encaje constitucional del arbitraje como institución para-procesal (Guasp, 1956, 22; Cordón Moreno, 2005, 27-55; Castresana, 2017, 13-25), al margen del proceso debido y su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, proclamada en el art. 24 de la Constitución española (cfr. Díez-Picazo, 1996, 19-123; González Pérez, 2001, 61-162; Garberí Llobregat, 2008, 27-283). Para tal finalidad, debemos analizar el arbitraje a partir de la doctrina que ha ido elaborando el Tribunal Constitucional desde la STC 43/1988, de 16 de marzo, hasta las recientes SsTC 17/2021, de 15 de febrero, y 65/2021, de 15 de marzo, que consideran el principio de libre voluntad de las partes como fundamento del procedimiento arbitral.

La vigente *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* sigue a la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las*

---

<sup>1</sup> \* Doctor en Derecho y profesor sustituto interino en Derecho Procesal.

*Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas en su 112.<sup>a</sup> sesión plenaria de 11 de diciembre de 1985 (Resolución 40/72), con las modificaciones introducidas en la 64.<sup>a</sup> sesión plenaria 4 de diciembre de 2006 (Resolución 61/33).

Si en las primeras sentencias del Tribunal Constitucional se justificaba el arbitraje como una renuncia puntual al derecho a la tutela judicial efectiva, lo cierto es que la inserción de las cláusulas de sumisión a arbitraje se extiende en el tiempo y adquiere carácter absoluto en las relaciones contractuales, que pueden abarcar largos periodos de tiempo, cuando no ostentar un carácter indefinido. Ello, a la postre, supone excluir la relación contractual de la jurisdicción (Carnicini, 1961, 17-25).

De este modo, frente al resto de relaciones jurídico-privadas y públicas –cuyas vicisitudes tienen un control jurisdiccional–, constatamos que con el actual modelo legislativo y constitucional de arbitraje se puede generar una realidad cuya regulación de derecho privado estaría sustraída al necesario control jurisdiccional y, por ende, extramuros del orden constitucional. En efecto, las cláusulas de sometimiento a arbitraje impiden el acceso a la jurisdicción también para controlar el propio contrato en el que se establecen dichas cláusulas.

Frente a la justificación del arbitraje como renuncia puntual al derecho a la tutela judicial efectiva basada en el principio de autonomía de las partes, hemos de esgrimir que todos –poderes y personas, sean físicas o jurídicas– deben someterse al orden constitucional, considerando el derecho a la tutela jurisdiccional como irrenunciable.

En definitiva, queremos reflexionar sobre lo que conlleva crear y mantener relaciones jurídico-privadas sin control jurisdiccional y, en última instancia, de constitucionalidad, y sus posibles consecuencias en el orden constitucional (cfr. Aba-Cotoira, 2011, 113-283). A nuestro parecer, resulta urgente repensar la contraposición entre la institución del arbitraje y el derecho de acceso a la justicia y sus consecuencias; y todo ello para plantear otra posible articulación del arbitraje más acorde con la necesaria profundización en el respeto y promoción de la totalidad de derechos y libertades del ordenamiento constitucional.

## 2. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARBITRAJE

Los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional los vamos a clasificar según aporten 1.º) elementos definidores o constitutivos del arbitraje, 2.º) de exclusión de la jurisdicción, o 3.º) se refieran a cuestiones de menor importancia.

## 1.º Sentencias del Tribunal Constitucional que aportan elementos definidores o constitutivos del arbitraje

A. La STC 176/1996, de 11 de noviembre, marca un punto de inflexión al determinar que, una vez elegida la vía del arbitraje, no se puede entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. De este modo, concluye el Tribunal Constitucional que:

*«... este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo Arbitral en sí mismo, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo» (FJ 1.º).*

Igualmente, dicha STC contiene la definición del arbitraje «como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente se vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)» (FJ 4.º). Definición que es reiterada por la STC 9/2005, de 17 de enero, en su FJ 2.º

No obstante, el Tribunal Constitucional declara solemnemente que:

*«... no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos».*

Y a continuación, concluye que:

*«Una vez elegida dicha vía [la arbitral] ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción –pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995– legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral» (FJ 4.º).*

Para ello, el alto Tribunal parte de la premisa de considerar el derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal, tal y como indica:

*«Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)».*



En este punto, la STC 99/1985, de 30 de septiembre, indica que:

*«... siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de la libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, sólo puede ejercitarse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.º de la CE), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio «sólo por ley» puede regularse (art. 53.1 de la CE)» (FJ 4.º).*

La STC 50/1990, de 26 de marzo, señala que:

*«La tutela judicial es un derecho de prestación, cuya efectividad necesita de la mención de la Ley y, por ello, con la excepción de la segunda instancia en el proceso penal, no garantiza clase alguna de recurso judicial, incluido el de casación civil, sino que tan sólo asegura el acceso a recursos legalmente previstos,...» (JF 3.º).*

Por su parte, la STC 149/1995, de 16 de octubre, ratifica la doctrina señalada por la STC 50/1990 en relación a los recursos.

De todos modos, la «naturaleza prestacional» que el Tribunal Constitucional le otorga al derecho a la tutela judicial efectiva nos puede llevar a concebir la Justicia como un mero servicio público, cuya gestión puede ser susceptible de ser gestionada de modo mediante fórmulas de contratación administrativa (véase Pérez Estrada, 2022, 1-22), en vez de concebirse como uno de los tres poderes del Estado de Derecho.

B. La STC 9/2005, de 17 de agosto, versa sobre el derecho de separación de un socio y la imparcialidad de los árbitros. El Tribunal Constitucional señala 1.º) que el laudo en sí no puede revisarse y 2.º) que la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el proceso arbitral no son garantías del art. 24. CE. Así, el alto Tribunal reitera la doctrina expuesta en las SSTC 176/1996 y 13/1997 sobre su carencia de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, de modo que:

*«(...) sólo pueden examinarse aquí las vulneraciones alegadas en la demanda de amparo de diversas garantías del art. 24 CE con respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial impugnada, pero no con respecto al Laudo arbitral, que ha de quedar excluido del objeto de este proceso constitucional» (FJ 2.º).*

En relación a la imparcialidad de los árbitros el Tribunal Constitucional señala de modo taxativo que:

*«(...) la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas –con el carácter de derechos fundamentales– del art. 24 CE, cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe ahora a las concretas alegaciones que se están examinando, para el proceso –actuaciones jurisdiccionales– en el que se pretende la anulación del Laudo y para el órgano judicial que lo resuelve» (FJ 5.º).*

De este modo, el Tribunal Constitucional va reconociendo y validando un espacio de relaciones jurídicas contractuales y para-contractuales –o arbitrales– no sujetas a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

C. La STC 1/2018, de 11 de enero, aborda la inconstitucionalidad de imponer el arbitraje al asegurador en la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, también, LCS), por prescindir de la voluntad de la parte aseguradora para someter la controversia a arbitraje. A tal efecto, el Tribunal Constitucional ha declarado que:

*«Por tanto, la imposición de un arbitraje como el previsto en el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). El precepto ha eliminado para una de las partes del contrato la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, en cuanto fija una vía alternativa excluyente de la jurisdiccional, cuya puesta en marcha depende únicamente de la voluntad de una de las partes. Como recuerda la STC 174/1995, FJ 3, «la primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella». Por ello, resulta contrario a la Constitución que la Ley de contrato de seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, denegándole la posibilidad en algún momento de solicitar la tutela jurisdiccional.» (FJ 4.º).*

Dicha doctrina podría proyectarse sobre todas aquellas cláusulas contractuales que imponen el arbitraje y, con ello, impide revisar la totalidad del propio contrato en el que se inserta y de la relación contractual a lo largo de la vida de la misma, a pesar de que la meritada sentencia del Tribunal Constitucional se refiere a la imposición del arbitraje a una de las partes –la parte aseguradora– a tenor de la Ley del Contrato de Seguro.

No obstante, la obligatoriedad del arbitraje se impone a través de la vía contractual, a la que se está otorgando superioridad sobre la Ley en la práctica, de modo que el contrato puede conllevar la exclusión del derecho a la tutela jurisdiccional. Obviamente, se trata de una imposición al no estar las partes en igualdad de condiciones, amén de desconocer las consecuencias de suscribir las llamadas cláusulas de arbitraje.

D. La STC 46/2020, de 15 de junio, otorga amparo en una impugnación de laudo arbitral de la que se desiste por acuerdo de las partes. En tal caso, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia procede a revisar el laudo arbitral a pesar de que las partes alcanzaron un acuerdo previo y así lo hicieron saber al órgano jurisdiccional, además de formular el correspondiente desistimiento previo del recurso de anulación. Sin embargo, el Tribunal fundó su resolución en una interpretación del orden público.

El Tribunal Constitucional define en esta sentencia tanto el orden público material como procesal en los siguientes términos:

*«Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público» (FJ 4.º).*

La sentencia concluye indicando que «el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente» (FJ 4.º).

El Alto Tribunal dice en que en este caso concreto que:

*«(...) debe reputarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes el razonamiento del órgano judicial que niega virtualidad a un acuerdo basado en el poder dispositivo de las partes sin que medie norma prohibitiva que así lo autorice, imponiendo una decisión que subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada» (FJ 4.º).*

En definitiva, aquí la lesión del derecho fundamental viene dada no tanto por el alcance del concepto de «orden público» del arbitraje, cuanto, por la omisión de los principios dispositivos del proceso civil, puesto que las partes

procedieron a resolver su controversia de mutuo acuerdo tras la interposición del recurso de anulación y así lo hicieron saber al TSJ de Madrid en reiteradas ocasiones, haciendo este caso omiso. Sin embargo, la sala no solo rechazó la petición de archivo, sino que, además, ni siquiera dio eficacia a la voluntad tácita del desistimiento de la parte recurrente por su no comparecencia al acto del juicio, demostrando una obstinación en decidir el fondo del asunto, más allá de los límites del deber de motivación y congruencia (FJ 4.º).

No obstante lo anterior, y a pesar de las alusiones al orden público formal y material en materia arbitral, el Tribunal Constitucional reconduce los motivos de impugnación por razones de orden público exclusivamente a los de orden procesal, tal y como indica:

*«Por consiguiente, es claro que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros, «al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo» (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3, y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2)» (FJ 4.º).*

E. La STC 65/2021, de 15 de marzo, reitera la doctrina expuesta en las SSTC 46/2020 y 17/2021 en relación al orden público como motivo excepcional –y reducido a su vertiente procesal– en su para la anulación del laudo arbitral (FJ 3.º).

No obstante, el Tribunal Constitucional señala que si bien no existe equivalencia entre arbitraje y proceso jurisdiccional en cuanto a garantías (véase Garberí Llobregat, 2009, 55-186), sí que la hay en cuanto a sus efectos de cosa juzgada. Así lo indica la meritada sentencia al decir que *«El carácter flexible del procedimiento arbitral no puede desligarse, por ejemplo, de la consecuencia de cosa juzgada que resulta inherente al laudo que le pone fin (...)»* (FJ 4.º), de modo que el Tribunal Constitucional otorga validez a la existencia de un proceso con garantías y un procedimiento arbitral sin garantías, pero con idénticos efectos de cosa juzgada. Y ello se justifica en que ambos tipos de resolución de conflictos descansan sobre preceptos constitucionales distintos. Añade el Tribunal Constitucional:

*«Por ello, y por la confusión que pudiera generar la expresión «equivalente jurisdiccional», a la que se hace referencia en la citada STC 17/2021, el tribunal insiste en que la semejanza entre ambos tipos de decisión –judicial y arbitral– no alcanza más allá de aquellos efectos y en que el procedimiento arbitral no se puede ver sometido a las exigencias propias del derecho a la tutela judicial*

*efectiva (art. 24 CE), puesto que no es un procedimiento judicial, como tampoco los árbitros ejercen la jurisdicción, cometido de la competencia exclusiva de quienes integran el Poder Judicial (art. 117 CE). Por tanto, no están sujetos a los deberes y garantías que impone el art. 24 CE. Al contrario: cuando las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de la libertad (art. 10 CE), deciden acudir al procedimiento arbitral, eligen sustraerse de las normas que rigen el procedimiento judicial (art. 24 CE) y también, claro está, al enjuiciamiento y valoración de los órganos judiciales, a quienes desde ese momento les está vedado el conocimiento del asunto.» (FJ 4.º).*

De este modo, el deber de motivación del laudo no surge del derecho a la tutela judicial efectiva, sino de la Ley de Arbitraje, resaltando que «la norma constitucional relativa a la necesaria motivación de las sentencias y su colocación sistemática expresa la relación de vinculación del juez con la Ley y con el sistema de fuentes del Derecho dimanante de la Constitución» (FJ 5.º). Solo le ha faltado indicar que «a contrario sensu» el árbitro carece de tal vinculación. Es más, la STC 65/2021 llega a decir que «la motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental (art. 24 CE). Es una obligación de configuración legal del que bien podría prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral» (FJ 5.º).

Así, se apunta a una fundamentación de los laudos arbitrales basada en la pura autonomía de la voluntad de las partes, tal y como indica el Tribunal Constitucional, añadiendo expresamente que «a motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público» (FJ 5.º).

La consecuencia, tal y como indica el Tribunal Constitucional, es que el tribunal «solo debe controlar que se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; así como que la resolución arbitral no sea arbitraria, irracional o absurda desde un mero control externo, lo que significa que no lo sea sin entrar a valorar el fondo del asunto» (FJ 5.º).

## 2.º) Sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la exclusión de la jurisdicción frente al arbitraje

A. La STC 43/1988, de 16 de marzo, inicia el camino hacia la sustracción del arbitraje del control jurisdiccional. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional determina que el Tribunal Supremo no puede –al resolver el recurso de anulación– entrar en el fondo de lo decidido en arbitraje, ya que «constituiría una extralimitación jurisdiccional desde la perspectiva de la indebida atribución arbitral de fondo y de la exclusión del juez predeterminado por

la Ley y el convenio de las partes» (FJ 5). En concreto, el Tribunal Constitucional precisa que el recurso de anulación no transfiere al Tribunal revisor la jurisdicción de equidad, ni siquiera revisora del juicio de equidad en sí mismo; de modo que la revisión jurisdiccional –que comporta el recurso de revisión– solo puede ser externa, pero no sobre el fondo de la decisión, la cual queda sustraída a la jurisdicción.

B. La STC 174/1995, de 23 de noviembre, versa sobre la inconstitucionalidad de la obligatoriedad del arbitraje para conflictos en materia de transporte terrestre que no excedieran las 500.000 ptas., salvo pacto expreso en contrario. A tal efecto, el Tribunal Constitucional señala:

*«La cuestión que se nos plantea es si resulta conforme con la Constitución, concretamente con sus arts. 24.1 y 117.3 CE un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia. El pacto expreso en contrario no elimina, pues la obligatoriedad del arbitraje para la parte que no lo admita.*

*Es evidente que un sistema como el que se acaba de describir, que es el que consagra el art. 38.2 párrafo primero, de la L. O. T. T., resulta contrario, como ya hemos dicho, al derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los Jueces y Tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos» (FJ 3.º).*

Por ello, añade el Tribunal Constitucional que:

*«... al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al art. 24.1 de la Constitución» (FJ 3).*

Esta línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, en nuestra opinión, podría haberse desarrollado a fin de que el sometimiento a arbitraje se base siempre en la libre determinación de las partes hasta el momento de su inicio, de modo que cualquiera de las partes pueda desistir hasta el momento de iniciarse el mismo, lo que eliminaría la cláusula de sumisión a arbitraje que viene a constituir una renuncia definitiva a la tutela judicial efectiva en las relaciones contractuales.

C. La STC 17/2021, de 15 de febrero (véase Ruiz Sánchez, 2021, 1-8; Cazorla Prieto, 2021, 77-88), determina que las posibles discrepancias entre el árbitro y el órgano jurisdiccional sobre la valoración de la prueba practicada

no pueden fundar la anulación del laudo, además de considerar que la fundamentación del laudo no alcanza los requisitos de razonamiento de las sentencias. A tal efecto, el Tribunal Constitucional indica que:

*«Pues bien, en la reciente STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4, a la que desde ahora nos remitimos, hemos señalado que la institución arbitral –tal como la configura la propia Ley de arbitraje– es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción» (FJ 2.º).*

De este modo, se reitera la definición de arbitraje y se subraya «la autonomía de la voluntad de las partes» –como fundamento constitucional (al amparo del art. 10 CE)– para crear un ámbito «vedado a la jurisdicción».

Sin duda, hablar de espacios «vedados a la jurisdicción» es algo muy serio, pues estamos colocando esta «autonomía de las partes» al margen de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.

Llegados a este punto, cabe preguntarse para qué ha servido que la totalidad de los poderes, los ciudadanos y las personas jurídicas queden sujetas a la Constitución en el conjunto de sus diversas relaciones jurídicas (de naturaleza administrativa y/o económica), si a la autonomía de la voluntad se le puede otorgar capacidad para erigirse en un poder autónomo –protegido por el ordenamiento jurídico y validado por el intérprete supremo de la Constitución–, capaz de generar relaciones contractuales al margen –y contra– el ordenamiento jurídico.

Hasta ahora cualesquiera obligaciones y contratos dimanantes de la autonomía de la voluntad debían adecuarse al orden jurídico y eran susceptibles de control jurisdiccional y, en última instancia, de constitucionalidad. En consecuencia, cualquier relación contractual ha sido revisada por los tribunales a fin de interpretar todo acuerdo y estipulación de naturaleza contractual a la luz del ordenamiento jurídico, formado principalmente por las diferentes disposiciones legales y la Constitución, debiendo estar todo sujeto a esta e conforme con la misma.

Por contra, esta concepción del Tribunal Constitucional sobre la exclusión del arbitraje del control jurisdiccional parece transformar las obligaciones y contratos –el convenio arbitral– en instrumento adecuado para sustraerse a los tribunales de justicia, tal y como subraya:

*«También, en esta reciente STC 46/2020, advertimos de los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales [art. 41.1 f) LA] y de la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE)» (FJ 2.º).*

Aquí, el Tribunal Constitucional indica que la renuncia a la tutela jurisdiccional (ex-art. 24 CE) es de modo «puntual», sin embargo, la realidad es bien distinta. Los convenios arbitrales forman parte de los contratos y rigen durante la vigencia de dichos contratos, extendiéndose en el tiempo, de modo que la «renuncia temporal» deviene en constitutiva de la propia relación contractual; es decir, abarca toda la vigencia de dicha relación que puede prorrogarse a lo largo de los años o incluso tener un carácter indefinido o transmitirse mediante subrogación contractual. En consecuencia, se produce un menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva que se torna completamente inexistente, y de dicha infracción resulta la imposibilidad de instar la tutela de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico.

Llegados a este punto, cabe preguntarse si, en realidad, el Tribunal Constitucional no está blindando el buen o mal hacer de los árbitros, de modo que tampoco se les pueda exigir responsabilidad, tal y como lo indica el máximo interprete constitucional. Así, la STC 17/2021 trata de blindar la actividad de las instituciones arbitrales y de los árbitros al indicar que «si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público» (FJ 2.º). El problema, obviamente, es que, si las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia tienen vetado entrar a conocer el fondo, no se podrá determinar si el mismo es simplemente arbitrario, tal y como acontece con la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid de 8 de enero de 2018 sobre el laudo que decretó la disolución y liquidación de una sociedad mercantil sin la consecuencia de causa legal o estatutaria determinada. Sin embargo, la STC 17/2021 procede a desautorizar parcialmente al TSJ de Madrid. De un modo laxo, el Tribunal Constitucional así lo viene a indicar:

*««(...) dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto es preciso señalar, como lo ha hecho este tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista, y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental,*



*se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas» (STC 164/2002, de 17 septiembre).» (FJ 4.º).*

En todo caso, consideramos que la STC 17/2021 no ha desautorizado completamente al TSJ de Madrid, ya que anula su sentencia con retroacción de actuaciones a fin de proceder a analizar el resto de motivos para la anulación del laudo, más allá de la valoración de la prueba.

### **3.º) Sentencias del Tribunal Constitucional que abordan otras cuestiones con ocasión del arbitraje**

A. La STC 233/1988, de 2 de diciembre, se dicta con motivo de la nulidad del emplazamiento edictal para el nombramiento de árbitro, lo que implica la nulidad de todo lo actuado –incluyendo el posterior proceso arbitral–, debiéndose retrotraer las actuaciones al momento anterior al emplazamiento para el nombramiento de árbitro.

Dicha sentencia indica que el emplazamiento por edictos debe ser siempre un medio supletorio y que, por tanto, ha de utilizarse como último recurso para la comunicación del órgano judicial con las partes, por lo que deben agotarse previamente todos los demás modos de comunicación que aseguren la recepción de la correspondiente cédula (FJ 4.º).

B. La STC 288/1993, de 4 de diciembre, estima el recurso de amparo contra la sentencia de anulación de laudo arbitral por haberse formulado el recurso transcurrido el plazo de caducidad.

C. La STC 13/1997, de 27 de enero, se dicta para restablecer el derecho de libertad sindical, lo que comporta la anulación de un laudo arbitral en el ámbito laboral. A tal efecto, si bien el Tribunal Constitucional declara que no puede revisar el laudo arbitral –por ser ajeno a los poderes públicos reiterando la doctrina expuesta en la STC 176/1996–, sin embargo, anula el laudo arbitral a fin de restablecer el derecho de libertad sindical en el previo proceso electoral. El Tribunal Constitucional le otorga primacía al art. 28 CE, de modo que no se limita a dejar sin efecto la sentencia por la que se impugna el laudo arbitral, sino que también anula el previo laudo arbitral. El alto tribunal restablece el derecho sindical desde el momento en que se produjo su lesión, para lo cual

anula no solo la sentencia del juzgado de lo social, sino también el «laudo arbitral» precedente.

### 3. CONSIDERACIONES SOBRE LA RENUNCIA AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA CONSECUENTE AUSENCIA DE CONTROL JURISDICCIONAL Y DE CONSTITUCIONALIDAD

De modo sintético podemos decir que el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias relativas al arbitraje efectúa un reconocimiento implícito de la institución arbitral al resolver sobre excesos de la jurisdicción en relación a decisiones arbitrales de fondo. Al tiempo, el máximo intérprete constitucional señala que la institución arbitral tiene su fundamento en el derecho a la libertad (arts. 1.1 y 10 CE). No obstante, conviene subrayar que la Carta Magna de 1978 en ningún precepto alude al arbitraje (véase Pérez-Luño Robledo, 2013, 36-45); y menos aún, como una alternativa al derecho a la tutela judicial efectiva o como un ámbito vetado para la jurisdicción.

Con posterioridad, se afirma por el Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva queda excluido del arbitraje. Es decir, el derecho al juez predeterminado por Ley y el derecho a un proceso quedan postergados. Finalmente, se remarca que el arbitraje carece de las garantías propias de la tutela judicial efectiva (González Malabía, 2020, 135-158).

Los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional vienen a validar la creación de relaciones jurídicas –singularmente de naturaleza contractual–, que al someterse a arbitraje, excluyen toda intervención judicial. Esto puede crear realidades de naturaleza privada no sujetas al control jurisdiccional y, en última instancia, al control de constitucionalidad. No resultaría exagerado afirmar que el sistema arbitral se establece como la alternativa que impide acudir a la tutela jurisdiccional, al configurarse extramuros del propio orden constitucional.

En efecto, los propios órganos jurisdiccionales deben aplicar el ordenamiento jurídico, comenzando por la Constitución, y, en última instancia pueden plantear tanto la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, como elevar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que supone una doble garantía para todos los que acuden al proceso. Por el contrario, las entidades arbitrales quedan al margen de todo lo indicado anteriormente, bastando las meras consideraciones de los propios árbitros.

#### 4. EL NECESARIO CUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO Y DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE ARBITRAJE

Consideramos que la primacía del derecho comunitario, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho interno, puede alterar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el arbitraje (véase Pelayo Jiménez, 2021, 1-13).

En este sentido, aunque no se refieran a la materia arbitral, nos carecen de interés las siguientes sentencias que avalan la recepción del derecho comunitario las SSTC 145/2012, 232/2015 y 31/2019:

– La STC 145/2012, de 2 de julio, trata sobre el principio de primacía del derecho europeo que obliga a los Jueces y Tribunales a no aplicar las disposiciones nacionales incompatibles con el Derecho de la Unión Europea, lo que puede incidir sobre la materia arbitral.

Así nos lo recuerda el Tribunal Constitucional al indicar que:

*«La declaración por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de que una norma es contraria al Derecho comunitario impone a los órganos jurisdiccionales españoles (incluido, desde luego, este Tribunal) la obligación de inaplicarla, extrayendo de esta operación jurídica las consecuencias oportunas» (FJ 7.º).*

Esta sentencia abre nuevas posibilidades, en los casos en que se sometan a arbitraje y se resuelvan de modo contrario al derecho comunitario. Según esto, entendemos que los Tribunales y el propio Tribunal Constitucional están obligados a pasar por alto la no intervención sobre laudos arbitrales, con el fin de controlar el cumplimiento del derecho comunitario. Así lo viene a indicar la propia STC 145/2012:

*«(...) los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. 1-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-173/09, apartado 31). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3; y de 16 de diciembre de 2008,*

*asunto Michaniki (C-213/07, Rec. p. I-9999, apartados 5 y 51)]. Esta facultad de inaplicación se ha extendido también a las Administraciones públicas, incluidos los organismos reguladores (véanse las Sentencias de 22 de junio de 1989, asunto Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, apartados 30 a 33; y de 9 de septiembre de 2003, asunto CIF, C-198/01, Rec. p. I-8055, apartado 50)» (FJ 5.º).*

De este modo, consideramos que la primacía del Derecho de la Unión Europea entraría dentro de ese concepto jurídico indeterminado denominado «orden público» (ex-art. 41.1.f) LA) que excluye el arbitraje.

– La STC 232/2015, de 5 de noviembre, versa sobre la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el derecho interno, en este caso a propósito del derecho de un funcionario interino a percibir el complemento por sexenios.

– La STC 31/2019, de 28 de febrero, se refiere a la necesidad de observar la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Si bien, dicha sentencia está referida al procedimiento de ejecución hipotecaria en relación al necesario control de cláusulas abusivas, la doctrina puede ser de aplicación en los procesos de arbitraje en los que se reclame el control de cláusulas abusivas, tal y como indica:

*«4. Doctrina constitucional. Resuelto el óbice procesal, procede entrar en el examen de la cuestión de fondo. Para ello es necesario comenzar remitiéndonos a lo dicho en la STC 232/2015, de 5 de noviembre*

*En la citada sentencia de Pleno se afirmó, con los argumentos allí expuestos, a los que nos remitimos, que: (i) a este Tribunal «corresponde [...] velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando [...] exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea» [FJ 5 c)], (ii) el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, «puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)» [FJ 5 c)], y (iii) prescindir por «propia, autónoma y exclusiva decisión» del órgano judicial, de la interpretación de un precepto de una norma europea impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, es decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnera el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea [FJ 6 b)].» (FJ 4.º).*

Consideramos que esta doctrina del Tribunal Constitucional sobre la primacía del Derecho de la Unión Europea resulta de aplicación también a las resoluciones de fondo en los procesos arbitrales. En otras palabras, cuando parecía que el arbitraje queda sustraído del control jurisdiccional y de constitucionalidad, se abre una nueva vía para su fiscalización a fin de evitar que los procesos y laudos arbitrales sean contrarios al Derecho de la Unión Europea.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha determinado que el procedimiento arbitral queda sometido al cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Juan-Sánchez, 2020, 40-49). Así se ha pronunciado la Sentencia del TEDH (sección 1.<sup>a</sup>), de 20 de mayo de 2021 (Beg Spa contra Italia – 5312/11) sobre falta de imparcialidad de un árbitro determina que el procedimiento de arbitraje debe ofrecer las salvaguardas previstas en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

## 5. CONCLUSIONES

- 1.<sup>a</sup>) **El Tribunal Constitucional, querámoslo o no, está configurando el arbitraje como una institución al margen de la Constitución, al impedir el acceso a los tribunales, que éstos determinen si las relaciones jurídicas están amparadas por el ordenamiento jurídico o no y, en última instancia, el control de constitucionalidad. De este modo, podemos estar asistiendo a la creación de un sistema que no solo impide el acceso a la justicia, sino también a todo control de constitucionalidad**

Aunque el Tribunal Constitucional razone que el arbitraje tiene su amparo constitucional en el principio de autonomía de la voluntad –*ex-art.* 10 CE– (véase Ruiz-Giménez Cortés, 1997, 37-107), consideramos que toda actividad contractual desarrollada en el ámbito del derecho privado es susceptible de revisión judicial, y que, en última instancia, siempre resultará revisable dicha actividad judicial por el TC. De este modo, se debe de garantizar que todas las actividades tanto pública como privadas se desarrollen al amparo de la «Constitución y del resto del ordenamiento jurídico», por lo que no puede haber ámbitos exentos de control jurisdiccional y constitucional, conforme determina el art. 9.1 CE. A mayor fuerza, crear ese espacio (de arbitraje) extramuros del orden constitucional implica también la no implementación de lo dispuesto en el art. 9.2 CE, a fin de que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas.

- 2.<sup>a</sup>) **Llegados hasta aquí, parece que el sueño neoliberal de reducir el papel del Estado encuentra en el arbitraje una institución clave (véase Taruffo, 1999, 61-75), amparada en el principio de la autonomía de la voluntad libre de todo control jurisdiccional**

El arbitraje escenificaría esa culminación ideológica de sustraerse al poder constituido, como si el mercado pudiera extenderse a todo, hasta abarcar la

resolución de los propios conflictos. De este modo, el arbitraje coadyuva a concebir el mercado como ideología totalizante que no sólo se autogobierna, sino que también puede y debe regular la totalidad de las esferas de la vida, en una mercantilización de todas las relaciones humanas.

La institución del arbitraje elude todo control jurisdiccional en cuanto que se configura como un equivalente a la tutela declarativa, que trata de eludir el orden legal y constitucional al tiempo que coloca a la jurisdicción como servidora para ejecutar sus propias decisiones llamadas laudos (cfr. Fernández Rozas, Sánchez Lorenzo, Stampa, 2018, 107).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABA-CATOIRA, A. (2011), «El arbitraje en el constitucionalismo español. La Constitución Española de 1978, la Ley de Arbitraje 6/2003 y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Neira Pena, A; Pérez-Cruz Martín, A. (Dirs.), *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*. Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 113-283.
- CARNACINI, T. (1961), *Arbitraje* (Trad. Santiago Sentís Melendo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 17-25.
- CASTRESANA, L. F. (2017), «Concepto y características», en Ruiz Risueño, F., y Fernández Rozas, J. C., *Manual de Arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 13-25.
- CAZORLA PRIETO, L. M. (2021), «Comentarios a vuelapluma de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», en Fernández Rozas, J. C. (Coord.), *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, CIMA-Wolter-Kluwer, Las Rozas (Madrid), 77-80.
- CORDÓN MORENO, F. (2005), *El Arbitraje de Derecho Privado (Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje)*, 1.ª ed., Thomson – Civitas, Cizur Menor (Navarra), 27-51.
- DÍEZ PICAZO, L. M. (2005), «La tutela judicial efectiva», *Sistema de derechos fundamentales*. 2.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 405-437.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (1996), «Artículo 24. Garantías procesales», en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, Cortes Generales, Edersa, Madrid, 19-123.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S. A., Y STAMPA, G. (2018), *Principios generales del arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2008), «El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional», *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 27-283.
- (2009), *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 159-184.

- GONZÁLEZ MALABIA, S. (2020), «La jurisdicción como alternativa a la resolución arbitral de controversias», en Barona Vilar, S., *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 135-158.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2001), *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3.<sup>a</sup> ed. Civitas, Madrid, 61-162.
- GUASP, J. (1956), *El arbitraje en el derecho español. Su nueva configuración conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona, 22-115.
- JUAN-SÁNCHEZ, R. (2020), *Proceso justo en España y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuter-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 40-49.
- PELAYO JIMÉNEZ, R. C. (2021), «Protección del derecho de defensa en el arbitraje: una discusión inacabada», *Diario La Ley*, N.º 9929, Sección Doctrina, 8 de octubre de 2021, 1-13.
- PÉREZ ESTRADA, M. J. (2022), «La justicia, ¿un servicio público?», *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 57, 1-22.
- PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C. (2013), *La reforma del arbitraje de 2011*, Tirant lo Blanch, Valencia, 36-45.
- PICÓ I JUNOY, J. (2012), *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch Editor, Barcelona, 55-186.
- RUIZ SÁNCHEZ, P. (2021), «El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el concepto de orden público como motivo de anulación del laudo arbitral y el deber de motivación de los laudos. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021». *Diario La Ley*, N.º 9819, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2021, 1-8.
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J. (1997), «Artículo 10. Derechos Fundamentales de la persona», en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II. Cortes Generales– Edersa, Madrid, 37-107.
- TARUFFO, M. (1999), «Aspectos de crisis de la justicia civil: Fragmentación y privatización», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 3, 61-75.

# **LA STABILITÀ LAVORATIVA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE. L'APPORTO DEL GIUDICE DELLE LEGGI ALL'INDIVIDUAZIONE, E ALLA GARANZIA, DI UN DIRITTO COSTITUZIONALE**

CRISTINA LUZZI<sup>1</sup>

*Università di Pisa*

**SOMMARIO:** 1. *Premessa. La stabilità lavorativa come oggetto di indagine di diritto costituzionale.*–2. *La stabilità lavorativa come diritto costituzionale: il contributo della giurisprudenza costituzionale del secolo scorso alla sua individuazione...* 2.1 *...e alla sua protezione. La flexicurity al vaglio della Corte costituzionale.*–3. *Per non concludere. Alcune notazioni a proposito del presente, e del futuro, del diritto alla stabilità lavorativa.*

## **1. PREMESSA. LA STABILITÀ LAVORATIVA COME OGGETTO DI INDAGINE DI DIRITTO COSTITUZIONALE**

Generalmente affidata alla riflessione dei giuslavoristi, o al più degli economisti, la questione della stabilità del lavoro è tornata all'attenzione anche degli studiosi di diritto costituzionale durante l'emergenza pandemica, quando il legislatore italiano, animato da un'esigenza di tutela della continuità reddituale e più

---

<sup>1</sup> Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale e Istituzioni di diritto pubblico, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa.



in generale di garanzia della pace sociale, ha introdotto di un temporaneo blocco dei licenziamenti economici individuali e collettivi (Battaglia, Brancati, 2020)<sup>2</sup>.

A ben vedere, tuttavia, le riforme strutturali del lavoro, in particolare la legge n. 92/2012 e il decreto legislativo n. 23/2015, appartenente al cd. *Jobs Act*, avevano già ravvivato l'interesse di una parte della dottrina pubblicistica nei confronti della questione della stabilità lavorativa (Guazzarotti, 2014; Massapinto, 2013; Niccolai, 2012; Salazar, 2016)<sup>3</sup>, interesse a lungo mitigato, presumibilmente, dai significativi interventi legislativi che, almeno fino agli anni Novanta<sup>4</sup>, hanno circondato di garanzie la stabilità del lavoro, consentendo di declinarla agilmente come un vero e proprio diritto dei lavoratori subordinati a non essere arbitrariamente rimossi dal proprio posto di lavoro, e favorendo forse l'impressione che il discorso intorno alla stabilità lavorativa, perlomeno da una prospettiva di diritto costituzionale, potesse considerarsi esaurito.

Non è un caso, dunque, che il diritto alla stabilità lavorativa inteso, si è anticipato, come diritto dei lavoratori subordinati a non essere arbitrariamente licenziati, sia tornato oggetto di indagine di parte (indagine di parte della dottrina) della dottrina costituzionalistica dopo aver subito, in sede legislativa, un ridimensionamento tale da integrare una «decostituzionalizzazione»<sup>5</sup> alla quale, infatti, sono seguiti una serie di interventi da parte della Corte costituzionale.

Tale circostanza, come si vedrà, ha confermato la convinzione sottesa alla riflessione che si svolge in questa sede; l'idea cioè che, nonostante il mercato del lavoro risulti profondamente trasformato dalle crisi economiche che si sono succedute negli ultimi vent'anni, dalla globalizzazione e dall'innovazione tecnologica, e nel caso dei Paesi dell'Unione europea anche dall'integrazione monetaria, ciò non possa condurre a considerare le disposizioni del dettato costituzionale dedicate al lavoro previsioni oramai obsolete, di difficile o impossibile attuazione.

<sup>2</sup> Per una ricognizione delle misure emergenziali adottate nella prima fase della pandemia in ambito economico e lavoristico cfr. BATTAGLIA, BRANCATI, 2020.

<sup>3</sup> Per una primissima critica alla legge n. 92/2012 e alla scelta, da quest'ultima operata, di moltiplicare i regimi di garanzia del diritto alla stabilità lavorativa e di ridurre lo spazio di applicazione della tutela reale, cfr. NICCOLAI, 2012; MASSAPINTO, 2012; per un'analisi, analogamente critica, del *Jobs Act*, e in particolare delle ricadute di quest'ultimo sul controllo giudiziale dei licenziamenti, cfr. SALAZAR, 2016.

<sup>4</sup> Negli anni Novanta, infatti, si è avuto l'ultimo significativo intervento del legislatore sul diritto alla stabilità lavorativa con l'approvazione della legge n. 223/1991 che disciplina i licenziamenti collettivi e che, pur essendo stata parzialmente intaccata dalle ultime riforme del lavoro, per ragioni di organicità, si è scelto di non analizzare perlomeno in questa sede.

<sup>5</sup> Giova soltanto ricordare che tale espressione, entrata nell'uso comune della dottrina costituzionalistica al fine di individuare, di tanto in tanto, l'eventuale «regressione costituzionale» di singoli diritti, si deve a FERRAJOLI, 2011.

Pur non potendo passarle in rassegna singolarmente, giova perlomeno ricordare che il lavoro, assunto a fondamento dell'ordinamento repubblicano, è il primo dei diritti fondamentali riconosciuto dal dettato costituzionale in capo agli individui; che, in un sistema che promuove l'effettiva partecipazione dei lavoratori, lo svolgimento di un'attività lavorativa rappresenta la condizione per l'esercizio di altri diritti fondamentali, quali ad esempio la libertà sindacale; che, alla corresponsione di una retribuzione proporzionata e sufficiente è subordinato il godimento di un'esistenza libera e dignitosa (Luciani, 2010)<sup>6</sup>.

Ciò posto, se si guarda alla prassi degli ultimi dieci anni, si nota come non aver tenuto ferma la rilevanza costituzionale del lavoro abbia aperto a scenari potenzialmente critici da un punto di vista costituzionale: abbia favorito, in occasione delle ultime riforme strutturali del lavoro, l'adesione incondizionata ed «energica» del legislatore interno alle sollecitazioni in materia di politiche occupazionali provenienti da alcuni organi dell'Unione europea (Luzzi, 2021)<sup>7</sup>; abbia determinato una flessibilizzazione dei rapporti di lavoro alla quale, tuttavia, non si è accompagnato un potenziamento delle misure di sicurezza sociale come invece avrebbe richiesto la stessa strategia di *flexicurity* a lungo promossa, appunto, in sede europea (Zoppoli, 2015)<sup>8</sup>.

Con riferimento al diritto alla stabilità lavorativa, in particolare, complice forse la tendenza poc'anzi menzionata a considerare, da un certo momento in poi, l'analisi dell'attuazione di quest'ultimo appannaggio della dottrina giuslavoristica, ciò ha fatto sì che taluno si sia spinto fino al punto di metterne in discussione la stessa natura di diritto costituzionale (Cavino, 2018)<sup>9</sup>.

Nel tentativo, allora, di ricondurre nell'alveo del diritto costituzionale la questione della stabilità lavorativa e di sgombrare il campo da eventuali dubbi circa la fisionomia costituzionale di tale diritto, si sceglie in questa sede di passare in rassegna la giurisprudenza costituzionale in materia muovendo da quella del secolo scorso, oggi ampiamente richiamata dal Giudice delle leggi, per approdare, appunto, alle decisioni più recenti

<sup>6</sup> La bibliografia sul punto è, ovviamente, amplissima; a titolo dunque esemplificativo, per riflettere su quanto il fondamento repubblicano sul lavoro innervi l'intero dettato costituzionale, cfr. LUCIANI, 2010.

<sup>7</sup> Su come le sollecitazioni europee, generalmente contenute in atti di *soft law*, abbiano inciso sulla produzione normativa italiana in materia di lavoro ma soprattutto su quanto il legislatore interno, in particolare con il decreto legislativo n. 23/2015, abbia superato in termini di flessibilizzazione dei rapporti di lavoro le stesse indicazioni eurounitarie, abusando della massima «ce lo chiede l'Europa!», sia consentito rinviare a LUZZI, 2021.

<sup>8</sup> Cfr. sul punto la voce enciclopedica dedicata alla *flexicurity* curata da ZOPPOLI, 2015.

<sup>9</sup> In tal senso si esprime, appunto, CAVINO, 2019.

riguardanti, come si è anticipato, il *Jobs Act* e la legge n. 92/2012. L'impressione, infatti, è che l'analisi congiunta di queste pronunce possa condurre a riaffermare la natura costituzionale del diritto alla stabilità lavorativa, ma anche aiutare a individuarne il declino e la ripresa, pur risultando quest'ultima ancora incompleta.

## 2. LA STABILITÀ LAVORATIVA COME DIRITTO COSTITUZIONALE: IL CONTRIBUTO DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE DEL SECOLO SCORSO ALLA SUA INDIVIDUAZIONE...

La ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di stabilità lavorativa muove, pacificamente, dalla sentenza n. 45/1965<sup>10</sup>; con tale decisione, infatti, il Giudice delle leggi, sollecitato in via incidentale, si è pronunciato per la prima volta sulla legittimità costituzionale della norma codicistica che prevedeva la piena recedibilità delle parti dal contratto di lavoro nonché, logicamente, l'esclusione del sindacato giudiziale sulle modalità e sulle ragioni dell'eventuale esercizio del potere di recesso.

In tale occasione, pur rigettando l'interpretazione del giudice *a quo* che invocava la dichiarazione di incostituzionalità della norma impugnata rintracciando un'evidente incompatibilità nell'articolo 4, primo comma, Cost., laddove quest'ultimo avrebbe postulato un nuovo diritto alla conservazione del posto di lavoro, la Corte costituzionale ha ritenuto che dal riconoscimento del diritto al lavoro operato dalla norma costituzionale non discendesse un diritto all'occupazione, né conseguentemente al mantenimento di quest'ultima; tale norma stabiliva, piuttosto, il dovere del legislatore di indirizzare la propria attività verso la «*creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche*» che consentissero la piena occupazione di quanti fossero idonei al lavoro, nonché di rendere conforme al dettato costituzionale la disciplina dei rapporti di lavoro.

La mancata configurazione del diritto al posto o alla sua conservazione non conduceva, infatti, a ritenere automaticamente che la disciplina dei licenziamenti si ponesse su un piano distinto rispetto a quello di progressiva garanzia del diritto al lavoro individuato dall'articolo 4, primo comma, Cost., dal quale dunque discendeva il dovere del legislatore di innovare la normativa codicistica e di circondare l'esercizio del potere di recesso datoriale di «*doverose garanzie*» e «*opportuni temperamenti*», «*al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro*».

---

<sup>10</sup> Corte cost. 9 giugno 1965, n. 45.

Rispetto a tali indicazioni il legislatore italiano si è mostrato da subito molto reattivo, complice presumibilmente anche il clima politico di quegli anni. Le prime limitazioni nei confronti dell'arbitrarietà datoriale sono state, infatti, di poco successive alla sentenza n. 45/1965; la legge n. 604/1966 in materia di licenziamenti individuali ha ancorato la legittimità del licenziamento all'esistenza di una giusta causa e previsto, in assenza di quest'ultima, una tutela indennitaria per il lavoratore ingiustamente licenziato.

Tuttavia, come noto, ad avere un effetto realmente dirompente sul complesso di norme codicistiche che regolavano i rapporti di lavoro, nonché la loro eventuale durata, è stata la legge n. 300/1970 meglio conosciuta come Statuto dei lavoratori con la quale, per riprendere l'entusiastica e nota espressione pronunciata da Vittorio Foa all'indomani della sua approvazione, «*la Costituzione ha varcato i cancelli delle fabbriche*».

