

Constitucionalismo: diálogos intergeneracionales entre España e Italia

Vol. II

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 II

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, 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 II

ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

48.	El camino constitucional para la secesión de entidades infraestatales en un Estado constitucional. La red de voluntades democráticas, <i>Gaspar González Represa</i>	17
49.	<i>The tip of the iceberg</i> . Note a margine del giudizio di <i>reference</i> della Corte Suprema sul secondo referendum indipendentista scozzese, <i>Laura Frosina</i>	39
50.	Os sintomas do federalismo cooperativo brasileiro, <i>Diego Fernandes Guimaráes</i>	55
51.	PNRR y territorio: una visión dinámica, <i>Tanja Cerruti</i>	77
52.	«Metitiamoci una <i>milestone</i> sopra». Alcune considerazioni sull'incidenza del sistema di <i>governance</i> e di attuazione del PNRR sulla tenuta del principio di leale collaborazione a presidio della forma di Stato regionale italiana, <i>Claudia Bianca Ceffa</i>	105
53.	La tutela della salute nei contesti emergenziali come banco di prova del regionalismo italiano: problemi e prospettive, <i>Ignazio Spadaro</i>	127
54.	La diversidad cultural en el Estatuto de Autonomía de Melilla, <i>Antonio Pérez Miras</i>	151

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y FINANZAS

55.	Dematerializzazione della ricchezza e nuove sfide per le finalità redistributive: l'impatto pandemico e le prospettive europee, <i>Alessia Tomo</i>	169
56.	Gli ordinamenti giuridici nazionali tra condizionalità e misure non convenzionali di politica monetaria: quali spazi per la sovranità costituzionale?, <i>Anna Camilla Visconti</i>	189
57.	¿Cómo garantizar la eficacia de los derechos procedimentales tributarios? El principio de buena administración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, <i>Rafael J. Sanz Gómez</i>	211

DERECHOS Y LIBERTADES

58.	Los márgenes de la proporcionalidad, <i>Pablo Riquelme Vázquez</i>	235
59.	La exigencia de verdad en la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, <i>José Antonio Sendín Mateos</i>	259
60.	La libera circolazione del minore nato tramite surrogazione di maternità, <i>Matteo Caldironi</i>	281
61.	I diritti del minore e le nuove forme di genitorialità, <i>Serenella Migliorino</i>	293
62.	Una relectura de la libertad de recibir información conforme a la interpretación evolutiva de los derechos, <i>Eloísa Pérez Conchillo</i>	317
63.	Il PNRR e la parità di genere nel mondo del lavoro: un'indagine alla luce della l. n. 162 del 2021, <i>Nannerel Fiano</i>	339
64.	La circolazione di beni culturali da minaccia all'identità culturale nazionale a risorsa per l'identità culturale europea, <i>Bruno Munari</i>	357
65.	El papel de las instituciones locales del País Vasco en la protección de los derechos culturales, <i>Jokin Babaze Aizpurua</i>	373
66.	La funzione sociale della retribuzione. Riflessioni a partire dalla Proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'UE COM(2020)682, <i>Maria Chiara Girardi</i>	393
67.	Verso una nuova sicurezza sanitaria globale? Obblighi di prevenzione del rischio sanitario oltre il Regolamento sanitario internazionale, <i>Donato Greco</i>	413

68.	La política de gestión de fronteras de la Unión y sus sistemáticas vulneraciones a la CDFUE: errores en la estrategia migratoria, <i>María Dolores Requena de Torre</i>	427
69.	El alcance de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la configuración del derecho a la vida en familia de las personas extranjeras en el ordenamiento jurídico español, <i>Lucía Padilla Espinosa</i>	447
70.	Soberanía, ciudadanía, migraciones y derechos humanos: la situación jurídico-social del migrante irregular desde un análisis filosófico y latinoamericano, <i>Diana Paula Fuhr</i>	469
71.	L'uomo postmoderno nella società della prestazione: attraverso il lavoro per la ricerca della dignità, <i>Massimiliano Baroni</i>	491
72.	La movilidad: de lo social a lo jurídico-constitucional, <i>Sara Marchena Galán</i>	507
73.	La relación entre el derecho de propiedad y el derecho penal en el TEDH, <i>Salvador Martínez Rompeltien</i>	523
74.	La politicità della libera concorrenza e le sue implicazioni, <i>Michele Barone</i>	543
75.	La influencia del derecho constitucional en las relaciones de consumo en el Perú: la tutela de las personas con discapacidad, <i>María Pía Díaz Díaz</i>	559