In particolare, se si prende in considerazione la stabilità lavorativa, la misura della reintegrazione nel posto di lavoro, introdotta dall'articolo 18 dello Statuto, ha ridotto significativamente il grado di «tollerabilità» dell'ordinamento nei confronti della condotta datoriale illegittima laddove ha consentito, e tutt'ora (perlomeno negli spazi residui di applicabilità) consente al giudice di ripristinare lo *status quo ante* del licenziamento considerato illegittimo e di eliminare gli effetti di quest'ultimo garantendo al lavoratore licenziato anche il risarcimento del danno e l'eventuale *restitutio in integrum*. Con l'aumento delle «*doverose garanzie*» del lavoratore ingiustamente «spossessato» del proprio posto di lavoro, operato dall'articolo 18, si è assistito così a un effettivo contenimento dell'esercizio arbitrario del potere datoriale di recesso, dunque a quell'incremento di tutele della continuità del lavoro auspicato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 45/1965.

Nel ventennio successivo a tale decisione, i riferimenti alla stabilità lavorativa da parte del Giudice delle leggi si sono fatti sempre più frequenti; in tal senso, è utile menzionare la sentenza n. 176/1986<sup>11</sup> in occasione della quale la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'articolo 11 della legge n. 604/1966 nella parte in cui escludeva dall'applicazione del divieto di licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo oggettivo quei lavoratori che avessero compiuto il sessantacinquesimo anno d'età, ma che non fossero ancora in possesso dei requisiti stabiliti dalla legge per accedere al pensionamento. Ad avviso dei giudici costituzionali, infatti, visti gli articoli 3 e 4 Cost., la circostanza per cui un lavoratore, in ragione della propria età, potesse essere ritenuto non più fisicamente idoneo allo svolgimento delle mansioni per le quali era stato assunto, non

---

<sup>11</sup> Corte cost. 7 luglio 1986, n. 176.

liberava la parte datoriale dall'osservanza di determinati vincoli quali l'obbligo di risoluzione del rapporto di lavoro solo in presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo e la comunicazione scritta dell'avvenuto licenziamento.

Ancora, con la sentenza n. 96/1987<sup>12</sup> i giudici costituzionali hanno dichiarato illegittimo l'articolo 35 dello Statuto dei diritti dei lavoratori nella parte in cui quest'ultimo affidava alla contrattazione collettiva il compito di estendere a favore del personale navigante l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Constatata l'inerzia sindacale, ed affermato che il diritto al lavoro di cui all'art. 4, primo comma, Cost., è «*l'essere, che condiziona l'avere e ogni altro bene*», i giudici costituzionali hanno ampliato il campo d'applicazione dell'articolo 18 e del complesso di tutele da quest'ultimo previste includendovi anche il personale navigante ingiustamente licenziato.

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale del secolo scorso richiamata in questa sede sembra, dunque, di potersi affermare che la continuità del lavoro è stata presto, e stabilmente, ritenuta dal Giudice delle leggi meritevole di protezione costituzionale<sup>13</sup>. Il fondamento di tale convinzione va innanzitutto rintracciato nel primo comma del principio lavorista; quest'ultimo attraverso il riconoscimento del diritto al lavoro ha posto in capo al legislatore il dovere di depurare le norme codicistiche dedicate ai licenziamenti laddove queste ultime risultassero in evidente contrasto con un dettato costituzionale che, nel caso della stabilità lavorativa, non aveva (e non ha) la pretesa di riconoscere in capo ai singoli un diritto alla conservazione del posto di lavoro, ma che in un'ottica di progressiva garanzia del lavoro stesso mirava (e mira) a limitare il potere della parte datoriale arginandone l'arbitrarietà.

Ciò posto, va detto che l'osservazione della giurisprudenza costituzionale sorregge non solo la rilevanza pubblicistica (o perlomeno anche pubblicisti-

<sup>12</sup> Corte cost. 3 aprile 1987, n. 96

<sup>13</sup> È interessante notare come chi, ad oggi, rinnega la natura costituzionale del diritto alla stabilità lavorativa, lo faccia a partire dalla sentenza n. 45/1965 e dalla protezione, da quest'ultima accordata, alla continuità del lavoro. Da tale angolo visuale, la continuità del lavoro potrebbe essere garantita anche dal solo potenziamento di politiche attive del lavoro in grado di assicurare al lavoratore la continua occupabilità nel mercato del lavoro, CAVINO, 2019. Sebbene l'incremento delle politiche attive sia certamente un obiettivo auspicabile, ad avviso di chi scrive, tale lettura oltre a essere smentita dalla giurisprudenza costituzionale più risalente e, come si vedrà, anche più recente, trascura il disvalore insito nell'arbitrarietà datoriale muovendo evidentemente da una visione simmetrica e paritaria del rapporto di lavoro che, tuttavia, non è condivisibile da un punto di vista costituzionale. A tal proposito, è sufficiente ricordare che la Costituzione italiana riconosce in capo ai lavoratori un complesso di diritti sociali, detti diritti sociali secondari (diritto alla formazione professionale; diritto all'educazione e avviamento professionale degli inabili e minorati; diritto a una giusta retribuzione; diritto al riposo; diritti previdenziali) tra i quali deve ascrivere anche il diritto alla stabilità lavorativa, che trovano la loro ragion d'essere nello «*squilibrio del rapporto contrattuale tra datore di lavoro e lavoratore*» e pertanto «*qualificano specificamente la posizione di quest'ultimo*», su cui cfr. PEZZINI, 2001.

ca) della questione della stabilità lavorativa, ma libera il campo, inoltre, dagli eventuali dubbi circa la sua configurazione quale autonomo diritto costituzionale. In tal senso, in ragione della loro chiarezza, possono da ultime menzionarsi due ulteriori decisioni del Giudice delle leggi; si fa riferimento alla sentenza n. 331/1988<sup>14</sup> nella quale la Corte ha ricordato come nel diritto al lavoro riconosciuto dall'articolo 4, primo comma, Cost., fossero compresi «*diritti più particolari, come ad esempio la libertà di professione o il diritto dei lavoratori a non subire licenziamenti arbitrari*» e, analogamente, alla sentenza n. 60/1991<sup>15</sup>, in occasione della quale i giudici costituzionali hanno espressamente ribadito che l'articolo 4, primo comma, Cost., potesse essere declinato come «*diritto a non essere estromesso dal lavoro ingiustamente o irragionevolmente*» (Bifulco, 2003; Cavino 2019)<sup>16</sup>.

## 2.1 ...e alla sua protezione. La *flexicurity* al vaglio della Corte costituzionale

L'interesse della dottrina costituzionalistica per il diritto alla stabilità lavorativa, come anticipato, si è rinnovato in ragione degli ultimi interventi strutturali in materia di lavoro i quali, sebbene con gradi diversi di intensità, hanno inciso anche su tale diritto. Prima di stabilire in che misura la legge n. 92/2012 e, nell'ambito del cosiddetto «*Jobs Act*», il decreto legislativo n. 23/2015 abbiano ridimensionato il diritto alla stabilità lavorativa, è opportuno ricordare come entrambi gli interventi legislativi abbiano dato attuazione nell'ordinamento interno a una strategia politica, nota come *flexicurity* o flessicurezza, ampiamente sperimentata nei Paesi del Nord Europa, e per lungo tempo promossa tra gli Stati membri sia dalla Commissione, sia dal Consiglio dell'Unione europea attraverso gli Orientamenti integrati per l'occupazione.

Sottesa alla strategia della *flexicurity* vi era sostanzialmente l'idea che la divisione all'interno del mercato del lavoro tra gli *insiders*, coloro cioè che godono di un posto di lavoro stabile e garantito e gli *outsiders*, soggetti disoccupati o impegnati in attività lavorative irregolari o precarie, potesse essere

<sup>14</sup> Corte cost. 24 marzo 1988, n. 331.

<sup>15</sup> Corte cost. 8 febbraio 1991, n. 60.

<sup>16</sup> Preme precisare che la configurazione del diritto alla stabilità lavorativa quale declinazione del diritto al lavoro di cui all'articolo 4, primo comma, Cost., non esclude che dall'articolo 4, primo comma, Cost. possano discendere anche altri diritti; esso è indicativo, anzi, del fatto che il diritto al lavoro riconosciuto nel primo comma del principio lavorista debba intendersi non solo come norma programmatica, ma anche come «*un agglomerato di microdiritti (sociali)*», ciascuno dei quali si posiziona in rapporto di strumentalità nei confronti del diritto al lavoro stesso, su cui cfr. BIFULCO, 2003.

arginata solo con un'operazione congiunta, da parte degli Stati membri, di «decostruzione» dei sistemi nazionali di tutela dei rapporti individuali di lavoro che mirasse in particolare a rendere più flessibili «*i termini di preavviso, i costi e le procedure di licenziamento abusivo*»<sup>17</sup>. Tale cambiamento, oltre a ridurre significativamente le differenze tra lavoratori *insiders* e *outsiders*, avrebbe consentito agli operatori economici di adattarsi in modo rapido alle richieste provenienti dal mercato del lavoro; l'assenza di «preoccupazioni» circa la garanzia della stabilità dei posti di lavoro avrebbe presumibilmente incoraggiato le imprese ad aumentare le assunzioni e prodotto, dunque, quale effetto favorevole un significativo incremento occupazionale.

La necessaria combinazione tra flessibilità e sicurezza avrebbe richiesto però, per un verso, la promozione di contestuali politiche del lavoro attive dirette alla formazione e all'aggiornamento costante dei lavoratori nonché finalizzate alla reintegrazione nel mercato del lavoro dei soggetti disoccupati o inattivi e, per l'altro, il rafforzamento dei sistemi di sicurezza sociale interni (fermi i limiti derivanti dai vincoli di spesa) che avrebbero dovuto sostenere i lavoratori durante le fisiologiche transizioni da un'occupazione a un'altra.

Ora, si sa che, perlomeno nel caso italiano, la flessibilizzazione dei rapporti di lavoro non è stata accompagnata da un potenziamento delle politiche attive del lavoro, come è altrettanto noto che, nonostante le precedenti plurime sollecitazioni provenienti dall'Unione europea, le modifiche all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori sono state poste in essere dal legislatore italiano soltanto in seguito alla nota e criticata lettera della BCE risalente ad agosto 2011 (Olivito, 2014; Luciani, 2011)<sup>18</sup>. Mettendo da parte in questa sede il problema del livello di vincolatività di tale comunicazione, ci si limita qui a osservare come la legge n. 92/2012 che vi ha fatto seguito, pur non eliminandola, abbia sostanzialmente ridotto lo spazio di applicabilità della tutela reale in caso di licenziamento illegittimo e, al contempo, esteso quello della tutela indennitaria.

Con la legge n. 92/2012, il diritto alla stabilità lavorativa è andato incontro, infatti, a una prima «monetizzazione»; si tratta di un dato particolarmente significativo non solo per le immediate ricadute che la diminuzione delle «*doverose garanzie*» della stabilità del lavoro ha prodotto presumibilmente nelle sfere individuali dei lavoratori. Se si considera, infatti, che, a differenza della reintegrazio-

<sup>17</sup> COM/2006/708, Libro Verde della Commissione europea, «Modernizzare il diritto del lavoro per affrontare le sfide del XXI secolo», consultabile al sito <https://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>18</sup> La vicenda, come noto, è stata ampiamente analizzata in dottrina; si è soffermato sulla sua singolarità LUCIANI, 2011; ne ha analizzato, invece, le ricadute sulla produzione legislativa italiana, anche nell'ambito delle politiche del lavoro, OLIVITO, 2014.

ne, la semplice corresponsione di un'indennità non elimina dall'ordinamento gli effetti di un licenziamento ingiusto o irragionevole, è chiaro che la «monetizzazione» del diritto alla stabilità lavorativa si presti a essere interpretata anche come un iniziale cambiamento nella percezione del disvalore che l'ordinamento, fino a quel momento, ha attribuito all'esercizio arbitrario del potere datoriale.

Alla marginalizzazione della misura della reintegrazione, con il decreto legislativo n. 23/2015 si è aggiunta la limitazione del controllo del giudice sui licenziamenti illegittimi, realizzata grazie alla previsione di automatismi legislativi. In tale occasione, il legislatore ha preferito non intervenire nuovamente sull'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e introdurre, piuttosto, una figura contrattuale destinata a diventare la nuova forma contrattuale di regolazione dei rapporti di lavoro privato istaurati a partire dal 7 marzo 2015, conosciuta come contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti. Nel tentativo di mettere gli operatori economici al riparo da qualsiasi incertezza, anche da quella derivante dall'eventuale costo del licenziamento, in ragione della fisiologica alea del processo, e nella convinzione di favorire in tal modo una crescita dell'occupazione (stabile?), con il decreto legislativo n. 23/2015 il legislatore ha fatto sì che i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015 con tale nuova tipologia contrattuale, se illegittimamente licenziati (fatte salve alcune limitate fattispecie ancora sottoposte alla tutela reale) si vedessero corrispondere dal giudice un'indennità calcolata (e calcolabile) da quest'ultimo, *automaticamente*, tenendo in conto cioè il solo requisito dell'anzianità di servizio, da ciò dunque si spiega il riferimento (non privo di ambiguità) alle *tutele crescenti*.

All'esito dei due interventi legislativi, il diritto alla stabilità lavorativa, nei termini in cui si è declinato in questa sede, quale cioè diritto dei lavoratori a non subire licenziamenti arbitrari, risultava fortemente compromesso al punto da apparire «decostituzionalizzato», ridotto, infatti, a diritto dei lavoratori illegittimamente licenziati ad accedere a una tutela prevalentemente indennitaria, ma soprattutto certa e previamente calcolabile nel suo ammontare, perlomeno per la parte datoriale.

Tale ridimensionamento, per quanto giustificato dal tentativo del legislatore costituzionalmente imposto di incrementare l'occupazione, non è passato inosservato ai giudici costituzionali che, interpellati in via incidentale, con le sentenze n. 194/2018<sup>19</sup> e 150/2020<sup>20</sup> si sono pronunciati, innanzitutto, sulla legittimità costituzionale di alcune delle disposizioni automatiche introdotte con il decreto legislativo n. 23/2015 che ancoravano, si è detto, il calcolo

<sup>19</sup> Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194.

<sup>20</sup> Corte cost. 16 luglio 2020, n. 150.



dell'indennità al solo requisito dell'anzianità di servizio. Pur ammettendo che le garanzie riconosciute ai lavoratori potessero essere ridimensionate da strategie politiche attuate al fine di aumentare l'occupazione, a giudizio della Corte, impedire al giudice di apprezzare le specificità del caso concreto, costringendolo a basare il proprio calcolo sulla sola anzianità di servizio, ha determinato un'omologazione di vicende tra loro differenti e, dunque, secondo la «tradizionale» giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi legislativi (Pace, 2021)<sup>21</sup>, una violazione del principio di eguaglianza.

La circoscrizione del controllo del giudice alla sola verifica dell'anzianità di servizio, «*in una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro*», si è tradotta, a detta del Giudice delle leggi, in una lesione del principio di ragionevolezza, nonché degli articoli 4 e 35 Cost., nella misura in cui tale limitazione ha impedito al risarcimento di svolgere la sua funzione ristorativa nei riguardi della persona del lavoratore ingiustamente licenziato e sanzionatoria-dissuasiva, invece, nei confronti della parte datoriale.

Con la riespansione del sindacato giudiziale nei licenziamenti e, in particolare, nell'attività di determinazione dell'indennità, la Corte costituzionale ha posto dunque un primo argine alla «decostituzionalizzazione» del diritto alla stabilità lavorativa realizzata negli ultimi dieci anni dal legislatore; tale operazione è proseguita in seno alla Corte stessa con la pronuncia n. 59/2021 e, più di recente, con la sentenza n. 125/2022 grazie alle quali, invece, si è assistito a una riduzione del campo di applicazione della tutela indennitaria in favore di quella reale.

Con tali decisioni, infatti, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del settimo comma dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, così come modificato dalla legge n. 92/2012, laddove, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ritenuto illegittimo perché basato su un fatto manifestamente insussistente, a differenza di quanto previsto per il licenziamento disciplinare, affidava alla discrezionalità del giudice la decisione tra

---

<sup>21</sup> Si preferisce parlare di «tradizionale» giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi legislativi solo per ricordare che la dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni automatiche rappresenta un esito molto probabile del giudizio della Corte, ma non scontato. A sostegno di quanto si afferma, a titolo esemplificativo, può menzionarsi la sentenza n. 197/2018 in materia di sanzioni disciplinari dei magistrati, in occasione della quale il Giudice delle leggi, distanziandosi dalla di poco precedente sentenza n. 170/2015, ha ritenuto costituzionalmente legittima la previsione della rimozione automatica per il magistrato condannato in sede disciplinare per i fatti previsti dall'art. 3, lett. e del decreto legislativo n. 109/2006; la norma, a detta dei giudici costituzionali, sarebbe sorretta, infatti, dall'esigenza, preminente rispetto alla gradualità sanzionatoria, di preservare la fiducia dei consociati nell'imparzialità della magistratura, imparzialità messa a rischio dalle condotte sanzionate. Per una ricostruzione della variegata giurisprudenza costituzionale sugli automatismi legislativi, cfr. PACE, 2021.

la reintegrazione nel posto di lavoro o l'applicazione della tutela indennitaria. Con la sentenza n. 59/2021 i giudici costituzionali hanno dapprima censurato la facoltatività della somministrazione giudiziale della reintegrazione, definendola la misura «*più energica*» di tutela della continuità del lavoro, e solo di recente, semplificato ulteriormente la sua applicazione grazie alla pronuncia n. 125/2022 che ne ha ancorato la somministrazione alla semplice insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento, piuttosto che all'accertamento della sua «*manifesta*» insussistenza<sup>22</sup>.

### 3. PER NON CONCLUDERE. ALCUNE NOTAZIONI A PROPOSITO DEL PRESENTE, E DEL FUTURO, DEL DIRITTO ALLA STABILITÀ LAVORATIVA

La ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di stabilità lavorativa operata in questa sede ha consentito, dunque, di ricondurre tale questione nell'ambito di indagine del diritto costituzionale nonché di ricordare come il diritto al lavoro di cui all'articolo 4, primo comma, Cost., possa essere declinato anche come diritto dei lavoratori subordinati a non essere arbitrariamente licenziati. Dal canto loro, sebbene la definizione delle strategie occupazionali avvenga sempre più spesso al di fuori dei confini nazionali, i riferimenti giurisprudenziali più recenti hanno segnalato come tale circostanza non possa condurre all'automatico ridimensionamento o, peggio, alla dissoluzione dei diritti costituzionali dei lavoratori, quale nel caso di specie il diritto alla stabilità lavorativa.

Ora, sebbene tale pericolo sia stato presto scongiurato dai plurimi interventi del Giudice delle leggi successivi alle riforme strutturali del lavoro, l'equilibrio tra le «*doverese garanzie*» dei lavoratori ingiustamente licenziati e gli «*opportuni temperamenti*» del potere di recesso datoriale raggiunto con la legge n. 300/1970, appare comunque parzialmente compromesso in assenza per ora di un intervento riordinatore del legislatore. Se si guarda, infatti, al complesso delle tutele in caso di licenziamento illegittimo quest'ultimo appare tutt'altro che uniforme; per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 ai quali dunque si applica l'articolo 18 novellato dalla legge n. 92/2012 e riformato dal Giudice delle leggi,

---

<sup>22</sup> Rispetto al frangente in cui si è svolta questa riflessione, la Corte costituzionale è intervenuta nuovamente nella disciplina dei licenziamenti individuali, per come innovati dalla legge n. 92/2012 e dal cosiddetto *Job Act*, producendo una ripercussione del sindacato giudiziale e, talvolta, anche l'estensione della tutela reale (cfr. Corte cost. 28 febbraio 2024, n. 22; Corte cost. 17 luglio 2024, n. 128; Corte cost. 17 luglio 2024, n. 129).

l'estensione giudiziale del campo di applicazione della tutela reale ha fatto sì che, perlomeno per loro, il diritto alla stabilità lavorativa sia tornato a essere declinabile come diritto dei lavoratori a non subire licenziamenti arbitrari e, laddove ciò accada, ad essere presumibilmente reintegrati nel proprio posto di lavoro. Per gli altri, invece, godere del diritto alla stabilità lavorativa ha significato (e significa), vedersi riconosciuta, in caso di licenziamento illegittimo, una tutela prevalentemente indennitaria e, grazie alla pronuncia della Corte, solo *meno certa* per la parte datoriale nel suo ammontare; la parziale demolizione dei meccanismi automatici di calcolo e la restituzione al giudice del sindacato sul licenziamento, non hanno comportato, infatti, né il ridimensionamento dello spazio di applicazione della tutela indennitaria né la caducazione del limite massimo del suo ammontare inizialmente individuato dal decreto legislativo n. 23/2015, poi innalzato dal cd. decreto dignità del 12 luglio 2018, n. 87 a trentasei o dodici mensilità a seconda del vizio del licenziamento (Buffa, 2020; Jimena Quesada, Salcedo Beltrán, 2021; Laus, 2020; Romboli, 2017)<sup>23</sup>.

Tale discrasia non deve, tuttavia, essere interpretata come il sintomo di una «schizofrenia» del Giudice delle leggi; quest'ultimo, infatti, sembrerebbe talvolta aver esteso la tutela reale sottraendo al giudice anche la facoltatività della sua applicazione, talvolta, invece, mediante la demolizione dei meccanismi automatici di calcolo, avere valorizzato la centralità del controllo giudiziale nei licenziamenti ai fini, tuttavia, dell'applicazione della sola tutela indennitaria. La dinamica, in realtà, è più complessa e strettamente legata alle specificità delle questioni sottoposte al vaglio della Corte costituzionale.

---

<sup>23</sup> La decisione della Corte costituzionale operata dapprima nella sentenza n. 194/2018, e successivamente confermata dalla sentenza n. 150/2020, di censurare solo l'*automaticità* dei meccanismi di calcolo dell'indennità per il lavoratore ingiustamente licenziato, ma di preservare, invece, il limite massimo legislativamente previsto relativo all'ammontare di quest'ultima non ha messo lo Stato italiano al riparo dalle osservazioni del Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS). Quest'ultimo, infatti, con la decisione *CGIL c. Italia* dell'11 febbraio 2020 ha accertato la violazione dell'articolo 24 della Carta sociale europea da parte del decreto legislativo n. 23/2015, così come modificato dalla Corte costituzionale, ritenendo, in conformità ai propri precedenti, che il diritto dei lavoratori a non subire licenziamenti arbitrari sia adeguatamente garantito, in assenza di una tutela reale, solo laddove la tutela indennitaria non sia ancorata a un limite massimo, potendo soltanto così svolgere una funzione al contempo ristorativa per il lavoratore e dissuasiva per la parte datoriale. Cfr., a commento della decisione del CEDS *CGIL c. Italia*, BUFFA, 2020; più in generale, in merito all'intensità della garanzia fornita al diritto alla stabilità lavorativa a livello convenzionale dall'articolo 24 della Carta sociale europea, cfr. JIMENA QUESADA, SALCEDO BELTRÁN, 2021; VALDÉS DAL-RÉ, F., 2016. A livello interno, invece, è interessante notare come la mancata caducazione dell'*upper limit* dell'indennità non sia valsa ad evitare comunque alla Corte costituzionale la critica, avanzata da taluno, di aver invaso, già con la censura del meccanismo automatico di calcolo, un campo quale quello delle politiche occupazionali tradizionalmente riservato alla discrezionalità del legislatore. Si esprime in tal senso LAUS, 2020, sebbene, ad avviso di chi scrive, se vi è una la politicità delle sentenze, nn. 194/2018 e 150/2020 essa non sia da ricondurre alle censure degli automatismi legislativi, ma semmai alla politicità stessa della questione oggetto delle due pronunce, su tale ultimo profilo cfr. ROMBOLI, 2017.

Partendo dall'espansione della tutela reale, conseguenza della sentenza n. 59/2021, essa non può considerarsi un intervento creativo nella misura in cui l'obbligatorietà della reintegrazione (o *rectius*, l'assenza della sua facoltatività) era prevista dallo stesso articolo 18, oggetto della questione di costituzionalità, per fattispecie a ben vedere meno gravi rispetto a quella censurata dalla stessa Corte. Posto, poi, che le disposizioni automatiche oggetto del giudizio di costituzionalità delle sentenze n. 194/2018 e n. 150/2020 contemplavano invece un rimedio esclusivamente risarcitorio, deve inoltre notarsi come le censure degli automatismi legislativi operate dal Giudice delle leggi abbiano prodotto la riespansione di un potere proprio del giudice, quale l'apprezzamento del caso concreto e la modulazione sulla base di quest'ultimo –nei limiti indicati dal legislatore– del trattamento risarcitorio e sanzionatorio; diversamente, invece, la facoltatività della tutela reale prevista dall'articolo 18, comma 7, della legge n. 300/1970 e censurata dalla Corte costituzionale, permetteva al giudice di non ordinare la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro anche in caso di accertata arbitrarietà del licenziamento, finendo così per attribuirgli un potere assimilabile al recesso datoriale.

Tutto ciò lo si fa presente anche per sottolineare come, se si è effettivamente determinata (o, meglio, esasperata) una differenza di trattamento tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, se in sostanza coesistono attualmente nel nostro ordinamento due livelli d'intensità distinti di tutela del diritto alla stabilità lavorativa, tale disparità non deve considerarsi il risultato di uno sconfinamento del Giudice delle leggi nella sfera di discrezionalità del legislatore, ma semmai l'esito dell'attività di un giudice costituzionale che nelle decisioni richiamate ha, volta per volta, in risposta ai plurimi impulsi provenienti dai giudici *a quibus*, fisiologicamente vagliato «*uno specifico problema di legittimità costituzionale di una puntuale norma di legge*» (Panzerà, 2018)<sup>24</sup>.

Piuttosto, se si volesse rintracciare una qualche «complicità» della Corte costituzionale nella decostruzione del diritto alla stabilità lavorativa, e nella sua complessa «ricostituzionalizzazione» essa dovrebbe individuarsi nell'ormai risalente sentenza n. 46/2000 con la quale, pur avendolo riconosciuto come la «*manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli articoli 4 e 35 Cost.*»<sup>25</sup>, da essa stessa promosso fin dalla sentenza n. 45/65, la Corte ha tuttavia negato all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori la collocazione tra le norme a contenuto costituzional-

<sup>24</sup> Lo fa notare già all'indomani della sentenza n. 194/2018, prevedendo evidentemente le critiche di chi avrebbe lamentato l'ingerenza da parte della Corte costituzionale nell'attività legislativa di definizione e attuazione delle politiche occupazionali, quale nel caso di specie la flessicurezza, PANZERÀ, 2018.

<sup>25</sup> Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46.

mente vincolato, aprendo sul piano legislativo al rischio della sostanziale fungibilità tra la tutela reale e quella indennitaria.

Sebbene tale affermazione non sia mai stata smentita dalla giurisprudenza costituzionale successiva, né tantomeno sia stata revocata in dubbio l'esclusiva competenza del legislatore nella scelta del regime di garanzia del diritto alla stabilità lavorativa, nella sentenza n. 59/2021 la Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto il carattere indebito della fungibilità tra tutela indennitaria e tutela reale, arrivando a definire quest'ultima come la «*più energica*»<sup>26</sup> misura da impiegarsi avverso quei licenziamenti che, aggiungono i giudici costituzionali, dovrebbero sempre rappresentare solo un'«*extrema ratio e non il frutto di un insindacabile arbitrio*».

Si rafforza così l'impressione che con l'apertura all'esercizio arbitrario e previamente calcolabile del potere di recesso datoriale, realizzata dal legislatore, soprattutto con il decreto legislativo n. 23/2015, si sia determinata un'insostenibile regressione del diritto alla stabilità lavorativa. Un'operazione così significativa di *deminutio* di un diritto costituzionale si sarebbe forse potuta verificare in presenza di ragioni di contenimento della spesa pubblica (Azzariti, 2017)<sup>27</sup>; o, diversamente, in presenza di contingenze emergenziali, che tuttavia avrebbero vincolato il legislatore ad assimilare, non senza difficoltà, l'alto livello di disoccupazione cronica presente nel Paese a una situazione d'emergenza, ma soprattutto a circoscrivere temporalmente «*la sostanziale vanificazione della garanzia*» del diritto alla stabilità lavorativa<sup>28</sup>. Nel caso di specie, anche ammettendo che l'arretramento del diritto alla stabilità lavorativa sia stato posto in essere per promuovere un incremento occupazionale (costituzionalmente imposto) il quale, presumibilmente, avrebbe avuto delle ricadute favorevoli in termini di crescita economica dei singoli e «*progresso materiale della società*», la giurisprudenza costituzionale passata da ultimo in rassegna ha dimostrato che il perseguimento di tale obiettivo non avrebbe comunque potuto determinare la sostanziale dissoluzione del diritto alla stabilità lavorativa.

<sup>26</sup> Ciò, d'altronde, conferma la lettura di chi, nella dottrina giuslavoristica, ha ritenuto che «*la tutela reale, nella sua essenza di reintegrazione e risarcimento, è la regola più razionale che si possa immaginare ove si accetti il principio della stabilità*», NAPOLI, 2002.

<sup>27</sup> Tuttavia, limitando il campo di osservazione alla «giurisprudenza costituzionale della crisi», rifrendosi alla crisi economica del 2009, rileva come la Corte costituzionale abbia iniziato con la sentenza n. 10/2015 a circoscrivere temporalmente anche gli arretramenti o le mancate implementazioni dei diritti sociali giustificati da esigenze di contenimento della spesa pubblica, giungendo infine a riaffermare con la sentenza n. 275/2016 anche la primazia su queste ultime della garanzia del nucleo essenziale dei diritti, AZZARITI, 2017. Questo lo si fa notare anche per scoraggiare da subito l'idea che la compressione dei diritti costituzionali dei lavoratori sia l'unica strategia percorribile per attirare gli investimenti degli operatori economici e aumentare l'occupazione, non potendo più il legislatore, anche per esigenze di contenimento della spesa pubblica, sostenere direttamente la domanda di lavoro.

<sup>28</sup> Corte cost. 14 gennaio 1982, n. 15.

Se tutto ciò il legislatore saprà o meno tenerlo a mente in futuro potrebbe, teoricamente, scoprirsi tra non molto considerando l'esplicita esortazione a rivedere la complessiva materia dei licenziamenti che la Corte costituzionale gli ha rivolto con la sentenza n. 183/2022<sup>29</sup>. Certo è che, laddove quest'ultimo sulla scorta di quanto già attuato con la legge n. 92/2012 e con il *Jobs Act* intendesse non garantire al diritto alla stabilità lavorativa la tutela «più energica» e proseguire nella sua «monetizzazione», non solo non potrà spingersi fino ad assicurare alla parte datoriale la certezza del costo della propria arbitrarietà, ma soprattutto, constatata (già da prima dell'avvento della pandemia) l'assenza del significativo incremento occupazionale annunciato, difficilmente potrà servirsi dell'obiettivo costituzionale dell'aumento dei posti di lavoro per giustificare il ridimensionamento totale (il ridimensionamento totale del diritto) del diritto alla stabilità lavorativa.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AZZARITI, G. (2017), «La crisi economica come parametro nei giudizi di costituzionalità», Romboli, R. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale»*. Torino: Giappichelli, pp. 387 ss.
- BATTAGLIA, G., BRANCATI, B., «L'impatto della pandemia sui diritti costituzionali», in Brancati, B., Lo Calzo, A., Romboli, R., (a cura di), *Coronavirus e Costituzione. Una integrazione al manuale di diritto costituzionale*. Pisa: Pisa University Press, pp. 119 ss.
- BIFULCO, D. (2003), *L'inviolabilità dei diritti sociali*. Napoli: Jovene.
- BUFFA, F. (2020), «Licenziamenti illegittimi: la pronuncia del Comitato europeo dei diritti sociali», [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 27 aprile 2020.
- CAVINO, M. (2019), «Non ossimoro, ma endiadi: il diritto-dovere al lavoro», Marone, F. (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale? Atti del Seminario del 19 ottobre 2018 all'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli*. Napoli: Editoriale Scientifica, pp.181 ss.
- FERRAJOLI, L. (2011), *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*. Bari: Laterza.
- JIMENA QUESADA, L., SALCEDO BELTRÁN, C. (2021) «Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (excusatio non petita...)», *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12, 1, pp. 616 ss.
- LAUS, F. (2020), «Il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle tutele crescenti nel Jobs act», *Rivista AIC*, 2, pp. 65 ss.

---

<sup>29</sup> Corte cost., 22 luglio 2022, n. 183.

- LUCIANI, M. (2010), «Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro», *ADL*, 3, pp. 628 ss.
- (2011), «Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana», *Diritto e società*, pp. 636 ss.
- LUZZI, C. (2021), «L'adesione alla *flexicurity* come misuratore della «vitalità» del legislatore nazionale; ovvero intorno agli effetti delle indicazioni eurounitarie sulle politiche pubbliche in materia occupazionale», Sperti, A., Dal Canto, F. (a cura di), *Gli strumenti di analisi e di valutazione delle politiche pubbliche. Atti della giornata di studi svoltasi a Pisa l'11 giugno 2021*. Torino: Giappichelli, pp. 115 ss.
- MASSA PINTO, I. (2013) «Costituzione e lavoro, totem e tabù», Cavino, M., Massa Pinto I. (a cura di), *Costituzione e lavoro oggi*. Bologna: Il Mulino, pp. 41 ss.
- NAPOLI, M. (2002), «Elogio della stabilità», Napoli, M., *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*. Torino: Giappichelli, pp. 160 ss.
- NICCOLAI, S. (2012), «Il licenziamento oggettivo per motivo economico nel nuovo art. 18 dello statuto dei lavori: prime riflessioni», *Rivista AIC*, 1, pp. 1 ss.
- OLIVITO, E. (2014), «Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. qualche spunto a partire dalla lettera della Bce al governo italiano», *Rivista AIC*, 1, pp. 1 ss.
- PACE, L. (2020), *L'adequatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma «astratta» e caso «concreto»*. Napoli: Editoriale scientifica.
- PANZERA, C. (2018), «Indennità di licenziamento e garanzie (costituzionali ed europee) del lavoratore», <https://www.diritticomparati.it/>, 6 dicembre 2018.
- PEZZINI, B. (2001), *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*. Milano: Giuffrè.
- ROMBOLI, R. (2017), «Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale». Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa», Romboli, R. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale»*. Torino: Giappichelli, pp. 1 ss.
- SALAZAR, C. (2016) «Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il «principe» dei diritti sociali?», Ruggeri, A. (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*. Torino: Giappichelli, pp. 2206 ss.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2016) *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales*. Albacete: Bomarzo.
- ZOPPOLI, L. (2015), «Flexicurity (dir. lav.)», *Enciclopedia Treccani online*.

# LA CORSA AL TRILOGO OVVERO LA PRIMA PAROLA È QUELLA CHE CONTA (RECENTI TENDENZE A PARTIRE DA CORTE COST. SENTT. NN. 54 E 67 DEL 2022)

FRANCESCO TORRE<sup>1\*</sup>  
*Università degli Studi di Messina*

**SOMMARIO:** 1. *Una nuova stagione per la doppia pregiudizialità.*–2. *Il dialogo alla prova della (ir)-rilevanza della questione.*–3. *Un test della connessione?*–4. *Un'assenza ingombrante.*–5. *La lotta per la prima parola.*

## 1. UNA NUOVA STAGIONE PER LA DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ

La materia della sicurezza sociale<sup>2</sup> ha largamente caratterizzato l'attività della Corte Costituzionale nel primo trimestre del 2022, impegnando il giudice delle leggi con particolare riferimento al delicato settore dei diritti sociali relativi ai cittadini di Paesi terzi. In ben quattro pronunce<sup>3</sup> sono venute all'attenzione della Consulta disposizioni normative indubbiamente di incostituzionalità per presunta violazione del principio di eguaglianza nei confronti degli stranieri, resi-

---

<sup>1</sup> \* Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Messina.

<sup>2</sup> Sulla quale tra tutti si segnala il recente contributo monografico di D'ONGHIA, PERSIANI (2022).

<sup>3</sup> Ci si riferisce alle sentenze della Corte Costituzionale nn. 19, 34, 54 e 67 del 2022. In particolare oggetto della sent. n. 19/2022 era la compatibilità della normativa sul cd. reddito di cittadinanza laddove esclude «i titolari di permesso unico lavoro ex art. 5 c. 8.1 d.lgs. 286/1998 o di permesso di soggiorno di almeno un anno ex art. 41 d.lgs. 286/1998»; a commento di tale pronuncia si segnalano i contributi di FONTANA (2022, 272 ss.), GIUBBONI (2022, 246 ss.), LOPRIENO (2022, 252 ss.), PELLICCIA (2022), RIZZO (2022, 34 ss.) e ROMA (2022, 649 ss.). Veniva, invece, scrutinata la costituzionalità del cd. reddito di inclusione da parte della sent. n. 34/2022 a commento della quale sempre ROMA (2022, 649 ss.).



denti in Italia. L'intricata selva della legislazione italiana nasconde, infatti, una fitta rete di previsioni che perpetrano una differenza di trattamento a danno di tali soggetti nell'accesso alle prestazioni sociali.

La tematica è, purtroppo, di scottante attualità. Complici le ondate di populismo che hanno attraversato – e continuano ad attraversare – l'Europa<sup>4</sup> (Allegri, Sterpa, Viceconte, 2019) e gli Stati Uniti (Formisano, 2004, 339 ss.) le politiche su tale materia sono diventate scomode, persino per i partiti più progressisti, anch'essi fatalmente attratti dal fascino della «democrazia dei sondaggi» (Zagrebel'sky, 1995, 113)<sup>5</sup>. La normativa di settore è, quindi, frutto di interventi spesso rapsodici, privi di quella coerenza sistematica che dovrebbe essere imposta dal tenore dei diritti in gioco, relativi agli «attori più marginali e talvolta più indifesi delle nostre società» (Tarquini, 2021, 2).

Data la peculiarità della materia, l'accesso alle prestazioni sociali è protetto, a livello costituzionale<sup>6</sup> ed europeo<sup>7</sup>, dal principio di non discriminazione; proprio il concorso di tali fonti fa sì che su tale tema convergano «le decisioni dei giudici comuni, della Corte costituzionale, di Corte di giustizia e Corte EDU, in una sorta di laboratorio permanente di sperimentazione delle tecniche di tutela «integrata» dei diritti fondamentali» (Tomasi, 2021, 319).

La cooperazione tra questi interpreti ha dato, complessivamente, buona prova di sé (Lamberti, 2022, 46 ss.) nelle pronunce che hanno poi condotto alle sentenze nn. 54 e 67 del 2022, grazie alle quali – nonostante alcune evidenti criticità<sup>8</sup> – è possibile registrare un avanzamento della tutela dei diritti a prestazione sociale degli stranieri (Pistorio, 2022, 16; Ferraro, Capuano, 2022, 22). In entrambi gli arresti, infatti, la Consulta – pur pervenendo a due esiti differenti, di accoglimento nel primo, e di rigetto nel secondo – ha vigorosamente

<sup>4</sup> Con particolare riferimento all'Italia, per tutti, si rinvia allo studio monografico di DELLEDONNE, MARTINICO, MONTI, PACINI (2020).

<sup>5</sup> Felice espressione dell'A. il quale, profeticamente, rilevava che «la democrazia dei sondaggi non è strutturalmente una democrazia. C'è una ragione: attraverso il sondaggio si registra una forza che potrà essere utilizzata dagli interessati come conviene. Attraverso le elezioni si esercita un'autorità. Il popolo sondato è un oggetto, il popolo che vota è un soggetto». I sondaggi, infatti, sono divenuti ormai «quasi quotidiani sul gradimento delle diverse forze politiche e dei Governi» come, criticamente, osservato da GRASSO (2020, 216).

<sup>6</sup> ... dall'art. 38 Cost., la cui lettura, in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost., sancisce l'applicabilità delle tutele per tutti i lavoratori, a prescindere dalla cittadinanza.

<sup>7</sup> ... dagli artt. 20, 21 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) che trovano espressione concreta nel diritto secondario rappresentato dalle direttive nn. 2003/109/CE e 2011/98/UE previste a favore, rispettivamente, degli stranieri titolari dello *status* di soggiornanti di lungo periodo o di quelli titolari del cd. permesso unico di soggiorno.

<sup>8</sup> Manifestate da RUGGERI (2022, 225 ss.), PUPO (2022, 366 ss.) e GIUBBONI (2022, 246 ss.). In particolare quest'ultimo A. evidenziava la «difficoltà (contraddittoria) di valutazioni» tra le sopra citate sentenze e le sentt. nn. 19 e 34 del 2022. Segnatamente la diversità di approdi cui giungeva la Consulta potrebbe essere spiegato «in ragione della ben diversa rilevanza finanziaria degli interessi in gioco» (GIUBBONI (2022, 251). In argomento è d'obbligo il richiamo a TROISI (2020).

affermato il doveroso rispetto del principio di non discriminazione nell'accesso a tali prestazioni<sup>9</sup>, imposto dai principi costituzionali e dalle garanzie sancite dal diritto europeo, «nel loro vicendevole integrarsi, in un arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali»<sup>10</sup>.

Una precisazione corre l'obbligo di evidenziare: gli spunti di riflessione che emergono dalla lettura di tali pronunce sono molteplici, ma, in questa sede, ci si limiterà a focalizzare l'attenzione sulla vessata questione della doppia pregiudizialità, oggetto di un profluvio di commenti da parte della dottrina<sup>11</sup> a seguito del famoso *obiter dictum* contenuto nella ormai nota sentenza n. 269 del 2017. È opinione di chi scrive che la ragione per la quale il giudice delle leggi sia giunto – nelle sentt. nn. 54 e 67 del 2022 – a due approdi diametralmente opposti, nonostante fosse stato invocato il medesimo parametro di riferimento (art. 12 della direttiva 2011/98/UE), sia da far risalire alla evocazione in campo o meno della Carta da parte dei giudici rimettenti<sup>12</sup>, per come meglio si evidenzierà nel prosieguo del presente lavoro.

## 2. IL DIALOGO ALLA PROVA DELLA (IR)-RILEVANZA DELLA QUESTIONE

La tematica è in magmatica evoluzione, operando, chirurgicamente, la Corte Costituzionale dei piccoli interventi al fine di «temperare» l'indirizzo in questione (Amalfitano, 2019, 16)<sup>13</sup>, inaugurato – com'è noto – per evitare il «traboccamento» della Carta (Barbera, 2018, 150)<sup>14</sup> e per consolidare, pur forzatamente, il dialogo in sede europea<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> L'assegno per il nucleo familiare nella sent. n. 67/2022 ed il «bonus bebè» e l'assegno di maternità nella sent. n. 54/2022.

<sup>10</sup> Punto 7 del *cons. in dir.* sent. n. 54/2022.

<sup>11</sup> Tra i quali, recentemente, si segnalano PARODI (2022), BARBIERI (2021), REPETTO (2021), RUGGERI (2021, 9 ss.), COZZI (2020, 659 ss.).

<sup>12</sup> Della medesima opinione anche CATALANO (2022, 206).

<sup>13</sup> Tali «temperamenti» hanno avuto luogo a partire dalle sentt. nn. 20, 63 e 112 del 2019 e dall'ord. n. 117/2019.

<sup>14</sup> L'A. è ritenuto il «padre putativo» della sent. n. 269/2017, nonostante la firma del giudice redattore porti un altro nome, ovvero quello della prof.ssa Marta Cartabia.

<sup>15</sup> ... al quale la stessa Consulta si era sottratta negandosi, per lungo tempo, la possibilità di dialogare con la Corte di Lussemburgo sino alla ord. n. 103/2008, per i giudizi in via di azione, ed alla ord. n. 217/2013, per i giudizi in via incidentale; parla di un vero e proprio processo di «*autoesclusione*» CARTABIA (2003, 217). «Che le ritrosie della Corte costituzionale ad aprirsi al confronto con la Corte di giustizia siano oramai superate è un dato acclarato dai sempre più frequenti rinvii interpretativi rivolti dalla prima alla seconda in casi di doppia pregiudizialità»: lo evidenzia GUARNIER (2022, 364). Della medesima opinione anche COZZI (2022, 413).

A ben vedere, discutere di doppia pregiudizialità includendo nella presente analisi anche la sent. n. 67/2022 potrebbe apparire un grossolano errore. La Carta – come prontamente evidenziato dalla Consulta<sup>16</sup> – non veniva evocata dalle ordinanze di rimessione<sup>17</sup> e non costituiva, pertanto, il parametro di tale giudizio; ciò a differenza della sent. n. 54/2022 che poneva l'art. 34 CDFUE al cuore del suo *iter* argomentativo (Giubboni, 2021, 7).

La stessa Sezione lavoro della Corte di Cassazione, nel promuovere l'incidente di costituzionalità<sup>18</sup>, aveva, infatti, già focalizzato le proprie attenzioni sulle disposizioni della Carta, rinunciando espressamente<sup>19</sup> alla possibilità di procedere alla disapplicazione<sup>20</sup> della normativa relativa al «bonus bebè»<sup>21</sup> ed all'assegno di maternità<sup>22</sup> alla luce del contrasto con il diritto europeo derivato, rappresentato dall'art. 12 della Direttiva 2011/98/UE. Tale fenomeno – efficacemente descritto come la «disapplicazione della disapplicazione» (Palladino, 2020, 93) – si giustifica con la diversa natura degli effetti che sarebbero potuti derivare «dalla pronuncia della Corte Costituzionale rispetto al sistema al cui interno si colloca la disposizione sospettata di illegittimità costituzionale»<sup>23</sup>. Il peculiare meccanismo della non applicazione opera, infatti, solo nel caso specifico, senza risolvere in maniera definitiva il conflitto tra le fonti, ritenendo, invece, la Cassazione necessario rivolgere la questione alla Corte costituzionale, «al fine di ottenere una risposta univoca e potenzialmente efficace *erga omnes*» (Guarnier, 2022, 365).

La traiettoria tracciata dalla sent. n. 269/2017 ha cominciato, così, a mietere le prime vittime<sup>24</sup>. Sembra, infatti, delinearsi una vera e propria «tendenza»<sup>25</sup> in seno ai giudici comuni<sup>26</sup> attratti dal fascino di poter rimuove-

<sup>16</sup> Punto 1.2.1 del *cons. in dir.* della sent. n. 67/2022 dalla cui lettura, tra le righe, sembra leggersi quasi un rimprovero nei confronti della Corte di Cassazione. Tale assenza era già stata evidenziata, in sede di commento alle ordinanze di rimessione, da parte di GIUBBONI, LAZZERINI (2021, 6).

<sup>17</sup> Ordinanze dell'8 aprile 2021 iscritte ai nn. 110 e 111 reg. ordd. 2021 (*G. U.* n. 33/2021, 1a serie spec.).

<sup>18</sup> Ordinanze del 17 giugno 2019 iscritte ai nn. 175, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 188, 189 e 190 reg. ordd. 2019 (*G. U.* n. 44-45/2019, 1a serie spec.).

<sup>19</sup> Punti 8-11 del *cons. in dir.* ord. n. 175/2019.

<sup>20</sup> ... o meglio alla «non applicazione». Come sostenuto da attenta dottrina «la diretta applicazione della norma europea sembra essere un'operazione *conseguente* al crearsi di un vuoto normativo»: così AMATO (2020, 446).

<sup>21</sup> Art. 1, comma 125, l. n. 190 del 23 dicembre 2014.

<sup>22</sup> Art. 74 d.lgs. n. 151 del 26 marzo 2001.

<sup>23</sup> Punto 10 del *cons. in dir.* ord. n. 175/2019.

<sup>24</sup> ... nonostante, inizialmente, proprio la Sezione Lavoro della Suprema Corte si era mostrata restia ad «adattarsi a questo nuovo paradigma»: lo ricorda TOMASI (2021, 333) spec. nt. 35 in cui è possibile rinvenire un dettagliato elenco delle pronunzie in tal senso.

<sup>25</sup> Recente lo studio di MASSA (2022) attraverso il quale l'A. ha cercato di inquadrare sistematicamente i comportamenti più diffusi in seno alla giurisprudenza di merito, ed, in parte, di legittimità.

<sup>26</sup> Non è, invero, la prima volta che la Corte di Cassazione intraprende la via che porta alla Consulta in luogo del proprio obbligo disapplicativo: anche con l'ordinanza 16 febbraio 2018, n. 3831 (*G. U.* n. 14/2021, 1a serie spec.) la Suprema Corte, pur in presenza di una norma europea dotata di effetto diretto,

re in via definitiva – pur indirettamente<sup>27</sup> – le disposizioni violative sia del dettato costituzionale che di quello europeo<sup>28</sup>, sottraendosi, però, al contempo all'obbligo disapplicativo discendente dalla giurisprudenza *Simmenthal*<sup>29</sup>.

Pervenute le questioni alla Consulta, dopo essere state riunite per omogeneità delle censure, questa sollevava rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia attraverso la famosa ord. n. 182 del 2020. Recependo l'impostazione del giudice di legittimità, la Corte Costituzionale incentrava l'impianto argomentativo di tale rinvio sull'art. 34 CDFUE posto in una connessione inscindibile con «i principi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di Cassazione»<sup>30</sup>, limitandosi meramente a menzionare il diritto derivato, relegato all'ingrato ruolo di attore non protagonista.

Nonostante venisse salutata con favore l'apertura al dialogo<sup>31</sup>, maggiori perplessità emergevano dalla formulazione del quesito pregiudiziale, reo di aver posto oltremodo l'accento sulla Carta<sup>32</sup>, utilizzata, pure in questo caso, strumentalmente dal giudice delle leggi quale chiave (per la prosecuzione) della manovra di progressivo riaccentramento del sindacato di eurolunità.

In realtà attenta dottrina evidenziava come l'evocazione in campo dell'art. 34 CDFUE fosse funzionale, anche, per evitare di «scorporare» (Gallo, Nato, 2020, 317) i giudizi relativi alle due normative *de quibus*; ed invero le questioni di legittimità sollevate dalla Corte di Cassazione concernenti l'assegno di maternità riguardavano fattispecie antecedenti alla scadenza del termine di recepimento della direttiva 2011/98/UE (Guarnier, 2022, 365) (cfr. il 25 dicembre 2013). Non sarebbe stato, quindi, possibile applicare direttamente il diritto derivato, salvo che in relazione all'assegno di natalità. La copertura offerta dalla Carta – utilizzata quindi come una vera e propria «norma-scudo» – avrebbe, invece, potuto garantire il superamento di tale *deficit* di applicabilità, utilizzandosi, così, un diverso e più ampio parametro in grado di ricomprendere entrambe le normative.

---

si sottraeva contestualmente alla disapplicazione ed al dialogo diretto con la Corte di Giustizia e sollevava questione di legittimità costituzionale. Il giudizio originato da tale incidente di costituzionalità proseguiva con il successivo rinvio pregiudiziale della stessa Consulta a mezzo dell'ordinanza n. 117 del 2019, poi conclusosi con la sent. n. 84 del 2021 sulla quale si segnalano i commenti di CATALANO (2021), GUARNIER (2021), FILIPPI (2021), MICHETTI (2021), GAMBATESA (2021), MARCHESELLI (2021) e SBORO (2021b).

<sup>27</sup> La competenza, infatti, resta sempre in capo alla Corte Costituzionale.

<sup>28</sup> ... lo evidenzia, con specifico riferimento alle ordinanze che hanno preceduto l'ord. n. 182/2020, GIUBBONI (2021, 8).

<sup>29</sup> Sull'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea si segnala, tra tutti, il lavoro monografico di GALLO (2018).

<sup>30</sup> Punto 3.2. del *cons. in dir.* ord. n. 182/2020.

<sup>31</sup> In particolare da PALLADINO (2020, 89 ss.), GIUBBONI (2021, 7), PISTORIO (2021, 20) e SBORO (2021a, 692).

<sup>32</sup> Come sottolineato da GALLO, NATO (2020, 337), GIUBBONI (2021, 7) e NASCIBENE, ANRÒ (2022, par. 6).

La strategia della Consulta veniva premiata: la domanda pregiudiziale superava l'eventuale difetto di rilevanza della questione relativa all'assegno di maternità nonostante la Corte di Giustizia «riqualificasse il quesito» (Torricce, 2021) ed incentrasse la propria pronuncia unicamente sul diritto derivato, e non anche sull'art. 34 CDFUE (Gallo, Nato, 2021, 19; Sboro, 2021c, 4), sulla cui portata non veniva fornita alcuna delucidazione.

Attraverso un raffinato *escamotage* la Corte di Lussemburgo giustificava la ricevibilità della questione pregiudiziale in ragione del peculiare ruolo ricoperto dal giudice del rinvio il quale non è «chiamato a pronunciarsi direttamente sulle controversie principali»<sup>33</sup>. Al giudice costituzionale viene «rimessa una questione di puro diritto», la cui interpretazione «presenta un rapporto con l'oggetto della controversia di cui è investito, che riguarda esclusivamente la legittimità costituzionale di disposizioni nazionali»<sup>34</sup>.

La sentenza sembra, così, introdurre una generale eccezione al «test di ricevibilità» delle domande pregiudiziali (Gallo, Nato, 2021, 22), sul quale, per la verità, si registra una tendenza altalenante della Corte di Giustizia<sup>35</sup>, il cui controllo appare talvolta rigido ed inflessibile, talora più elastico<sup>36</sup>. Veniva, in ogni caso, ribadito come una direttiva non possa certamente «essere invocata dai privati per fatti anteriori al suo recepimento al fine di veder disapplicate disposizioni nazionali preesistenti che sarebbero contrarie a tale direttiva»<sup>37</sup>.

### 3. UN TEST DELLA CONNESSIONE?

L'originale approccio ermeneutico cui giungeva la Corte di Lussemburgo con riferimento alla rilevanza, veniva temperato da una svolta difensiva sulla scottante tematica della «connessione»<sup>38</sup>. Tale meccanismo, inaugurato con la sent. n. 20/2019, rischia, infatti, di relegare ad un ruolo marginale il diritto secondario, in favore di uno smodato protagonismo cui la Corte Costituzionale ha condannato la Carta di Nizza.

Per sfuggire alla morsa della doppia pregiudizialità, il giudice europeo ribaltava, così, il rapporto tra Carta e diritto derivato, imponendo agli Stati membri di agire nel rispetto di quest'ultimo, laddove concretizzi «un diritto fondamentale previsto dalla Carta»<sup>39</sup>. La controffensiva elaborata dalla Corte

<sup>33</sup> Corte di Giustizia, 2 settembre 2021, O. D. e altri contro Inps, C-350/20, punto 40.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> ... sulla cui evoluzione si veda il recente studio di PIERDOMINICI (2020).

<sup>36</sup> Sulla rilevanza della questione pregiudiziale si rinvia a COSTANZO (2022, 387).

<sup>37</sup> Punto 40 sent. O. D. e altri contro Inps.

<sup>38</sup> In senso contrario si veda l'opinione di SBORO (2021c, 5).

<sup>39</sup> Punto 47 sent. O. D. e altri contro Inps.

di Giustizia si pone in netta antitesi con il meccanismo della connessione, implementando ancor di più il già confuso panorama delle scelte che il giudice nazionale è tenuto a compiere, tanto da non rendere azzardato il paragone con il giudice Ercole dworkiniano, unico in grado a dipanare l'intricata matassa di cui proprio la sent. n. 269/2017 ne rappresenta il bandolo. Tale arresto ha, infatti, irrimediabilmente complicato il quadro decisorio innanzi al quale è posta la giurisdizione, oggi gravata di un onere spesso insostenibile.

L'atteggiamento proveniente dal Kirchberg è certamente volto a ridurre gli ambiti applicativi di tale meccanismo, limitandone le infinite capacità potenzialmente in grado di fagocitare tutte le questioni di diritto europeo, considerata la «estensione e ricchezza della trama di diritti fondamentali tutelati dalla Cdfue» (Cosentino, 2020, par. 3).

L'estensione della «regola 269» al diritto derivato dell'Unione rischia di relegare la Corte di Giustizia ad un ruolo secondario sulla interpretazione e applicazione dello stesso diritto UE, estromettendola dal ruolo del quale la stessa è stata investita sin dalla sua genesi.

I giudici di Lussemburgo, temendo lo smodato utilizzo della «connessione», imponevano, così, alla Corte remittente di «esaminare la questione sollevata alla luce della direttiva 2011/98»<sup>40</sup>, senza, però, affrontare il tema dell'efficacia interna, diretta o meno, dell'art. 34 CDFUE<sup>41</sup>, una tra le disposizioni «più neglette della Carta» (Giubboni, 2021, 7) su cui la dottrina si è spesso dibattuta (Orlandini, Chiaramonte, 2017, 642 ss.).

A dire il vero la Corte non veniva su ciò direttamente interrogata, ma un chiarimento sarebbe stato di certo auspicabile, come evidenziato dai più attenti commentatori che sottolineavano la necessità di evitare di veicolare «l'idea che la Carta svolga una funzione determinante, nella pratica, in tema di diritti sociali, soltanto quando è impiegata nei rapporti privati» (Gallo, Nato, 2021, 7)<sup>42</sup>.

La Corte Costituzionale, prevedibilmente (Ferraro, Capuano, 2022, 2), disattende il dettato della pronuncia europea nella parte in cui Corte di Lussemburgo – ribaltando il rapporto tra Carta e diritto derivato – imponeva agli Stati membri di agire nel rispetto di quest'ultimo, laddove concretizzi «un diritto fondamentale previsto dalla Carta»<sup>43</sup>. La Consulta, infatti, non rimetteva alla Corte di Cassazione l'opera disapplicativa<sup>44</sup> – a differenza della successiva sent.

<sup>40</sup> Punto 47 sent. *O. D. e altri contro Inps*.

<sup>41</sup> Lo evidenziano GALLO, NATO (2021, 25) e NASCIBENE, ANRÒ (2022, par. 6).

<sup>42</sup> ... a discapito dell'ardito cammino che ha dovuto affrontare la dottrina dell'effetto diretto nei rapporti orizzontali rispetto a quelli verticali sulla cui evoluzione si rinvia, per tutti, a GALLO (2018, 275 ss.)

<sup>43</sup> Punto 47 sent. *O. D. e altri contro Inps*.

<sup>44</sup> A favore di una pronuncia in tal senso PALLADINO (2020, 90 ss.). In senso contrario, invece, SBO-RO (2022, 5).

n. 67/2022<sup>45</sup> – e perveniva, ribadendo l’approccio «269 temperato», ad una declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa italiana relativa al «bonus bebè» ed all’assegno di maternità per contrasto, anche, con l’art. 34 CDFUE.

#### 4. UN’ASSENZA INGOMBRANTE

Diametralmente opposto l’approdo cui giungeva la Consulta nella coeva sent. n. 67 del 2022 in tema di assegno per il nucleo familiare (in prosieguo: l’«ANF»)<sup>46</sup>, nonostante il parametro invocato fosse il medesimo (art. 12 della direttiva 2011/98/UE). La ragione di tale divergenza non è certamente da imputare ad una temporanea schizofrenia del Collegio e del giudice redattore<sup>47</sup> ma è da far risalire alla mancata evocazione in campo della Carta da parte di quella medesima Sezione Lavoro che, invece con riferimento al cd. «bonus bebè», aveva incentrato le proprie ordinanze di rimessione sull’art. 34 CDFUE.

Non potendo ipotizzarsi che il Collegio chiamato a decidere tali controversie possa sconoscere il contenuto della Carta di Nizza, sembra evidente che il mancato richiamo, nelle ordinanze di rimessione in questione, alla Carta<sup>48</sup> – il cui art. 34 si pone in palese contrasto con la normativa italiana<sup>49</sup> – sia stato frutto di una precisa e ponderata scelta della Suprema Corte<sup>50</sup>, desiderosa di trovare una strada alternativa per sfuggire dalla morsa della doppia pregiudizialità.

La mancata evocazione in campo della Carta dei diritti UE da parte delle ordinanze di rimessione veniva immediatamente e puntualmente fatta notare dalla Corte Costituzionale<sup>51</sup>, la quale, però, non si spingeva sino al punto di

<sup>45</sup> ... tenuto, anche conto, che entrambe le pronunce portano la firma del medesimo redattore.

<sup>46</sup> Previsto dall’art. 2, comma 6-bis, d.l. 13 marzo 1988, n. 69, conv. nella l. 13 maggio 1988, n. 153.

<sup>47</sup> ... peraltro il medesimo.

<sup>48</sup> Tale assenza era già stata evidenziata, in sede di commento alle ordinanze di rimessione, da parte di GIUBBONI, LAZZERINI (2021, 6).

<sup>49</sup> Contrasto, peraltro, rilevato dall’A. G. E. Tanchev nelle Conclusioni presentate, in data 11 giugno 2020, nella causa C-303/19 *Inps c. V. R.*, in cui veniva evidenziato che «gli Stati membri non possono pregiudicare l’effetto utile della direttiva stessa e devono tenere conto dell’obiettivo di integrazione perseguito da tale direttiva, nonché della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (in prosieguo: la «Carta») e segnatamente dell’articolo 34 della stessa in materia di previdenza sociale e assistenza sociale, allorché stabiliscono le misure soggettive al principio della parità di trattamento sancito da detta disposizione» (punto 39): a ricordarlo è COLOSIMO (2020). Le ordinanze nn. 110 e 111 del 2021 con le quali la Corte di Cassazione introduceva la questione di legittimità costituzionale che si sarebbe poi conclusa con la sent. n. 67/2022 venivano, infatti, precedute da ben due distinti rinvii pregiudiziali – ordinanze del 1° aprile 2019 iscritte ai nn. 9021 e 9022 reg. ordd. 2019 (G. U. dell’Unione Europea 2019/C 288/17 e 2019/C 288/18 del 26 agosto 2019) – davanti la Corte di Giustizia, la quale, agevolmente, rilevava che il diritto UE osta alla normativa italiana dell’ANF (Corte di giustizia, 25 novembre 2020, *Inps c. W. S.*, C-302/19 e *Inps c. V. R.*, C-303/19).

<sup>50</sup> In senso contrario l’opinione di RUGGERI (2022, 253) il quale ritiene «poco verosimile» che la mancata evocazione in campo della Carta di Nizza corrisponda ad una precisa scelta della Cassazione.

<sup>51</sup> Punto 1.2.1 del *cons. in dir.*

allargare il *thema decidendum*<sup>52</sup>, attraverso l'estensione del parametro del giudizio. Una «innegabile battuta di arresto» (Catalano, 2022, 202) rispetto all'orientamento inaugurato con le sentt. nn. 11 e 44 del 2020 in cui la Consulta sganciava la «regola 269» dal formale riferimento alla Carta di Nizza.

Tale rinnovato atteggiamento formalistico non lascia dubbi circa le sorti che il giudizio di costituzionalità in questione avrebbe avuto qualora fossa stata eccepita la violazione della Carta dei diritti UE, potendo la Corte provvedere a dichiarare l'incostituzionalità della disciplina dell'ANF per contrasto con essa, proprio come prontamente accaduto nella sent. n. 54/2022 in cui il collegamento tra l'art. 34 CDFUE ed il principio di parità di trattamento si manifestava, invece, in maniera «nitida»<sup>53</sup>.

Il mancato richiamo della Carta, da parte delle ordinanze di rimessione, si rivelava dunque sufficiente per estromettere la Consulta dalla partita e costringerla ad una declaratoria di inammissibilità per difetto di rilevanza, rimettendo alla Cassazione il compito di disapplicare la normativa *de qua* e garantire il rispetto del principio di parità di trattamento attraverso «la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata»<sup>54</sup>.

## 5. LA LOTTA PER LA PRIMA PAROLA

Sembra essere ormai lontano il tempo in cui le due Corti lottavano alacremente per rivendicare il «diritto all'ultima parola» (Tizzano, 2020, XI): la traiettoria tracciata dalla sent. n. 269/2017 ha, infatti, spostato l'attenzione sulla «prima parola» (Catalano, 2022, 200).

L'evoluzione dei rapporti tra tali attori, infatti, passa necessariamente dall'opera dei giudici comuni, ai quali l'orientamento espresso dalla sent. n. 269/2017 ha attribuito un ruolo decisivo. Ed infatti, nonostante tale nuova

<sup>52</sup> ... come d'altronde imposto dal principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato di cui dall'art. 27, I parte, l. 11 marzo 1953, n. 87 laddove, appunto, recita che la Corte Costituzionale è vincolata «nei limiti dell'impugnazione». Nella prassi, però, sono frequenti i casi in cui la Consulta abbia disatteso tale principio, estendendo il parametro rispetto a quello indicato dal giudice *a quo* (cfr. pronunce nn. 100/2015, 3-148/2017, 3-32-62/2018); ed, infatti, «essa ha riconosciuto (Pres. Saja) che – ferme restando la norma impugnata e la norma costituzionale di raffronto – al principio di corrispondenza chiesto/pronunciato bisogna dare un «significato molto flessibile»: lo evidenziano RUGGERI, SPADARO (2022, 293).

<sup>53</sup> Punto 10 del *cons. in dir.* sent. n. 54/2022.

<sup>54</sup> Punto 79 della sentenza Corte di Giustizia, 22 gennaio 2019, Cresco Investigation GmbH contro Markus Achatzi, C-193/17, richiamata, anche, da CORRERA (2022, 7). A margine della sentenza *Cresco*, se si vuole, si rinvia al mio TORRE (2021, 862).



direzione possa astrattamente apparire marginalizzante nei confronti della giurisdizione – di merito e di legittimità – in realtà ha accentrato nelle mani di essa gli esiti interpretativi ed applicativi del diritto europeo ponendola, così, tra l'incudine ed il martello.

Come è avvenuto nelle pronunce oggetto della presente analisi, la menzione o meno della Carta nelle ordinanze di rimessione conduceva a due pronunce diametralmente opposte, nonostante il parametro di riferimento fosse il medesimo ovvero l'art. 12 della direttiva 2011/98/UE.

Gli esiti interpretativi cui è pervenuta la sent. n. 67/2022 offrono, però, una via più sicura a quell'interprete desideroso di «sottrarsi alla morsa del «riaccentramento»» (Ruggeri, 2022, 256), rafforzando la precisazione già contenuta nella sent. n. 63/2019 in cui veniva esplicitamente riconosciuto «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»<sup>55</sup>.

La scelta di rivolgersi in via prioritaria alla Corte di Giustizia rappresenta, invero, la soluzione da privilegiare per dare concreta applicazione alla regola *Simmenthal*<sup>56</sup>; non caso sino alla svolta operata con la sent. n. 269/2017 la stessa Corte Costituzionale prediligeva, anzi imponeva<sup>57</sup>, tale soluzione.

Il rinnovato interesse per la «prima parola» sembra, tuttavia, aver diviso in due schieramenti i giudici comuni, rispettivamente restii o propensi ad adattarsi a questo nuovo paradigma.

Certamente più nutrita è la schiera di coloro i quali, di fronte ad un quadro sempre più intricato e complesso, hanno deciso di rimuovere progressivamente dai propri schemi argomentativi la Carta, o di riconciliare a forza precetti normativi tra di loro incompatibili ricorrendo ad «un uso abnorme della tecnica della interpretazione conforme» (Ruggeri, 2018, 158).

<sup>55</sup> Punto 4.3 del *cons. in dir.* sent. n. 63/2019. Un ulteriore conferma, in tal senso, dalla viva voce del Presidente della Corte costituzionale, G. Amato, nella *Relazione annuale sull'attività svolta*, svolta in data 7 aprile 2022 in cui viene evidenziato che «ove il giudice si sia già rivolto alla Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale e ne abbia ottenuto una sentenza di non conformità della disciplina italiana ai parametri europei, è lo stesso giudice che deve disapplicare le disposizioni di diritto italiano, senza rivolgersi alla nostra Corte».

<sup>56</sup> Si condivide l'opinione di RUGGERI (2020, 3 ss.).

<sup>57</sup> ... con la sanzione della dichiarazione di manifesta inammissibilità, per difetto di rilevanza, della questione di legittimità costituzionale per la violazione dell'obbligo di pregiudizialità europea. Tale orientamento, inaugurato a partire dalla ord. n. 206 del 1976, veniva ribadito sino alla ord. n. 48 del 2017, ultima pronuncia in tal senso della Consulta prima della sent. n. 269/2017.

Si contrappone a questa prima «tendenza» il fenomeno esattamente opposto, ovvero quello, già sopra descritto, della «disapplicazione della disapplicazione» che pone in crisi il cd. «triangolo magico» (Massa, 2022, 260) costituito dal primato del diritto dell'Unione, dalla dottrina dell'effetto diretto e dal rinvio pregiudiziale. Tale *modus operandi* elide quell'obbligo disapplicativo che rappresenta, quale piena espressione della dottrina dell'effetto diretto, «il nucleo dell'originalità e dell'autonomia del diritto UE» (Gallo, 2018, 351).

A fare le spese della manovra di riaccentramento è, quindi, proprio la Carta, ora considerata come un inutile e pesante orpello, da menzionare «*eventualmente*» (Massa, 2022, 265) soltanto *ad colorandum*, ora utilizzata strumentalmente al fine di rimuovere *erga omnes* le disposizioni con essa contrastanti.

Appare evidente come la Consulta sia riuscita nel suo intento di evitarne il «traboccamento», ovvero il rischio di un occulto sindacato diffuso di costituzionalità da parte dei giudici comuni (Guazzarotti, 2017, 1; Cardone, 2020, 24; Tega, 2020, 232), ai quali, però, è stato affidato l'arduo compito di pronunciarsi sulla «prima parola».

È, quindi, l'ordine delle questioni a determinare la direzione della controversia, potendo il giudice comune, in base alla propria sensibilità, influire sull'esito finale della stessa tenendo conto della pregressa giurisprudenza dell'una o dell'altra Corte<sup>58</sup>, costituzionale o materialmente tale<sup>59</sup>. Il complesso rapporto tra questi attori, storicamente conosciuto come «dialogo tra le Corti», sembra oggi trasformarsi in un vero e proprio «trilogio», inserendosi i giudici comuni negli equilibri di questa delicata partita.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALLEGRI, G., STERPA, A., VICECONTE, N. (2019). *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*. Napoli: Editoriale Scientifica.

<sup>58</sup> Sul punto è stata riscontrata «una certa tendenza dei giudici comuni, allorché si siano persuasi di una tesi giuridica sostanziale – suscettibile di appoggiarsi (anche) a principi del diritto dell'UE, ivi compresi quelli di cui alla CDF – di rivolgersi preferenzialmente alla Corte di Giustizia quando, per quella tesi, è prevedibile scarso successo in sede nazionale, alla luce della giurisprudenza pregressa del giudice costituzionale (o delle altre corti supreme)»: così MASSA (2022, 272).

<sup>59</sup> ... quale ormai tende in modo sempre più marcato ad essere non soltanto la Corte di Giustizia ma anche la Corte EDU. La svolta operata con la sent. n. 269/2017 ha rafforzato questa tendenza; attribuendo, infatti, alla Carta di Nizza la natura di documento «tipicamente costituzionale» (punto 5.2 del *cons. in dir.*) logica conseguenza vuole che si debba attribuirne la medesima natura al giudice che svolge il compito di interpretarla e tutelarla.

- 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, 2.
- AMATO, A. (2020). *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte Costituzionale a confronto*. Giurisprudenza Costituzionale, 1, 445 ss.
- BARBERA, A. (2018). *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*. Quaderni Costituzionali, 1, 149 ss.
- BARBIERI, S. (2021). *Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento*. Eurojus, 2, 91 ss.
- CARDONE, A. (2020). *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*. Osservatorio sulle fonti, 1, 14 e ss.
- CARTABIA, M. (2003). *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte Costituzionale italiana*. In R. Romboli, A. Pizzorusso, *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*. Milano: Giuffrè.
- CATALANO, S. (2021). *La vicenda decisa dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale: un esempio di «buon dialogo» fra Corti*. Forum di Quaderni Costituzionali, 12, 296 ss.
- (2022). *Quando la forma prevale sulla sostanza. Note critiche alla sentenza n. 67 del 2022 della Corte Costituzionale*. Osservatorio AIC, 4, 189 ss.
- COLOSIMO, C. (2020). *Stranieri dei Paesi terzi e assegno per il nucleo familiare: parità di trattamento e integrazione nel dialogo tra le Corti*. Giustizia Insieme.
- CORRERA, A. (2022). *«Dialogo tra corti» sul diritto all'assegno per il nucleo familiare dei cittadini di Paesi terzi: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 67/2022*. BlogDue.
- COSENTINO, A. (2020). *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*. Questione Giustizia.
- COSTANZO, P. (2022). *Ordinamento giudiziario e giurisdizione costituzionale dell'Unione europea*. In P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*. Torino: Giappichelli.
- COZZI, A. O. (2020). *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*. Diritto pubblico, 3.
- (2022). *Per un elogio del primato, con uno sguardo lontano. Note a Corte cost. n. 67 del 2022*. Consulta Online, III, 410 ss.
- DELLEDONNE, G., MARTINICO, G., MONTI, M., PACINI, F. (2020). *Italian Populism and Constitutional Law*. London: Palgrave Macmillan.
- D'ONGHIA, M., PERSIANI, M. (2022). *Diritto della sicurezza sociale*. Torino: Giappichelli.
- FERRARO, F., CAPUANO, V. (2022). *Bonus bebè e assegno di maternità: convergenza tra Corti e Carte in nome della solidarietà*. Lavoro Diritti Europa, 1.

- FILIPPI, S. (2021). *Sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti: riflessioni a partire da Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84. Consulta Online*, III, 767 ss.
- FONTANA, G. (2022). *La Corte costituzionale fra supremazia e (apparente) subalter-  
nità. Quale futuro per i diritti sociali degli stranieri?* *Rivisto del Diritto della  
Sicurezza Sociale*, 2, 253 ss.
- FORMISANO, R. (2004). *Il populismo negli Stati Uniti. Ricerche di Storia Politi-  
ca*, 3, 335 ss.
- GALLO, D. (2018). *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea negli ordinamen-  
ti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*. Milano: Giuffrè.
- GALLO, D., NATO, A. (2020). *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i citta-  
dini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della  
Corte costituzionale*. *Eurojus*, 4, 308 ss.
- (2021). *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai  
benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et altri c.  
INPS. Lavoro Diritti Europa*, 4.
- GAMBATESA, P. (2021). *Riflessioni sulla prima occasione di «dialogo» tra Corte cos-  
tituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*. *Federalismi.  
it*, 23, 64 ss.
- GIUBBONI, S. (2021). *L'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di  
Paesi terzi nel «dialogo» tra le Corti*. *Lavoro Diritti Europa*, 1.
- (2022). *La Corte situazionista. Brevi note sulla recente giurisprudenza costi-  
tuzionale in tema di accesso degli stranieri alla sicurezza sociale*. *Rivista del  
Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 246 ss.
- GIUBBONI, S., LAZZERINI, N. (2021). *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani  
dubbi della Cassazione. Questione Giustizia*.
- GRASSO, G. (2020). *Social network, partiti politici e lotta per il potere*. *Rivista di di-  
ritto dei media*, 211 ss.
- GUARNIER, T. (2021). *Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e  
legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte cos-  
tituzionale*. *Nomos*, 2.
- (2022). *Gli assegni di natalità e maternità agli stranieri, fra Corte costituziona-  
le e Corte di giustizia dell'Unione europea*. *Quaderni Costituzionali*, 2, 364 ss.
- GUAZZAROTTI, A. (2017). *Un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni  
della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*. *Forum di  
Quaderni Costituzionali*.
- LAMBERTI, A. (2022). *La condizione giuridica dello straniero e il godimento dei dirit-  
ti sociali fondamentali: la recente giurisprudenza costituzionale (e il dialogo  
con la Corte di Lussemburgo)*. *Freedom, Security & Justice: European Legal  
Studies*, 2, 42 ss.
- LOPRIENO, D. (2022). *Riflessioni sul reddito di cittadinanza e gli stranieri alla luce  
della sent. n. 19 del 2022 della Corte Costituzionale*. *Osservatorio AIC*, 3, 252 ss.

- MARCHESELLI, A. (2021). *Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria (spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021). Consulta Online*, II, 530 ss.
- MASSA, M. (2022). *La «precisazione» nella giurisprudenza dei giudici ordinari di merito. Eurojus*, 2, 259 ss.
- MICHETTI, M. (2021). *Diritto al silenzio e insider trading: il confronto tra Roma e Lussemburgo prosegue sulla via del dialogo (Corte costituzionale, sentenza n. 84/2021). Consulta Online*, III, 758 ss.
- NASCIMBENE, B., ANRÒ, I. (2022). *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale. Giustizia Insieme*.
- ORLANDINI, G., CHIARAMONTE, W. (2017). Art. 34. In R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Milano: Giuffrè.
- PALLADINO, R. (2020). *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un «livello comune di tutela» dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale. Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3, 74 ss.
- PARODI, G. (2022). *Effetti diretti della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e priorità del giudizio costituzionale. Rivista AIC*, 4, 128 ss.
- PELLICCIA, L. (2022). *La Corte costituzionale si pronuncia sul diritto di accesso da parte di cittadini stranieri ad alcune indennità economiche di sicurezza sociale. Labor*.
- PIERDOMINICI, L. (2020). *The Mimetic Evolution of the Court of Justice of the EU. A Comparative Law Perspective*. Londra: Palgrave Macmillan.
- PISTORIO, G. (2021). *L'operatività multilivello della leale collaborazione. Nomos*, 1.
- (2022). *Il diritto integrato, «figlio» del dialogo tra Corti. Nomos*, 2.
- PUPO, V. (2022). *Sulle discriminazioni degli stranieri nel settore della sicurezza sociale: una nuova pronuncia della Corte costituzionale all'esito di un caso di doppia pregiudizialità. Consulta Online*, I, 352 ss.
- REPETTO, G. (2021). *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481I. Giustizia Insieme*.
- RIZZO, A. (2022). *La sentenza della Corte costituzionale sul reddito di cittadinanza: una critica di merito e di metodo. I Post di Aisdue*, 3, 34 ss.
- ROMA, M. (2022). *La Corte costituzionale su reddito di cittadinanza e reddito di inclusione. Bisogni primari degli individui e limite delle risorse disponibili. Consulta Online*, II, 649 ss.
- RUGGERI, A. (2018). *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti? Consulta Online*, I, 155 ss.

- RUGGERI, A. (2020). *Sliding doors per la «doppia pregiudizialità» (traendo spunto da Corte App. Napoli, I Unità Sez. lav., 18 settembre 2019, in causa n. 2784 del 2018, XY c. Balga). Diritti Comparati, Working Papers, 1.*
- (2021). *L'equilibrio nei rapporti tra Corti europee e Corti nazionali: un'autentica quadratura del cerchio possibile solo in prospettiva de iure condendo. Relazione alla giornata di studi per Roberto Romboli su Rileggendo gli «Aggiornamenti in tema di processo costituzionale» e non solo... Pisa 5 novembre 2021. Freedom, Security & Justice: European Legal Studies, 3, 9 ss.*
- (2022). *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo «dialogo» tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022). Consulta Online, I, 225 ss.*
- RUGGERI, A., SPADARO, A. (2022). *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- SBORO, B. (2021a). *Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del «dialogo»*. *Forum di Quaderni Costituzionali, 1, 681 ss.*
- (2021b). *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021. Diritti Comparati.*
- (2021c). *Assegni di natalità e maternità e cittadini stranieri con permesso unico: la Corte di giustizia si pronuncia sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale. Diritti Comparati.*
- (2022). *Ancora in tema di assegni di natalità e maternità: la sent. 54 del 2022 della Corte costituzionale dopo il verdetto della Corte di giustizia. Diritti Comparati.*
- TARQUINI, E. (2021). *La doppia pregiudizialità alla prova dell'effettività della tutela: riflessioni di una giudice di merito a margine del caso ANF. Questione Giustizia.*
- TEGA, D. (2020). *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*. Bologna.
- TIZZANO, A. (2020). *Presentazione*. In F. Ferraro, C. Iannone, *Il rinvio pregiudiziale*. Torino: Giappichelli.
- TOMASI, L. (2021). *Stranieri e prestazioni sociali tra giurisprudenza costituzionale ed europea. Diritti Lavori Mercati, 2, 319 ss.*
- TORRE, F. (2021). *La prima volta non si scorda mai: le sentenze «additive di prestazione» approdano a Lussemburgo (a margine della decisione della Corte di Giustizia nel caso Cresco Investigation). Consulta Online, III, 852 ss.*
- TORRICE, A. (2021). *Siglata la pace tra Corte di giustizia e Corte costituzionale sul difficile terreno della sicurezza sociale. Giustizia Insieme.*
- TROISI, M. (2020). *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- ZAGREBELSKY, G. (1995). *Il «Crucifige!» e la democrazia*. Torino: Einaudi.

# LEGALITÀ PENALE E PRONUNCE MONITO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

ILARIA GIUGNI<sup>1</sup>

*Università degli Studi di Napoli «Federico II»*

**SOMMARIO:** 1. *Introduzione.*–2. *Il passato: l’originaria fisionomia dei moniti.*–3. *Il presente: le nuove facies degli avvisi al legislatore.* 3.1 *Il potenziamento dei moniti.* 3.2 *La fucinatura dell’ordinanza c.d. ad incostituzionalità prospettata.*–4. *Il futuro: verso la tipizzazione degli strumenti collaborativi?*

## 1. INTRODUZIONE

Attraverso i moniti la Corte costituzionale italiana sollecita il Parlamento ad intervenire, nell’esercizio delle prerogative riservategli dalla Carta, per rendere l’ordinamento maggiormente conforme ai principi costituzionali. L’utilizzo di questo strumento decisivo – in materia penale – pone tuttavia taluni dubbi di compatibilità con il principio di legalità, *recte* con il sostrato di tale principio, quello di separazione dei poteri.

Nelle ipotesi in cui gli avvisi della Corte interferiscano con i lavori delle Camere dettandone l’agenda politica, e, soprattutto, finiscano per preludere ad una vera e propria sostituzione del legislatore inerte, si pone il problema di possibili ingerenze, più o meno accentuate, in un’area di pertinenza esclusiva

---

<sup>1</sup> L’Autrice ha conseguito il dottorato di ricerca in diritto pubblico presso l’Università degli Studi di Roma «Tor Vergata» nel giugno del 2022. Dal luglio dello stesso anno è assegnista di ricerca in diritto penale presso l’Università degli Studi di Napoli «Federico II».

delle Camere da parte di un organo esterno rispetto all'assetto poliarchico orizzontale che caratterizza il sistema italiano ed affetto da un insanabile *deficit* di democraticità *sub specie* rappresentatività.

A ben vedere, le possibili frizioni fra i moniti della Corte e il *nullum crimen* si sono acuite nel tempo a causa dell'evoluzione che ha caratterizzato la stessa declinazione dello strumento decisorio da parte dei giudici costituzionali. Con tale evoluzione, che ha finito per mutare sensibilmente i connotati di questo tipo di pronuncia, occorre pertanto confrontarsi al fine di valutarne l'effettiva conciliabilità con le specificità della materia penale nel tempo presente ed eventualmente formulare possibili soluzioni per il futuro.

## 2. IL PASSATO: L'ORIGINARIA FISIONOMIA DEI MONITI.

Utilizzando una prospettiva diacronica, e partendo, dunque, dal tempo *passato* della giurisprudenza costituzionale, è possibile evidenziare come la Corte costituzionale italiana, sin dal proprio insediamento, abbia spesso accompagnato le proprie pronunce con dei moniti al legislatore. Un avviso alle Camere compare significativamente, ad esempio, già nella prima sentenza della Corte, la n. 1 del 1956<sup>2</sup>, nota per aver aperto allo scrutinio di costituzionalità anche delle leggi anteriori all'entrata in vigore della Carta. Dichiarando l'incostituzionalità di alcune leggi di pubblica sicurezza, i giudici costituzionali evidenziavano, in quella occasione, «la scarsa aderenza di alcune disposizioni della legge di p.s. ai principi e alle norme della Costituzione sopravvenuta», aggiungendo che fosse «desiderabile che una materia così delicata sia presto regolata in modo soddisfacente con una disciplina adeguata alle nuove norme della Costituzione».

Rivolgendo degli avvisi al Parlamento, sin dagli anni Cinquanta la Corte ha cercato di coniugare la pressante esigenza di riforma delle disposizioni non perfettamente confacenti alla Carta con una linea d'intervento più cauta, che riducesse la possibilità di produrre effetti indesiderati, quali pericolose lacune normative o invasioni degli spazi di discrezionalità riservati al legislatore.

I moniti furono pensati, dunque, almeno in origine, come sollecitazioni generiche (Grisolia, 1982)<sup>3</sup> con un mero significato «*facoltizzante*» (Crisafulli, 1978)<sup>4</sup>, sfornite, cioè, di ogni obbligatorietà nei confronti delle Camere, e

<sup>2</sup> Corte cost., 5 giugno 1956, n. 1, Pres. De Nicola, red. Azzariti, in *Giur. cost.*, 1957, 271 ss.

<sup>3</sup> GRISOLIA (1982), 826.

<sup>4</sup> CRISAFULLI (1978), 81.



collocate, pertanto, nella motivazione e non anche nel dispositivo della pronuncia (quasi sempre di rigetto o inammissibilità), salvo casi eccezionali registrati nei primi anni dei lavori della Corte<sup>5</sup>. La funzione di tali avvisi era, quindi, quella di coinvolgere il Parlamento nell'attuazione del volto costituzionale dell'ordinamento, segnalando vuoti da colmare od elementi da emendare nella legislazione ereditata dal periodo pre-repubblicano. Esigenza, quella di un'armonizzazione con i neointrodotti principi di marca costituzionale, particolarmente avvertita rispetto al Codice penale del 1930, che presentava, e presenta tutt'oggi, istituti irrimediabilmente compromessi ideologicamente.

Più tardi, a partire dagli anni Settanta, il ricorso al potere monitorio della Corte si fece non solo più frequente, anche fuori dall'ambito penale<sup>6</sup>, ma cominciò ad avere ad oggetto non più soltanto la legislazione pre-repubblicana, ma anche norme prodotte e prassi instaurate dopo l'entrata in vigore della Carta. In questi anni, diversi moniti si registrarono anche nella materia penale, nella quale la Corte, da un lato, continuava a confrontarsi con le inadeguatezze del Codice di epoca fascista<sup>7</sup> e, dall'altro, cominciava a prendere atto della difficile compatibilità con i principi fondamentali del diritto penale di alcune pratiche<sup>8</sup> e produzioni normative<sup>9</sup> dei Parlamenti in carica.

<sup>5</sup> Ciò avvenne in Corte cost., 15 giugno 1956, n. 3, Pres. De Nicola, red. Cassandro, sulla responsabilità del giornale per reati commessi a mezzo stampa, nella quale il dispositivo di infondatezza è formalmente accompagnato dal monito «*salva la revisione del testo dell'art. 57, n. 1 Cod. pen., al fine di renderlo anche formalmente più adeguato alla norma costituzionale*», già espresso nella parte motiva della pronuncia.

<sup>6</sup> In questi anni, infatti, la Corte fece ampio ricorso ai moniti al legislatore in svariati settori dell'ordinamento: negli anni Settanta, ad esempio, per l'adeguamento degli stipendi dei professori universitari (Corte cost., 8 luglio 1975, n. 219, Pres. Bonifacio, red. Gionfrida) e per la revisione dei procedimenti speciali per le forze dell'ordine (Corte cost., 6 aprile 1976, n. 87, Pres. Rossi, red. Astuti); negli anni Ottanta, fra l'altro, in materia di pensione di reversibilità (Corte cost., 12 febbraio 1980, n. 14, Pres. Amadei, red. La Pergola) e sul tasso legale degli interessi (Corte cost., 16 aprile 1980, n. 60, Pres. Amadei, red. Astuti); negli anni Novanta, sulle concessioni radiotelevisive (Corte cost., 24 marzo 1993, n. 112, Pres. Borzellino, red. Baldassarre) e sui costi del servizio sanitario nazionale (Corte cost., 1° giugno 1992, n. 256, Pres. Corsaniti, red. Borzellino).

<sup>7</sup> Quanto alle sollecitazioni rivolte al legislatore rispetto alla necessità di adeguare il Codice del 1930 ai diritti e alle libertà consacrate in Costituzione, basti pensare ai frequenti moniti diretti alle Camere affinché rivedessero gli strumenti penalistici posti a tutela della libertà religiosa, che, rimasti inascoltati, portarono la Corte ad un intervento additivo *in malam partem* sul reato di bestemmia per estendere a tutti i culti la tutela approntata nel 1930 alla sola fede cattolica (cfr. Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 440, Pres. Caianiello, red. Zagrebelsky).