SOCIEDAD DIGITAL

76.	Derechos fundamentales e inteligencia artificial en el Estado social, democrático y digital de Derecho, <i>Miguel Ángel Presno Linera</i>	579
77.	Servizi di intelligence e Stato di Diritto: una comparazione tra Italia e Spagna, <i>Marco Schirripa</i>	597
78.	La provocada modificación de los fundamentos del constitucionalismo por la revolución tecnológica y los avances futuros, <i>Sonia María Fernández López</i>	615
79.	Diritto e tecnologia. Il costituzionalismo alla prova di Internet, <i>Valentina Cavani</i>	639
80.	¿Qué puede aportar el derecho a la protección de datos en la configuración de los derechos digitales?, <i>Daniel Jove Villares</i>	661

	Páginas
81. ¿La libertad está en juego? Moderación, neutralidad o control de contenidos en el ciberespacio, <i>Amir Al Hasani Maturano</i>	683
82. Las libertades informativas ¿Bajo el yugo de los sistemas de inteligencia artificial? Enfoque europeo, <i>Luis Carlos Bandrés Oróñez</i>	701
83. La Governance dell'ecosistema digitale tra cosmos e taxis: quali tutele nella società delle piattaforme?, <i>Giulia Bazzoni</i>	721
84. Motori di ricerca alla «ricerca» della verità: prime riflessioni sulla causa C-460/20 in materia di deindicizzazione di un contenuto presumibilmente non veritiero, <i>Daniela Messina</i>	743
85. La libertà di manifestazione del pensiero online tra controllo pubblico e poteri privati. La censura operata da Facebook sulle <i>fake news</i> , <i>Angela Gerosa</i>	767
86. La lucha contra el acoso y el ciberacoso escolar. Similitudes y diferencias en España, Italia y Francia, <i>Luis Fernando Martínez Quevedo</i>	783
87. Da cittadini elettori a cittadini consumatori: osservazioni sull'importanza di regolare le campagne elettorali sui social media, <i>Giuliaserena Stegher</i>	805
88. Una nuova era costituzionale alla prova delle tecnologie di riconoscimento facciale. Uno studio sulle applicazioni in Italia e in Spagna e le «contraddizioni», <i>Lorenzo Sottile</i>	835
89. A.I.(I.A.) al servizio della Pubblica Amministrazione: l'esperienza italiana nel contesto europeo, <i>Antonio Tipaldi</i>	853
90. L'utilizzo delle sandbox normative: una ricognizione comparata delle principali esperienze di tecniche di produzione normativa sperimentali, <i>Matteo Trapani</i>	871

MEDIO AMBIENTE

91. Le prospettive del bilanciamento tra paesaggio e ambiente dopo la revisione dell'art. 9 della Costituzione italiana: davvero un falso problema?, <i>Anna Papa</i>	895
92. La tutela del medio ambiente en las constituciones española e italiana: un análisis comparado, <i>Adrián García Ortiz</i>	913
93. El binomio agua y salud, dos derechos amenazados por la emergencia climática y sanitaria, <i>Belén Burgos Garrido</i>	937

	Páginas
94. Il cambiamento climatico: emergenza o transizione costituzionale?, <i>Francesco Gallarati</i>	965
95. La riforma dell'art. 9 della Costituzione e il diritto penale dell'ambiente, <i>Maria Di Maggio</i>	987
96. La riforma costituzionale dell'articolo 9. Anche un nuovo paradigma per lo status di migrante ambientale?, <i>Alice Stevanato</i>	1005
97. Litigância climática no Sul global: análise da sentença 4360- 2018 da Corte Constitucional Colombiana, <i>Thayana Bosi Oliveira Ribeiro</i>	1021

Organización territorial

EL CAMINO CONSTITUCIONAL PARA LA SECESIÓN DE ENTIDADES INFRAESTATALES EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL. LA RED DE VOLUNTADES DEMOCRÁTICAS

GASPAR GONZÁLEZ REPRESA¹
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *El estímulo democrático a favor de la secesión que motiva la negociación para su encaje constitucional o para ejercer un derecho de secesión regulado.*–3. *La teoría del doble acuerdo para el triple consentimiento en el proceso reglado para la secesión.*–4. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Frecuentemente, los estudios sobre la secesión de entidades infraestatales y su encaje constitucional se centran en las cuestiones más procedimentales de esta y los concretos pasos para que tenga lugar. Sin embargo, en ocasiones no se consigue dilucidar suficientemente todas las variables posibles en el concreto

¹ Doctor en Derecho Constitucional por la Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli* en cotutela con la Universidad de Málaga. Actualmente, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional en la Universidad de Málaga

La presente comunicación se basa en la tesis doctoral, «Self-determination and secession in constitutional democracies. A study of the Spanish case» desarrollada en la Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*, bajo la supervisión de la Dra. Daniela Bifulco, en cotutela con la Universidad de Málaga, bajo la supervisión del Profesor Ángel Rodríguez-Vergara Díaz, y defendida en mayo de 2022.