<sup>8</sup> La Corte rivolse diversi moniti al Parlamento e al Governo nel tentativo di incidere su fenomeni preoccupanti, per dimensioni e frequenza, che minacciavano di alterare la stessa divisione dei poteri sottesa alla riserva di legge, quali la reiterazione dei decreti-legge non convertiti e la forzatura dei limiti fissati dall'art. 76 Cost. per l'adozione dei decreti legislativi (cfr., ad esempio, Corte cost., 28 febbraio 1997, n. 53, Pres. Granata, red. Onida, e Corte cost., 4 marzo 1999, n. 49, Pres. Granata, red. Mirabelli).

<sup>9</sup> Quanto alle sollecitazioni riguardanti il prodotto legislativo dei Parlamenti repubblicani si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 235 del 1996 (Corte cost., 26 giugno 1996, n. 235, Pres. Ferri, red. Vassalli, in *Foro it.*, 1997, p. 3083 ss.), con cui i giudici costituzionali sollecitarono un intervento delle Camere

L'esercizio del potere monitorio nei confronti delle assemblee coeve, l'agire, cioè, «*a ridosso della politica*» (Luciani, 1989)<sup>10</sup>, recò con sé una serie di rilevanti conseguenze. *In primis*, cominciarono a segnalarsi inerzie e limiti del legislatore in carica, offrendogli consigli per guidarlo anche nelle scelte future; sempre più spesso, poi, i moniti furono aggiunti anche a sentenze di accoglimento totale oppure parziale, obbligando così le Camere a farci i conti (Grisolia, 1982)<sup>11</sup>; e, infine, incominciò a profilarsi altresì una sanzione per l'eventuale inadempienza alla sollecitazione della Corte, vale a dire il possibile accoglimento della questione di legittimità, se riproposta (meccanismo c.d. della «doppia pronuncia»)<sup>12</sup>.

Nonostante i caratteri di maggiore incisività assunti dalle sollecitazioni della Corte nel passato più prossimo della giurisprudenza costituzionale italiana, soltanto raramente le Camere hanno deciso di assolvere compiutamente alle indicazioni contenute nelle pronunce c.d. monito, lasciando spesso sopravvivere nel nostro ordinamento, talvolta anche a lungo, disposizioni penali la cui scarsa compatibilità a Costituzione era stata segnalata dai giudici costituzionali.

### 3. IL PRESENTE: LE NUOVE *FACIES* DEGLI AVVISI AL LEGISLATORE

Al fine di sollecitare con maggiori margini di successo la cooperazione del legislatore, e superare, dunque, la sua appena evidenziata ritrosia a dare

---

sull'ordinamento penitenziario così come riformato nel 1975, e, più in particolare, sull'art. 30 *ter* o.p., che prevedeva l'estensione del termine di 24 ore previsto per il reclamo avverso i provvedimenti relativi ai permessi di necessità anche al reclamo per quelli relativi ai permessi premio (sollecitazione pressante che non fu accolta dalle Camere, provocando, ventiquattro anni dopo, una sentenza di accoglimento, cfr. Corte cost., 26 giugno 2020, n. 113, Pres. Cartabia, red. Viganò, v. *infra*).

<sup>10</sup> Cfr. LUCIANI (1989), 78.

<sup>11</sup> Sul punto, evidenziò che «*da un lato, cioè, la Corte è venuta sempre più spesso ad attribuire ai propri moniti significati «limitativi» (i cosiddetti comandamenti) del potere discrezionale del Parlamento, dall'altro e contestualmente, ha perlopiù collegato l'uso di questi ultimi con sentenze di accoglimento e, comunque, con pronunce così incidenti per tempi e contenuti nel contesto generale del dibattito socio-politico da permetterle di assumere quel ruolo di protagonista, o se vogliamo di co-protagonista, che ormai è ad essa espressamente riconosciuto da parte della più attenta dottrina*», GRISOLIA (1982), 830.

<sup>12</sup> La Corte, ad esempio, paventa chiaramente l'eventualità di un secondo intervento più incisivo di accoglimento in Corte cost., 1° giugno 1992, n. 256, cit. Ed infatti, in tale pronuncia, resa al di fuori dell'ambito penalistico, e fortemente critica della contingente e disorganica individuazione dei costi del servizio sanitario, la Corte dichiarò infondate talune delle questioni prospettate, aggiungendo, però, che «*le preoccupazioni e le perplessità recate dall'attuale normazione, ancor caratterizzata da forti incertezze e disarmonie permangono: se dunque, precipuamente per i motivi contingenti che traspaiono, può consentirsi una proroga, nel breve periodo, per una meditata attuazione graduale e pur tuttavia esaustiva, si impone, comunque, una risoluzione sollecita, piena, nei sensi indicati, atta a far corrispondere nella spesa sanitaria il sacrificio contributivo di tutti con criteri solidaristici a favore dei meno abbienti*». E, ancora più chiaramente, «*una tale realizzazione, sia in termini di prelievo delle risorse che di coeva correttezza degli interventi, non potrebbe venir protratta per lassi temporali fuor di misura, senza che la Corte venga poi costretta a quei definitivi interventi che restano, ove occorressero, nella sua competenza*» (§ 3.2.).

seguito agli avvisi nel tempo passato, più recentemente la Corte pare essersi avvalsa di strumenti e strategie nuove o rimediate, comunque classificabili come evoluzioni o nuove espressioni dello strumento già sperimentato della pronuncia monito (Palazzo, 2019)<sup>13</sup>.

Da un lato, infatti, la Corte sembra aver potenziato gli avvisi che ha sempre utilizzato, assicurando loro un sicuro seguito ricorrendo più frequentemente che in precedenza a successive sentenze di accoglimento in caso di mancato adempimento del legislatore; dall'altro, ha creato uno strumento decisorio nuovo, anche attingendo a tradizioni costituzionali straniere (De Lungo, 2019)<sup>14</sup>, che le consentisse di rendere le proprie sollecitazioni ancora più stringenti, subordinandole ad un termine entro il quale addivenire all'intervento legislativo.

Le più recenti declinazioni dello strumento monito, che si esamineranno partitamente più avanti, bene esprimono l'atteggiamento che, più in generale, i giudici costituzionali sembrano serbare nei confronti del legislatore nel tempo presente. Sempre più spesso, infatti, la Corte tende a fare meno sfoggio delle «*virtù passive*» quando si tratta di garantire la compatibilità a Costituzione dell'ordinamento penale e, per tale via, una piena tutela dei diritti fondamentali in essa riconosciuti (Manes, Napoleoni, 2019)<sup>15</sup>, cercando, allo stesso tempo, di rispettare gli spazi di pertinenza esclusiva del legislatore. Abbandonato un più tradizionale atteggiamento di *self restraint*<sup>16</sup> (Silvestri, 2020), continua a proporsi di non valicare il limite della discrezionalità legislativa, ma appare via via più risoluta nel pretendere un intervento sinergico del Parlamento e meno disposta a tollerarne l'incuria o l'inerzia rispetto ad indicazioni puntuali e dirette, come dimostra proprio la nuova espressione dell'antica pronuncia monito, sperimentata, non a caso, proprio nella materia penale.

### 3.1 Il potenziamento dei moniti

Come anticipato, recentemente la Corte pare aver rafforzato la valenza degli avvisi rivolti al legislatore innanzitutto decidendo di sanzionare, più frequentemente che in passato, il mancato adempimento delle proprie sollecitazioni con

<sup>13</sup> Segnala come, di recente, i moniti della Corte si facciano sempre più pregnanti e persuasivi, indicando le possibili derive di tendenze legislative scarsamente compatibili con il dettato costituzionale e prendendo la forma della «incostituzionalità prospettata», PALAZZO (2019), 2398 ss.

<sup>14</sup> Sulla derivazione del nuovo schema decisorio da esperienze giuridiche straniere v. DE LUNGO (2019), 91 ss., e *infra*.

<sup>15</sup> Sul punto, recentemente, MANES, NAPOLEONI (2019), 36 ss.

<sup>16</sup> Sull'oscillante atteggiamento della Corte fra *self restraint* e *judicial activism*, SILVESTRI (2020), *passim*.

successive declaratorie d'incostituzionalità. La Corte, dunque, sembra aver fatto ricorso al classico metodo della c.d. «doppia pronuncia» – una di monito, l'altra di accoglimento –, ma con un'attitudine nuova, cercando, cioè, di potenziare l'efficacia propulsiva degli appelli rivolti in prima battuta al legislatore.

In questa nuova stagione della giurisprudenza costituzionale italiana, infatti, la pronuncia monito, ancora largamente utilizzata dalla Corte<sup>17</sup>, pare aver irrobustito la propria funzione: non più, come per il passato, suggerimento accoglibile, con un intervento esplicito parlamentare o declinabile *per facta concludentia*, a seconda della sensibilità e della cointeressenza del destinatario, ma sollecitazione ineludibile pena l'intervento sostitutivo della Corte.

Il maggior peso attribuito dalla Corte ai propri moniti si coglie in alcune vicende molto commentate degli ultimi anni, caratterizzate dall'avvicinarsi a stretto giro di un monito inascoltato e di un provvedimento di accoglimento, nelle quali la Corte ha dimostrato di essere sempre meno disposta a tollerare i ritardi del legislatore, rendendosi (co)protagonista della realizzazione dei diritti<sup>18</sup> (D'Amico, 2017), e lasciando presagire, per il futuro, che lo sarà sempre meno.

Ad apparire estremamente significativo risulta il susseguirsi di diverse pronunce, rese in settori molto diversi del diritto penale, ma assimilabili per una serie di caratteristiche e passaggi comuni: la necessità di rivedere una disciplina scarsamente compatibile a Costituzione; la possibilità di rimediare attraverso soluzioni diverse, con conseguente scelta della Corte di rivolgere un avviso al Parlamento per non usurparne le prerogative; l'inerzia di quest'ultimo e la supplenza, solamente in seconda battuta, dei giudici costituzionali. Un tale schema è riscontrabile nelle soluzioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale in materia di comminatoria edittale del traffico di stupefacenti<sup>19</sup>, di termine per proporre il reclamo avverso il permesso premio<sup>20</sup> e di limiti edittali dell'istituto della particolare tenuità del fatto<sup>21</sup>. Tutti casi, questi ultimi, in cui la Corte costituzionale ha deciso di mostrarsi meno indulgente nei confronti

<sup>17</sup> Come testimoniano i documenti *Dialogo con il legislatore e gli organi di governo: moniti, auspicj, inviti e richiami nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Nevola, consultabili per gli anni 2018, 2019, 2020 e 2021 sul sito della Corte costituzionale italiana, area Studi e ricerche.

<sup>18</sup> Sul punto, è stato osservato che, se è vero che «*decidendo di non intervenire in settori eticamente sensibili, la politica pensa di fermare il cammino dei diritti, espressione dei bisogni essenziali delle persone e dell'evoluzione della società*», «*la ricchezza di uno Stato costituzionale sta nel suo affidare la realizzazione dei diritti non solo al legislatore, come succedeva nell'Ottocento, ma anche ai giudici, costituzionali e comuni*». Così D'AMICO (2017), 1.

<sup>19</sup> In tale materia, si sono avvicendate Corte cost., 7 giugno 2017, n. 179, Pres. Grossi, red. Cartabia, e Corte cost., 13 marzo 2019, n. 40, Pres. Lattanzi, red. Cartabia.

<sup>20</sup> Su questa questione di diritto penitenziario, si sono susseguite, a distanza di ben ventiquattro anni, le già richiamate Corte cost., 26 giugno 1996, n. 235, e Corte cost., 26 giugno 2020, n. 113.

<sup>21</sup> Il riferimento è, in questo caso, a Corte cost., 24 maggio 2017, n. 207, Pres. Grossi, red. Lattanzi, e Corte cost., 21 luglio 2020, n. 156, Pres. Cartabia, red. Petitti.

del legislatore che non aveva accolto i suoi suggerimenti, rivedendo in prima persona istituti e disposizioni la cui incompatibilità con la Carta era già stata segnalata infruttuosamente.

L'adozione della linea meno attendista appena delineata, motivata certamente dalla scarsa collaborazione del Parlamento, risulta tuttavia problematica tanto sul piano motivazionale, quanto sul versante dell'equilibrio fra poteri e dell'efficacia.

Quanto al primo aspetto, occorre tenere a mente che, se il primo scrutinio di costituzionalità si conclude con un *non licet* in ragione della impossibilità di rinvenire nell'ordinamento una rima obbligata, tale difficoltà certamente perdura nonostante il trascorrere del tempo. Proprio l'ammissione della sussistenza di più possibili soluzioni contenuta nella prima pronuncia monito, cioè, si riverbera senza dubbio sulla decisione resa a conclusione di un eventuale nuovo esame della questione di costituzionalità, con la conseguenza che la sola inerzia del Parlamento non può esaurire l'onere motivazionale. Di tale criticità, d'altra parte, pare ben conscia la Corte, che in tutte le sentenze adottate in seconda battuta ha provato ad escogitare soluzioni imperniate su un dato normativo, che hanno tuttavia prestato il fianco a qualche obiezione proprio perché risultavano comunque rinvenibili altre opzioni nel sistema, come rilevato nella precedente pronuncia monito.

D'altra parte, la scelta fra più accodamenti ugualmente possibili, cui è costretta la Corte dalla latitanza del legislatore, si traduce di fatto nell'esercizio di poteri autenticamente normativi che sarebbero rimessi, in materia penale, unicamente al Parlamento. Il rafforzamento del monito attraverso l'accoglimento dell'eccezione d'illegittimità sia pure in un secondo momento, nel caso, cioè, in cui le Camere non si adeguino alle indicazioni della Corte, pertanto, reca con sé l'ulteriore problema della possibile alterazione degli equilibri fissati dalla Carta costituzionale. Dei possibili sconfinamenti, cioè, nell'area della discrezionalità legislativa di un organo ideato come esterno rispetto all'assetto poliarchico orizzontale che caratterizza l'ordinamento italiano.

Quanto al piano dell'efficacia, poi, se è vero che la Corte ha inteso rafforzare la valenza dei propri moniti dando loro un sicuro seguito attraverso l'accoglimento della medesima *quaestio legitimitatis* attivando più risolutamente che in passato il meccanismo della c.d. doppia pronuncia, non può non tenersi conto di alcuni aspetti strutturali di quest'ultimo che rischiano di vanificare l'obiettivo preso di mira dai giudici costituzionali. *In primis*, perché la Corte giunga a scrutinare una seconda volta la stessa disposizione, è necessario che le sia nuovamente rimessa la stessa questione di legittimità. L'attivazione

del meccanismo necessita, dunque, che un giudice si trovi a decidere un caso concreto rispetto al quale la soluzione del dubbio di legittimità risulti pregiudiziale e potrebbero verosimilmente trascorrere diversi anni perché ciò avvenga; ma passa altresì per la sensibilità, *recte* l'attivismo, dei giudici, che potrebbero viceversa accontentarsi di applicare la norma così com'è, accettando il ritardo del legislatore nell'accoglimento dei suggerimenti della Corte.

### 3.2 La fucinatura dell'ordinanza c.d. ad incostituzionalità prospettata

Negli ultimi anni, come anticipato, la Corte costituzionale italiana ha altresì rafforzato i propri moniti rendendoli *ad tempus* nell'ambito di una tecnica decisoria nuova, coniata, attingendo alle tradizioni costituzionali di altri paesi, per assicurare, ad un tempo, una piena compatibilità dell'ordinamento alla Costituzione (specie quando siano in gioco diritti fondamentali della persona) e la legittimazione democratica delle opzioni legislative.

Guardando allo schema tedesco dell'incompatibilità e alla pronuncia di *simple incostitucionalidad* della Corte costituzionale spagnola (De Lungo, 2019; Rörig, 2018; Fiano, 2016; Naglieri, 2021)<sup>22</sup>, infatti, i giudici costituzionali italiani hanno creato, e poi sperimentato diverse volte, proprio nella materia penale, un nuovo metodo per garantire il contemperamento di queste due esigenze, che permettesse loro, cioè, di spingere il legislatore a superare la ritrosia a dare seguito alle sollecitazioni ricevute, così addivenendo ad un sistema più conforme ai principi costituzionali, senza sacrificare il dibattito parlamentare sulle possibili modalità con cui raggiungere tale obiettivo.

Resasi conto, dunque, che i moniti rivolti alle Camere negli anni erano spesso stati ignorati, e che ciò aveva consentito la sopravvivenza di disposizioni non perfettamente confacenti alla Carta, e tenendo anche conto dei tempi di attivazione del (secondo) giudizio di costituzionalità in via incidentale e della necessaria mediazione dei giudici comuni, la Corte ha cercato di compulsa- re il legislatore a svolgere la funzione attribuitagli in Costituzione e di abbre-

<sup>22</sup> Nella disamina della prima delle ordinanze c.d. ad incostituzionalità prospettata della Corte, la n. 207 del 2018, è stato evidenziato come fossero rintracciabili due piani di comparazione, una esplicita e una implicita: da un lato, la stessa Corte ha citato espressamente alcune pronunce di altre Corti (Nicklinson v. Ministry of Justice della Suprema Corte del Regno Unito; Carter v. Canada della Suprema Corte canadese); dall'altro, è chiaro il richiamo alle pronunce d'incompatibilità tedesca e *simple incostitucionalidad* spagnola. Così DE LUNGO (2019), 91 ss.

Sulla pronuncia di incompatibilità coniata dal Tribunale costituzionale federale tedesco e su strumenti affini nella disponibilità di altri giudici costituzionali, cfr. RÖRIG (2018); FIANO (2016), 1 ss.; NAGLIERI (2021), 175 ss.

viare lo iato temporale imposto dai meccanismi di rimessione, per ridurre al minimo il periodo di perdurante violazione del dettato costituzionale.

Tale obiettivo è stato perseguito – per la prima volta in materia di agevolazione al suicidio nel c.d. caso Cappato (Aa. Vv., 2019; Giunta, 2019; Leo, 2019)<sup>23</sup> e poi, sempre in ambito penalistico, nei giudizi relativi alla comminatoria del reato di diffamazione a mezzo stampa (Recchia, 2020)<sup>24</sup> e alla disciplina dell'ergastolo ostativo (Dolcini, 2021)<sup>25</sup> – dotando il meccanismo c.d. della doppia pronuncia di un «*doppio vincolo temporale*», prevedendo, cioè, all'interno della prima pronuncia (c.d. *ordinanza ad incostituzionalità differita, ad incostituzionalità accertata ma non dichiarata o solamente prospettata*) un termine «*dapprima in capo al Parlamento di far uso del potere legislativo*» e successivamente «*a carico del Giudice costituzionale che dovrà censurare l'eventuale persistenza del vuoto normativo*»<sup>26</sup> (Roberti, 2021).

Dal punto di vista tecnico, la Corte ha fatto leva esplicitamente sui propri poteri di gestione del processo, ricorrendo ad una ordinanza interlocutoria, ad un provvedimento, cioè, che decide circa uno specifico aspetto del processo costituzionale senza concludere il giudizio, ma semplicemente sospendendolo perché riprenda non appena superate le ragioni della sospensione. Tuttavia, a ben vedere, l'ordinanza c.d. ad incostituzionalità prospettata presenta caratteristiche peculiari ed innovative, che consentono di classificarla come uno schema decisorio inedito, creato, al pari di molti altri strumenti, dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Tali provvedimenti, infatti, risultano – sul piano formale – tutt'altro che succintamente motivati, come si converrebbe ad ordinanze interlocutorie, e presentano anche una parte in fatto e una in diritto, come si confà alle sentenze; e – su quello sostanziale – lungi dal disporre *tout court* il rinvio dell'udienza, finiscono per trattare *funditus* il merito della questione prospettata alla Corte, pur dichiarando poi (irritualmente<sup>27</sup>) la sospensione del giudizio con rinvio proprio per la trattazione della eccezione d'illegittimità (Romboli, 2019; Pinardi, 2020)<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Il riferimento è a Corte cost., ord. 24 ottobre 2018, n. 207, Pres. Lattanzi, red. Modugno. In argomento, *ex multis*, Aa. Vv. (2019); GIUNTA (2019); LEO (2019).

<sup>24</sup> Cfr. Corte cost., ord. 9 giugno 2020, n. 132, Pres. Cartabia, red. Viganò, con nota di RECCHIA (2020).

<sup>25</sup> Cfr. Corte cost., ord. 11 maggio 2021, n. 97, Pres. Coraggio, red. Zanon, commentata criticamente da DOLCINI (2021).

<sup>26</sup> Così ROBERTI (2021), 176-177.

<sup>27</sup> Se l'ordinanza interlocutoria sospende necessariamente il giudizio costituzionale sino al superamento dell'*impasse* che ha determinato la causa di sospensione, nella motivazione delle ordinanze a incostituzionalità prospettata, invece, la Corte si è premurata di affermare che, pendente il rinvio, il giudizio rimane sospeso, sottolineandolo altresì nei comunicati stampa che hanno accompagnato il deposito delle decisioni.

<sup>28</sup> ROMBOLI (2019), 2-3. Così pure, a proposito della ordinanza n. 132 del 2020, PINARDI (2019), 105.

L'uso di questa nuova tecnica decisoria risulta problematica – al pari (e maggiormente) di quello dei moniti così come declinati recentemente dalla Corte – sotto diversi punti di vista, e, segnatamente, sul piano dei rapporti fra poteri, dell'onere motivazionale gravante sulla Corte e dell'efficacia.

Il perfezionamento del meccanismo della c.d. doppia pronuncia, innanzitutto, determina una ingerenza particolarmente intensa della Corte nei lavori parlamentari. Nonostante tale schema decisorio miri a creare nuovi binari collaborativi con il Parlamento, non invadendone gli spazi di discrezionalità, come enfatizzato più volte dai Presidenti della Corte, nella pratica il suo utilizzo rischia di alterare i delicati equilibri previsti in Costituzione, con una intensità variabile a seconda che il nuovo congegno raggiunga o meno il suo obiettivo di stimolare la collaborazione istituzionale (*contra* D'Amico, 2019)<sup>29</sup>. Nel caso in cui il Parlamento raccolga la sollecitazione *ad tempus* rivoltagli dalla Corte (non verificatosi in materia di agevolazione al suicidio, comminatoria editale della diffamazione a mezzo stampa e neppure di ergastolo ostativo, se si considera che, in questa ultima ipotesi, è stato concesso un differimento del *dies* originariamente apposto<sup>30</sup>), quest'ultima finisce per intromettersi nei lavori parlamentari fissandone l'agenda politica e, in alcuni casi, blindandone l'intervento, attraverso indicazioni precise anche circa il *quomodo* dell'esercizio della funzione nomopoietica<sup>31</sup>. Nel caso in cui il legislatore ometta di inverare l'auspicio della Corte, invece, quest'ultima finisce addirittura per svolgere un ruolo di supplenza<sup>32</sup>, dettando nuove *regule iuris* all'interno della seconda pronuncia, che diventa, pur non avendone intrinsecamente le caratteristiche, un testo 'paralegislativo', che richiede una intensa ed inedita mediazione dei giudici ordinari per funzionare (Pellizzzone, 2020)<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Plaude, invece, alla creazione di tale nuova tecnica proprio perché garantisce una effettiva tutela di diritti fondamentali che altrimenti rischierebbero di non essere garantiti, D'AMICO (2019).

<sup>30</sup> Cfr. La dilazione offerta dalla Corte al Parlamento per completare il percorso di riforma in Corte cost., ord. 13 maggio 2022, n. 122, Pres. red. Amato.

<sup>31</sup> Il riferimento è ai suggerimenti offerti dalla Corte costituzionale in materia di agevolazione al suicidio e di revisione della disciplina dell'ergastolo ostativo, cfr. rispettivamente § 10 ord. n. 207 del 2018, e § 9 ord. n. 97 del 2021.

<sup>32</sup> Ha negato, invece, che anche in questo caso si produca una possibile invasione degli spazi di discrezionalità del legislatore la *ex* presidente della Corte costituzionale italiana Marta Cartabia, che circa il nuovo tipo decisorio ha affermato che «la Corte, è vero, nel tempo ha sperimentato soluzioni innovative dal punto di vista della tecnica decisionale; ma la «creatività» di cui lei parla non è stata un'invasione di campo, semmai l'esatto contrario: ha avuto lo scopo di lasciare in prima battuta la parola alle Camere ed è espressione del rispetto per gli spazi del Legislatore» (cfr. *Coronavirus, intervista a Marta Cartabia: «Nella Costituzione le vie per uscire dalla crisi»*, pubblicata sul Corriere della Sera il 29 aprile 2020; consultabile sul Corriere della Sera online).

<sup>33</sup> Si pensi alla pronuncia n. 242 del 2019 (Corte cost., 24 settembre, n. 242, Pres. Lattanzi, red. Modugno), che ha fatto seguito all'ord. n. 207 del 2019 rimasta inascoltata, il cui dispositivo prende in considerazione non soltanto i casi di aiuto al suicidio successivi all'intervento della Corte, stabi-



Una tale torsione del ruolo svolto dalle decisioni e dalla Corte stessa si riverbera inevitabilmente sull'onere motivazionale gravante su quest'ultima, complicandone l'assolvimento. *In primis*, l'eventuale sentenza che segua l'ordinanza ad incostituzionalità prospettata rimasta inascoltata rischia di risentire della «*intrinseca contraddittorietà*» (Risicato, 2021)<sup>34</sup> che pare connotare la nuova tecnica legislativa: se in prima battuta la Corte si ritira per salvaguardare la discrezionalità del legislatore, decorso inutilmente il termine fissato questa esigenza, dapprima avvertita come ineludibile, viene superata in funzione di quella di garantire la legalità costituzionale. Il pericolo, dunque, è che un'esigenza tanto enfaticizzata nella prima pronuncia da esaurirne il fondamento – quella, cioè, di salvaguardare la discrezionalità del legislatore – rischi di essere marginalizzata in quella successiva facendo leva unicamente su un fattore, il tempo (il cui lasso è anche certamente meno significativo rispetto a quello che intercorre fra una tradizionale pronuncia monito inascoltata e una successiva sentenza di accoglimento), con un esito motivazionale non perfettamente coerente.

Senza contare che, quanto alla ordinanza c.d. ad incostituzionalità solamente accertata, resta sempre opinabile la determinazione del *quantum* di tempo offerto al Parlamento per accogliere l'auspicio ivi contenuto: da un lato, la Corte non ha mai offerto una motivazione sul punto, accomunando, anzi, sotto un medesimo arco temporale situazioni assai diverse (Pinardi, 2020)<sup>35</sup>; dall'altro, una tale valutazione, come evidenziato, dovrebbe essere comunque

---

lendo per essi l'applicazione della scriminante procedurale messa a punto in sentenza, ma anche i fatti pregressi, prevedendo che, per il passato, spetti ai giudici verificare, caso per caso, se le condotte di agevolazione siano state poste in essere «*con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti*». Se è vero, dunque, che l'accertamento in concreto viene incanalato dalla Corte su binari delineati nella stessa pronuncia, resta comunque un ineliminabile margine di manovra all'interprete, che deve peraltro rifarsi non ad un testo legislativo ma ad una decisione del giudice delle leggi, oltre che la possibilità tutt'altro che remota di contrasti di giudicato.

Sul punto, sottolinea come la sentenza n. 242 del 2019 presenti una *pars destruens* e una *pars construens*, e che, proprio in ragione della natura non retroattiva della seconda, sia rimesso un peculiare compito ai giudici di merito, PELLIZZONE (2020), 471 ss.

<sup>34</sup> Così RISICATO (2021), 12.

<sup>35</sup> Così PINARDI (2019), 105 ss., che segnala come un medesimo termine – un anno circa – sia stato fissato tanto per la revisione della comminatoria editale della diffamazione a mezzo stampa, rispetto alla quale pendevano diversi disegni di legge, quanto per l'agevolazione al suicidio, rispetto alla quale, invece, non solo non si registrava alcuna proposta legislativa pendente, ma, anzi, il Parlamento aveva anche deciso di non legiferare in occasione della di poco precedente l. n. 219 del 2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento.

nella disponibilità del Parlamento (Roberti, 2021)<sup>36</sup>, anche tenuto conto di possibili sopravvenienze eccezionali<sup>37</sup>.

Infine, a prescindere dalle possibili alterazioni di sistema e dalla coerenza delle decisioni delle Corte, occorre tenere conto che il nuovo tipo di monito ideato a partire dal c.d. caso Cappato non ha sinora dato buona prova sul piano dell'efficacia. Non ha determinato, come anticipato, alcun intervento del Parlamento in due casi su tre, di fatto non centrando l'obiettivo di stimolare la collaborazione del legislatore e di salvaguardarne la discrezionalità (Silvestri, 2020)<sup>38</sup>.

#### 4. IL FUTURO: VERSO LA TIPIZZAZIONE DEGLI STRUMENTI COLLABORATIVI?

Il frequente ricorso ai moniti – *ad tempus* o svincolati da ogni indicazione di ordine temporale – che ha caratterizzato il tempo presente del sindacato di costituzionalità in materia penale dà conto della fiducia riposta dalla Corte in tale tipo decisorio quale utile strumento per conseguire ad un tempo due rilevanti obiettivi: rendere l'ordinamento penale sempre più compatibile con la Costituzione ed assicurare la discrezionalità legislativa (*contra Zagrebelsky*, Marcenò, 2018)<sup>39</sup>.

Le aspettative dei giudici costituzionali, però, sembrano essere state spesso disattese dal Parlamento, che sovente non ha adempiuto alle sollecitazioni più o meno stringenti rivoltegli. Più volte, difatti, i moniti contenuti nelle pronunce

<sup>36</sup> Segnala come la nuova tecnica decisoria rischi di far coincidere due piani diversi: quello del «*tempo del rispetto della legalità costituzionale*», il cui sindacato è attribuibile alla Corte costituzionale, e quello dei «*tempi di attuazione del testo fondamentale*», la cui determinazione è di esclusiva spettanza del Parlamento, ROBERTI (2021), 191.

<sup>37</sup> Basti pensare all'avvento e all'acuirsi dell'emergenza pandemica da Covid-19 in pendenza dei termini per la revisione della comminatoria editale della diffamazione a mezzo stampa e della disciplina dell'ergastolo ostativo.

<sup>38</sup> Così SILVESTRI (2020), 9.

<sup>39</sup> Criticano, invece, l'esercizio del potere monitorio evidenziandone il carattere inderogabilmente intrusivo nelle prerogative del Parlamento, osservando efficacemente che «*se i moniti sono efficaci, la discrezionalità legislativa è limitata; se la discrezionalità non è limitata, i moniti sono inutili*», ZAGREBELSKY, MARCENÒ (2018), 255.

Gli Autori, in particolare, ritengono che l'unica funzione monitoria ammissibile nel nostro ordinamento sia quella implicita nella *ratio decidendi*, nei motivi del decidere delle sentenze. La Corte non potrebbe ricorrere, invece, né ai «*moniti di legittimità costituzionale*», consistenti nella esplicitazione di obblighi derivanti dalla Costituzione, perché contrari «*a uno dei caratteri fondamentali della giurisdizione costituzionale: il controllo a posteriori e concreto*», aprendo la strada ad un inaccettabile ruolo «*consultivo, preventivo e astratto sulle scelte da farsi*» per il giudice delle leggi. Parimenti inammissibili i «*moniti di politica legislativa*», perché trasformerebbero la Corte in una «*attrice politica che opera per rafforzare o indebolire questo o quell'orientamento presente nello schieramento parlamentare*» (255-257).

della Corte non hanno trovato seguito nell'attività legislativa, di fatto non consentendo il raggiungimento di nessuno dei due scopi prefissi, né, cioè, l'attuazione del volto costituzionale dell'ordinamento, né il coinvolgimento del legislatore.

Una migliore accoglienza non è stata riservata neppure agli appelli a tempo: in due casi su tre le ordinanze ad incostituzionalità solamente prospettata non sono riuscite a stimolare l'intervento parlamentare sperato, ottenendo un risultato collaborativo (tardivo e parzialmente soddisfacente) soltanto nel terzo. D'altro canto, questa nuova estrinsecazione del potere monitorio pare aver garantito quantomeno il perseguimento del primo dei propositi avuti di mira dalla Corte, l'espunzione o la rimeditazione di istituti e discipline scarsamente conformi a Costituzione. Intento raggiunto, però, ad opera della stessa Corte, che, in due casi su tre, si è sostituita al legislatore producendo nuove disposizioni penali; oppure, nel caso dell'ergastolo c.d. ostativo, da parte del Governo, e dunque comunque in violazione della riserva di *lex parlamentaria* contenuta nell'art. 25, co. 2, Cost.<sup>40</sup>.

Guardando al futuro, è possibile allora domandarsi come provare a garantire una piena efficacia dei moniti rispetto ad entrambe le esigenze messe a fuoco dalla Corte, non accontentandosi, dunque, del risultato sinora conseguito, nel migliore dei casi, solamente a metà, sul versante cioè della revisione di disposizioni o istituti scarsamente compatibili a Costituzione.

Sarebbe forse auspicabile, da questo punto di vista, un passaggio intermedio: condizione preliminare rispetto alla possibilità di ottenere la piena tutela dei diritti fondamentali attraverso la cooperazione degli interlocutori delle pronunce della Corte potrebbe essere la tipizzazione di questi strumenti atipici.

Il fondamento *ex ante* delle diverse estrinsecazioni del potere monitorio – *recte*, una loro ratifica *ex post*, visto che, pur non previste legislativamente, sono state già utilizzate in più occasioni dai giudici costituzionali – parrebbe necessario oppure, assumendo una posizione più morbida, sorretto quantomeno da ragioni di opportunità.

Quanto ai moniti *ad tempus*, il loro utilizzo, nonostante la fucinatura giudiziaria, sembrerebbe richiedere una previa previsione legislativa in ragione della incisività delle facoltà riconosciute alla Corte, oltre che degli appigli non

---

<sup>40</sup> Come già messo in evidenza gli avvisi a termine rivolti in materia di agevolazione al suicidio e di comminatoria editale della diffamazione a mezzo stampa sono andati a vuoto, costringendo la Corte a fare da sé adottando successive pronunce di accoglimento parziale.

Viceversa, quanto alla disciplina dell'ergastolo ostativo la Corte ha deciso di offrire una dilazione del termine fissato in prima battuta per consentire alle Camere di portare a termine la riforma dell'istituto approvata in un solo ramo del Parlamento alla scadenza originariamente prevista. Successivamente ha restituito gli atti al giudice *a quo* affinché verifici gli effetti dello *ius superveniens* sulla rilevanza delle questioni prospettate all'indomani della rimeditazione della materia intervenuta *in limine* ad opera del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162 (Corte cost., ord. 10 novembre 2022, n. 227, Pres. Sciarra, red Zanon).

sempre convincenti richiamati da quest'ultima a giustificazione delle soluzioni proposte. Il potere di determinare un lasso di tempo entro il quale il Parlamento debba sanare il *vulnus* già accertato, infatti, non è certamente previsto o ricavabile dalla Carta costituzionale o da una legge costituzionale; come, d'altra parte, non sembrano pienamente persuasive le argomentazioni riportate dalla Corte per giustificare la soluzione creativa: non pare, difatti, che, l'ordinanza ad incostituzionalità prospettata sia il frutto dell'esercizio degli ordinari poteri di gestione del processo riconosciuti ai giudici costituzionali.

Senza contare, poi, che, se è vero che tale potere è esercitato da diverse Corti costituzionali europee, come ricordato in talune pronunce, è vero anche che, in quegli stessi paesi, tali poteri sono stati effettivamente creati in via pre-toria, ma successivamente ratificati dal legislatore (De Lungo, 2019; Fiano, 2016; Naglieri, 2021; Romboli, 2015; Rörig, 2018)<sup>41</sup>.

Pur ammettendo, però, che non sia indispensabile addivenire ad una tipizzazione della tecnica decisoria dell'incostituzionalità solamente prospettata, stante la creazione, negli anni, di altri schemi atipici caratterizzati da un alto grado di manipolatività (Panzera, 2013)<sup>42</sup> che mai sono stati ratificati dal Parlamento, resterebbe comunque opportuno questo passaggio intermedio sinora mai compiuto.

---

<sup>41</sup> Una ratifica successiva del Parlamento è avvenuta nella esperienza tedesca, dove il Tribunale federale costituzionale ha coniato la c.d. *sentenza di incompatibilità* – con la quale si accerta l'incompatibilità della disposizione senza incidere sulla sua esistenza, dal momento che la rimozione del vizio è rimessa al Parlamento (esistono, invero, tre varianti d'incompatibilità: una *variante pura*, in cui all'accertamento del vizio si accompagna un *blocco di applicazione*, la norma, cioè, in attesa dell'intervento legislativo non può essere applicata nel giudizio *a quo* e negli altri; una *variante con ordine di applicazione*, in cui la norma, nelle more dell'intervento, continua ad essere applicabile per evitare più gravi rischi derivanti dal vuoto normativo; una *variante con normativa transitoria*, in cui alla sospensione della norma incompatibile fa seguito l'applicazione di una disposizione transitoria fissata dalla Corte, che verrà meno dopo l'intervento parlamentare) –, ratificata poi dalla quarta legge di modifica del *BVerfGG* del 1970.

In argomento, DE LUNGO (2019), 97 ss.; FIANO (2016), 1 ss.; NAGLIERI (2021), 175 ss.; ROMBOLI (2015), 10 ss.; RÖRIG (2018).

Una ratifica dei poteri esercitati dal Tribunale costituzionale da parte del Parlamento è avvenuta – più o meno – anche in Spagna. Se, infatti, la *Ley organica del Tribunal Constitucional* prevede l'efficacia *ex tunc* della declaratoria d'incostituzionalità, il Tribunale costituzionale ha creato la nuova categoria della *simple incostitucionalidad*, con la quale si accerta, senza dichiararla, l'incompatibilità della norma con la Carta, passando la palla al legislatore affinché si occupi di rivedere la disciplina impugnata. In occasione della revisione della *Ley organica* del 2007, si era previsto espressamente il potere per il Tribunale costituzionale di modulare l'efficacia nel tempo della pronuncia d'incostituzionalità per un periodo massimo di tre anni. L'innovazione è stata poi stralciata, ma non ha impedito che lo schema decisorio venisse successivamente applicato. Cfr. DE LUNGO (2019), 97 ss.; ROMBOLI (2015).

<sup>42</sup> Il problema della manipolazione degli effetti temporali delle pronunce della Corte richiama, infatti, quello della manipolazione del testo. Evidenzia, sul punto, come rappresenti uno «*«strabismo» teorico*» non riconoscere come unitario il problema della manipolazione testuale e temporale della norma, visto che il tempo giuridico è parte essenziale del suo contenuto, PANZERA (2013), 131.

Non v'è dubbio, infatti, che l'obiettivo preso di mira dalla Corte in questi anni, e probabilmente individuato anche su una prospettiva di lungo periodo, sia quello di concentrarsi sempre più sulla tutela dei diritti che sulla verifica della conformità a Costituzione della legge. Tale scopo, tuttavia, è sempre stato accompagnato da una indicazione di metodo: la Corte ha sempre dimostrato, e lo ha scritto in molte delle pronunce più innovative degli ultimi anni, di ritenere indispensabile la collaborazione dei propri interlocutori primari, escludendo di poter fare da sé.

In questo senso, dunque, la tipizzazione dello strumento monito potrebbe giovare a garantire che la collaborazione istituzionale, a lungo invocata e ricercata univocamente dalla Corte, si verifichi. Se, infatti, il Parlamento riconoscesse espressamente il potere della Corte di invitarlo a legiferare o di differire di un anno la dichiarazione di una incostituzionalità già accertata, dovrebbe altresì riconoscere di avere il dovere di attivarsi negli spazi lasciati dalla Corte. Sarebbe certamente incoerente prevedere un tale congegno di coordinamento e, successivamente, non fare la propria parte, inceppare il meccanismo.

La tipizzazione di nuovi strumenti collaborativi, in conclusione, lungi dall'ingessare l'operato della Corte, potrebbe al contrario assicurare il raggiungimento degli scopi fissati dalla stessa, fungendo da *dichiarazione d'intenti* del legislatore, per l'avvenire apertamente disposto a collaborare.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.VV. (2019), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F. S. Marini e C. Cupelli, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- CRISAFULLI, V. (1978), *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in Aa. Vv., *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhiocupo, Bologna, Il Mulino.
- D'AMICO, M. (2017), *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giur. pen.*, 1 ss.
- (2019), *Il «Caso Cappato» e le logiche del processo costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*
- DE LUNGO, D. (2019), *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in Aa. Vv., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F. S. Marini e C. Cupelli, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 91 ss.

- DOLCINI, E. (2021), *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sist. pen.*
- FIANO, N. (2016), *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte Costituzionale tra dichiarazione di incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Forum Quad. cost.*, 1 ss.
- GIUNTA, F. (2019), *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'«ordinanza Cappato»*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it).
- GRISOLIA, M. C. (1982), *Alcune considerazioni sulle «sentenze comandamento», ovvero sul «potere monitorio» della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 826 ss.
- LEO, G. (2019), *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie di aiuto al suicidio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 241 ss.
- LUCIANI, M. (1989), *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in Aa. Vv., *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, Milano, Giuffrè.
- MALFATTI, E.; PANIZZA, S.; ROMBOLI, R. (2018), *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli Editore.
- MANES, V.; NAPOLEONI, V. (2019), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli Editore.
- NAGLIERI, G. (2021), *Un nuovo modello decisorio per un nuovo equilibrio tra poteri? Unvereinbarerklärung e Anwendungssperre nel diritto processuale costituzionale italiano (breve note, comparate, a margine di Corte cost. ord. 132/2020)*, in *Giur. cost. online*, 175 ss.
- PALAZZO, F. (2019), *Un «nuovo corso» della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 2398 ss.
- PANZERA, C. (2013), *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- PELLIZZONE, I. (2020), *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: pars destruens e pars construens delle pronunce della Corte Costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della ratio decidendi del caso Cappato*, in *Forum Quad. cost.*, 471 ss.
- PINARDI, R. (2015), *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Giur. cost.*, 220 ss.
- (2020), *Un nuovo ricorso alla tecnica decisionale del caso Cappato*, in *Forum Quad. cost.*, 103 ss.
- RECCHIA, N. (2020), *La previsione della pena detentiva per la diffamazione del giornalista: la Corte costituzionale ripropone la tecnica decisoria del caso Cappato*, in *Giur. cost.*, 1480 ss.
- ROBERTI, I. (2021), *I moniti «a termine» della Corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del parlamento*, in *Federalismi*, 176 ss.

- ROMBOLI, R. (2015), *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum Quad. cost.*
- (2019), *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum Quad. cost.*
- RÖRIG, M. T. (2018), *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, consultabile nel servizio studi della Corte costituzionale, area di diritto comparato.
- SILVESTRI, G. (2020), *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*.
- VIGANÒ, F. (2021), *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli Editore.
- ZAGREBELSKY, G.; MARCENÒ, V. (2018) *Giustizia costituzionale, Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, Il Mulino.

# GLI EFFETTI DELLE ORDINANZE MONITORIE DI RINVIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO

VALENTINA MONDELLO<sup>1</sup>  
*Università degli Studi di Messina*

**SOMMARIO:** 1. *Introduzione.*–2. *Gli automatismi sanzionatori al vaglio del finalismo rieducativo della pena.*–3. *La norma-manifesto della legislazione penitenziaria d'emergenza: l'art. 4-bis O.P.*–4. *La nuova tecnica decisoria della «doppia pronuncia» e gli effetti della stessa sull'ordinamento penitenziario.*–5. *La disciplina introdotta dal decreto legislativo 31 ottobre 2022, n. 162.*–6. *Considerazioni conclusive.*

## 1. INTRODUZIONE

Il diritto penitenziario italiano e la funzione rieducativa della pena sono, strettamente, intrecciati tra di loro. Invero, la legislazione penitenziaria, antecedente alla riforma attuata con l. 26 luglio 1975 n. 354, risultava essere recensiva e frammentata, non permettendo alla Corte costituzionale di garantire piena effettività al principio di cui all'art. 27, co. 3, Cost.<sup>2</sup> Successivamente, con l'avvento della summenzionata riforma, la Corte ha iniziato ad intraprendere un percorso ermeneutico destinato a valorizzare il principio costituzionale della rieducazione<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Funzionario Addetto all'Ufficio Per il Processo presso la I sez. Civile del Tribunale di Messina.

<sup>2</sup> La funzione della pena era ancora relegata ad una idea retributiva di ascendenza illuministica, ossia ad una pena orientata soltanto al passato e quindi funzionale unicamente al perseguimento dell'ideale di giustizia: pena giusta in sè, ma non anche utile.

<sup>3</sup> L'art. 1, ult. co, l. 26 luglio 1975, n. 354 recita: «nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al



La giurisprudenza costituzionale che si è formata all'alba del «nuovo» ordinamento penitenziario, dunque, era caratterizzata da una perfetta sinergia operativa tra Parlamento e Consulta ai fini dell'attuazione del principio della rieducazione<sup>4</sup>; veniva ridisegnato, infatti, un sistema carcerario improntato alla logica del trattamento individualizzato del detenuto, introducendo le c.d. misure alternative alla detenzione<sup>5</sup>.

Tuttavia, con l'avvento della stagione penitenziaria dell'emergenza, il legislatore, al fine di reprimere – dapprima – la criminalità eversiva di matrice politica e – successivamente – l'emergenza mafiosa, ha proceduto ad un inasprimento della legislazione penale, processuale e penitenziaria<sup>6</sup>, introducendo disposizioni volte alla difesa sociale e alla prevenzione speciale negativa, in aperto contrasto con il principio rieducativo della pena.

Questo percorso involutivo della legislazione penale è culminato con l'elaborazione dell'art. 4-*bis* della l. 26 luglio 1975 n. 354 – ad opera del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991, n. 203 – attraverso il quale sono state introdotte limitazioni all'accesso alle misure alternative alla detenzione nei confronti del condannato all'ergastolo per reati di contesto mafioso che non collabora con la giustizia (Corso, 2002, 199 ss.).

Ciò posto, il presente lavoro si propone l'obiettivo di ricostruire l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di ergastolo ostativo, dalla quale emergono le tensioni tra la funzione rieducativa della pena e gli automatismi sanzionatori, fino ad arrivare alle recenti pronunce della Consulta<sup>7</sup>, che sono culminate con l'adozione – da parte del Governo – del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162.

## 2. GLI AUTOMATISMI SANZIONATORI AL VAGLIO DEL FINALISMO RIEDUCATIVO DELLA PENA

Gli automatismi normativi hanno costituito sin da sempre oggetto di controllo da parte del giudice delle leggi. Tuttavia, di recente, la dialettica tra la Corte costituzionale ed il legislatore è diventata più intensa a causa della connessione tra tali automatismi ed il principio rieducativo di cui all'art. 27, co. 3, Cost.

---

*reinserimento sociale degli stessi».*

<sup>4</sup> Per un approfondimento si veda EMANUELE (2009, 84 ss.).

<sup>5</sup> In argomento si vedano CANEPA, MERLO (2004), CORSO (2002), GREVI (1994), GUAZZALOCA, PAVARINI (1995, 165 ss.).

<sup>6</sup> Si allude al d.l. n. 152/1991, convertito con l. n. 203/1991, nonché al d.l. n. 306/1992, convertito in l. n. 356/1992.

<sup>7</sup> Da ultimo, le ordinanze nn. 97 del 2021 e 122 del 2022.

Il meccanismo degli automatismi normativi è, però, un problema che investe tutto l'ordinamento giuridico, sottendendo un problema di equilibrio tra discrezionalità legislativa e discrezionalità del giudice.

In particolare lo scrutinio della Consulta si è soffermato su una particolare tipologia di automatismi ovvero quelli sanzionatori, che si innestano nel rapporto tra la dimensione astratta della pena, il dato positivo, e la sua dimensione concreta, opera della discrezionalità giudiziale<sup>8</sup>.

Sul punto, è necessario precisare che nel nostro ordinamento riveste un ruolo centrale il principio di legalità<sup>9</sup>, enucleato dall'art. 25, co. 2, Cost., la cui portata si estende non solo alle scelte di incriminazione da parte del legislatore, ma anche alla determinazione e applicazione dei trattamenti sanzionatori. Il giudice, invece, ha spazio di manovra solo entro i limiti edittali indicati dallo stesso legislatore e, quindi, può esercitare la propria discrezionalità secondo criteri preventivamente individuati (Mantovani, 2007, 764).

Tuttavia, il rapporto tra il potere legislativo e quello giudiziario si è nel tempo incrinato, a causa dell'uso sempre più frequente da parte del legislatore degli automatismi sanzionatori, attraverso i quali, prevedendosi una pena fissa, che tratta in maniera uguale situazioni differenti, senza tener conto delle peculiarità del caso concreto, viene del tutto erosa la discrezionalità del giudice. In altri termini, gli automatismi si fondano su presunzioni assolute di pericolosità dei soggetti che pongono in essere il reato, riducendo – se non annullando – la possibilità per il giudice di dare rilievo all'accertamento del fatto, al fine di modulare le conseguenze sanzionatorie.

Come evidenziato da attenta dottrina, il meccanismo dell'automatismo si pone, spesso, in netto contrasto con il principio di ragionevolezza (Tesaurò, 2012, 4909 ss.)<sup>10</sup>; per tale motivo la Corte costituzionale si è trovata costretta ad epurare l'ordinamento da tali automatismi, laddove il contrasto tra questi ultimi ed il principio di ragionevolezza fosse manifesto ed evidente. In tali pronunce, però, la Corte ha rilevato non solo il contrasto con l'art. 3 Cost.<sup>11</sup>,

<sup>8</sup> In argomento si vedano LARIZZA (2004, 122 ss.) e DOLCINI (1974, 338 ss.).

<sup>9</sup> Come dimostrato nella cd. *Saga Taricco* in cui la Corte Costituzionale ha esposto, ma non opposto, i cd. controlimiti rappresentati, proprio, da tale principio. A commento di tale Saga fiumi «fiumi di inchiostro» sono stati versati dalla migliore dottrina, in un dibattito ancora oggi vivo ed attuale e, pertanto, ci si limiterà a segnalare, per tutti, l'opera di BERNARDI, CUPELLI (2017).

<sup>10</sup> In argomento si veda anche CRIVELLI (2014, 85 ss.). Sul principio di ragionevolezza è d'obbligo il richiamo a D'ANDREA (2005).

<sup>11</sup> ... ed infatti il giudice delle leggi ritiene violative del principio di uguaglianza le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, arbitrarie e irrazionali, ovvero laddove non rispondano a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia «agevole»

ma anche con altri valori di rango fondamentale, tra cui il finalismo rieducativo di cui all'art. 27, co. 3, Cost.

Ed invero, una corretta lettura dell'art. 27, co. 3, Cost. comporta la necessaria individuazione del trattamento sanzionatorio, tenendo conto dello scopo della sanzione e degli effetti futuri che quest'ultima deve produrre per il condannato. Al contrario, le pene fisse e astratte si pongono in antitesi al principio rieducativo sancito dalla suddetta norma, in quanto figlie di una concezione retributiva della pena (Pulitanò, 2011, 12 ss.).

Orbene, la Consulta ha, da sempre, valorizzato il principio di legalità della pena di cui all'art. 25, co. 2, Cost., quale garanzia non soltanto della differenziazione del trattamento sanzionatorio ma anche della uniformità di tale trattamento<sup>12</sup>, in armonia con la finalità rieducativa. Tale principio si riverbera anche sulla concezione della pena, la quale – oltre a perseguire la finalità rieducativa – deve essere conforme al principio di personalità della responsabilità penale, al principio di offensività e a quello di proporzionalità<sup>13</sup>.

La giurisprudenza costituzionale, dunque, ha sempre riconosciuto, conformemente al principio di legalità, la discrezionalità esclusiva del legislatore nelle scelte sanzionatorie<sup>14</sup>, in quanto appannaggio di valutazioni di carattere politico. Pertanto, il giudice delle leggi ha limitato il proprio intervento sulle scelte sanzionatorie ai soli casi di manifesta irragionevolezza, rimanendo precluso al suo sindacato tutto ciò che non vi rientrava ai sensi dell'art. 28 l. n. 87/1953, con conseguenziale declaratoria di inammissibilità delle questioni<sup>15</sup>.

L'incisivo intervento ad opera della giurisprudenza sovranazionale e convenzionale ha dato il via ad una nuova stagione della Corte costituzionale, la

---

formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa: così punto 4 del *cons. in dir.* sent. 14 aprile 2010, n. 139 della Corte costituzionale.

<sup>12</sup> Sul punto si veda Corte Cost., sent. n. 50/1980 commentata da PALIERO (1981, 783 ss.). Si veda anche Corte Cost., sent. n. 299/1992, secondo cui il principio di legalità della pena «non impone al legislatore di determinare in misura fissa e rigida la pena da irrogare per ciascun tipo di reato; lo strumento più idoneo al conseguimento della finalità della pena e più congruo rispetto al principio di eguaglianza è la predeterminazione della pena medesima da parte del legislatore fra un massimo ed un minimo ed il conferimento al giudice del potere discrezionale di determinare in concreto, entro tali limiti, la sanzione da irrogare, al fine di adeguare quest'ultima alle specifiche caratteristiche del singolo caso: l'individualizzazione della pena, in modo da tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone, infatti, come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio di eguaglianza), quanto attinenti direttamente alla materia penale. Di qui il ruolo centrale che, nei sistemi penali moderni, è proprio alla discrezionalità giudiziale, nell'ambito e secondo i criteri segnati dalla legge».

<sup>13</sup> ... che riceve espressa formulazione nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ove si stabilisce che l'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato.

<sup>14</sup> Su tale argomento si vedano MANES (2012, 160 ss.), GALLO (1994, 3203 ss.), CORBETTA (1997, 134 ss.).

<sup>15</sup> Fra le tante si vedano Corte cost. sentt. n. 341/1994, 47/2010 e 134/2012 laddove venivano dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale concernente la durata fissa delle pene accessorie di cui all'art. 216 della legge fallimentare in caso di bancarotta fraudolenta.

quale – avvalendosi dei principi di proporzionalità, offensività, rieducazione e ragionevolezza – ha iniziato a penetrare più incisivamente nelle scelte discrezionali del legislatore in materia di sanzioni, garantendo un adeguamento individualizzato e proporzionale delle pene inflitte<sup>16</sup>.

La Corte costituzionale ha rivolto particolare attenzione a quegli automatismi sanzionatori che impediscono in concreto al giudice il bilanciamento tra interessi contrapposti (Bin, 1992, 89): uno di questi è proprio l'ergastolo ostativo sul quale il presente lavoro si soffermerà.

### 3. LA NORMA-MANIFESTO DELLA LEGISLAZIONE PENITENZIARIA D'EMERGENZA: L'ART. 4-BIS ORD. PEN

Il filone giurisprudenziale dei reati ostativi all'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione fa emergere la tensione dialettica in atto tra la Corte Costituzionale ed il potere legislativo.

Quella dell'ergastolo ostativo è una storia tormentata e complessa, che prende avvio all'indomani delle stragi di mafia dei primi anni Novanta, attraverso l'introduzione dell'art. 4-*bis* ord. pen.<sup>17</sup>, norma che, come evidenziato dalla più attenta dottrina, sin da subito ha messo in crisi i principi fondamentali di matrice costituzionale su cui si basa la pena.

L'ergastolo ostativo<sup>18</sup> è la forma di pena più grave esistente nel nostro ordinamento, atteso che la pena *de qua* ha natura perpetua, con la funzione di espungere il reo dalla vita sociale. Per vero, coloro che sono sottoposti a tale regime non possono usufruire dei benefici penitenziari previsti dall'ordinamento italiano e, in particolare, delle misure alternative alla detenzione, dei permessi premio e del lavoro esterno, nel caso in cui abbiano commesso uno dei reati elencati dall'art. 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis* (reati che riguardano la criminalità terroristica e organizzata), l. 26 luglio 1975, n. 354 e non abbiano collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* O. P. (Pugiotto, 2014, 20)<sup>19</sup>.

Nella originaria previsione normativa, l'ergastolo ostativo rappresentava un automatismo sanzionatorio, per il quale la pericolosità del condannato discendeva dalla presunzione assoluta che lo stesso avesse un legame con

<sup>16</sup> Così Corte Cost. sent. 14 aprile 1980, n. 50.

<sup>17</sup> Modifiche apportate alla l. n. 354/1975 dal d.l. n. 306/1992, convertito in l. n. 356/1992.

<sup>18</sup> Il regime dell'ergastolo ostativo è il risultato della riforma legislativa introdotta dalla l. n. 356 del 7 agosto 1992 (legge di conversione del d.l. n. 306 del 8 giugno 1992).

<sup>19</sup> All'utile collaborazione con la giustizia sono state equiparate a seguito di due pronunce della Corte costituzionale (sent. n. 68 del 1995 e sent. n. 357 del 1994), la collaborazione impossibile e la collaborazione oggettivamente irrilevante (art. 4, co. 1-bis, O. P., modificato dalla legge n. 38 del 2009).

l'ambiente criminale di appartenenza, che non svaniva con il sol fatto di essere detenuto<sup>20</sup>. Pertanto, affinché il condannato potesse accedere ai benefici penitenziari, doveva dimostrare di non aver nessun legame con le associazioni mafiose attraverso una collaborazione utile con la giustizia. Ciò non solo rappresentava un indicatore sintomatico della disgregazione dell'associazione mafiosa dall'interno<sup>21</sup>, ma indicava anche il successo del percorso di risocializzazione del condannato, soddisfacendo così i crismi individuati dall'art. 27, co. 3, Cost. In altri termini, l'accesso al trattamento penitenziario di tipo rieducativo dipendeva dalla sussistenza della collaborazione processuale con la giustizia.

Con tale norma, dunque, il legislatore privilegiava espressamente la funzione di prevenzione generale e prevenzione speciale negativa, svalutando e svilendo l'ideale rieducativo della sanzione penale. Ed infatti, per il legislatore penitenziario, soluzione principale per fronteggiare la criminalità organizzata era – giustappunto – quella di individuare un meccanismo premiale: il pentitismo.

Da qui, si sono susseguiti una serie di interventi correttivi da parte della Corte costituzionale, determinati soprattutto da atteggiamenti discontinui del legislatore.

In particolare, con una decisione ancipite del 1993, la n. 306<sup>22</sup>, la Consulta si è occupata specificatamente della legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* O. P.

La Corte, dopo aver riconosciuto le esigenze di sicurezza e di prevenzione generale che fondano la scelta del legislatore di privilegiare la collaborazione con la giustizia, ha precisato non essere indice di pericolosità sociale la mancata collaborazione in quanto tale atteggiamento può essere determinato da una «incolpevole impossibilità a prestarla, ovvero essere conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quale, ad esempio, l'esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare»<sup>23</sup>. L'assenza di collaborazione, dunque, non può essere indice sintomatico della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e – dunque – di mancato ravvedimento del condannato<sup>24</sup>. La condotta collaborativa può essere frutto, invece, di valutazioni utilitaristiche in vista

<sup>20</sup> Sul punto, cfr. Sentenza Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 13 giugno 2019, caso *Marcello Viola c. Italia*, par. n. 106.

<sup>21</sup> Cfr. Sentenza Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Marcello Viola c. Italia*.

<sup>22</sup> Cfr. Corte cost., 7 agosto 1993, n. 306, in *Giur. cost.*, 1993, II, 2466 ss.

<sup>23</sup> Cfr. punto 13 *cons. in dir.* Corte cost., 7 agosto 1993, n. 306.

<sup>24</sup> In quell'occasione, a fronte di queste premesse, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità del meccanismo di revoca automatica delle misure alternative alla detenzione, censurando l'art. 15, co. 2, d.l. n. 306/1992 nella parte in cui non prevedeva la necessità di un accertamento in concreto dell'esistenza di un collegamento attuale del singolo detenuto con la criminalità organizzata.

dei vantaggi che la legge penitenziaria vi riconnette e non di certo un elemento da cui ricondurre la risocializzazione del reo<sup>25</sup>.

Con le sentenze successive, la Corte smussava l'assolutezza della presunzione di pericolosità e gli automatismi normativi che ne derivavano<sup>26</sup>, senza però mettere in discussione il meccanismo preclusivo configurato dall'art. 4-*bis* O. P.<sup>27</sup>, almeno sino all'avvento della sentenza *Viola*.

Ed invero i presupposti costituzionali sui quali si era retta, fino ad allora, la disciplina dell'ergastolo ostativo venivano definitivamente travolti dalla sentenza *Viola* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>28</sup>, che apre una stagione di «rinnovata sensibilità»<sup>29</sup> per la Corte costituzionale.

Alla luce dei principi espressi nella pronuncia della Corte EDU, la Consulta ha effettuato una netta cesura con il passato, mutando radicalmente indirizzo. Espressione di tale rinnovato cambiamento sono le sentenze nn. 253 e 263 del 2019, con le quali la Corte costituzionale apre finalmente «una breccia nel regime ostativo penitenziario» (Pugiotto, 2020, 117).

Infatti, la Corte ha messo in discussione – per la prima volta – il carattere assoluto della presunzione di pericolosità<sup>30</sup> gravante sul condannato all'ergastolo che non collabora con la giustizia, per i reati di contesto mafioso. Più precisamente, il giudice delle leggi ha ritenuto essere irrazionale e arbitra-

<sup>25</sup> Rilievi espressi dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella sentenza *Viola c. Italia*.

<sup>26</sup> V. le sentt. n. 357/1994, 68 e 504/1995, 137/1999 (in materia di permessi premio e di semilibertà). In particolare, la Corte ha puntualizzato la necessità che la collaborazione come condizione di accesso alle misure rieducative sia oggettivamente esigibile (sentt. 357/1994 e 68/1995). Altre pronunce hanno dichiarato l'incostituzionalità delle preclusioni che impedivano l'accesso ai benefici a quei detenuti che avessero già usufruito o maturato i requisiti per usufruirne prima dell'entrata in vigore dell'art. 4-*bis* (sentt. n. 504/1995, 445/1997, 137/1999).

<sup>27</sup> Per la Corte costituzionale la disciplina del regime ostativo risponde a una precisa strategia criminologica, e, dunque, compete alle scelte politiche adottate in nome della difesa e della sicurezza sociale. Sul punto, v. Corte cost., sentt. n. 273 e 280/2001, 183/2003.

<sup>28</sup> Con la sentenza *Marcello Viola v. Italia* n. 2, del 13 giugno 2019, la Corte EDU lanciava un monito allo Stato italiano affinché mutasse la normativa in materia di ergastolo ostativo, condannando l'Italia per contrasto al principio di dignità umana. In particolare la Corte rammenta, al punto 136, che «la dignità umana, che si trova al centro stesso del sistema messo in atto dalla Convenzione, impedisce di privare una persona della sua libertà in maniera coercitiva senza operare nel contempo per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà».

<sup>29</sup> Espressione utilizzata nella Relazione del Presidente Lattanzi del 2019.

<sup>30</sup> «Non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima. Non è infatti irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria. Mentre una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena, non regge, invece, il confronto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. – agli specifici e limitati fini della fattispecie in questione – una disciplina che assegni carattere assoluto alla presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata»: punto 8 *cons. in dir.*, sent. nn. 253/2019. Una presa d'atto che implica il superamento dell'impostazione alla base della precedente sentenza n. 135 del 2003.

ria la rigidità della preclusione – contrastante con i parametri costituzionali evocati dagli artt. 3 e 27, co. 3, Cost. – che deriva dall'assolutezza della presunzione che lega la collaborazione, la cessazione dei legami con il sodalizio criminoso e la pericolosità sociale.

In questo rinnovato contesto giurisprudenziale massimo rilievo va dato alla recente ordinanza dell'11 maggio 2021, n. 97<sup>31</sup>, attraverso la quale la Corte ha accertato, ma non dichiarato contestualmente l'illegittimità dell'ergastolo ostativo, dando tempo al Parlamento di intervenire con una riforma organica. Tale pronuncia è stata seguita dall'ordinanza n. 122 del 2022, che ha prorogato il termine assegnato al legislatore alla data dell'8 novembre 2022.

Prima della scadenza di tale data il Governo apportava modifiche alla disciplina prevista dall'art. 4-*bis* ord. pen., ravvisando i presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, di cui all'art. 77 Cost., attraverso il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162.

#### 4. LA NUOVA TECNICA DECISORIA DELLA «DOPPIA PRONUNCIA» E GLI EFFETTI DELLA STESSA SULL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO

La necessità di garantire i diritti fondamentali della persona di fronte a situazioni di perdurante inerzia del legislatore ha spinto la Corte costituzionale ad arricchire il proprio armamentario, adottando una nuova tecnica decisoria che si innesta nel delicato rapporto tra sindacato di legittimità costituzionale ed esercizio della discrezionalità legislativa.

Ed invero, la Consulta, nel pronunciarsi in merito alla questione della legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* O. P., ha adottato una peculiare tecnica processuale sul modello di quella già utilizzata nel caso Cappato-Antoniani<sup>32</sup> e nella questione relativa al reato di diffamazione aggravata commessa a mezzo stampa<sup>33</sup>: la c.d. pronuncia monito<sup>34</sup> o doppia pronuncia<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> La Corte si pronunciava sulle questioni di legittimità sollevate dalla Corte di Cassazione, Prima Sezione penale (ordinanza del 3 giugno 2020, n. 18518, depositata il 18 giugno 2020), in relazione al regime applicabile ai condannati alla pena dell'ergastolo per reati di associazione mafiosa che abbiano scelto di non collaborare con la giustizia e che chiedano l'accesso alla libertà condizionale.

<sup>32</sup> Corte Cost. ordinanza n. 207 del 2018. In margine al caso citato si rinvia a RUOTOLO (2019, 644 ss.).

<sup>33</sup> Corte Cost. ordinanza n. 132 del 2020.

<sup>34</sup> In argomento DOLCINI (2021), GIUGNI (2021) e nella manualistica MARINUCCI-DOLCINI-GATTA (2021, 721).

<sup>35</sup> Solitamente l'attività monitoria si contraddistingue per lo schema della doppia pronuncia «costituite da un monito (precedente) e da una sentenza di accoglimento (successiva) che non costituiscono

Si tratta di una nuova tecnica decisoria, ove la Corte, con ordinanza, prospetta l'incostituzionalità di una norma<sup>36</sup>, invitando il legislatore (entro il termine di rinvio) ad intervenire concretamente sul dato positivo posto al suo esame.

Ad esempio, nel caso *de quo*, la Corte ha rinviato il giudizio, rimettendosi ad «esigenze di collaborazione istituzionale»<sup>37</sup>, fissando una nuova discussione dapprima all'udienza del 10 maggio 2022 e – dopo – all'udienza dell'8 novembre 2022, dando così al Parlamento il tempo per affrontare la materia. A tal proposito, la Corte ha ribadito che spetta in primo luogo al legislatore disciplinare la materia penitenziaria in virtù della riserva di legge, toccherà – poi – alla Corte stessa il compito di verificare *ex post* la conformità della legge ai principi costituzionali.

Tale tecnica decisoria viene utilizzata dalla Consulta per l'impatto sistemico che può generare una decisione di incostituzionalità in caso di vuoti normativi (Luciani, 1989, 110)<sup>38</sup>. È un'operazione, quindi, collegata alla necessità di evitare l'aggravarsi di lacune relative a diritti fondamentali, nel caso in cui vi sia un'inerzia del Parlamento al loro riconoscimento (Luciani, 1989, 112). Si giustifica – così – la modulazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento, quando si prospetta una soluzione costituzionalmente preferibile per evitare l'accentuarsi di un vuoto di tutela<sup>39</sup>.

Questo *modus operandi* pone, tuttavia, delle questioni in relazione alla legittimazione della Corte ad adottare questo tipo di decisioni, in quanto tale tecnica monitoria mette in luce la fluidità e la complessità del rapporto tra Corte e Parlamento (Ruggeri, 2000, 2), soprattutto in presenza di un *horror vacui*: dinanzi alla crisi della legge, la Consulta accentua il proprio ruolo di garanzia sul versante sostanzialistico dell'attuazione dei principi costituzionali.

L'interferenza del giudice delle leggi nella dimensione decisionale del Parlamento, attraverso l'utilizzo di queste ordinanze, determina il sovrapporsi della sfera del *gubernaculum* con quella della *iurisdictio* (Morrone, 2019, 251 ss.). Secondo un'altra visuale prospettica, però, assegnando un tempo costituzionalmente obbligato al legislatore, la Corte non compie un'azione autonoma, bensì il suo intervento è subordinato a quello del Parlamento. Ed infatti, affinché i moniti della Corte siano ponderati dal legislatore, e recepiti dallo stesso, è necessaria la sussistenza di un progetto di legge che modifichi la

---

nella prospettiva del *favor constitutionis* una reale restrizione della sfera discrezionale del Parlamento»: così SILVESTRI (1994, 162 ss.).

<sup>36</sup> I presidenti della Corte costituzionale parlano di ordinanze ad incostituzionalità prospettata, espressione inizialmente usata dal Presidente Lattanzi.

<sup>37</sup> Punto 11 *cons. in dir.* Corte cost., ordinanza n. 97 del 2021.

<sup>38</sup> Sul punto si vedano anche PINARDI (1989, 21 ss.) e RUOTOLO (2019, 648).

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 112.



disciplina impugnata: senza progetti di legge prodromici il procedimento legislativo non può attivarsi (Dickmann, 2021). Inoltre, al fine di avviarsi un procedimento legislativo, la questione evidenziata dalla Corte deve essere acquisita nella dimensione dialettica della maggioranza che anima il procedimento legislativo (Dickmann, 2021).

Nel caso Cappato la Corte costituzionale, con ordinanza n. 207 del 2018, invitava il legislatore a intervenire, entrando – però – nel merito delle modifiche normative ritenute necessarie<sup>40</sup>. A seguito del mancato intervento legislativo, la Consulta, con la sent. n. 242/2019, ha poi dichiarato l'illegittimità costituzionale 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 n. 219 del 2017 [norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento] – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi dianzi indicati –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente 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»<sup>41</sup>.

Il caso Cappato è paradigmatico nell'utilizzo dello strumento delle ordinanze ad incostituzionalità prospettata, in quanto ha portato alle estreme conseguenze il rapporto tra la funzione monitoria della Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore. Il giudice delle leggi, oltre ad assegnare al legislatore un termine entro il quale adottare la disciplina necessaria per eliminare il *vulnus* costituzionale, ha indicato delle prescrizioni dettagliate che il legislatore avrebbe dovuto eseguire in caso di intervento, comprimendo – di conse-

<sup>40</sup> La Corte, con ordinanza n. 207/2018, indicava al legislatore le condizioni che possono attenuare il divieto assoluto di cui all'art. 580 c.p., con specifico riguardo al caso di agevolazione del suicidio a favore di «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». «Si tratta di ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare». Per la Corte l'art. 580 c.p. impone al malato «in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive» (così il p. 9 *cons. in dir.*).

<sup>41</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 25 settembre 2019, n. 242.

guenza – la discrezionalità legislativa non solo nell'*an*, ma anche nel *quomo-do*, incrinando gli equilibri dell'assetto istituzionale (Spataro, 2022, 99 ss.).

Pertanto, nel caso Cappato è stata la Consulta a definire la regola da introdurre nell'ordinamento, senza appigliarsi al diritto positivo (Epidendio, 2019, 5)<sup>42</sup>, alterando l'assetto dei rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale, riservandosi quest'ultima di stabilire i confini entro i quali la volontà del legislatore debba esprimersi (Ruggeri, 2019).

Anche, con l'ordinanza n. 97 del 2021, in tema di ergastolo ostativo, è stata utilizzata dalla Corte la tecnica decisoria delle ordinanze ad incostituzionalità prospettata, che presenta – tuttavia – dei toni di particolare sobrietà (Morrone, 2021, 388 ss.), a dispetto di quelli utilizzati nell'ordinanza in materia di suicidio assistito<sup>43</sup>. Invero, l'ordinanza *de qua* non cita espressamente l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis* O. P., bensì parla di «tensione» tra quest'ultima norma e l'art. 27, co. 3, Cost., in quanto la delicatezza del tema dell'ergastolo ostativo ha indotto la Corte a ricercare dei toni di particolare equilibrio nei confronti con il Parlamento.

La disciplina posta dall'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, infatti, è stata così disegnata dal legislatore – con un'accezione general-preventiva – al fine di contrastare il fenomeno mafioso. A fronte di tali esigenze di politica criminale, vi è l'esigenza di assicurare che la materia venga riformata dal legislatore in maniera esclusiva, tenendo pur sempre conto del finalismo rieducativo cui deve tendere la sanzione penale.

Pertanto, la Consulta, con l'ordinanza n. 97/2021, pur dando un monito al legislatore, riconosce la centralità della norma censurata nella materia del diritto penitenziario, rendendo non praticabile un intervento meramente demolitorio, che metterebbe a rischio l'equilibrio della disciplina in esame e le esigenze di prevenzione generale e sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il fenomeno della criminalità mafiosa (Spataro, 2022, 108 ss.).

Per non incidere in maniera preponderante sulle scelte di politica criminale, dunque, la Corte, più che prospettare l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis* O. P., attiva un dialogo con il legislatore, al fine di suscitare la funzione riformatrice sulla base di valutazioni che sono sì rimesse alla politica, ma che devono tener conto anche delle tensioni con l'art. 27, co. 3, Cost.

L'obiettivo sembra essere quello di promuovere la leale collaborazione tra la stessa Corte ed il potere legislativo, attuando il proprio *self restraint* basato sul rispetto dei limiti delle attribuzioni e della riserva di legge.

<sup>42</sup> In argomento si veda anche CANESTRARI (2019).

<sup>43</sup> Corte Cost. ordinanza 16 novembre 2018, n. 207.

Tuttavia, il proposito della Corte di attivare un dialogo con il legislatore, per suscitare la funzione riformatrice, non sembra aver colto nel segno all'esito del nuovo decreto legge 31 ottobre 2022, n. 162.

## 5. LA DISCIPLINA INTRODotta DAL DECRETO LEGISLATIVO 31 OTTOBRE 2022, N. 162

A seguito dell'accurato appello che la Corte ha rivolto al legislatore, spinto dalla necessità di conformare il sistema penitenziario al principio della funzione rieducativa della pena, veniva formulata una proposta di legge su iniziativa parlamentare. Non essendosi, però, completato l'*iter* parlamentare nei termini dettati originariamente dall'ordinanza n. 97/2021 (10 maggio 2022), la Consulta – sempre nell'ottica di un rapporto dialettico tra poteri – ha concesso un ulteriore rinvio all'udienza dell'8 novembre 2022.

Prima dell'adozione del decreto legislativo n. 162/2022 da parte del Governo, era difficile predire gli sviluppi che avrebbero seguito all'adozione dell'ordinanza del 10 maggio 2022, n. 122 della Corte costituzionale. Infatti, non sembrava prospettabile una sentenza di illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* ord. pen., per l'assenza di perentorietà dei toni utilizzati dalla Corte, né l'ordinanza *de qua* prefigurava una sostituzione normativa nell'eventualità di inerzia legislativa.

Indubbiamente, lo scopo del giudice delle leggi era quello, da un lato, di conformare il sistema penitenziario al principio della rieducazione e, dall'altro, di applicare sanzioni severe per i fatti di più alto allarme sociale, garantendo la sicurezza della collettività (Pellisero, 2021, 1001 ss.). Ciò si desumeva proprio dell'estrema diversità dell'ordinanza n. 97 del 2021<sup>44</sup>, ove si invitava il legislatore a razionalizzare il complesso di interessi e di principi che caratterizzano gli ergastolani ostativi condannati per i reati di cui all'art. 416-*bis* c.p. (Spataro, 2022, 99 ss.).

Tuttavia, il d.l. n. 162 del 2022, introdotto dal Governo, ravvisando i presupposti della necessità e dell'urgenza, sembra disattendere i moniti che la Corte costituzionale rivolgeva al legislatore. Invero, la nuova regolamentazione dell'istituto dell'ergastolo ostativo (art. 4-*bis* ord. pen.) neutralizza le indicazioni fornite dal giudice delle leggi, pur trasformando formalmente la presunzione di pericolosità ostativa alla concessione dei benefici e delle misure alternative in favore dei detenuti non collaboranti da assoluta in relativa.

---

<sup>44</sup> ... rispetto a quella adottata in materia di suicidio assistito (ord. n. 207 del 208).

Più precisamente, le norme introdotte con il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, invece di accogliere le indicazioni fornite dalla Consulta, al fine di eliminare le tensioni tra l'art. 4-*bis* ord. pen. e la funzione rieducativa della pena, hanno il solo effetto di bloccare il sindacato di costituzionalità del giudice delle leggi sul regime dell'ostatività, rifiutando di offrire al condannato che non collabora con la giustizia, ma che ha reciso i legami con la criminalità organizzata, quella speranza di rieducazione e risocializzazione che la Corte costituzionale si auspicava.

Ed invero, la nuova disciplina dell'ergastolo ostativo per certi versi inasprisce il trattamento precedente. I detenuti non collaboranti, che abbiano commesso delitti riconducibili alla criminalità organizzata, per accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, devono dimostrare di: a) aver tenuto una regolare condotta carceraria, aver partecipato al percorso rieducativo e aver dichiarato la propria dissociazione dall'organizzazione criminale; b) aver adempiuto integralmente alle obbligazioni civili e alle riparazioni pecuniarie derivanti dal reato (in alternativa, dovranno dimostrare l'assoluta impossibilità di adempiervi); c) allegare «elementi specifici – diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza – che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo del ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi»<sup>45</sup>. In tale valutazione, il giudice terrà conto «delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile»<sup>46</sup>, nonché dell'eventuale «sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa»<sup>47</sup>. Il decreto legge, dunque, pone a carico dell'istante un gravoso onere di allegazione di elementi tali da escludere l'esistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o con il contesto nel quale il reato è stato commesso. Di conseguenza la siffatta formulazione dell'art. 4-*bis* ord. pen. determina un depotenziamento del percorso rieducativo del detenuto.

---

<sup>45</sup> Corte costituzionale, ordinanza 10 novembre 2022, n. 2022.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

Inoltre, il catalogo dei reati di «prima fascia» è rimasto immutato, anzi ampliato! L'art. 1, co. 1, lett. a) del d.l. n. 162 del 2022 prescrive che, rispetto ai delitti indicati dall'art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen., sono da ritenersi ostativi anche quelli che, seppur non ricompresi formalmente nel catalogo, lo diventano al momento della loro esecuzione, se i vari delitti sono commessi al fine di occultare o eseguire o conseguire o assicurare al condannato o ad altri il prodotto del profitto ovvero l'impunità dei reati presupposto. Vi è il rischio, quindi, che diventino ostativi anche i reati che di fatto non lo sono, a seguito di un accertamento effettuato dalla magistratura di sorveglianza, con il conseguenziale aumento dei condannati ostativi.

Ed ancora, con i nuovi commi 1-*bis* e 1-*bis*.1 dell'art. 4-*bis* ord. pen. il legislatore divide formalmente le due fasce di reato (reati contro la criminalità organizzata e reati contro la P. A., in materia di schiavitù, tratta di persone, prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale di gruppo, sequestro di persona a scopo di estorsione), prima ricomprese nell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen., per assoggettarle allo stesso trattamento probatorio rafforzato di cui all'art. 4-*bis*, co. 2, ord. pen. In particolare, le condizioni di cui al co. 1-*bis*.1 vengono rimodellate tenendo conto dell'assenza di una organizzazione criminale di cui il condannato faccia parte. Ed infatti, il co. 1-*bis*.1 fa riferimento ai collegamenti con «il contesto nel quale il reato è stato commesso»<sup>48</sup>. Peraltro, il d.l. prevede che si possa escludere l'attualità dei collegamenti, ma non anche il pericolo del loro ripristino.

Con riferimento, altresì, alla liberazione condizionale del condannato non collaborante, egli potrà accedere a tale beneficio solo dopo aver scontato almeno trent'anni e chiuderà definitivamente i conti con la giustizia dopo altri 10 anni in libertà vigilata (art. 2, lett.b), D. L. n. 162/2022). In tal caso, si crea un divario irragionevole (violativo dell'art. 3 Cost.) tra il condannato che non collabora con la giustizia, ma che ha comunque rescisso ogni collegamento con la criminalità organizzata e il condannato collaborante, il quale – a norma dell'art. 16-*nonies*, D. L. n. 8/1991 – può accedere alla liberazione condizionale dopo aver espiato dieci anni di pena?

Infine, il tema della collaborazione impossibile e della collaborazione oggettivamente irrilevante non rilevano nella nuova disciplina, mentre nella versione previgente dell'art. 4-*bis* ord. pen. erano equiparate all'utile collaborazione. Il giudice, di conseguenza, deve vagliare situazioni – per garantire l'accesso a benefici penitenziari – in cui la collaborazione risulterebbe impossibile o irrilevante, trattando il condannato in maniera peggiore rispetto al passato.

---

<sup>48</sup> Art. 4-*bis*, co.1-*bis*.1, ord. pen.

## 6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

A seguito dell'adozione del decreto legge n. 162/2022, la Corte costituzionale ha emesso l'ordinanza n. 227 del 10 novembre 2022, attraverso la quale ha restituito gli atti al giudice *a quo* (nella specie, la Corte di cassazione), atteso che le modifiche apportate con la nuova normativa «incidono così profondamente sull'ordito logico che sta alla base delle censure prospettate»<sup>49</sup>. La Corte, infatti, ha ritenuto che spettasse alla Cassazione verificare sia «l'influenza della normativa sopravvenuta sulla rilevanza delle questioni sollevate, sia procedere alla rivalutazione della loro non manifesta infondatezza, tenendo conto delle intervenute modifiche normative»<sup>50</sup>.

Adesso, quindi, spetterà al giudice rimettente valutare la portata applicativa dello *ius superveniens* – all'esito del procedimento di conversione del decreto legge – e decidere se applicarlo al caso concreto, oppure sollevare ulteriori questioni di legittimità costituzionale in relazione alla normativa sopravvenuta.

Ed invero, sono evidenti le criticità che la nuova disciplina dell'ergastolo ostativo presenta rispetto alla giurisprudenza costituzionale in materia e ciò presagisce il proliferare di questioni di legittimità costituzionale relativamente alla normativa riformata.

Si auspica, pertanto, un miglioramento del testo in sede di conversione, in linea con il finalismo rieducativo della pena.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.VV. (2021). L'ergastolo ostativo è incostituzionale ma...? A proposito dell'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale, Convegno del 15 settembre 2021. Sistema penale.
- BERNARDI, A., & CUPELLI, C. (2017). *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*. Napoli: Jovene.
- BERNARDI, S. (2020). L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2, co.3, d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121. *Sistema Penale*.
- BIN, R. (1992). *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- CANEPA, M., & MERLO, S. (2004). *Manuale di rito penitenziario*. Milano: Giuffrè.

<sup>49</sup> Corte costituzionale, ordinanza 10 novembre 2022, n. 227.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

- CANESTRARI, S. (2019). I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio. *Dir. pen. cont.*
- CORBETTA, S. (1997). La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale. *Riv. it. dir. proc. pen.*
- CORSO, P. (2002). *Manuale della esecuzione penitenziaria*. Bologna: Il Mulino.
- CRIVELLI, E. (2014). Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale. In D. Butturini, & M. Nicolini, *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- D'ANDREA, L. (2005). *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*. Milano: Giuffrè.
- DICKMANN, R. (2021). Considerazioni sui profili funzionali e «politici» delle ordinanze monitorie di rinvio della Corte costituzionale. *Federalismi.it*.
- DOLCINI, E. (1974). Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena. *Riv. it. dir. proc. pen.*
- (2021). L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti. *Sistema Penale*.
- EMANUELE, P. (2009). La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale. *Atti del Convegno del Gruppo di Pisa, Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale, Udine 7 novembre 2008*. Torino: Giappichelli.
- EPIDENDIO, T. (2019). La sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019: apocalypsis cum figuris. *Giudice donna n. 2-3/2019*.
- GALLO, E. (1994). L'evoluzione del pensiero della Corte Costituzionale in tema di funzione della pena. *Giur. cost.*
- GIUGNI, I. (2021). Legalità penale e sentenze monito. *Giornate di studi penalistici, Corso di formazione per dottorandi – VIII edizione, Garda, 13-15 settembre 2021*.
- GREVI, V. (1994). *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*. Padova: Cedam.
- GUAZZALOCA, B., & PAVARINI, M. (1995). L'esecuzione penitenziaria. In F. Bricola, & V. Zabrebelsky, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*. Torino: Giappichelli.
- LARIZZA, S. (2004). Il principio di legalità della pena. *Riv. it. dir. proc. pen.*
- LUCIANI, M. (1989). La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni 90. In A. Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (p. 110-112). Milano: Giuffrè.
- MANES, V. (2012). Ragionevolezza delle norme penali. In A. Vv., *Libro dell'anno del diritto 2012*. Roma: Treccani.
- MANTOVANI, F. (2007). *Diritto penale, Parte generale*, Cedam. Padova: Cedam.
- MARINUCCI, G., DOLCINI, E., & GATTA, G. (2022). *Manuale di diritto penale*. Milano: Giuffrè.
- MORRONE, A. (2019). Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale. *Quaderni Costituzionali*.
- (2021). Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo. *Consulta online, 2/2021*.

- PALIERO, C. (1981). Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi. *Riv. it. dir. proc. pen.*
- PELLISSERO, M. (8/2021). Il percorso sospeso: la posta in gioco «radicale» dell'ergastolo ostativo. *Dir. pen. proc.*
- PINARDI, R. (1993). *La corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*. Milano: Giuffrè.
- PUGIOTTO, A. (2014). Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi). In M. Ruoto-  
lo, *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU. Atti del seminario Aic di Roma, Casa circondariale di Rebibbia Nuovo Com-  
plesso, 28 maggio 2014*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- (2020). La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro  
dell'ostatività penitenziaria. *Quad. Cost.*
- PULITANÒ, D. (2011). *Diritto penale*. Torino: Giappichelli.
- RUGGERI, A. (2000). Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del «modello» e  
fluidità dell'esperienza. In A. Ruggeri, & G. Silvestri, *Corte e Parlamento. Pro-  
fili problematici e ricostruttivi*. Milano: Giuffrè.
- RUGGERI, A. (2018). Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a mar-  
gine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato). *Consulta Online*.
- (2019). Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la  
Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima  
lettura di Corte cost. n. 242 del 2019). *Giustizia Insieme*.
- RUOTOLO, M. (2019). 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*, 2/2019. *Rivista AIC*, 644 ss.
- (2021). Oltre le 'rime obbligate'? *Federalismi.it*.
- SILVESTRI, G. (1981). Le sentenze normative della Corte costituzionale, in *Giurispru-  
denza costituzionale. Giurisprudenza costituzionale*.
- (1994). Legge (controllo di costituzionalità). In *Digesto discipline pubblicisti-  
che, Vol. IX* (p. 162-164). Torino: Utet.
- SPATARO, O. (2022). *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato  
equilibrio tra il ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore  
negli itinerari giurisprudenziali più recenti*. Palermo: Palermo University Press.
- TESAURO, A. (2012). Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in  
concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di  
perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato. *Giur Cost.*



# **IL (DIFFICILE) DIALOGO TRA LE CORTI SULL'ORDINE PUBBLICO APPLICATO ALLA FILIAZIONE DA TECNICHE DI PROCREAZIONE VIETATE**

STEFANIA PIA PERRINO<sup>1</sup>

*Università degli Studi di Milano – Bicocca*

SOMMARIO: 1. *Premessa.*–2. *L'ordine pubblico internazionale e le torsioni interpretative.*–3. *L'oggetto del test di compatibilità con l'ordine pubblico.*–4. *La clausola di ordine pubblico applicata alla genitorialità d'intenzione nella recente giurisprudenza.*–5. *Conclusioni.*

## **1. PREMESSA**

L'ordine pubblico (Guarnieri, 1974; Pedrini, 2013) rappresenta l'insieme di principi identificativi di un ordinamento in un dato momento storico (Perlingieri, Zarra, 2019). Questo insieme muta a seconda del bilanciamento, svolto tra i valori individuati nel caso concreto: ciò rende l'ordine pubblico una clausola generale a struttura flessibile e storica, entro cui vivono i principi che compongono la coscienza sociale entro un determinato periodo, a presidio del «pluralismo dei valori, atteggiamenti, culture, presenti contemporaneamente in una organizzazione sociale» (Rodotà, 1987).

---

<sup>1</sup> Post Doc in Diritto Privato e PhD in Scienze Giuridiche. Il paper costituisce il risultato delle ricerche condotte nell'ambito del JUST PARENT, Legal protection for social parenthood (101046382) progetto finanziato dalla Commissione europea nell'ambito del Justice Programme (2021-2027).

Nel diritto privato, questo insieme di principi è idoneo a determinare la nullità degli atti di autonomia per la violazione di interessi generali, non esplicitamente tutelati da norme imperative (D'Addino Serravalle, 1983) ma riassunti in principi informatori della società (Lonardo, 1978). Diversamente, nella accezione internazionalprivatistica, i principi precludono la produzione di effetti giuridici di norme e provvedimenti stranieri, allorquando concretamente in contrasto nel momento applicativo. Identica è la nozione, diversa è la funzione. La clausola di ordine pubblico deve essere intesa, allora, come insieme dei principi e dei valori deducibili dall'intero ordinamento giuridico positivo (Scognamiglio, 1966), comprensivo della Costituzione, del diritto penale, del diritto privato, del nucleo di valori e principi che ispirano le norme di diritto internazionale, delle consuetudini internazionali o del diritto dei trattati, inclusi i principi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dei Patti internazionali (Angelini, 2007; Barba, 2018)<sup>2</sup>. Oltre al rispetto delle norme cogenti, l'accezione internazionalprivatistica della clausola presidia il c.d. *international comity* e offre continuità delle situazioni giuridiche, non solo nel paese di origine ma pure nel paese di destinazione.

L'inclusione dei citati principi è stata agevolata dalla giurisprudenza (Di Marzio, 2017; Feraci, 2018)<sup>3</sup>; tuttavia, non sono mancate torsioni interpretative proprio da parte di quest'ultima e si evidenziano, con particolare frequenza, nel riconoscimento degli effetti derivanti dalla filiazione costituita all'estero tramite forme di procreazione assistita vietate in Italia, ma consentite all'estero, quale è la gestazione per altri (di seguito, GPA).

## 2. L'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE E LE TORSIONI INTERPRETATIVE

Le citate forzature possono essere così esemplificate: l'applicazione del test di compatibilità con la clausola di ordine pubblico al presupposto e non agli effetti dell'istituto straniero; il fenomeno del c.d. *downgrading*; l'appiattimento dei principi e dei valori richiamati dalla clausola sul diritto cogente.

La clausola di ordine pubblico internazionale consente di riconoscere in Italia gli effetti di un istituto sconosciuto all'ordinamento domestico, ma

<sup>2</sup> Cass. civ., sez. I, 7 agosto 2020, n. 16804, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2020, 4, p. 1386; Cass. civ., SS. UU., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Riv. dir. intern.*, 2019, 4, p. 1225.

<sup>3</sup> Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Italggiure*, rv. 641311 – 01

noto e regolato dall'ordinamento straniero, ogniquale volta i citati effetti risultano compatibili con i principi e valori richiamati. Non si innesta un istituto, ma si consente la produzione degli effetti che dall'istituto derivano, in considerazione dell'atto o del provvedimento di cui si richiede il riconoscimento. Gli effetti transitano così in un ordinamento che non conosce l'istituto, ma che può disciplinare già effetti identici o simili oppure può vantare valori non ostativi a quegli effetti, privati del proprio presupposto. Ad esempio, per il riconoscimento di un atto o di una sentenza sullo *status filiationis* del figlio nato dalla surrogazione della maternità, il test di compatibilità dovrebbe riguardare la filiazione senza legami genetici, biologici e gestazionali tra figlio e genitore o genitori, mentre non dovrebbe avere per oggetto il presupposto (Iorio, 2022)<sup>4</sup> della gestazione per altri. Se così non fosse, risulterebbe priva di rilevanza la struttura flessibile ed elastica della clausola e la sua accezione internazionalprivatistica<sup>5</sup>. Tuttavia, l'applicazione giurisprudenziale della clausola a questi effetti determina la prima distorsione.

La seconda torsione interpretativa attiene alla tecnica del *downgrading* (Barel, 2017). Non riconosciuti gli effetti derivanti dall'istituto presupposto, per contrarietà con l'ordine pubblico internazionale, spesso si opera un semi-riconoscimento degli effetti prodotti dall'atto o dalla sentenza straniera: gli effetti vengono considerati dal giudice italiano solo in via parziale o dimidiata, attraverso l'applicazione di categorie giuridiche già note nell'ordinamento nazionale. Ciò è accaduto per gli effetti dei matrimoni egualitari tra persone dello stesso sesso all'estero (Lopez Pegna, 2017; Cardaci, 2017) ricondotti all'istituto domestico delle unioni civili, *ex art.* 1 l. 20 maggio 2016, n. 76, e, parimenti, per lo *status filiationis* tra minore e genitore sociale (Tripodina, 2017; Angelini, 2017; Long, 2017), derivante dalle citate forme di procreazione vietate in Italia, ricondotto allo schema delle adozioni in casi particolari, di cui all'art. 44, co. 1, lett. d), l. 183/1984. Più precisamente, lo *status* di genitorialità legale viene attribuito al genitore sociale all'estero, conformemente alle regole interne, ma in Italia questo *status* è considerato in contrasto con l'ordine pubblico; tuttavia, qualche tutela<sup>6</sup> deve essere attribuita e si opta per l'applicazione del paradigma previsto per l'adozione c.d. mite. Si opera così un riconoscimento dimidiato: l'adozione in casi particolari, infatti, non determina la genitorialità<sup>7</sup>; è revocabile, *ex artt.* 51-53 l. 184/1983; necessità del consenso del genitore biologico, *ex art.* 46, l. 184/1983; difetta dell'usufrutto legale dell'adottante sui beni

<sup>4</sup> Cass. Civ., SS. UU., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *ilFamiliarista*, 3 gennaio 2023.

<sup>5</sup> Per un approfondimento della prima torsione interpretativa, *infra* § 3.

<sup>6</sup> Cass. civ., 12193/2019, cit., p. 38.

<sup>7</sup> Corte cost., 10 marzo 2021, n. 33, § 5.8.

propri dell'adottato, *ex art.* 48, co. 3, l. 184/1983; resta fermo il rinvio all'art. 55 l. 184/1983, nella parte in cui prevede che l'adozione non attribuisce all'adottante alcun diritto di successione (Iorio, 2022). Solo recentemente e grazie all'intervento della Consulta<sup>8</sup>, sono state dichiarate illegittime le norme che precludevano l'acquisto di un legame giuridicamente rilevante con la famiglia dell'adottante.

Il *downgrading* determina l'applicazione di un modello diverso e deteriore (Caldironi, 2021) per la protezione del superiore interesse del minore, laddove imbrigliato in un procedimento troppo lento, sottoposto al consenso del genitore biologico, inidoneo a generare una filiazione giuridica (Iorio, 2022), ma soprattutto subordinato ad una iniziativa del genitore sociale, il quale potrebbe morire prima della proposizione della domanda o decidere di non presentare alcuna istanza, specie in casi di sopravvenuta crisi della coppia<sup>9</sup>. Diversamente, ciò non accade per gli effetti di altri istituti sconosciuti all'ordinamento italiano e incompatibili con la clausola generale di ordine pubblico, come, ad esempio, gli effetti derivanti da una pronuncia di condanna ai *punitive damages*: non si impiegano gli istituti che, secondo l'orientamento maggioritario (Scognamiglio, 2010; Sesta, 2018; Dellacasa, 2017; Pardolesi, 2011; Pisani Tedesco, 2022), appaiono dotati di una funzione extracompen-sativa, non si scomodano le penalità di mora (Trapuzzano, 2012; Chiarloni, 1980; Luiso, 2021), la retroversione degli utili (Lopez De Gonzalo, 2017), la responsabilità processuale aggravata (Mandrioli, Carratta, 2021; Conso-lo, 2019; Toppetti, 2014; Di Marzio, 2012).

La terza torsione interpretativa si evidenzia, poi, nella prassi di appiattimento interpretativo che riduce la clausola a diritto cogente (Angelini, 2007). Secondo le Sezioni Unite del 2019<sup>10</sup>, tale clausola include e si declina in vari referenti normativi. La delibazione trova ostacolo nel divieto surrogazione della maternità, ai sensi dell'art. 12, co. 6, l. 40/2004, che costituisce fatto tipico di reato, ma pure offensivo del bene giuridico tutelato, sempre e comunque. A sostegno dell'assolutezza e della inderogabilità del divieto di surrogazione si suole sottolineare la portata generale dell'inciso «in qualsiasi forma». Tuttavia, non si chiarisce nella parte motiva della pronuncia se sia l'istituto della surrogazione della maternità a violare l'ordine pubblico o siano gli effetti che derivano dalla surrogazione, ossia la filiazione, a contrastare con l'ordine pubblico, atteso che il riconoscimento di atti e provvedimenti inerisce all'ingresso in Italia degli effetti e non al trapianto dell'istituto giuridico straniero.

<sup>8</sup> Corte cost., 30 marzo 2022, n. 79.

<sup>9</sup> Corte cost., 33/2021, cit., § 5.8.

<sup>10</sup> Cass. civ., SS. UU., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Osservatorio AIC*, 2020, 2, p. 185-211.

Contribuisce a dare sostanza alla clausola di ordine pubblico pure la disciplina delle adozioni: la gestazione per altri rischia di rappresentare uno strumento elusivo dei requisiti soggettivi necessari per le adozioni e si pone in oggettivo conflitto con le regole poste a tutela dei minori. L'adozione rappresenta allora l'unico strumento idoneo per la realizzazione di progetti genitoriali privi di legami biologici con il nato<sup>11</sup> e, fuori dalle pratiche di fecondazione artificiali ammesse, cessa di operare la rilevanza del principio di autoresponsabilità fondato sul consenso informato ai trattamenti, mentre torna ad operare il *favor veritatis*. Ciononostante, il rapporto tra genitore sociale e nato da GPA merita una qualche protezione giuridica, attraverso l'applicazione dell'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. d), l. 184/1983.

L'impostazione esegetica della Cassazione ha attribuito pregnanza alle norme di diritto interno, nonostante la desuetudine dell'impianto normativo in materia di adozioni (Iorio, 2022) ed il riferimento ad un divieto contenuto nella legge 19 febbraio 2004, n. 40, colpita da un numero considerevole di dichiarazioni di illegittimità costituzionale<sup>12</sup> e mai riformata nel corso di 18 anni, pur a fronte degli auspici della dottrina, della Consulta e della Corte EDU (Guazzarotti, 2013)<sup>13</sup>.

### 3. L'OGGETTO DEL TEST DI COMPATIBILITÀ CON L'ORDINE PUBBLICO

Come osservato, nella applicazione della clausola si verifica talvolta una sovrapposizione tra presupposto ed effetti. Ciò si evidenzia attraverso il raffronto tra le diverse applicazioni della clausola agli effetti di matrimonio poligamico, ripudio, *kafalah*, danni punitivi, diseredazione o patti *mortis causa*.

Il matrimonio c.d. monoandrico poliginico simultaneo (Baruffi, 2017), validamente contratto nello stato di origine tra un uomo e più donne, è un istituto contrario all'ordine pubblico, per contrasto con gli artt. 29 Cost., 86 c.c. e 556 c.p. (Perlingieri, Zarra, 2019). Tuttavia, il test di compatibilità non serve a «omologare un'unione poligamica» (Raffiotta, 2012)<sup>14</sup>, ma deve essere condotto caso per caso e con riferimento agli effetti (Angelini, 2019). La distinzio-

<sup>11</sup> Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, in *Rass. Avv. Stato*, 2017, 1, 9 ss.

<sup>12</sup> Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, rv. 33414-33415, in *Italggiure*.

<sup>13</sup> Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, C-57813/00, S. H. e al. c. Austria.

<sup>14</sup> Corte d'Appello Torino, 18 aprile 2001, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 1492; Trib. Bologna, 12 marzo 2003, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004, p. 775; *contra* Cass, civ., 28 febbraio 2013, n. 4984, in *D&G*; TAR Emilia-Romagna, 19 dicembre 1994, n. 926, in *Stranieri*, 1995, p. 58.

ne tra presupposto ed effetti (Rizzuti, 2015) ha determinato, ad esempio, il riconoscimento del ricongiungimento familiare o il riconoscimento dello stato di figlio o la delibazione della condanna al risarcimento del danno da morte o del danno per illecito endofamiliare oppure il riconoscimento di pretese successorie di una delle mogli<sup>15</sup>. In tutti questi casi, si presuppone il matrimonio poligamico (Morozzo della Rocca, 2019; Corbetta, 2000; Baruffi, 2019; Bianchini, 2008), ma non è necessario l'innesto dell'istituto per la propagazione degli effetti né l'individuazione di un istituto analogo per provvedere ad una protezione giuridica: «la persona va tutelata in quanto tale e indipendentemente dal numero di formazioni sociali nelle quali sceglie di realizzare la propria personalità» (Perlingieri-Zarra, 2019).

Pure il ripudio (*talaq*) da parte del marito costituisce un presupposto che non supera il *filtro* (Angelini, 2019) dell'ordine pubblico internazionale (Virgadamo, 2017; Vanin, 2015), perché diretto allo scioglimento unilaterale del vincolo coniugale da parte del marito (D'Arienzo, 2004; Milani, 2021; Crea, 2016), titolare di un diritto potestativo, il cui esercizio può essere delegato a terzi (Marchei, 2021; Ruo, 2021), è talvolta revocabile e produce effetti anche quando la consorte non ne risulta a conoscenza (Scolart, 2000). Si afferma l'intrascrivibilità dell'atto di ripudio per la violazione del principio di uguaglianza, del diritto di difesa della moglie e delle regole che impongono l'accertamento in giudizio del venire meno della comunione di vita<sup>16</sup>. Tuttavia, «non è compito del giudice della delibazione (...) soppesare se, in disparte dal modo in cui sia avvenuta la formazione delle determinazioni che vi sono contenute, si prestino o meno a contestazioni di tipo meritale»; il suo compito consiste nel considerare gli effetti risolutivi collegati allo scioglimento del vincolo (Vanin, 2015) ed, eventualmente, «dare continuità alle situazioni giuridiche validamente prodottesi nell'ordinamento giuridico di provenienza, ma soprattutto per assicurare che la donna non subisca ulteriori pregiudizi dal mancato riconoscimento del ripudio» (Perlingieri, Zarra, 2019).

Simili considerazioni sono state, poi, utilizzate per la *kafalah*. Negli ordinamenti in cui la filiazione è solo legittima e in cui l'adozione è vietata, questo istituto consente di attribuire una protezione giuridica, ancorché revocabile, al minore nato da una relazione adulterina o fuori dal matrimonio o abbandonato<sup>17</sup>. Siffatto presupposto contrasta con la clausola generale, non è così per gli

<sup>15</sup> Cass. civ., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Giust. civ.*, 1999, p. 2695.

<sup>16</sup> Cass. civ., SS. UU., 28 maggio 2004, n. 10378, rv. 573282, in *Italgiure*.

<sup>17</sup> In questo senso, si veda Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2020, n. 25310, rv. 659575-01; Cass. civ., SS. UU., 19 settembre 2013, n. 21108, rv. 627475-01.

effetti che ne derivano e non occorre neppure che l'ordinamento italiano conosca istituti simili a quello in esame per dare corso al riconoscimento degli effetti che ne derivano<sup>18</sup>.

La Cassazione a Sezioni Unite, poi, ha recentemente affermato la compatibilità degli effetti, consistenti nella liquidazione del risarcimento, di una sentenza di condanna ai *punitive damages* con l'ordine pubblico internazionale. Il giudice nazionale non può emettere provvedimenti punitivi, oltre a quelli già espressamente tipizzati dal diritto interno; tuttavia, non si esclude la delibazione della sentenza straniera, viste le plurime funzioni da assegnare alla responsabilità civile, a patto che risulti accertata la violazione di un diritto fondamentale della persona e rispettati i principi di tipicità, prevedibilità e proporzionalità<sup>19</sup>. L'ordine pubblico viene inteso come un veicolo di promozione della ricerca di principi comuni agli Stati membri, in relazione ai diritti fondamentali, riferibile ai principi inviolabili a garanzia del diritto di agire e resistere in giudizio, mentre non investe le sole modalità con cui i diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie.

Similmente, in ambito successorio, per gli istituti di diseredazione (Barba, 2012) oppure per le vicende circolatorie *mortis causa* (Perlingieri, Zarrà, 2019), talvolta sconosciuti in Italia o addirittura vietati, non può essere adottata una soluzione a priori, ma è possibile il riconoscimento degli effetti verificando la posizione dei soggetti coinvolti, con particolare attenzione per la posizione del diseredato o del legittimario, alla stregua dei principi di ragionevolezza e proporzionalità<sup>20</sup>.

E allora si può affermare che in tali ambiti l'oggetto del test di compatibilità sono gli effetti, *case by case*. Non si opera una riduzione o traduzione entro il paradigma noto, non si offre spazio all'istituto straniero né si fa applicazione automatica dell'equivalente o simile istituto domestico, mentre si ammettono esclusivamente gli effetti compatibili. Diversamente, per gli atti e i provvedimenti sulla filiazione priva di legami genetici, biologici e gestazionali, derivante da surrogazione della maternità o da fecondazione eterologa in favore di coppia omoaffettiva, l'oggetto del test torna ad essere il presupposto.

Sulla compatibilità della filiazione da gestazione per altri, come è noto, si è pronunciata la Corte di Cassazione nel 2019<sup>21</sup>. Al riconoscimento degli effet-

<sup>18</sup> Cass. civ., SS. UU., 19 settembre 2013, n. 21108, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1, p. 86; Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2020, n. 25310, in *IlFamilarista*, 7 gennaio 2021.

<sup>19</sup> Cass. Civ., SS. UU., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Italgire*, rv. 64914-01; *contra* Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Persona e Danno*, 19 gennaio 2007.

<sup>20</sup> Sul punto, App. Bari, ord., 6 ottobre 2014, in *Corti salernitane*, 2016, p. 227 ss.

<sup>21</sup> Cass. civ., SS. UU., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Osservatorio AIC*, 2020, 2, p. 185-211.

ti è stato opposto il divieto di surrogazione della maternità, contenuto nell'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004, a presidio della dignità della gestante e della disciplina delle adozioni. La Cassazione non ha separato i piani di indagine, non ha sottoposto al vaglio di compatibilità lo *status filiationis* derivante da condotta lecita nell'ordinamento straniero e illecita nell'ordinamento italiano, ma si è limitata a verificare se l'istituto possa considerarsi compatibile con i valori ordinamentali. Nella individuazione dei valori da includere nella clausola, però, la Cassazione omette di considerare come la filiazione derivante da fatto di reato o da fatto illecito non sia di per sé contraria all'ordine pubblico.

Chiarite le aporie, sulla interpretazione della clausola e sul riconoscimento degli effetti della filiazione tra figlio e genitore intenzionale è possibile constatare una recente evoluzione, e, dunque, l'avvio di un dialogo tra la Corte di Giustizia, la Corte EDU e la Cassazione italiana.

#### 4. LA CLAUSOLA DI ORDINE PUBBLICO APPLICATA ALLA GENITORIALITÀ D'INTENZIONE NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA

La pronuncia del 2019 ha rappresentato lo stato dell'arte fino alle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>22</sup>, della Cassazione<sup>23</sup> e della Corte EDU.

La Grande Camera della CGUE si è pronunciata su un caso di rifiuto dell'ufficiale di stato civile bulgaro di rilasciare l'atto di nascita della minore, figlia di una madre biologica britannica e di una madre sociale bulgara, all'esito di una fecondazione eterologa, precludendo così il conseguimento del documento di identità e, conseguentemente, frustrando il diritto la circolazione della minore nel territorio dell'Unione Europea (Murgo, 2022). Il rifiuto del pubblico ufficiale del Comune di Sofia è stato determinato dal contrasto del riconoscimento con i limiti di ordine pubblico, nella accezione inclusiva che attribuisce rilevanza ai divieti e alle sanzioni interne, poste a presidio della identità nazionale bulgara.

Il caso sottoposto alla Corte di Giustizia non ha per oggetto una filiazione da surrogazione della maternità: non si menziona la tecnica riproduttiva impie-

---

<sup>22</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, 14 dicembre 2021, C-490/20. Si segnala l'adesione a questo orientamento da parte di Corte di Giustizia, sez. X, 4 giugno 2022, C-2/21, inedita.

<sup>23</sup> Cass. Civ., Sez. I, 22 gennaio 2022, n. 1842, ord.; Cass. Civ., SS. UU., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *ilFamilarista*, 3 gennaio 2023.



gata, si considera solo il contenuto dell'atto di nascita<sup>24</sup>. Ciononostante, è possibile concentrarsi sulla interpretazione restrittiva e promozionale della clausola generale di ordine pubblico, suggerita dalla Corte di Lussemburgo, senza assimilare la surrogazione ad altre forme di riproduzione artificiale, non dotate di medesimo disvalore sociale.

Afferma la CGUE, lo Stato è obbligato a rilasciare il documento di identità ai cittadini bulgari e così pure alla minore nata da madre bulgara, indipendentemente dalla emissione di un nuovo atto di nascita. In questo modo, la minore può esercitare i suoi diritti insieme ai suoi genitori, indipendentemente dal genere e dall'ordinamento sessuale di questi ultimi. Diversamente, una misura nazionale che voglia ostacolare la libera circolazione delle persone e, segnatamente dei minori, in ragione dell'orientamento sessuale e del genere dei genitori, può essere giustificata solo dalla esigenza di tutelare altri diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti. Così non è nel caso deciso: l'ostacolo interposto dallo Stato non è funzionale alla tutela di diritti fondamentali della CDFUE.

L'accezione di ordine pubblico impiegata dallo Stato bulgaro, impeditiva del rilascio del documento, determina allora un sacrificio ingiustificato dei diritti della minore e, segnatamente, del rispetto alla vita privata, *ex art. 8 CEDU*, del diritto alla protezione e alle cure necessarie per il minore, del diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, della libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri, *ex artt. 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Sarebbe contrario ai diritti fondamentali della CDFUE privare il minore del rapporto con uno dei suoi genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o rendergli *de facto* impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto solo perché i suoi genitori sono dello stesso sesso.

Così il diritto alla circolazione delle persone diviene pure diritto alla circolazione e alla continuità degli *status* di cui le persone sono titolari, quale che sia il luogo entro cui lo *status* è attribuito, e tale diritto entra a far parte di quei principi che vanno a significare pure la clausola generale più volte citata. Garantire la circolazione ed il soggiorno nell'ambito dell'Unione significa, allora, garantire pure il godimento dei diritti e delle relazioni che derivano dagli *status* originariamente acquisiti dalla formazione sociale, indipendentemente dai limiti di ordine pubblico presenti negli stati in cui la formazione sociale circola e soggiorna. Dichiara poi la Corte di Giustizia, la minore deve essere

---

<sup>24</sup> Corte di Giustizia, C-490/20, cit., § 122; Cass. civ., n. 19599/2016.

considerata «discendente» diretto della cittadina bulgara, pure in difetto di un legame genetico o biologico; parimenti, la madre sociale va considerata «familiare» della minore, a prescindere dalla disciplina sulla filiazione prevista nell'ordinamento domestico. Sul punto, però, la CGUE specifica: tale affermazione assume rilievo «ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti dall'art. 21, paragrafo 1, TFUE e dagli atti di diritto derivato connessi».

Sull'ordine pubblico la Corte di Giustizia predilige una impostazione restrittiva<sup>25</sup>, promozionale, di tutela dell'*international comity*. Secondo la Corte, la clausola, da sempre intesa come strumento paternalistico di controllo statale per il respingimento di elementi estranei e incompatibili, non può essere interpretata in via unilaterale dallo Stato; il filtro di ordine pubblico non può trovare applicazione senza alcun controllo da parte delle Istituzioni dell'Unione. Se da un lato l'impostazione interpretativa può sorprendere, per la incidenza marcata su profili identitari nazionali, dall'altro non può destare sgomento, in quanto nella clausola generale si richiamano i principi del diritto nazionale e non.

Si aggiunge, poi, che la clausola di ordine pubblico deve operare entro un perimetro limitato, ossia quando si presentano genuine e gravi aggressioni per i diritti fondamentali degli individui: «*The concept of public policy as justification for a derogation from a fundamental freedom must be interpreted strictly, with the result that its scope cannot be determined unilaterally by each Member State without any control by the EU institutions. It follows that public policy may be relied on only if there is a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society*»<sup>26</sup>.

Si badi, non si tratta di un *novum*. La Corte di Giustizia aveva già adottato una simile impostazione esegetica. Tuttavia, mentre in passato tale orientamento sulla clausola di ordine pubblico non ha trovato riscontro nella giurisprudenza italiana, all'opposto le coordinate ermeneutiche della Corte di Giustizia sono state colte da una recente ordinanza della Prima Sezione civile<sup>27</sup>, che ha rimesso la questione della compatibilità della filiazione da surrogazione con l'ordine pubblico alle Sezioni Unite. L'ordinanza richiama espressamente la pronuncia della Corte di Giustizia, ancorché non relativa ad una GPA.

La Cassazione sottolinea che la Corte costituzionale<sup>28</sup> ha privato di fondamento i presupposti su cui si fondava la decisione delle Sezioni Unite

<sup>25</sup> Si tratta di una opzione interpretativa che ha già trovato adesione nel precedente Corte EDU, III sez., 18 maggio 2021, Valdis Fjölfnisdóttir e al. c. Islanda, C-71552/17.

<sup>26</sup> Corte di Giustizia, 5 giugno 2018, C-673/16, Relu Adrian Coman c. Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne, § 44.

<sup>27</sup> Cass. Civ., Sez. I, 22 gennaio 2022, n. 1842, ord. interlocutoria.

<sup>28</sup> Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e 33, in *Famiglia*, 3, p. 421 ss.

del 2019. Inoltre, si pone una particolare attenzione alla continuità degli *status*, considerato il diritto alla circolazione dei cittadini tra paesi dell'Unione: tale circolazione non riguarda solo lo spostamento delle persone ma pure la conservazione degli *status* acquisiti dalle formazioni sociali. Ricostruiti in questi termini i precedenti, la Prima Sezione riscontra un vuoto normativo, conferma l'inidoneità dell'art. 44, co. 1, lett. d), l. 184/1983 per la tutela del minore e evidenzia l'opportunità di una nuova pronuncia delle Sezioni Unite, compatibile con il diritto costituzionale e comunitario, con le affermazioni contenute nella recente pronuncia della Corte di Giustizia e tenuto conto della carenza di disegni di legge in discussione in Parlamento sulla filiazione da G. P. A.

La Prima sezione invoca una «chiamata delle Corti, e *in primis* delle Sezioni Unite, alla ricerca di una interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei beni costituzionali in gioco»<sup>29</sup>. A parere della corte, l'art. 64 l. 218/1995 non determina l'ingresso dell'istituto sconosciuto al diritto domestico, bensì l'ingresso dei soli effetti che ne derivano e dunque dei diritti che quell'istituto riconosce ai soggetti coinvolti. Per il riconoscimento di provvedimento straniero, occorre andare oltre il dato del generale divieto di surrogazione della maternità, per individuare i confini applicativi di questa fattispecie di reato, i suoi elementi costitutivi, i suoi beni giuridici tutelati.

Particolare attenzione, pur senza espressa menzione, è dedicata così al principio di c.d. offensività (Mantovani, 2020; Tigano, 2021) in astratto e in concreto. La verifica di compatibilità degli effetti dell'istituto straniero con il complesso di principi di ordine pubblico va condotta in concreto, considerando con quali modalità risulti essere avvenuta la surrogazione svolta all'estero e se tali modalità risultino idonee a ledere la dignità della gestante, così come a minare i rapporti umani. Non pregiudicherebbe la dignità umana la G. P. A. realizzata in uno Stato in cui la procedura è medicalizzata, procedimentalizzata dalla legge, regolata a tutela della gestante e del minore. Si dubita, poi, della offensività e, conseguentemente, della incompatibilità con l'ordine pubblico allorquando specifiche norme prevedano la possibilità in capo alla gestante di revocare il consenso in ogni tempo, con una previsione formale e calcolabile, fino al momento della nascita. Ancora, si ritiene non incompatibile la gestazione per altri realizzata in uno Stato in cui la genitorialità è attribuita secondo regole prevedibili e certe, con una serie di rigidi divieti di sfruttamento o di coercizione o anche solo di remunerazione in favore della gestante. In tali casi, sarebbe addirittura sproporzionato un automatismo sanzionatorio che, peraltro, non è previsto neppure per la filiazione derivante da altri delitti, tra cui figura l'incesto.

---

<sup>29</sup> Cass. Civ., n. 1842/2022, cit., p. 17.

Dunque, l'approccio così descritto valorizza un principio proprio del diritto penale, come già accaduto nell'arresto a Sezioni Unite sulla delibazione delle condanne ai danni punitivi<sup>30</sup>, ricorrendo ai principi di certezza, prevedibilità, proporzionalità. Per tali ragioni, non si può ritenere sempre e comunque prevalente la dignità della gestante, così come non si può ritenere automaticamente prevalente il superiore interesse del minore (Lamarque-Laneve, 2019). Si dubita, allora, della incompatibilità a priori tra effetti e il limite di ordine pubblico, *ex art. 12, co. 6, l. 40/2004*.

L'«interferenza lesiva», produttiva di contrasto con la clausola di ordine pubblico, sussiste solo in alcuni casi espressamente elencati: nei casi in cui si eseguono pratiche elusive e illegali intese a vanificare le norme che garantiscono il minore nei procedimenti di adozione internazionale, riducendo il nato a forma di mercificazione<sup>31</sup>; quando l'adozione celi un accordo di maternità surrogata; quando la filiazione da surrogazione sia stata ottenuta fraudolentemente da parte di persone che non vantano i requisiti soggettivi richiesti dalla disciplina sulle adozioni; nei casi in cui la GPA è condotta da una donna terza ai committenti e le cellule riproduttive impiegate per la fecondazione appartengono solo a donatori. In tal caso mancherebbero tutti i legami biologici, genetici e gestazionali tra i committenti e il nato<sup>32</sup>, mentre, in conformità con i precedenti della Corte EDU, occorre almeno un apporto genetico della coppia.

L'ordinanza ha il pregio di superare l'appiattimento sul diritto cogente e adotta correttamente un metodo casistico di applicazione dell'ordine pubblico. Tuttavia, da alcuni recenti studi (Fenton-Glynn, 2022) emerge che in ben pochi casi si può individuare una procedura di GPA proceduralizzata e posta a tutela della autodeterminazione della gestante e, in specie, solo nelle gestazioni per altri britanniche, meno frequenti di quelle statunitensi, canadesi, greche, ucraine, russe. In secondo luogo, la Cassazione, come affermato dalla Corte di Strasburgo nei casi *Valdis*<sup>33</sup>, *Menesson e Labbasse*<sup>34</sup>, nonché *Paradiso e Campanelli*<sup>35</sup>, considera non suscettibili di riconoscimento gli effetti della filiazione da GPA in favore di genitori intenzionali entrambi privi di legami

<sup>30</sup> Cass. civ., n. 16601/2017, cit.

<sup>31</sup> Cass. civ., Sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, 12, p. 3408; Corte EDU, Grande camera, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, C-25368/12; Cass. civ., SS. UU., 31 marzo 2001, n. 9006, in *Foro italiano*, 2021, 6, I, 2054.

<sup>32</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 18 maggio 2021, *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland*, in *European Journal of Health Law*.

<sup>33</sup> Corte EDU, III sez., 18 maggio 2021, *Valdís Fjölnisdóttir e al. c. Islanda*, C-71552/17.

<sup>34</sup> Corte EDU, V sez., 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, C-65941/11; Corte Edu, V sez., 24 giugno 2014, *Labbasse c. Francia*, C-65941/11.

<sup>35</sup> Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, C-5358/12.

biologici, mentre si considerano compatibili con l'ordine pubblico i casi di surrogazione della maternità in cui ci sia un legame biologico tra committenti e nato, in ragione dell'uso delle proprie cellule riproduttive. Orbene, non si comprende come tale approdo interpretativo possa essere considerato compatibile con il divieto nazionale di surrogazione della maternità «in qualunque forma» (Gorgoni, 2018; Stefanelli, 2021).

L'impostazione interpretativa fondata sul metodo casistico e proposta dall'ordinanza appena illustrata non è stata accolta dalle Sezioni Unite. Secondo il Supremo consesso, la surrogazione della maternità si fonda su un accordo tra committenti e gestante per la rinuncia preventiva del reclamo dei diritti sul minore. Tale accordo, vietato e sanzionato, risulta gravemente lesivo della dignità in senso oggettivo (Bin, 2021; Barcellona, 2019) della persona, quale che sia la controprestazione pattuita. Eppure, le istanze di genitorialità risultano difficilmente comprimibili, atteso che il divieto e pure la sanzione penale non arginano il progetto familiare, attuabile in altri paesi che consentono e regolamentano la pratica, così abilitando la costituzione dello *status filiationis* secondo la *lex loci*.

Ciononostante, la legge italiana non si occupa della filiazione in contrasto con la legge né della filiazione costituita legittimamente all'estero. E allora si pone un problema di certezza: «nella gestazione per altri non ci sono soltanto i desideri di genitorialità, le aspirazioni e i progetti della coppia committente. Ci sono persone concrete. Ci sono donne usate come strumento per funzioni riproduttive, con i loro diritti inalienabili annullati o sospesi dentro procedure contrattuali. Ci sono bambini esposti a una pratica che determina incertezze sul loro *status* e, quindi, sulla loro identità nella società». Emerge sì l'esigenza di tutela delle istanze general-preventive, ma si pone pure un problema di tutela della continuità degli affetti del minore, del principio di uguaglianza e di non discriminazione, atteso che la persona nata non è mai un disvalore e la sua dignità non può essere strumentalizzata, neppure dal legislatore, per dissuadere e punire.

Peraltro, il monito rivolto dalla Corte costituzionale al legislatore è rimasto inascoltato: non è stata adeguata la disciplina in materia di adozione in casi particolari e solo parte delle criticità della legge sono state rimosse. Resta impregiudicata la discrezionalità del procedimento, persiste il tema delle lungaggini del procedimento e continua ad essere impraticabile questo percorso nei casi più delicati, ossia quando manca il consenso del genitore biologico, nonostante la lettura restrittiva della previsione da parte della giurisprudenza, che propone l'applicazione del modello del dissenso al disconoscimento.

Ciononostante, queste evenienze non conducono ad ammettere oppure a giustificare l'automatismo della trascrizione dell'atto straniero. L'automatico riconoscimento della genitorialità intenzionale non realizza la pienezza di tutela del minore, che richiede invece «una particolare conformazione, con i caratteri della effettività e della stabilità, impressa dalla concomitante e acclarata situazione di fatto». Dunque, seguendo pure le recenti coordinate ermeneutiche della Corte EDU<sup>36</sup>, lo strumento più idoneo per la tutela del minore è quello della adozione in casi particolari e con essa si consente una valutazione in concreto e giurisdizionale del superiore interesse del minore.

La Cassazione fa riferimento pure alla recente condanna nel caso D. B. contro Svizzera<sup>37</sup>. La Corte EDU ha accertato la violazione del diritto al rispetto della vita privata *ex art. 8 CEDU*, ai danni di un cittadino minore, per avere impedito il riconoscimento del rapporto giuridico di filiazione tra genitore d'intenzione e figlio nato da maternità surrogata, eseguita all'estero ma vietata in Svizzera. Lo Stato è stato chiamato a rispondere per l'ingerenza sproporzionata determinata dalla mancata previsione di strumenti alternativi di riconoscimento, cessata dopo quasi otto anni dalla nascita, allorquando è stata autorizzata l'adozione anche alle unioni registrate. L'art. 8 CEDU, come interpretato nei precedenti *Mennesson e Labbasse c. Francia* e, specialmente, nel parere consultivo reso il 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, non impone la trascrizione dell'atto straniero né il riconoscimento degli effetti della pronuncia statunitense, ma obbliga gli stati, che esercitano il proprio margine di discrezionalità, a rispettare la vita privata dell'individuo e, per questo, a garantire in via effettiva e celere una protezione giuridica al rapporto giuridico legittimamente acquisito all'estero, anche con l'applicazione di strumenti alternativi, tra cui si annovera l'adozione.

Le conclusioni in ordine alla intrascrivibilità e alla necessaria applicazione delle adozioni in casi particolari sono state raggiunte, poi, all'esito delle riflessioni svolte sulla clausola di ordine pubblico. La Suprema Corte afferma che la verifica di compatibilità riguarda gli effetti e non il presupposto e non può essere data una interpretazione estensiva alla clausola, altrimenti sarebbe sufficiente la diversità tra gli ordinamenti per non dare luogo alla delibazione. Diversamente, l'ordine pubblico si declina nei principi fondamentali, nei valori della nostra Costituzione, comprende le regole danno concreta attuazione ai principi costituzionali o esprimono un principio generale di sistema, si estende

<sup>36</sup> Corte EDU, sez. V, 16 luglio 2020, ric. n. 11288/18, D. c. Francia, in *HUDOC*.

<sup>37</sup> Corte EDU, sez. III, 22 novembre 2022, C-58817/15-58252/15 – D. B. e altri c. Svizzera, in *Giur. it.*, 2023, 1.

ai valori condivisi dalla comunità internazionale e, in particolare, alla tutela dei diritti umani risultanti dal diritto dell'Unione europea, dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla CEDU.

Nelle vicende sulla filiazione costituita all'estero da forme di procreazione vietata in Italia, i principi che compongono la clausola sono l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori, il principio del preminente interesse del minore, il principio di non discriminazione, il principio solidaristico che fonda la genitorialità sociale. Eppure, tre motivi ostacolano il riconoscimento automatico e, dunque, impediscono il superamento del filtro dell'ordine pubblico. Anzitutto, la trascrivibilità dell'atto o della pronuncia stranieri, recanti lo *status filiationis* legittimamente costituito all'estero, non disincentiva la GPA vietata in Italia. In secondo luogo, il consenso informato ai trattamenti rappresenta l'elemento costitutivo della filiazione priva di legami genetici esclusivamente per la filiazione da fecondazione eterologa, non anche per la surrogazione. Infine, occorre una valutazione del caso concreto per tutelare il superiore interesse del minore e questa può essere eseguita dal giudice adito nel procedimento di adozione in casi particolari.

## 5. CONCLUSIONI

Il dialogo tra le corti sulla clausola di ordine pubblico applicata alla filiazione determinata da GPA si è rivelato impervio e ha richiesto diversi stadi di confronto. Sul punto, in Italia, sono nuovamente intervenute le Sezioni Unite e risulta possibile svolgere diverse considerazioni critiche a margine della pronuncia.

Le Sezioni Unite non hanno accolto il metodo casistico dell'ordinanza di rimessione, per proporre un altro. Anche questo metodo richiede la valutazione caso per caso e in concreto, ma sorprendentemente non coinvolge la clausola di ordine pubblico. In via eccentrica, poi, esso non è devoluto all'ufficiale dello stato civile, non è devoluto al giudice della delibazione, ma è attribuito all'autorità giudiziaria adita per l'adozione del minore. Inoltre, è necessario attivare un'apposita procedura di adozione, su richiesta degli interessati, ancorché la filiazione sia stata legittimamente costituita all'estero.

L'indirizzo *bypassa* la funzione stessa della clausola di ordine pubblico e pone ulteriori problemi, rilevati e non risolti dalla stessa Cassazione. Sempre con riferimento alla clausola, pure affermando l'applicazione dell'ordine pubblico agli effetti e non al presupposto, si tradisce la premessa perché non si opera alcuna concreta distinzione tra filiazione e GPA. La dignità umana, qui intesa in senso oggettivo, continua a prevalere sul principio di non discrimina-

zione, di uguaglianza, di autodeterminazione: la dignità è tutelata come valore in sé, a prescindere dalle scelte dell'individuo e anche in contrasto con la sua libertà di autodeterminazione (Bin, 2019)<sup>38</sup>. Si adotta un concetto che, come osservato da autorevole dottrina, si colloca «non molto lontano da quei concetti di moralità pubblica e di buon costume, di standard etici imposti all'individuo» e si rovescia il concetto, in quanto «non spetta all'individuo nella sua autonomia, determinare che cosa gli convenga fare per vivere dignitosamente, ma è la morale comune che gli impone di non far uso delle qualità del suo corpo se così offende il buon costume» (Bin, 2019).

Inoltre, si richiamano – per escluderne l'applicazione – le norme che si occupano della filiazione e della autodeterminazione dei pazienti nella PMA. Secondo la Cassazione, gli art. 8 e 9 l.n. 40/2004, in cui si stabilisce che la genitorialità e la filiazione sociale, rilevano solo per i casi di fecondazione eterologa. Così il consenso rappresenta elemento costitutivo solo quando la gestazione è condotta da uno dei due pazienti, mentre non può produrre effetti per la GPA. Eppure, le disposizioni risultavano incluse in un impianto normativo che non considerava la fecondazione eterologa tra i trattamenti ammessi, anzi la vietava e la sanzionava: solo con la dichiarazione di illegittimità del 2014<sup>39</sup> la Consulta ha ammesso le filiazioni da eterologa. Dunque, non si comprende come le norme possano rilevare esclusivamente per una pratica che è stata ammessa dieci anni dopo l'entrata in vigore della legge. Inoltre, solo l'art. 9, co. 3°, l.n. 40/2004 si riferisce alla eterologa e, peraltro, rileva pure la collocazione topografica delle disposizioni: si tratta di norme inserite nella parte generale della l.n. 40/2004 (Bianca, 1989; Salanitro, 2007).

Ancora, la recentissima sentenza sembra accordare particolare rilievo alla giurisprudenza CEDU, secondo cui l'adozione costituisce lo strumento di attuazione del *best interest of the child*. Tuttavia, l'adozione richiamata dalla Corte EDU non è l'adozione in casi particolari: struttura e natura risultano ben diverse da quelle che caratterizzano l'adozione legittimante. Sempre su tale aspetto, non si considera la recente condanna della Corte EDU nel caso K. K. contro Danimarca<sup>40</sup>, proprio sulla filiazione da G. P. A. commerciale vietata sul territorio nazionale, nonché le opinioni del caso D. B. contro Svizzera. Tali sentenze di condanna si fondano prevalentemente sul citato parere consultivo del 2019, reso secondo il Protocollo 16<sup>41</sup>, sull'art. 8 CEDU. L'*avis consultatif*, tuttavia, è facoltativo per le giurisdizioni nazionali dei paesi firmatari del Pro-

<sup>38</sup> In questo senso già Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141, in *Giur. pen.*, 2019, 10.

<sup>39</sup> Corte cost., n. 162/2014, cit.

<sup>40</sup> Corte EDU, sez. II, 6 dicembre 2022, C-25212/21, K. K. e al. c. Danimarca.

<sup>41</sup> Protocollo n. 16 alla CEDU, in [https://www.echr.coe.int/documents/protocol\\_16\\_ita.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/protocol_16_ita.pdf)



to collo; se ne fa applicazione a soggetti diversi dalle parti della causa in cui è stato richiesto, benché esso sia reso senza effetti diretti per i terzi; soprattutto il parere viene applicato a vicende occorse in epoca antecedente, in deroga al principio di irretroattività, e risulta applicato in vicende che coinvolgono stati non firmatari del Protocollo 16 (Lamarque, 2015).

Dunque, il (difficile) dialogo prosegue, ma le Alte corti non sembrano condividere il medesimo messaggio sull'ordine pubblico e sul rimedio dell'adozione del minore nato da GPA. Eppure, tale situazione potrebbe presto essere superata dalla Commissione europea. Infatti, è stata recentemente presentata una proposta di regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione, *ex art.* 81 § 3 TFUE. L'obiettivo è l'armonizzazione delle regole di diritto internazionale privato sulla filiazione, a prescindere dalle modalità di concepimento e alle condizioni sussistenti alla nascita. Le finalità del regolamento sono, tra le altre, la certezza del diritto e la riduzione delle conseguenze negative in capo ai minori in situazioni transfrontaliere. Le funzioni del regolamento, dunque, sono le medesime che animano l'apparato motivazionale della recente pronuncia delle Sezioni Unite civili.

Si prevede l'applicazione della *lex loci* e il ricorso ad un certificato unico europeo, teso ad attestare la filiazione pure in difetto di legami genetici o gestazionali tra genitori e figli. Per questa via, si supererebbero definitivamente le menzionate torsioni interpretative, operate dalla giurisprudenza.

## BIBLIOGRAFIA

- ANGELINI, F. (2007). *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, p. 110;
- (2020). *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S. U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità*, in *Osservatorio AIC*, 2, p. 185-211;
- (2017). *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in Niccolai, S.; Olivito E. (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, p. 31 ss.
- ANRÒ, I. (2019). Il protocollo n° 16 alla Cedu in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra corti?. *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, p. 189.

- BARBA, V. (2012). La disposizione testamentaria di diseredazione. *Famiglia, persone, successioni*, 11, p. 763-787;
- BARCELLONA, G. (2019). *La dignità del nano: storia di un quid*, in Bergonzini, C., Cossiri, A., Di Cosimo, G., Guazzarotti, A., Mainardis, C. (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 600 ss.;
- (2006) *Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino: Giappichelli;
- (2006). *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino: Giappichelli;
- BAREL, B. (2017). Le unioni civili e le convivenze di fatto, in A. Cagnazzo; F. Preite (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Milano, p. 120 ss.
- BENANTI, C. (7 febbraio 2022), Lo Stato membro che non riconosce la doppia genitorialità dello stesso sesso, è comunque obbligato a rilasciare al minore, suo cittadino, il documento d'identità. *Famiglia*, <https://www.rivistafamiglia.it/2022/02/07/lo-stato-membro-che-non-riconosce-la-doppia-genitorialita-dello-stesso-sesso-e-comunque-obbligato-a-rilasciare-al-minore-suo-cittadino-il-documento-didentita/>;
- BERGONZINI, C., COSSIRI, A., DI COSIMO, G., GUAZZAROTTI, A., MAINARDIS C. (2019), *Scritti per Roberto Bin*, Torino: Giappichelli;
- BIANCA, C. M. (1989). *Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano*, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova: Cedam, p. 152-168;
- BIN, R. (2018). *Della forma dell'acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1;
- (2019). *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *Biolaw Journal*, 2, p. 1-5;
- (26 novembre 2019). *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Quad. cost.*;
- *Quanto è laica la giurisprudenza della Corte costituzionale sulle questioni eticamente sensibili?*, Relazione al Convegno «30 anni di Laicità dello Stato. Fu vera gloria?», Firenze, 27-28 settembre 2019;
- (2021). *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, in *Biolaw Journal*, 3, p. 145-150;
- CARBONE V. (2014). *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, in *Famiglia e diritto*, 753;
- CHIARLONI, S. (1980) *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano; Luiso, F. P. (2021). *Diritto processuale civile*, III ed., Milano, p. 240;
- D'ADDINO SERRAVALLE, P.(1983). *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, p. 87;
- D'ARIENZO M. (2004). *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. Fam. Pers.*, p. 203.

- D'AVACK, L. (2014). *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1005 ss.;
- DELLACASA, M. (2017). *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e impr.*, 4;
- DI MARZIO, F. (2017). *Figlio di due madri?*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, p. 298 ss.;
- FENTON-GLYNN, C. (2022). *International Surrogacy Arrangements: A survey*, in *Cambridge Family Law*;
- FERACI, O. (2017). *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello «status» di figlio «nato da due madri» all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Rivista di diritto internazionale*, p. 171 ss.
- FERMANI, A.; MUZI, M. (2019). *La «vulnerabilità unica» in adozione*, Fano, p. 189;
- FERRANDO, G. (2014). *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *NGCC*, 393 ss.;
- GORGONI, A. (2018). *La filiazione*, Torino, p. 81;
- (2021). *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, Torino;
- GUARNIERI, A. (1974) *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova.
- IADICICCO, M. P., *Corpo e procreazione medicalmente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana*, in *Questione giustizia*, 2016, 2, p. 238-249;
- *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore. Sulla «parabola giudiziaria» e le questioni ancora aperte*, in *Giur. Cost.*, 2015, 3, p. 789-805;
- IORIO, G. (2022). *Corso di diritto privato*, V ed., Milano, p. 433-435;
- (2022). *Le adozioni in Italia fra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Famiglia*, 4, p. 493-512;
- LAMARQUE, E. (2015). *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino: Giapichelli;
- LAMARQUE, E., LANEVE, G. (2019). *I profili giuridici dell'adozione dei minori di età*, in Fermani A., Muzi M. (a cura di), *La «vulnerabilità unica» in adozione*, Fano, p. 189 ss.;
- LONARDO, L. (1978). *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Camerino-Napoli, p. 24-86;
- LONG, J. (2017). *Di madre non ce n'è una sola, ma sì utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in Niccolai, S., Olivito E. (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, p. 145 ss.;
- LOPEZ DE GONZALO, M. (2017). *Proprietà intellettuale e danni punitivi di fronte alla Corte di giustizia europea*, in *Dir. Comm. Int.*;

- MANTOVANI, F. (2020). *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Milano: Cedam, p. 181
- MARCHEI, N. (2021). *Ordine pubblico «internazionale» e ordine pubblico così detto «concordatario»*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 14, p. 113 ss.;
- MOROZZO DELLA ROCCA, R. (2019). *Ordine pubblico matrimoniale e poligamia nella disciplina del ricongiungimento familiare*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, p. 417-440;
- MURGO, C. (2022). *Status personali e libertà di circolazione delle persone minori d'età: la Corte di giustizia amplia la tutela del diritto alla vita familiare*, in *GenIUS*, p. 1-14;
- NICCOLAI, S.; E. OLIVITO (2017), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli;
- PARDOLESI, P. (2011). *I punitive damages nell'ordinamento italiano*, in *Seminari di diritto privato comparato*, Bari;
- PEDRINI, F. (2013). *Le «Clausole Generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna;
- (2017). *Contro «le clausole generali» (sans phrase). Precauzioni per l'uso di una categoria dottrinale ancora troppo vaga*, in *Rivista AIC*, p. 23;
- PENNASILICO, M. (2012), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli;
- PERLINGIERI G.; ZARRA G. (2019). *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 21 ss.;
- PISANI TEDESCO, A. (2022). *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, Torino, p. 191 ss.
- RAFFIOTTA, E. C. (2012). *Appunti per una ricerca sulle nuove esigenze di tutela della persona nella società multiculturale*, in A. Peres Miras, G. Taruel Lozano, E. C. Raffiotta (a cura di), *Nuevas exigencias de tutela de los derechos de la persona*, Madrid, p. 39-54.
- RODOTÀ, S. (1987). *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, p. 718;
- SALANITRO, U. (2007). *Modelli familiari, mutamenti strutturali e disciplina della filiazione*, in *Fam. pers. succ.*, p. 10;
- SCOGNAMIGLIO, R. (1966). *Contratti in generale*, in G. Grosso-F. Santoro Passarelli, *Tratt. dir. civ.*, Milano, p. 166;
- (2010). *Responsabilità civile e danno*, Torino; id. (1962) voce *Indennità*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino; id. (1968). voce *Responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino; Sesta, M. (2018). *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1;
- SCOLART, D. (4 dicembre 2020). *La Cassazione e il ripudio (talaq) palestinese. Considerazioni a partire dal diritto islamico*, in *Questione giustiziana*.
- STEFANELLI, S. (2021). *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, Milano, p. 25.
- TIGANÒ, V. (2021). *Il delitto di surrogazione della maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, p. 1043;

- TRAPUZZANO, C. (2012). *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012;
- TRIPODINA, C. (2017). *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di «ordine pubblico internazionale» come varco per la realizzazione dell'«incoercibile diritto» di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in Niccolai, S., Olivito E. (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, p. 119 ss.
- VIRGADAMO, P. (2017). *Ripudio islámico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi*, in *Dir.fam. pers.*, p. 355;

# **IL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA E SPAGNOLA. INTEGRAZIONE INTERORDINAMENTALE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN UN *JUDGE-MADE SYSTEM***

ANGELO RAFFAELE SALERNO  
*Università degli Studi della Tuscia*

SOMMARIO: 1. *Ragioni e metodo di una ricerca.*–2. *La dimensione problematica dell'istituto.*–3. *L'esperienza italiana.*–4. *L'esperienza spagnola.*–5. *Affinità e divergenze.*–6. *Integrazione interordinamentale e tutela dei diritti in un judge-made system.*–7. *Conclusioni.*

## **1. RAGIONI E METODO DI UNA RICERCA**

– Ci si potrebbe chiedere se, nel «tempo lungo della costituzione» (Rosanvallon, 2008, 179), vent'anni assicurino una distanza sufficiente a formulare un sia pur parziale giudizio sull'impatto di uno degli istituti che più hanno caratterizzato le recenti vicende costituzionali del Vecchio Continente: il mandato d'arresto europeo<sup>1</sup>.

Quando, su pressione iniziale del Regno Unito (Spencer, 2004, 203), la decisione quadro 2002/584/GAI portò all'introduzione dell'istituto, la giuspubblicistica era perfettamente consapevole della sua dimensione problematica (Iglesias Sánchez, 2010, 169) delle implicazioni potenzialmente deflagranti che il suo funzionamento avrebbe potuto avere anzitutto sui diritti fonamen-

---

<sup>1</sup> D'ora in avanti «MAE».

tali. Da allora il contesto è mutato, e molte cose sono intercorse: il fallimento del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, l'adozione del Trattato di Lisbona, la parificazione dell'efficacia giuridica della Carta di Nizza a quella dei trattati. Un contesto in cui gli itinerari giurisprudenziali raccontano a loro modo una storia politica e costituzionale che nel procedere verso il futuro ha cercato di preservare, pur con varie oscillazioni, un tendenziale, seppur dinamico equilibrio tra stabilità e mutamento. E di questo equilibrio che muta, la giurisprudenza sul MAE rappresenta un punto d'osservazione privilegiato.

In un tempo in cui il processo di integrazione europea è brutalmente scosso sin dalle radici più profonde, in anni in cui al recesso del Regno Unito ha fatto seguito una smodatamente plateale e parimenti grave violazione di alcuni dei valori fondanti dell'Unione da parte di alcuni Stati membri<sup>2</sup>, un'analisi delle conseguenze costituzionali dell'introduzione del MAE assume a maggior ragione una sua attualità, nella misura in cui risulta funzionale ad evidenziare alcuni peculiari aspetti del processo di integrazione negli ultimi anni<sup>3</sup>.

Si è scelta una prospettiva d'analisi specifica, volta a scandagliare in profondità due itinerari che, per gli sviluppi che li hanno caratterizzati, restituiscono importanti spunti di riflessione intorno al processo di integrazione. E ciò nella convinzione che la vicenda del MAE rappresenti, per usare una felice immagine di Paolo Barile, una delle tappe più significative del «cammino comunitario» dei due giudici costituzionali (1983, 2406). La prospettiva adottata è quella della comparazione, operata tra le due esperienze in una dimensione *dinamica* e reciprocamente *diacronica*. I risultati sono stati letti alla luce dei due profili dell'integrazione interordinamentale e della tutela dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo.

## 2. LA DIMENSIONE PROBLEMATICAMENTE DELL'ISTITUTO

– Tampere, 15 e 16 ottobre 1999. In margine alla riunione straordinaria finalizzata alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea, il Consiglio europeo approvava il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, definito non senza una certa enfasi

<sup>2</sup> Il riferimento è alle tristi vicende causate dalle pulsioni illiberali emergenti soprattutto in Polonia e Ungheria.

<sup>3</sup> Anche alla luce del fatto che le violazioni dei diritti fondamentali e dello Stato di diritto perpetrate da parte di alcuni Stati membri sono ormai conclamata causa della crisi di una fiducia tra Stati membri che rappresenta in fondo le stesse fondamenta del meccanismo del MAE (emblematico il caso riportato da Pinelli, 2018a, 507 ss.).

«pietra angolare» della cooperazione giudiziaria sia in materia civile che in materia penale<sup>4</sup>, il quale avrebbe poi trovato esplicita sanzione nel diritto primario<sup>5</sup>. A valle dell'enunciazione di tale principio, il primo atto della sua estrinsecazione in materia penale è rappresentato proprio dall'introduzione del MAE attraverso la decisione quadro 2002/584/GAI.

Il funzionamento del MAE – basato «su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri»<sup>6</sup> – si estrinseca in una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro dell'Unione europea, detto «Stato membro emittente», in vista dell'arresto o della consegna da parte di un altro Stato membro, detto «Stato membro di esecuzione», al fine dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà personale<sup>7</sup>. L'istituto avrebbe dovuto rimpiazzare l'extradizione, e i profili della stessa che ostano a una celere «circolazione» e attuazione delle decisioni giudiziarie. Nello specifico, sopprimendo la sua fase politico-amministrativa e superando il requisito della doppia incriminazione per un certo numero di ipotesi<sup>8</sup> vengono superati due dei suoi principali postulati.

Sulle implicazioni dell'introduzione del MAE la letteratura è copiosa. E tuttavia, ci sembra di poter individuare almeno tre principali profili della sua dimensione problematica: *i)* i presupposti giuridici di contesto, prima che dell'introduzione del MAE, della stessa affermazione del reciproco riconoscimento in materia penale, *ii)* la fonte scelta per l'introduzione dell'istituto e *iii)* il profilo contenutistico dello stesso.

In primo luogo, è osservazione diffusa e condivisa quella per cui il principio del reciproco riconoscimento e la sua positivizzazione all'art. 82, par. 1, TFUE, non sono stati preceduti da una omogeneizzazione legislativa che avrebbe senz'altro reso più semplice il riconoscimento stesso e che anzi avrebbe dovuto, a rigore, costituirne il presupposto. In effetti, il fatto che il Trattato non eriga un ponte temporale tra questi due obiettivi è evidentemente un punto

<sup>4</sup> *Conclusioni della Presidenza*, n. 33.

<sup>5</sup> Art. 82, par. 1, TFUE.

<sup>6</sup> *Considerando* n. 10 della decisione quadro 2002/584/GAI.

<sup>7</sup> «Il mandato d'arresto europeo può essere emesso per dei fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privative della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi oppure, se è stata disposta la condanna a una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, per condanne pronunciate di durata non inferiore a quattro mesi» (art. 2, par. 1, decisione quadro 2002/584/GAI).

<sup>8</sup> «Danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo, alle condizioni stabilite dalla presente decisione quadro e indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato, i reati seguenti, quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente, se in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni: [segue elenco]» (art. 2, par. 2, decisione quadro 2002/584/GAI).



problematico. Del resto, «il ravvicinamento delle legislazioni in materia penale, molto più che per quelle in materia civile, è impresa assai ardua e di lunga lena, e attenderne gli esiti avrebbe inevitabilmente ritardato la realizzazione dell'altro obiettivo» (Adam e Tizzano, 2014, 560). Non solo. L'estensione del mutuo riconoscimento in campo penale può essere letta alla luce del suo previo utilizzo in un altro versante del processo di integrazione europea: quello del mercato interno. E tuttavia, mentre nell'ambito del mercato interno il mutuo riconoscimento dei provvedimenti amministrativi era stato «uno strumento potentissimo» di integrazione (Calvano, 2007, 27), estrinsecandosi nell'esercizio di una libertà garantita dai trattati, in campo penale esso «non presuppone affatto un atto di autodeterminazione del soggetto, ma opera in una dimensione per lui coercitiva (Di Martino, 2007b, 79), incrementando il «potenziale repressivo» dell'istituto (ivi, 136). La relazione complessa del principio con i diritti fondamentali è dunque ben presente (Mitsilegas, 2015).

In secondo luogo, è persa sin da subito problematica la decisione quadro 2002/584/GAI, «vero e proprio punto di intersezione e di attrito nei rapporti tra Ue e Stati membri» (Calvano, 2010, 2). Va anzitutto rammentato che si tratta di un atto al quale il TUE pre-Lisbona non riconosceva efficacia diretta e che ai sensi dell'art. 9 del Protocollo (n. 36) sulle disposizioni transitorie continuerà ad esplicare gli effetti che le erano propri in base ai vecchi trattati. Ora, la funzione di tale fonte era sostanzialmente analoga a quella delle direttive, ovverosia il «ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri»<sup>9</sup>; e tuttavia, come si è visto, il profilo dell'armonizzazione è in questo caso compresso dal reciproco riconoscimento. Sul punto, ci appare condivisibile l'osservazione per cui la ritrosia nell'optare per l'avvicinamento normativo sia dovuta «sia alla contingente difficoltà di raggiungere una convergenza politica sulle modalità del trasferimento, a livello sovranazionale, del potere punitivo, ascritto ancora al nucleo della sovranità statale, sia, più in profondità, alle radici che riconducono la materia penal-processuale al contesto nazionale» (Di Martino, 2007b, 3702). Ma v'è di più. Un altro punto critico afferisce infatti alla decisione quadro in quanto fonte del diritto: se l'atto, privo di efficacia diretta, è funzionale all'avvicinamento delle legislazioni nazionali, come si giustifica il fatto che, in concreto, il contenuto delle sue disposizioni lasci agli Stati membri «un margine di discrezionalità assai ridotto e talora nullo» (Mazziotti di Celso, 2007, 9)? Un ultimo elemento da tenere in conto è la presa di posizione della Corte di giustizia in tema di interpretazione confor-

<sup>9</sup> Art. 34, par. 2, lett. b, TUE pre-Lisbona.

me al diritto europeo: il riferimento è alla sentenza *Pupino*<sup>10</sup>, in cui la Grande Sezione ha affermato la sussistenza dell'obbligo di interpretazione conforme anche in relazione alle decisioni quadro, pur sottolineando come l'esito rappresentato da un'interpretazione *contra legem* rappresenti il confine ultimo di tale operazione<sup>11</sup>.

Infine, lo stesso istituto del MAE presenta profili di potenziale frizione con alcuni fondamentali elementi della legalità costituzionale di vari Stati membri dell'Unione, anche per come taluni principi sono stati interpretati dai rispettivi giudici costituzionali.

L'istituto, in definitiva, chiamando in causa il potere punitivo, va al cuore stesso dell'identità costituzionale degli Stati membri. Il che spiega le difficoltà di un'armonizzazione normativa che «incontra l'ostacolo talora insormontabile di salde strutture istituzionali radicate in tradizioni storiche e culture giuridiche nazionali, oltre a norme penali che trovano il proprio orizzonte di legittimazione nelle sfere pubbliche nazionali» (Di Martino, 2007a, 80). È per questo che all'armonizzazione si è preferito il reciproco riconoscimento sorretto dalla «scommessa virtuale» dell'«elevato livello di fiducia tra gli Stati membri» (Pinelli, 2010).

### 3. L'ESPERIENZA ITALIANA

– Alcune puntualizzazioni preliminari ci appaiono necessarie a restituire l'immagine del complesso contesto in cui la giurisprudenza costituzionale italiana si è innestata.

Una prima, fondamentale premessa riguarda i rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo. Com'è noto, superati precedenti orientamenti<sup>12</sup>, a partire dalla sentenza n. 170 del 1984 la Corte, attraverso «una reinterpretazione dell'art. 11 Cost.» (Pinelli, 2018b, 181), ha inquadrato il conflitto come un conflitto tra norme di ordinamenti «autonomi e distinti, ancorché coordinati»<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> CGCE, Grande Sezione, 16 giugno 2005, C-105/03. Sentenza nota e controversa (Spaventa, 2007; Calvano, 2006), che, è stato detto, ha rappresentato un'«accelerazione», a livello costituzionale, delle tensioni relative all'implementazione della decisione quadro da parte degli Stati membri (Pollicino, 2008, 1324).

<sup>11</sup> § 47.

<sup>12</sup> Quello per cui gli eventuali contrasti tra le norme afferenti ai due sistemi costituivano un'antinomia tra fonti (sentenza n. 14 del 1964) e quello per cui la legge di esecuzione del Trattato avrebbe costituito norma interposta per scrutinare la legittimità costituzionale della legge nazionale in conflitto col diritto comunitario direttamente applicabile (sentenza n. 173 del 1983).

<sup>13</sup> Punto 4 del *Considerato in diritto*.

In altri termini, attraverso l'art. 11 lo Stato consente che la norma dotata di efficacia diretta dell'ordinamento comunitario espliciti i suoi effetti nel territorio nazionale «in quanto tale e perché tale», ma la sua vigenza ha l'effetto «non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale». Ne deriva dunque che, nel caso di asserito contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria ad effetto diretto, il giudice nazionale applicherà la seconda in luogo della prima<sup>14</sup>. La Corte costituzionale cercava così di trovare «un punto d'incontro» con la Corte di giustizia sul piano della limitazione della sovranità, che era – ed è – il piano di azione quest'ultima (La Pergola, 1999, 21). «Lo Stato si *auto-limita*», osserverà anni dopo Antonio La Pergola, «e fa arretrare il proprio ordinamento dal campo occupato dal diritto comunitario suscettibile di immediata applicazione. In quel campo, la legge italiana scompare: essa è *invisibile*, dunque, prima ancora che *inapplicabile*, agli occhi del giudice interno» (2003, 3432). Al netto di una rimodulazione di alcuni profili, quest'inquadramento dei rapporti tra diritto italiano e diritto dell'Unione, riconosciuto come un passo avanti verso l'integrazione europea anche dai suoi critici (Pace, 2007), è rimasto nella sua struttura portante sostanzialmente invariato.

Quanto all'attuazione della decisione quadro sul MAE, una lunga elaborazione in sede parlamentare ha fatto sì che l'Italia fosse l'ultimo Stato membro a provvedere, e all'asprezza del dibattito politico aveva fatto eco una certa polarizzazione sul piano scientifico (in senso critico Caianiello e Vassalli, 2002, *contra* Cassese A., 2004). La legge n. 69 del 2005 reca con sé gli indicatori normativi della diffidenza politica maturata nei confronti dell'introduzione dell'istituto.

Un primo segnale di tale diffidenza è stato colto in un dato quantitativo, risultando il numero di articoli della legge di attuazione «assai maggiore» di quelli della decisione quadro (Lattanzi, 2012, 6, nota 4). E tuttavia non ascrivemmo *necessariamente* il dato a una dimensione patologica: il fatto che una legge del genere sia per definizione più dettagliata di un atto che necessita di essa per avere puntuale attuazione potrebbe essere dettato da specifiche esigenze proprie del contesto in cui l'istituto viene inserito. D'altra parte, è pur vero che la stessa decisione quadro è di per sé abbastanza dettagliata.

Peraltro, a fronte delle disposizioni della decisione quadro che al ricorrere di determinate ipotesi prevedono che l'autorità giudiziaria debba<sup>15</sup> o pos-

<sup>14</sup> Fenomeno, a ben vedere, radicalmente differente rispetto a quello della disapplicazione.

<sup>15</sup> Art. 3.

sa<sup>16</sup> rifiutare l'esecuzione del mandato, la legge italiana ha previsto controlli e motivi di rifiuto della consegna abbastanza rigidi, al punto che in origine non era neppure prevista la distinzione tra i casi di rifiuto facoltativo e quelli di rifiuto obbligatorio, con la generale previsione dell'obbligatorietà in ogni ipotesi. Si è osservato che in taluni punti la normativa italiana di recepimento sarebbe stata finanche «in contrasto con la stessa normativa europea», in una logica di «controlli incoerenti con la logica del mutuo riconoscimento e assai più incisivi di quelli che esistevano in applicazione della convenzione europea di estradizione e dell'accordo di Schengen» (Lattanzi, 2012, 6).

Ciò detto, dubbi di compatibilità costituzionale erano stati segnalati – con vari accenti – anche rispetto alla stessa decisione quadro in relazione al principio di eguaglianza (Mazziotti di Celso, 2007, 13-14), alla riserva di legge in materia penale (*ibidem*), allo statuto garantistico della libertà personale e al diritto di difesa (Sorrentino, 2007, 19 ss.), oltre che rispetto alla sovranità statale e alla tutela dei diritti fondamentali (Celotto, 2007, 198). In ogni caso, taluni profili problematici intercorrevano *chiaramente* tra la decisione quadro e la legge di attuazione. Si pensi, su tutti, a quello che rappresentava «il punto di massima frizione fra i due ordinamenti» (Pinelli, 2010): la mancata previsione, nella decisione quadro, di un'eccezione alla consegna nel caso in cui la legislazione dello Stato di emissione non stabilisse dei limiti massimi alla carcerazione preventiva<sup>17</sup>, ipotesi prevista invece dall'art. 18, lett. e, legge n. 69 del 2005 nella sua formulazione originaria.

Dato un contesto normativo così problematico, c'erano tutte le premesse perché la Corte venisse chiamata in causa. Eppure, a diciassette anni dall'entrata in vigore della legge può dirsi che le pronunce non sono state numerose come secondo varie ricostruzioni poteva esser lecito attendersi; inoltre, non è mai stata rilevata una tensione così forte tra il diritto europeo e la Costituzione tale da far valere i controlimiti. Una spiegazione di ciò è stata rinvenuta nel «progressivo adattamento interpretativo» delle disposizioni della legge di attuazione ad opera della Corte di Cassazione (Lattanzi, 2012, 12).

Assai significativa è proprio la giurisprudenza in tema di rifiuto della consegna per mancata previsione dei limiti massimi della carcerazione preventiva (art. 18, lett. e, legge n. 69 del 2005). La Suprema Corte era stata chiamata a pronunciarsi a Sezioni Unite per ricomporre un potenziale contrasto in relazione alla portata della disposizione citata e al dubbio che essa dovesse interpretarsi in senso restrittivo oppure nel senso che consentisse la valutazio-

<sup>16</sup> Art. 4.

<sup>17</sup> Ipotesi chiaramente legata alla disposizione di cui all'art. 13, ultimo comma, Cost.

ne della consegna ove la legislazione dello Stato di emissione avesse fornito «una garanzia equivalente» a quella prevista dalla legislazione italiana, «prendendo in considerazione istituti diversi, comunque funzionali ad un effettivo controllo e limitazione della carcerazione preventiva», quali ad esempio controlli periodici. La Corte di Cassazione, richiamando l'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo e la sentenza *Pupino* – inclusa la parte sul limite della lettera come perimetro di tale operazione – valorizza il richiamo operato dal *Considerando* n. 12 della decisione quadro all'art. 6 TUE, nel quale si afferma che i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU e le libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» e, argomentando in base al potenziale blocco del funzionamento del MAE che l'interpretazione restrittiva avrebbe ingenerato oltre che all'ampiezza semantica della disposizione di cui all'art. 18, lett. e, legge n. 69 del 2005 («limiti massimi» anziché «termini di durata massima» come invece all'art. 303 cod. proc. pen.), conclude che «l'autorità giudiziaria deve verificare, ai fini della consegna, se nella legislazione dello Stato membro di emissione sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado, o, in mancanza, se un limite temporale implicito sia comunque desumibile da altri meccanismi processuali che instaurino, obbligatoriamente e con cadenze predeterminate, un controllo giurisdizionale funzionale alla legittima prosecuzione cautelare o, in alternativa, all'estinzione della stessa»<sup>18</sup>. Il tutto in piena conformità alla giurisprudenza della Corte EDU. Pronunce di poco precedenti avevano però condotto a esiti difformi ed eterogenei<sup>19</sup>.

Nel 2006, la Corte d'Appello di Venezia<sup>20</sup> sollevava invece questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, lett. e, legge n. 69 del 2005 per l'asserito contrasto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in quanto l'ipotesi di negata consegna avrebbe operato una «sostanziale vanificazione della disciplina europea», oltre che con l'art. 3 Cost. per l'irragionevole imposizione della normativa nazionale sui limiti massimi anche ad altri Stati la cui legislazione in materia era stata considerata dalla Corte EDU maggiormente adeguata di quella italiana. L'ordinanza della Corte d'Appello apre dunque le porte di Palazzo della Consulta alla prima questione di legittimità costituzionale della legge sul MAE.

<sup>18</sup> Cass. Pen., Sez. Un., n. 4614 del 2007.

<sup>19</sup> Si v. Cass. Pen., Sez. IV, n. 16452 del 2006, *Cusini*.

<sup>20</sup> Corte d'Appello di Venezia, ord. n. 53 del 2006.

Con l'ordinanza n. 109 del 2008, la Corte dichiara la questione inammissibile. In effetti, l'ordinanza di rimessione risultava scarsamente sostenuta, sul piano argomentativo, in più punti. Anzitutto in relazione all'onere di interpretazione conforme, in quanto il giudice *a quo* escludeva la percorribilità della stessa «sulla scorta del mero richiamo», non argomentato, «ad una pronuncia della Corte di cassazione»: la Corte costituzionale ha qui buon gioco nel richiamare la sentenza delle Sezioni Unite n. 46114 del 2007 che aveva invece percorso proprio la via dell'interpretazione conforme. Per altro verso, la Corte rileva che il giudice *a quo* aveva completamente omesso di esprimersi sul problema – fondamentale affinché la questione potesse dirsi o meno fondata – se la regola della previsione dei termini massimi sancita dall'art. 18, lett. e, legge n. 69 del 2005, che secondo il giudice rimettente riproduceva il disposto dell'art. 13, ultimo comma, Cost., fosse o meno «cedevole» rispetto all'obbligo del rispetto dei vincoli derivanti dal diritto dell'Unione europea e dagli obblighi internazionali posto dall'art. 117, primo comma, Cost. La soluzione interpretativa elaborata dalle Sezioni Unite avrebbe ben potuto far ritenere la questione scevra da qualsivoglia attualità. E non è mancato chi ha sollevato il dubbio che la Corte non si fosse pronunciata nel merito «più per motivi di opportunità che di legittimità» (Iovino, 2010, 106).

La sentenza n. 143 del 2008 ha invece recato con sé il primo accoglimento di una questione sulla legge di attuazione. La Corte ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33 «nella parte in cui non prevede che la custodia cautelare all'estero, in esecuzione del mandato d'arresto europeo, sia computata anche agli effetti della durata dei termini di fase» di cui all'art. 303, commi 1, 2 e 3, cod. proc. pen. La Corte estende la *ratio decidendi* della sentenza n. 253 del 2004, con cui aveva dichiarato l'illegittimità per contrasto con l'art. 3 Cost. dell'art. 722 cod. proc. pen. nella parte in cui non estendeva all'estradando la computazione della custodia cautelare subito all'estero anche in relazione ai termini di fase, e non soltanto alla durata complessiva: «Se l'equivalenza tra custodia all'estero e custodia cautelare in Italia è stata affermata con riferimento all'extradizione, essa, a maggior ragione», afferma la Corte, «deve operare in relazione ad uno strumento – quale il mandato d'arresto europeo – che poggia sul principio dell'immediato e reciproco riconoscimento del provvedimento giurisdizionale. Ciò rende ancor meno tollerabile, sul piano costituzionale, uno squilibrio delle garanzie in tema di durata della carcerazione preventiva correlato al luogo – interno o esterno, rispetto ai confini nazionali – nel quale la carcerazione stessa è patita. Posto, infatti, che il titolo dell'arresto e della conseguente custodia, nel caso di specie, è unitario; e che il

procedimento di consegna non si articola in funzione di un rapporto tra Stati, ma tra autorità giudiziarie»<sup>21</sup>.

Assai più significativa è la sentenza n. 227 del 2010. Nel caso di specie, a mezzo di ben quattro ordinanze di rimessione della Corte di Cassazione<sup>22</sup> era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lett. r, legge n. 69 del 2005 in relazione agli artt. 3, 27, terzo comma e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui stabiliva che «se il mandato d'arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale», la corte d'appello poteva disporre che tale pena o misura di sicurezza fosse eseguita in Italia conformemente al diritto interno, soltanto nel caso in cui la persona ricercata fosse cittadino italiano. In particolare, il parametro di cui all'art. 117, primo comma era stato ritenuto passibile di una violazione da parte della legge di attuazione in relazione all'art. 4, n. 6, decisione quadro 2002/584/GAI, ove è prevista un motivo di non esecuzione facoltativa del MAE nell'ipotesi di esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale «qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se tale Stato si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno». Assai interessante è la prima significativa operazione compiuta dalla Corte in tale sentenza: l'estensione del parametro all'art. 11 Cost., pensato in origine in relazione alle Nazioni Unite e poi divenuto l'architrave («sicuro fondamento»<sup>23</sup>) dei rapporti tra ordinamento nazionale e diritto europeo. La Corte rammenta anzitutto la propria giurisprudenza in tema di estensione del parametro, per la quale una questione di legittimità costituzionale deve essere «scrutinata avendo riguardo anche ai parametri costituzionali non formalmente evocati» nel caso in cui l'ordinanza di rimessione «ad essi chiaro riferimento, sia pure implicito», «mediante il richiamo dei principi da questi enunciati»<sup>24</sup>. La Corte ricorda come all'art. 11 si sia legata l'attribuzione di competenze normative alle Comunità europee, si sia attribuito al giudice il potere-dovere di dare applicazione immediata alle norme europee provviste di effetto diretto in caso di contrasto con norme nazionali rispetto al quale non ci siano soluzioni per via ermeneutica e, da ultimo, si siano consentite, grazie alle limitazioni di sovranità ivi previste, la «prevalenza

<sup>21</sup> Punto 2.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>22</sup> Reg. ord. n. 10 e 45 del 2010 e n. 298 e 305 del 2009.

<sup>23</sup> La Corte richiama qui, tra le altre, le pronunce n. 232 del 1975, 183 del 1973, 98 del 1965 e 14 del 1964.

<sup>24</sup> Punto 7 del *Considerato in diritto*. Qui la Corte cita un passaggio della sentenza n. 170 del 2008, richiamando anche le precedenti pronunce n. 26 del 2003, 69 del 1999 e 99 del 1997.

del diritto comunitario anche rispetto a norme costituzionali... individuandone il solo limite nel contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona anche in relazione a norme costituzionali». A questo punto, la Corte pone una sorta di *actio finium regundorum* rispetto alla portata dell'art. 117, primo comma, Cost. Anzitutto ne ribadisce la funzione di riempimento della «lacuna della mancata copertura costituzionale per le norme internazionali convenzionali» tra le quali la CEDU, «escluse dalla previsione dell'art. 10, primo comma, Cost.». Ma soprattutto rileva come il limite alla funzione legislativa ivi sancito non esaurisce il rapporto tra diritto italiano e diritto europeo, che «trova ancora «sicuro fondamento» nell'art. 11 Cost.», cui la Corte riconduce tutta una serie di aspetti, come «le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità che solo l'art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e sul piano processuale, per l'amministrazione e i giudici» e la peculiarità, non prevista per il diritto internazionale convenzionale, del solo limite che il diritto dell'Unione trova «nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona».

Venendo alle peculiarità della questione, la Corte condivide le argomentazioni a fondamento del rilievo per cui l'interpretazione conforme fosse impercorribile e rileva come sollevare la questione di legittimità costituzionale rappresentasse per i giudici *a quibus* l'unica via possibile, rimanendo esclusa l'efficacia diretta delle decisioni quadro<sup>25</sup>. A questo punto, la Corte, dopo aver con buone argomentazioni evitato di pronunciare un'ordinanza di inammissibilità alla luce della diretta applicabilità dell'art. 12 TCE (oggi art. 18 TFUE) che sancisce il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, giudica la questione dando la priorità proprio al parametro – meglio, ai parametri – europei, il che significa tener conto «della giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine all'interpretazione della decisione quadro»; tali sentenze, del resto, «vincolano il giudice nazionale all'interpretazione da essa fornita, sia in sede di rinvio pregiudiziale, che in sede di procedura d'infrazione»<sup>26</sup>. La Corte ricostruisce dunque la giurisprudenza europea sul punto. Anzitutto la sentenza *Wolzenburg*<sup>27</sup>. Qui la Corte di giustizia individua la *ratio* dell'ipotesi di rifiuto di cui all'art. 4, n 6 della decisione quadro nell'obiettivo di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona una volta scontata la pena<sup>28</sup> e che è in quest'ottica che lo Stato può limitare il rifiuto a «persone che abbiano

<sup>25</sup> Punto 7.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>26</sup> Punto 8 del *Considerato in diritto*.

<sup>27</sup> CGCE, Grande Sezione, 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, C-123/08.

<sup>28</sup> § 62 e 67.



dimostrato un sicuro grado di inserimento nella società di detto Stato membro»<sup>29</sup>. Certamente, l'attuazione nazionale di tale ipotesi di rifiuto della consegna rimane nel «potere discrezionale» Stato ma, ove questo la preveda, deve rispettare il divieto di discriminazione; ciò non significa che le differenziazioni tra cittadino e cittadino di un altro Stato membro non possano essere poste in essere, ma che esse debbano essere sempre previste in base a una giustificazione legittima e ragionevole. Tuttavia, come la Corte costituzionale ha buon gioco nel rilevare, la radicale esclusione del cittadino di un altro Stato membro difetta di una giustificazione ragionevole, per cui «non è proporzionata». In seconda battuta viene richiamata la sentenza *Kozłowsky*<sup>30</sup>, in cui la Corte di giustizia precisa la nozione *europaea* di «residenza» e «dimora», le quali sono «nozioni comunitarie, che richiedono una interpretazione autonoma ed uniforme, a ragione della esigenza e della finalità di applicazione uniforme che è alla base della decisione quadro»: la prima che consiste in una residenza effettiva nello Stato di esecuzione, e la seconda in uno stabile soggiorno di una certa durata sufficiente a consentire l'acquisizione. Per identificarle, la Corte di giustizia fornisce vari indicatori di tipo oggettivo. Alla luce di queste argomentazioni, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 18, comma 1, lett. r, legge n. 69 del 2005 in relazione agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., «nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno», ritenendo assorbite le altre questioni.

Tale declaratoria di illegittimità limitata al residente o dimorante che sia cittadino di un altro Stato membro è stata ritenuta «una lettura riduttiva dell'art. 4, punto 6, della decisione quadro (seppur evidentemente ampliando la lettura datane dal legislatore italiano)» (Amalfitano, 2010, 5). Rilievo che è alla base della successiva questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di Cassazione. Una questione preceduta però da un intervento legislativo. Con la legge n. 117 del 2019, il Parlamento è infatti intervenuto sul testo della legge n. 69 del 2005 tenendo conto della sentenza del 2010, scindendo le cause di rifiuto obbligatorio (elencate dal riscritto art. 18) dalle cause di rifiuto facoltativo (contenute nel nuovo art. 18-*bis*): la corte d'appello può rifiutare la consegna ove la persona ricercata «sia cittadino italiano o cittadino di altro Stato membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia re-

<sup>29</sup> § 67.

<sup>30</sup> CGCE, Grande Sezione, 17 luglio 2008, *Kozłowsky*, C-66/08.

sidenza o dimora nel territorio italiano», sempre che essa «disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno»<sup>31</sup>.

Con l'ordinanza n. 10371 del 2020, la VI Sezione penale aveva quindi promosso una questione di legittimità costituzionale assai strutturata dell'art. 18-*bis* legge n. 69 del 2005 come introdotto dall'art. 6, comma 5, lett. b, legge n. 117 del 2019, «nella parte in cui non prevede il rifiuto facoltativo della consegna del cittadino di uno Stato non membro dell'Unione europea che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, sempre che la Corte di appello disponga che la pena o la misura di sicurezza irrogata nei suoi confronti dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno». Come detto, la decisione quadro non distingue tra straniero residente o dimorante cittadino di uno Stato membro e il cittadino residente o dimorante di uno Stato terzo ai fini del peculiare motivo di rifiuto della consegna di cui all'art. 4, n. 6. L'ordinanza presentava vari profili di merito, dal tema dell'interpretazione conforme, sul quale assume una «posizione netta, ma anche ben ponderata» (Pinelli, 2020), che rigetta l'idea per cui tale operazione ermeneutica possa giustificare soluzioni a-letterali, al tema della doppia pregiudizialità. La Suprema Corte sembra infatti seguire, assecondandola, la presa di posizione della Corte costituzionale a partire dal noto *obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017 – poi precisata in successive pronunce – in caso di doppia pregiudiziale costituzionale ed europea<sup>32</sup>: nel caso di specie, la Corte di Cassazione sceglie di promuovere il giudizio di legittimità costituzionale, il che del resto era sostenuto da valide ragioni, tra cui l'assenza, nel caso di specie, di dubbi interpretativi sulle disposizioni del diritto europeo. La soluzione

<sup>31</sup> Art. 18-*bis*, lett. c. L'ipotesi è, chiaramente, ancora quella di un mandato d'arresto esecutivo.

<sup>32</sup> Un riposizionamento che può essere così riepilogato: *i*) se una legge presenta profili di contrasto sia con la Carta di Nizza con la Costituzione, la Corte decide ora nel merito, dando la precedenza, a seconda del caso, alle questioni concernenti il parametro interno o quello europeo, e cioè gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. (sentenza n. 269 del 2017); *ii*) i giudici comuni hanno comunque il potere di far ricorso al rinvio pregiudiziale «sulla medesima disciplina» oggetto di questione di costituzionalità, sottoponendo alla Corte di giustizia «qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria» (sentenza n. 20 del 2019) anche dopo il giudizio di legittimità costituzionale, così come resta fermo il potere, in capo agli stessi, di non applicare la disposizione nazionale in contrasto con la CDFUE (sentenza n. 63 del 2019); *iii*) la Corte costituzionale, «organo giurisdizionale» nazionale ai sensi dell'art. 267 TFUE – posizione accolta sin dall'ordinanza n. 103 del 2008 – può valutare la sussistenza della doppia pregiudiziale di cui sopra e, nel caso, operare un rinvio pregiudiziale ai sensi dello stesso articolo per demandare chiarimenti alla Corte di giustizia circa la portata di determinate previsioni della Carta; preso atto della posizione interpretativa della Corte di giustizia, la Corte costituzionale potrà poi eventualmente «dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, rimuovendo così la stessa dall'ordinamento nazionale con effetti erga omnes» (ordinanza n. 117 del 2019).

più condivisibile del giudizio sarebbe stata una seconda additiva sulla falsariga della sentenza del 2010, alla luce del contrasto tra la legge di attuazione e la decisione quadro già emergente in maniera preclara in quella pronuncia (Pinelli, 2020). E del resto, la legge n. 69 del 2005 è *anzitutto* una legge di attuazione della stessa decisione quadro, per cui l'«ordine... maggiormente appropriato»<sup>33</sup> tra parametri costituzionali avrebbe dovuto vedere, in teoria, la precedenza di quello europeo. In ogni caso, la questione si è conclusa con la restituzione degli atti al giudice rimettente a causa della promulgazione, *medio tempore*, del d.lgs. n. 10 del 2021, il quale ha modificato sia la disposizione censurata che quella indicata quale *tertium comparationis* rispetto alla questione *ex art. 3 Cost.* – continuando peraltro a escludere dall'ipotesi di rifiuto il cittadino di uno Stato terzo (ordinanza n. 60 del 2021).

Con l'ordinanza n. 216 de 2021, la Corte costituzionale ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale, domandando se l'art. 1, n. 3, decisione quadro 2002/584/GAI, letto alla luce degli artt. 3, 4 e 35 CDFUE, «debba essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria di esecuzione, ove ritenga che la consegna di una persona afflitta da gravi patologie di carattere cronico e potenzialmente irreversibili possa esporla al pericolo di subire un grave pregiudizio alla sua salute, debba richiedere all'autorità giudiziaria emittente le informazioni che consentano di escludere la sussistenza di questo rischio, e sia tenuta a rifiutare la consegna allorché non ottenga assicurazioni in tal senso entro un termine ragionevole». Con l'ordinanza n. 217 del 2021 la Corte ha invece posto due questioni: a) se l'art. 4, n. 6, direttiva 2002/584/GAI, interpretato alla luce dell'art. 1, n. 3, della stessa e dell'art. CDFUE, «osti a una normativa, come quella italiana, che», in caso di MAE esecutivo, «precluda in maniera assoluta e automatica alle autorità giudiziarie di esecuzione di rifiutare la consegna di cittadini di paesi terzi che dimorino o risiedano sul suo territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest'ultimo»; e, «in caso di risposta affermativa alla prima questione, sulla base di quali criteri e presupposti tali legami debbano essere considerati tanto significativi da imporre all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di rifiutare la consegna». Le due ordinanze rappresentano un significativo passo in avanti nel dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia e denotano un'autocomprensione della prima che la vede protagonista del dialogo e del funzionamento del complessivo *judge-made system* europeo. Focalizzandoci sulla prima ordinanza, va infatti rilevato come la Corte, a differenza della Corte d'Appello di Milano che aveva promosso il giudizio di legittimità costituzionale in luogo del rinvio pre-

<sup>33</sup> Corte cost. n. 20 del 2019, punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

giudiziale, opta proprio per quest'ultimo, in quanto «esigenze di uniformità ed effettività nell'applicazione del mandato di arresto europeo nello spazio giuridico dell'Unione impongono che la risposta a tale quesito sia riservata alla Corte di giustizia, nella sua funzione di interprete eminente del diritto dell'Unione»<sup>34</sup>. Oltre questa chiara attitudine al dialogo, all'apertura verso la ricerca di una garanzia che la Corte ritiene possa essere rinvenuta *anzitutto* a livello europeo fa quasi da contraltare un passaggio in cui vengono richiamati i principi supremi dell'ordinamento costituzionale: in particolare, si esclude la percorribilità di un'interpretazione della legge n. 69 del 2005 che legittimi il rifiuto della consegna in casi diversi da quelli di cui agli artt. 18 e 18-bis, si sottolinea che «spetta in primo luogo al diritto dell'Unione stabilire gli standard di tutela dei diritti fondamentali al cui rispetto sono subordinate la legittimità della disciplina del mandato di arresto europeo, e la sua concreta esecuzione a livello nazionale, trattandosi di materia oggetto di integrale armonizzazione», e si afferma che una simile interpretazione vulnererebbe un'uniforme ed effettiva applicazione della disciplina europea del MAE, «anche nell'ipotesi in cui, ad avviso del giudice competente, l'esecuzione del mandato di arresto europeo conducesse nel caso concreto a un risultato in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale o con i diritti inviolabili della persona, dal momento che *soltanto a questa Corte è riservata la verifica della compatibilità del diritto dell'Unione, o del diritto nazionale attuativo del diritto dell'Unione, con tali principi supremi e diritti inviolabili*»<sup>35</sup>. È un passaggio che certamente pone un'*actio finium regundorum* con il campo d'azione del giudice comune (Cappuccio, 2022, 316), ma che rispetto all'interlocuzione con la Corte di giustizia pone il limite estremo oltre il quale dialogo non può esserci.

#### 4. L'ESPERIENZA SPAGNOLA

– Per note ragioni storiche la Spagna ha aderito alla Comunità europea solo nel 1986, quando la Corte costituzionale italiana aveva già ricostruito per la terza volta i rapporti tra il sistema giuridico nazionale e quello europeo e il Tribunal Constitucional aveva alle spalle neppure un decennio di attività. Eppure, può dirsi che l'accompagnamento del processo di comunitarizzazione

<sup>34</sup> Punto 8.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>35</sup> Punti 7.4 e 7.5 del *Considerato in diritto* (enfasi nostra).

del sistema spagnolo da parte del Tribunal è stato non meno importante. Una minima premessa di contesto è anche qui imprescindibile.

La Constitución del 1978 non conteneva disposizioni dedicate in maniera esplicita al processo d'integrazione europea. Tanto che, in un tempo in cui l'approvazione del Trattato costituzionale era ritenuta molto probabile, era stata autorevolmente posta la questione dell'opportunità di una riforma costituzionale atta a superare l'asserita insufficienza del solo art. 93 come fondamento «forte» di un'integrazione di questo tipo tra i sistemi (Pérez Tremps, 2004, 120-121 e 2001, 269 ss.).

Negli anni successivi all'adesione alla Comunità europea, il Tribunal aveva invero delineato i termini del rapporto tra diritto nazionale e comunitario in termini di accentuato dualismo. E tuttavia, si tratta di un dualismo in cui il dialogo con la Corte di giustizia era certamente presente, seppur per via «indiretta» (Donaire Villa, 2018, 8). E ciò è tanto vero che con la STC 28/1991 in tema di norme generali per le elezioni al Parlamento europeo – dove si richiama esplicitamente la sentenza *Simmenthal*<sup>36</sup> – sottolinea più volte e in maniera perentoria che la collisione tra norma spagnola e norma comunitaria è questione estranea alla sua giurisdizione<sup>37</sup>, sollecitando i giudici comuni a fare eventualmente uso della facoltà del rinvio pregiudiziale in caso di dubbi interpretativi afferenti alla norma comunitaria e negando la possibilità che esso stesso promuova un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia. Sentenza che ha segnato l'autoesclusione di una partecipazione diretta a queste interlocuzioni: «la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria»<sup>38</sup>. Una posizione assai radicale, nel delineare una distinzione tra le sfere e i modi di reciproca incidenza dei due sistemi, se raffrontata alla contemporanea definizione, in Italia, della dottrina *Granital*. A ciò si aggiunga che, quando il Governo ha interpellato il Tribunal sulla coesistenza di due distinte tutele dei diritti fondamentali accordate nella Costituzione spagnola e nella Costituzione europea, il Tribunal è giunto a vagliare l'ipotesi di un contrasto tra norme contenute nei due atti evocando, nel caso di conflitto insanabile, i limiti materiali impliciti sottesi alla «cesión constitucional» di cui all'art. 93 Const. (DTC 1/2004).

<sup>36</sup> CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77. Il richiamo è al § 6 del *Fundamentos jurídicos*.

<sup>37</sup> § 5 del *Fundamentos jurídicos*.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

Ad ogni modo, nella giurisprudenza costituzionale lo sviluppo dei rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo sembra trovare nella vicenda del MAE un vero e proprio spartiacque. L'epifania di un cambio di paradigma del Tribunal è fin troppo nota: l'*asunto Melloni*. E tuttavia, per collocarlo in una dimensione dinamica come fatto per la giurisprudenza italiana, è anche qui imprescindibile una contestualizzazione.

L'evoluzione giurisprudenziale si impernia intorno all'interpretazione di una stessa disposizione, l'art. 24.2 Const., concernente il diritto dell'imputato a partecipare al processo e difendersi. Il Tribunal ha tradizionalmente differenziato la portata del diritto di difesa nel territorio spagnolo e al di fuori di esso: nel secondo caso, a tale diritto è riconosciuta una garanzia circoscritta al contenuto essenziale che si lega alla dignità della persona sottoposta al processo e perimetrata in relazione all'interpretazione dei trattati a tutela dei diritti umani (dottrina della «vulneración indirecta», che trova fondamento nell'art. 10.2 Const.). E la giurisprudenza in materia – formatasi sull'extradizione e poi estesa al MAE – trova il proprio *tòpos* ricorrente proprio nel livello di protezione di tale diritto, il cui nucleo duro è individuato nel «derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo»<sup>39</sup>, che nella STC 91/2000 – attraverso richiami alla giurisprudenza CEDU – è stato ritenuto leso in caso di condanna *in absentia* nell'ipotesi in cui l'estradata non abbia la possibilità di presenziare o di impugnare la sentenza – con la previsione, in particolare, di un giudizio di revisione della condanna. Il voto particular del giudice Cruz Villalón aveva per la verità evidenziato come la giurisprudenza di Strasburgo non avesse mai sostenuto la necessità della previsione di un giudizio di revisione nel caso in cui l'imputato fosse stato sufficientemente informato del processo e assistito da un'adequata difesa legale: un argomento che, in *Melloni*, risulterà decisivo (Donaire Villa, 2018, 12)<sup>40</sup>.

Dopo l'adozione della decisione quadro 2002/584/GAI e la sua attuazione con Ley 3/2003, la STC 83/2006 conferma l'applicabilità del principio di legalità dell'extradizione (art. 13.3 Const.) al cui rispetto si lega il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, ma esclude il rilievo del «derecho a la legalidad penal» (art. 25.1 Const.) poiché né l'extradizione né il MAE hanno per oggetto una pretesa punitiva dello Stato<sup>41</sup>. L'equiparazione tra i due istituti sotto ques-

<sup>39</sup> SSTC 162/1999, 29/1995, 181/1994, 37/1988.

<sup>40</sup> Analoghe discrepanze con la giurisprudenza CEDU erano state evidenziate anche nel voto particular di Jiménez de Parga. Da entrambi i votos particulares, cui aderirono altri due giudici, emerge chiaramente la perplessità intorno alle possibilità di definire con chiarezza il «contenido absoluto» di un diritto fondamentale. Questo argomento riemergerà con forza nel caso *Melloni*, in un noto voto particular di Pablo Pérez Tremps.

<sup>41</sup> § 5 del *Fundamentos jurídicos*.

ti profili è assai significativa: la sentenza preannuncia di fatti l'estensione della giurisprudenza in tema di tutela dei diritti fondamentali elaborata sull'extradizione al MAE, che giunge nello stesso anno.

Nella STC 177/2006, dinanzi al rilievo per cui la decisione quadro (art. 5 pre-riforma del 2009) non imponeva la condizione della possibilità di un giudizio di revisione e né la Ley 3/2003 provvedeva in tal senso, il Tribunal afferma infatti che ciò non significa che una tale esigenza possa essere ignorata, in quanto inerente al contenuto essenziale del diritto ad un processo con tutte le garanzie, diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione spagnola. Di conseguenza, tale esigenza deve essere rispettata, implicitamente o esplicitamente, da ogni legge nazionale emanata a questo fine<sup>42</sup>.

La STC 199/2009 è forse la pronuncia più importante di questa linea giurisprudenziale, poiché rappresenta una risposta radicalmente differente allo stesso problema rispetto alla pronuncia con cui il Tribunal opererà il rinvio pregiudiziale del caso *Melloni*. In questa sentenza, coerente con la dottrina della violazione indiretta, il Tribunal opera un'interpretazione conforme alla CEDU (Di Martino, 2014, 5) e accoglie un amparo affermando che la consegna in Italia di una persona condannata in contumacia avrebbe violato il nucleo duro del diritto a un processo con tutte le garanzie riconosciuto dall'art. 24.2 Const. e dall'art. 6 CEDU. Una posizione che, a seguito del futuro rinvio pregiudiziale, si sarebbe scontrata con una posizione del tutto differente, anche sull'interpretazione delle garanzie CEDU, della Corte di giustizia. Peraltro, la STC 199/2009 è accompagnata da due votos particulares assai importanti. Il primo di Rodríguez-Zapata Pérez, che contestava l'equiparazione tra MAE ed extradizione. Il secondo di Pérez Tremps, che rilevava come la condivisione di una comune cultura europea dei diritti fondamentali accompagnata da un comune parametro (art. 6, par. 2, TUE) implichi che uno Stato, in linea di principio, non può imporre ad altri Stati il suo parametro di protezione dei diritti fondamentali, ma deve muoversi all'interno del parametro comune, sia sul piano sostanziale che procedurale; l'eventuale lesione dei diritti in uno di questi Stati comporta non una riparazione appiattita sulla dimensione statale, ma esige il ricorso alla Corte EDU la cui giurisdizione è accettata da tutti gli Stati che sono accomunati da tale cultura. Inoltre, alla luce del principio del mutuo riconoscimento, accettato dagli Stati membri, solo l'ordinamento sovranazionale avrebbe potuto stabilire eccezioni al suo operare – linea argomentativa affine a quella della Corte di giustizia in *Melloni* – e proprio alla luce di questa premes-

---

<sup>42</sup> § 7 del *Fundamentos jurídicos*.

sa, ove il Tribunal avesse ritenuto imprescindibile l'operatività dell'eccezione relativa alla sua interpretazione del diritto alle garanzie procedurali avrebbe dovuto invece optare per il rinvio pregiudiziale.

Rinvio operato per la prima volta con la ATC 86/2011, forse anche alla luce di analoghi rinvii di altre corti costituzionali (Torres Pérez, 2012, 122). Il Tribunal constitucional era stato chiamato ancora una volta a decidere sull'amparo di un cittadino italiano del quale era stata richiesta la consegna ai fini dell'esecuzione di una pena detentiva. La pronuncia si colloca dopo l'entrata in vigore della decisione quadro 2009/299/GAI, che modifica in maniera importante la decisione quadro del 2002 introducendo l'art. 4-*bis*, afferente proprio alle decisioni pronunciate a seguito di un processo in cui l'interessato non sia comparso di persona. Ivi si prevede una serie di condizioni compendiabili nell'avvenuta conoscenza del processo da parte dell'imputato e della partecipazione del suo difensore, al ricorrere delle quali il rifiuto facoltativo della consegna non è possibile. Il Tribunal pone alla Corte di giustizia ben tre quesiti: *i*) se l'art. 4-*bis*, par. 1 vada essere interpretato, alla luce dei casi ivi indicati, nel senso che vieta al giudice di subordinare l'esecuzione del mandato alla condizione che la sentenza di condanna possa essere riesaminata; *ii*) in caso di soluzione affermativa, se esso si ponga in contrasto col diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo *ex* art. 47 CDFUE e con i diritti della difesa di cui all'art. 48, par. 2, CDFUE; *iii*) in caso di soluzione affermativa al precedente quesito, se l'art. 53 CDFUE, interpretato alla luce degli artt. 47 e 48, par. 2, CDFUE, possa consentire a uno Stato membro di subordinare in tali ipotesi la consegna alla possibilità di un riesame della sentenza di condanna, assicurando così un più alto livello di protezione rispetto a quello garantito dal diritto europeo allo scopo di evitare un'interpretazione che comprima un diritto fondamentale sancito in una costituzione nazionale. Si tratta di un'apertura storica, definita un atto definito «coraggioso» che mette in discussione l'orientamento del Tribunal degli anni precedenti e che non ne mina il prestigio, ma lo rafforza (Torres Muro, 2013, 362-363). Una sentenza alla quale si accompagna un altro voto particular di Pérez Tremps.

Un'opinione che si colloca peraltro in coerenza con quella espressa in margine alla STC 199/2009, tanto che come lo stesso giudice ammette si tratta di un suo naturale corollario. Ribadendo la convinzione che il Tribunal avesse seguito un ragionamento fallace intorno alla portata dell'art. 24 Const. e a quella delle garanzie del MAE, si richiamano anzitutto le linee argomentative dei votos particulares di Cruz Villalón e Jiménez de Parga nella STC 91/2000, in cui si evidenziava la difficoltà di determinare il «contenuto assoluto» di un



diritto fondamentale – tramutato nell’ordinanza del 2011, senza ulteriori spiegazioni, in «contenuto essenziale»<sup>43</sup> – e si rileva che una difficoltà del genere cresce senz’altro se questi concetti, così indeterminati, vengono traslati in ambito comunitario, dove per definizione si pone la questione della necessaria cooperazione tra gli ordinamenti nazionali, i rispettivi sistemi di garanzia e il tema del loro rispetto. Da qui, richiamato l’argomento portato in evidenza nel 2009 sulla condivisione, da parte degli Stati membri, di una cultura dei diritti fondamentali elaborata intorno a un parametro comune (art. 6, par. 2, TUE) e derivato da vari elementi che vengono con cura riepilogati, viene ripresa l’idea per cui sarebbe necessario che uno Stato non imponga all’altro il proprio parametro di garanzia, e accetti invece le garanzie offerte in relazione al parametro comune: del resto, si sottolinea, il principio di equivalenza e adeguatezza della tutela assume un significato peculiare in seno all’Unione, la quale acquista un proprio senso politico e giuridico proprio in base al legittimo affidamento degli Stati – oltre che nelle istituzioni europee – anche nei confronti di altri Stati. Nel voto particular si evidenzia quindi come sull’art. 24 Const. non solo si consumi non solo una contraddizione interna – l’ordinamento nazionale accetta processi *in absentia* in certi casi (artt. 786.1 e 971 cod. proc. pen.) – ma che proprio seguendo la dottrina della violazione indiretta dalla giurisprudenza CEDU sembra invece vada escluso che il contenuto assoluto – o essenziale – del diritto consista nell’imposizione della presenza dell’imputato in ogni caso, e neppure che debba essere prevista la garanzia di un controllo giurisdizionale della condanna alla base del MAE. La conclusione è che alla luce dei criteri che il Tribunal considerava di per sé integranti il parametro costituzionale, il rinvio non era affatto necessario (*contra*, Arroyo Jiménez, 2015, 336 ss.). Gli argomenti che la sostengono – chiosati dalla sottolineatura dell’accordo pieno del giudice alla decisione della Corte di «abbandonare sterili dispute di *gerarchie giurisdizionali* per inserirsi in un dialogo molto più fruttuoso» – introducono la risposta della Corte di giustizia.

La sentenza *Melloni*<sup>44</sup> non reca aperture contenutistiche. neppure rispetto alla terza questione, portatrice della fondamentale problematica dei livelli di tutela dei diritti fondamentali. Quanto al primo quesito, la Corte afferma che l’art. 4-*bis*, par. 1 vieta al giudice di subordinare l’emissione del MAE alla previsione della possibilità di una revisione della sentenza di condanna; per sostenerlo, fa leva sulla lettera della disposizione, sul criterio sistematico e su

<sup>43</sup> Si tratta di nozioni, come sottolineato dallo stesso giudice, che il Tribunal aveva ritenuto vicine ma mai del tutto sovrapposte.

<sup>44</sup> CGUE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, C-399/11.

quello teleologico, in base al quale rileva che, prevenendo «in maniera esaustiva» i motivi di rifiuto dell'esecuzione in caso di sentenza in *absentia*<sup>45</sup>, scopo della disposizione è l'implementazione della cooperazione giudiziaria in materia penale «migliorando il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri»<sup>46</sup>. Quanto al secondo, la Corte ricostruisce la portata del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo (art. 47) e dei diritti della difesa (art. 48, par. 2, CDFUE) nel senso che l'imputato può rinunciare in maniera volontaria «a condizione che la rinuncia risulti in modo inequivocabile», e «anche quando l'imputato non sia comparso personalmente, la violazione del diritto ad un equo processo non sussiste allorché egli è stato informato della data e del luogo del processo o è stato assistito da un difensore da lui nominato a tal fine». Tale interpretazione è ritenuta conforme ai diritti di cui all'art. 6, parr. 1 e 3, CEDU nell'interpretazione datane dalla Corte europea<sup>47</sup>. In ultimo, viene respinta l'interpretazione dell'art. 53 CDFUE ipotizzata dal Tribunal constitucional, che sarebbe «lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione»<sup>48</sup>. L'art. 53 confermerebbe sì, «che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali», ma l'art. 4-bis, par. 1, decisione quadro 299/2009/GAI «non attribuisce agli Stati membri, quando l'interessato si trova in una delle quattro situazioni indicate in tale disposizione, la facoltà di rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo»<sup>49</sup>. Dunque, riflettendo la decisione quadro il consenso raggiunto dagli Stati membri alla portata dei «diritti processuali» delle persone condannate in *absentia* soggette a richiesta di MAE, l'interpretazione ipotizzata dal Tribunal constitucional incrinerebbe «l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito da tale decisione quadro, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro»<sup>50</sup>.

L'ultimo atto della vicenda *Melloni* è rappresentato dalla STC 26/2014. Il Tribunal, dopo aver ripercorso la propria dottrina della violazione indiretta in relazione al diritto a un processo con le dovute garanzie (art. 24.2 Const.), ridefinisce il contenuto assoluto dello stesso alla luce della giurisprudenza della

<sup>45</sup> § 44.

<sup>46</sup> § 43.

<sup>47</sup> § 50, ove si richiama ad esempio Corte EDU, Grande Camera, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, ric. n. 56581/00.

<sup>48</sup> § 58.

<sup>49</sup> § 60 e § 61.

<sup>50</sup> § 62 e § 63.

Corte di giustizia e di quella della Corte EDU, alle quali, alla luce di tale dottrina, lo stesso dovrebbe a rigore far riferimento. Ripercorse tali giurisprudenze, il Tribunal, superando la giurisprudenza elaborata a partire dalla STC 91/2000, giunge, questa volta, alla conclusione che non viola il contenuto assoluto del diritto in questione l'ipotesi di condanna *in absentia* senza possibilità di rimedi *ex post* alla mancata comparizione nel processo, quando questa è determinata da una scelta volontaria dell'imputato debitamente chiamato in giudizio che risulti in maniera inequivocabile, ed egli sia stato effettivamente assistito dal difensore designato<sup>51</sup>. Invero, prima di ridefinire il contenuto del diritto fondamentale, il Tribunal afferma di dover «integrare» («completar») la risposta della Corte di giustizia con la dottrina elaborata con la DTC 1/2004 in merito alla «cessione costituzionale» di cui all'art. 93 Const. È un passaggio importante. Il Tribunal rievoca i limiti materiali, sottesi al senso profondo della Costituzione, che si traducono nel rispetto del sistema valoriale e dei principi fondamentali ivi sanciti oltre che della sovranità dello Stato. Riprese poi le parti della DTC 1/2004 in cui si delinea il rapporto tra diritto spagnolo e diritto dell'Unione e i termini dell'integrazione europea, chiosa riportando il passaggio in cui si afferma che nel caso in cui il diritto europeo risultasse inconciliabile con la Costituzione e i suoi «ipotetici eccessi» non fossero sanati attraverso i rimedi ordinariamente previsti, «il mantenimento della sovranità del popolo spagnolo e della supremazia della Costituzione che questo si è dato potrebbero indurre la Corte ad affrontare i problemi che in tal caso si presenterebbero, problemi che nella prospettiva attuale sono considerati inesistenti, attraverso le pertinenti procedure costituzionali»<sup>52</sup>.

Più di recente, si riscontrano oscillazioni rispetto ad alcune linee consolidate. Nella STC 132/2020, era stata posta la questione se il contenuto del diritto di cui all'art. 24.2 Const. individuato nella STC 26/2014 valesse anche nel caso dell'estradizione. La sentenza, definita «confusionaria» (Ripol Capulla, 2021, 233), pur partendo da premesse che sembrano andare nella direzione di una distinzione tra i regimi garantistici verso l'estradizione e il MAE – a differenza, come si è visto, della posizione tradizionale – continua a equiparare la dimensione di garanzia costituzionale nel funzionamento dei due istituti, in linea con la STC 26/2014<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> § 4 del *Fundamentos jurídicos*.

<sup>52</sup> § 3 del *Fundamentos jurídicos*.

<sup>53</sup> Come evidenza nel suo voto particolare il giudice Ollero Tassara.

## 5. AFFINITÀ E DIVERGENZE

– I punti di partenza delle due esperienze al momento dell'adozione della decisione quadro sono certamente differenti. L'Italia giunge a quel momento con una dottrina sui rapporti tra diritto nazionale e diritto dell'Unione consolidata da un ventennio sull'assetto definito nella sentenza n. 170 del 1984, tutt'altro che rigido, visto che pure la dottrina della doppia pregiudiziale si colloca in coerenza in uno schema dove si è sempre cercato un «coordinamento». La Spagna, dal canto suo, ha recepito la decisione quadro in un contesto in cui il Tribunal constitucional aveva delineato i rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo in termini di rigido dualismo. Le peculiarità dei due contesti politici dei primi anni Duemila hanno poi fatto sì che l'Italia attuasse la decisione quadro solo nel 2005, ben due anni dopo la Spagna.

Gli itinerari giurisprudenziali riflettono la differente dottrina adottata dai rispettivi giudici costituzionali; accomunati da una sempre maggiore apertura verso la Corte di giustizia seppur attraverso percorsi eterogenei, il Tribunal constitucional – dopo una lunga, ostinata ritrosia – ha aperto al «dialogo» su una questione rispetto alla quale, dopo *Melloni*, è stato spinto a rivedere un'interpretazione risalente e consolidata su un diritto fondamentale, mentre la Corte costituzionale ha operato due rinvii *ex art. 267 TFUE* dando continuità a una fase in cui ha cercato di riassumere una centralità a lungo attenuata nei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo. In Italia sono stati promossi giudizi di legittimità costituzionale afferenti tanto a diritti relativi alla dimensione del processo quanto a principi quali l'eguaglianza e il finalismo rieducativo delle pene; in Spagna si è rimasti per lo più su una dimensione processuale, probabilmente anche perché il Tribunal ha accolto sin da subito una lettura dell'istituto marcatamente processualista, escludendo il rilievo del diritto alla legalità delle pene. Assai interessante è però il fatto che nonostante le numerose e autorevoli critiche al superamento della doppia incriminazione nella decisione quadro, in nessun caso, in quasi vent'anni di giurisprudenza costituzionale, sia mai venuta in rilievo una questione sulla legalità penale.

E ancora. Nella giurisprudenza spagnola, importanti votos particulares hanno tracciato possibili linee di sviluppo riprese a distanza di qualche anno dal Tribunal constitucional dopo l'interlocuzione con la Corte di giustizia, la quale ha rimesso in discussione postulati decisamente consolidati. Nella giurisprudenza italiana l'assenza del *dissent* rende certamente meno evidente l'esistenza di linee argomentative minoritarie e della loro eventuale, successiva emersione, ma in queste pronunce la Corte costituzionale non è mai giunta

a ridefinizioni del contenuto di un diritto fondamentale come quella operata dal Tribunal constitucional.

Nell'esperienza spagnola, dopo l'apertura alla Corte di giustizia e la sentenza *Melloni*, il Tribunal constitucional, pur assecondandone la linea interpretativa, è giunto a evocare i limiti materiali ricondotti all'art. 93 Const.: al di là di questo fatto, non certo indice di una aperta contrapposizione che non c'è stata, dopo «il primo passo» rappresentato da *Melloni* si è rilevato che ancora manca una vera «cultura del dialogo» con la Corte di giustizia (Rodríguez-Izquierdo Serrano, 2015, 1527-1528). In quella italiana si sono evocati i principi supremi, in maniera meno «oppositiva», per così dire, ma la tensione critica con il diritto europeo è stata notevolmente attenuata dall'opera ermeneutica della Corte di Cassazione – specie sul caso dei limiti massimi alla carcerazione preventiva la cui previsione è imposta dall'art. 13, ultimo comma, Cost. Peraltro, anche in Italia si è avuta un'importante precisazione circa i rapporti con il diritto dell'Unione, quando la Corte ha scelto nella sentenza n. 227 del 2010 di estendere il parametro all'art. 11 Cost. e di delinearne la dimensione assiologico-costituzionale, sottolineandone il carattere fondamentale nel processo d'integrazione europea.

In questi vent'anni, le vicende analizzate sono state attraversate dal fallimento del progetto del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, dal Trattato di Lisbona, che ha fatto assurgere la Carta di Nizza tra le fonti di diritto primario, a una nuova sensibilità della stessa Corte di giustizia manifestata proprio in materia di MAE. E proprio sul fronte del rapporto con la Corte di giustizia si registrano significative convergenze nella tendenza dei giudici costituzionali a entrare nel vivo del dialogo tra Corti nello spazio giuridico europeo. Il che introduce un ultimo punto emergente da questo studio.

## 6. INTEGRAZIONE INTERORDINAMENTALE E TUTELA DEI DIRITTI IN UN JUDGE-MADE SYSTEM

– Sia la Corte che il Tribunal constitucional sono passati da un approccio incentrato sull'invito ai giudici comuni a interloquire con la Corte di giustizia accompagnato dalla loro autoesclusione dal circuito dialogico a una fase nuova in cui, accettata la qualifica come giudici del rinvio – nell'esperienza spagnola, *Melloni* rappresenta proprio il primo caso – tendono a riposizionarsi verso il centro del *judge-made system*. Un centro che possono occupare soltanto rispetto alla garanzia della legalità costituzionale e non certo rispetto a quella

europea, in relazione alla quale possono solo ambire al ruolo di interlocutore privilegiato della Corte di giustizia.

Non è poi senza significato che con il mutare dell'efficacia giuridica della Carta di Nizza, definita vero e proprio «*bill of rights* comunitario» (Rubio Llorente, 2002, 45; Rodotà, 2012, 33), siano mutati gli stessi itinerari giurisprudenziali. Non solo quelli delle corti nazionali. La stessa Corte di giustizia ha col tempo superato la rigida impostazione di *Melloni*<sup>54</sup> – dove il mutuo riconoscimento assurge a un ruolo preminente – valorizzando proprio il contenuto della Carta. Dapprima con pronunce in cui, in una sorta di dialogo indiretto con la giurisprudenza CEDU, ha riconosciuto esserci valori che possono incrinare lo schema consolidato, quali la dignità umana, demandando ai giudici nazionali un test in due fasi di tipo astratto-concreto sulle possibili violazioni della stessa<sup>55</sup> e, in caso di prognosi positiva, legittimando il rifiuto la consegna. Valori tra cui rientra lo stesso rispetto dello stato di diritto<sup>56</sup>. Sono pronunce in cui «non è venuta più in gioco l'identità costituzionale degli Stati membri, ma quella della stessa Unione» (Cappuccio, 2022, 307). In seguito, in *Dorobantu*<sup>57</sup>, l'art. 4 CDFUE viene contenutisticamente definito attraverso il richiamo alla giurisprudenza della Corte europea sull'art. 3 CEDU, e il divieto di trattamenti inumani e degradanti collocato su un piano sovraordinato rispetto all'efficienza della cooperazione giudiziaria in materia penale e al mutuo riconoscimento. La valorizzazione della Carta porta dunque a un nuovo schema garantista in cui il primo controllo è svolto dai giudici nazionali, che operano il test astratto-concreto delineato in *Aranyosi*, e l'ultima garanzia è costituita dalla Corte europea, custode dei livelli di garanzia in relazione al divieto *ex art. 3 CEDU* – e, di riflesso, *ex art. 4 CDFUE*. «Tutto il sistema introdotto dalla decisione quadro», si è osservato dinanzi a questi sviluppi, «si paralizza dinanzi a un valore fondativo dei trattati europei» (Cappuccio, 2022, 309).

Da un'analisi diacronica ci sembra dunque di poter inferire che le vicende del MAE sono state a vario modo conformate dai diversi passi verso la costituzionalizzazione dell'Unione e dalla peculiare ricezione degli stessi dalle corti costituzionali da un lato e dalla Corte di giustizia dall'altro. Ma paradossalmente, a rilevare, più che i dialoghi con le corti costituzionali – e i casi di Italia e Spagna sono assai significativi, almeno rispetto ai valori in gioco – è

<sup>54</sup> Nonché della sentenza *Radu* (CGUE, Grande Sezione, 29 gennaio 2013, C-396-11).

<sup>55</sup> CGUE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, Cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*.

<sup>56</sup> CGUE, Grande Sezione, 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*.

<sup>57</sup> CGUE, Grande Sezione, 15 ottobre 2019, C-128/18.

stata l'autocomprensione della Corte di giustizia, il rilievo della CDFUE e il ruolo della stessa Corte nella sua interpretazione.

Al netto di questo esito, appare però evidente che le esperienze costituzionali esaminate sono accomunate da una sempre maggiore attitudine al dialogo, indipendentemente dai suoi esiti, attraverso il rinvio, poderoso fattore d'integrazione (Chiti, 2012, 748). Per intenderci, la sentenza *Melloni* rappresentava un radicale rigetto dell'assetto interpretativo assai consolidato del Tribunal constitucional sull'art. 24.2 Const., il quale nella STC 26/2014 giunge però a ripudiarlo, adeguandosi alla linea interpretativa della Corte di giustizia perfino in casi afferenti all'extradizione. Quanto alla Corte italiana, i due rinvii pregiudiziali del 2021, a cui si può certamente aggiungere la sentenza n. 227 del 2010 che dà precedenza al parametro europeo, sono assai significativi in tal senso. Il fatto che in entrambe le giurisprudenze si evochino i principi supremi non va sopravvalutato: il richiamo è fisiologico ove si tenga in considerazione che se gli interlocutori non ne fissano i termini non può esserci dialogo.

## 7. CONCLUSIONI

– L'etimologia delle parole è illuminante. «Integrare» deriva dall'omonima parola latina, che deriva a sua volta da *intēger*, ossia «integro». Implica appunto completare, rendere perfetto un qualcosa colmando una sua mancanza o aggiungendovi quanto è necessario e utile per una maggiore efficienza; integrare è anche reciproco completarsi. Ed è questa la chiave di lettura delle due esperienze: integrazione.

Integrazione che significa da parte delle corti costituzionali far valere il proprio orizzonte valoriale, le proprie precomprensioni<sup>58</sup>, e da parte della Corte di giustizia le proprie. È un punto che si lega al fatto che i valori, ben lungi dall'essere estranei al giuridico, rappresentano invece il «*nucleo di senso dell'ordinamento*», e cioè il senso «che non potrebbe essere mutato senza mutare il sistema stesso» (Longo, 2007, 347). Eppure il valore, che orienta la conoscenza, deve esser esso stesso decodificato, compreso, interpretato. E le esperienze analizzate hanno evidenziato quanto dinamica possa essere la lettura dei sistemi valoriali sottesi alle costituzioni nazionali, alla Carta di Nizza e, infine, alla CEDU. Se «*la complessità genera differenziazione*» (ivi, 301), è pur vero che per diversi anni la Corte di giustizia ha risposto imponendo la

<sup>58</sup> Emblematica la vicenda dell'interpretazione dell'art. 24.2 Const. da parte del Tribunal constitucional.

preminenza del mutuo riconoscimento, che significa invece omogeneizzazione. E tuttavia, a Carta di Nizza e giurisprudenza CEDU invariata, la stessa Corte di giustizia ha poi ridimensionato la portata del mutuo riconoscimento dinanzi a questioni che involgevano una dimensione valoriale che rappresenta un autentico nucleo duro del costituzionalismo europeo. È venuta in gioco la dignità umana, e la Corte di giustizia ha affermato che di fronte a essa non può esservi bilanciamento. Semplificando – forse troppo – potremmo dire che le vicende evidenziano dialoghi e conflitti tra poteri per la tutela di diritti. Ma le cose sono più complesse di così.

È anzitutto necessario aborrire la lente del tutto o niente: l'integrazione, il *perfezionamento* di un sistema così complesso richiede, come diceva un *ex* Vicepresidente del Tribunal constitucional, una «soluzione pragmatica» (Rubio Llorente, 2002, 48-49), mediazioni e ricerca di un punto di incontro, tenendo però in considerazione che ci sono profili su cui una mediazione non può esservi. E d'altra parte, qual è la funzione dei limiti evocati nella STC 26/2014 o dei principi supremi richiamati nell'ordinanza n. 216 del 2021, se non «un'azione protettiva nei confronti del nucleo di senso dell'ordinamento costituzionale» (Longo, 2007, 407)? Sempre Rubio Llorente ha sostenuto che prima o poi il dualismo – anche – giurisprudenziale dovrà essere in una certa misura superato, in un futuro in cui si presume l'integrazione europea sufficientemente matura al punto da avvicinarsi molto a una forma di governo *politicamente* – appunto – *integrata*. Eppure, lo si è detto, questo dualismo giurisprudenziale determina, attraverso i suoi attori, le stesse condizioni di esistenza di questo processo di avvicinamento. E nel porre i termini del dialogo, nel definire il confine oltre il quale questo non può esservi, va da sé, la sfida è quella di trovare la giusta misura. *Katà métron*.

Un ultimo punto riguarda la costituzionalizzazione dell'Unione e in particolare il funzionamento del *judge-made system*. È innegabile che quest'ultimo sia condizionato dall'autocomprensione dei suoi interpreti. Che l'autocomprensione degli interpreti si lega all'identità costituzionale di ogni ordinamento, la quale, anche quando ci riferiamo all'art. 4, par. 2, TUE<sup>59</sup>, non può che far riferimento al diritto costituzionale nazionale (von Bogdandy e Schill, 2011, 1428-1429). Che l'identità costituzionale va dinamicamente formandosi nel fluire storico, nell'esperienza giuridica e che tanti fattori, incluso lo stesso *judge-made system*, contribuiscono di volta in volta a rimodularla in

<sup>59</sup> Sáenz Pérez ha sostenuto che la clausola ivi contenuta potrebbe essere interpretata in maniera simile all'*Identitätskontrolle* operato dal BVerfG e applicata come limitata eccezione al fine di assicurare gli standard più elevati di tutela garantiti a livello nazionale (2018, 26).



una sorta di moto circolare. Fondamentale è dunque il funzionamento dei circuiti giurisdizionali, ma non meno fondamentali sono le scelte politiche sulle «carte», le quali si collocano su un piano che rispetto ai primi è senza dubbio priore. In ambito europeo, per lungo tempo la Corte di giustizia era stata padrona dei «processi di individuazione e di applicazione-tutela dei diritti fondamentali», e proprio la Carta di Nizza «introduce un vincolo testuale comunque più ingombrante della *inventio* delle tradizioni costituzionali comuni, riequilibrando», attraverso l'incidenza su quei processi, «il rapporto tra politica e giurisdizione» (Pinelli, 2008, 57-58). Non è un caso che, alla luce della giurisprudenza analizzata, tanto l'azione della Corte di giustizia quanto quella dei giudici costituzionali nazionali abbiano risentito in maniera profonda dell'assurgere della Carta di Nizza tra le fonti di diritto primario.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.

- ADAM, ROBERTO E TIZZANO, A. (2014), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli.
- AMALFITANO, C. (2010), *Il mandato d'arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, in *Forum di Quad. cost.*, 23 dicembre 2010, 1-10.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. (2015), *Los derechos fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Adm.*, ora in E. Alonso Regueira (a cura di), *El control de la Actividad Estatal. I. Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, Buenos Aires, Asociación de la Facultad de Derecho (UBA), 2016, 335-355.
- BARILE, P. (1983) *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 2406 ss.
- BOGDANDY VON, A. E SCHILL, S. (2011), *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 48, 1417-1454.
- CAIANIELLO, V. E VASSALLI, G. (2002), *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 114.2, 462-467.
- CALVANO, R. (2010), *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo*, in *Rivista AIC*, 4, 1-10.
- (2007), *Mandato d'arresto europeo e problemi costituzionali in relazione alla giurisdizione della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 35 TUE*, in Id. (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Napoli, Jovene, 2007, 23-68.
- (2006), *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 13 febbraio 2006.

- CAPPUCCIO, L. (2022), *Mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali. Un percorso giurisprudenziale*, in *Quad. cost.*, 2, 293 ss.
- CASSESE, A. (2004), *Mandato d'arresto europeo e Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1, 129-130.
- CELOTTO, A. (2007), *Mandato di arresto europeo e giudici costituzionali nazionali: una nuova frontiera dei controllimiti*, in R. Calvano (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Napoli, Jovene, 195-204.
- CHITI, M.P. (2012), *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 5, 745-757.
- DI MARTINO, A. (2014), *Ancora sul mandato d'arresto europeo: osservazioni a margine di una sentenza irlandese che ha rifiutato l'esecuzione del MAE sulla base della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Diritticomparati.it*, 14 aprile 2014, 1-7.
- (2013), *Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia*, in *Diritti comparati.it*, 2 aprile 2013, 1-6.
- (2007a), *Principio di territorialità e protezione dei diritti fondamentali nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. Osservazioni alla luce della giurisprudenza costituzionale di alcuni Stati membri sul mandato d'arresto europeo*, in R. Calvano (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Napoli, Jovene, 69-138.
- (2007b), *La Corte di giustizia sul mandato d'arresto europeo: una lettura minimalista sostiene la validità della decisione quadro*, in *Giur. cost.*, 4, 2007, 3699-3713, ora in R. Nania (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi studio*, Torino, Giappichelli, 2012, 217-237.
- DONAIRE VILLA, F.J. (2018), *La Euroorden, los derechos y el primado de la primacía: consecuencias y paradojas del diálogo judicial en el Asunto Melloni*, in *SALS Research Paper*, 1, 3-43.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (2010), *La jurisprudencia constitucional comparada sobre la orden europea de detención y la naturaleza jurídica de los actos del tercer pilar*, in *Rev. Der. Comun. Eur.*, 35, 169-192.
- IOVINO, F. (2009), *La costituzionalità del Mandato di arresto europeo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.
- LA PERGOLA, A. (2003), *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 4, 2419-2441.
- (1999), *Constitución e integración europea: la contribución de la jurisprudencia constitucional*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 6, 9-36.
- LATTANZI, G. (2012), *Il mandato d'arresto europeo nell'ordinamento italiano*, Intervento all'incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana e i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, Lisbona, 16 novembre 2012, 1-19, consultabile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- LONGO, A. (2007), *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, Jovene.

- MITSILEGAS, V. (2015), *The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 4, 457-480.
- PACE, A. (2007), *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3, 451-470.
- PÉREZ TREMPs, P. (2004), *Constitución española y Unión europea*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 71, 103-121.
- (2001), *La Constitución española antes y después de Niza*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 13, 267-294.
- PINELLI, C. (2020), *La consegna del cittadino di uno Stato terzo (nota a Cass. pen. n. 10371/2020)*, in *Giustizia insieme*, 5 maggio 2020.
- (2018a), *Violazioni sistematiche dei diritti fondamentali e crisi di fiducia fra Stati membri in un rinvio pregiudiziale della High Court d'Irlanda*, in *Quad. cost.*, 2, 507-518.
- (2018b), *Diritto pubblico*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, il Mulino, 2022.
- (2010), *Omogeneità costituzionale e identità nazionale nella vicenda del mandato d'arresto europeo*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, Jovene, 1671-1685.
- (2008), *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1, 45-67.
- POLLICINO, O. (2008), *European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: a Case Law-Based Outline in the Attempt to Strike the Right Balance between Interacting Legal Systems*, in *Ferman Law Journal*, 9(10), 1313-1355.
- RIPOL CAPULLA, S. (2021), *La Carta de derechos fundamentales de la Unión europea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en proces de amparo*, in *Freedom, Security & Justice. European Legal Studies*, 1, 219-237.
- RODOTÀ, S. (2012), *Il diritto di avere diritti*, 4<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, Laterza, 2015.
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. (2015), *The Spanish Constitutional Court and Fundamental Rights Adjudication After the First Preliminary Reference*, in *German Law Journal*, 6, 1509-1528.
- ROSANVALLON, P. (2008), *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Éditions du Seuil (tr. it. di F. Domenicali, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, Torino, Rosenberg&Sellier, 2015).
- RUBIO LLORENTE, F. (2002), *Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 64, 13-52.
- SÁENZ PÉREZ, C. (2018), *Constitutional identity as a tool to improve defence rights in European criminal law*, in *New Journal of Eur. Crim. Law*, 9(4), 446-463.
- SORRENTINO, F. (2007), *Legalità dei reati e delle pene e mandato d'arresto europeo tra principi costituzionali nazionali e principi fondamentali europei*, in R. Calvano (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Napoli, Jovene, 15-21.

- SPAVENTA, E. (2007), *Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino*, in *European Constitutional Law Review*, 3(1), 5-24.
- SPENCER, J.R. (2004), *The European Arrest Warrant*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 6, 201-217.
- TORRES MURO, I. (2013), *La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 febrero de 2013)*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 97, 343-370).
- TORRES PÉREZ, A. (2012), *Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door; Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 8, 105-127.

Corren tiempos convulsos para el constitucionalismo liberal-democrático y, por ello, en esta obra en dos volúmenes se recoge una pléyade de trabajos que indagan en el sentido del constitucionalismo (¿Qué constitucionalismo?), afrontando los desafíos que contestan algunas de las bases sobre las cuales veníamos ordenando la convivencia democrática en nuestras sociedades. Desde la globalización y la integración europea, a la crisis de la forma de gobierno parlamentaria y las formas de participación política, pasando por los mecanismos de defensa del Estado de Derecho, la tutela de derechos fundamentales en especial ante los avances tecnológicos, o nuevos planteamientos en relación con cuestiones clásicas como la justicia constitucional o el sistema de fuentes.

Una obra que es expresión, además, de un diálogo con vocación europea y carácter intergeneracional entre constitucionalistas ítalo-españoles, que incluye desde jóvenes que están iniciando ahora sus carreras académicas a los más consagrados maestros. Siguiendo así con el espíritu del Seminario Ítaloespañol de estudios constitucionales que desde su primera edición en 2012 viene sirviendo de foro de encuentro de constitucionalistas de ambos países (principalmente, pero no solo) para abordar cuestiones pioneras de nuestra disciplina. Una red académica que ha trascendido estas relaciones bilaterales para adquirir dimensión europea a través de las acciones Jean Monnet *Eucons: building a common European constitutional culture*.

Los trabajos recogidos en esta obra fueron presentados como ponencias y comunicaciones en el VI Congreso Internacional ¿Qué constitucionalismo? celebrado en Granada en octubre de 2022 y han sido sometidos a un proceso de revisión académica para su selección y publicación. Toda la información del Seminario Ítaloespañol en <https://seminarioitalospagnolo.com/>