Esta comunicación se integra en el proyecto de investigación «La génesis de nuevos derechos fundamentales en España en el marco del constitucionalismo global (IUSGENESIS)», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación/Proyecto y por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía (ProyExcel_00457), con la referencia PID2021-126875OB-I00, IP Dr. Rafael Naranjo de la Cruz.

camino que una entidad infraestatal tendría por delante para lograr su independencia. El objetivo del presente capítulo es teorizar sobre un camino constitucional para la secesión que cree un entramado de voluntades democráticas obtenidas a través de las negociaciones entre los representantes políticos. Para ello, el capítulo se divide principalmente en dos partes. En primer lugar, el análisis de la expresión democrática de una voluntad secesionista que otorga legitimidad democrática a la secesión como aspiración política. Dicha expresión es el estímulo democrático que impulsa las negociaciones dirigidas, bien al encaje constitucional de la secesión si no está regulada, o bien, cuando esté ya regulada en un sistema constitucional, a la incoación del proceso reglado para ejercitar el derecho de secesión. Esta expresión democrática será el punto de partida de un largo camino político-constitucional que no necesariamente debe finalizar con una secesión exitosa. En segundo lugar, se analiza la «teoría del doble acuerdo para el triple consentimiento», una directriz para la regulación del proceso reglado marcada por el propio encaje constitucional de la secesión. De acuerdo con esta teoría, el proceso reglado para la secesión constituiría un proceso democrático decisorio en el que una entidad infraestatal decide sobre su secesión respetándose las expectativas de las minorías dentro de esta entidad y la mayoría en el resto del Estado al que pertenece. Para ello, esta teoría se basa en el acuerdo, por un lado, entre la región secesionista y el Estado matriz para recabar el consentimiento de ambos, que garantiza la exigencia de negociaciones políticas para el acuerdo bilateral entre región y Estado y el respeto de la mayoría existente en el resto del Estado; y, por otro lado, en el acuerdo interno y el consentimiento de la población de la entidad secesionista, que garantice el respeto de minorías disidentes que rechacen la secesión dentro de esta².

2. EL ESTÍMULO DEMOCRÁTICO A FAVOR DE LA SECESIÓN QUE MOTIVA LA NEGOCIACIÓN PARA SU ENCAJE CONSTITUCIONAL O PARA EJERCER UN DERECHO DE SECESIÓN REGULADO

La expresión democrática de una voluntad secesionista por un territorio, ya sea como estímulo para un posterior encaje constitucional de la secesión o

² ALÁEZ CORRAL y BASTIDA FREIJEDO, 2019, 284-290; distingue dos fases en el procedimiento de secesión que se asemejan al camino constitucional propuesto en este trabajo, aunque partiendo de una cláusula ya constitucionalizada. De este modo, distingue entre una primera fase de impulso o iniciativa y una segunda fase decisoria, como el proceso democrático que configura el doble acuerdo para el triple consentimiento que en este capítulo analizamos.

como estímulo para ejercitar un derecho de secesión ya regulado, puede ser recabada en una democracia liberal mediante mecanismos de democracia representativa o de democracia directa, existiendo precedentes comparados de ambos supuestos. De la expresión democrática a favor de la secesión como estímulo para su encaje constitucional, contamos con el ejemplo de Canadá y los referéndums de 1980 y 1995 en Quebec como sistema constitucional en el que los mecanismos de democracia directa sirvieron para recabar dicha expresión. Por otro lado, Reino Unido es el ejemplo de un sistema constitucional que recabó dicho estímulo en Escocia con mecanismos de democracia representativa. El Gobierno británico supo captar esta voluntad a través de instrumentos diferentes al referéndum, como unas elecciones al Parlamento escocés en 2011, decidiendo iniciar negociaciones con Escocia para alcanzar un acuerdo sobre la secesión y posibilitar su encaje en el ordenamiento británico³. Por otro lado, en cuanto a la expresión democrática secesionista como estímulo para iniciar un proceso de secesión ya regulado, varios ejemplos comparados de Constituciones que regulan un derecho de secesión confirman este hecho. Algunos sistemas constitucionales recaban la expresión democrática para la incoación del proceso reglado y el ejercicio del derecho de secesión mediante mecanismos de democracia directa, como es el caso de la Constitución de Liechtenstein, que regula un doble referéndum, celebrándose un primer referéndum para recabar la voluntad popular sobre la secesión en un territorio como paso previo al proceso reglado. Otros sistemas constitucionales, en cambio, optan por que el inicio del proceso reglado sea a cargo de sus representantes, como es el caso de Etiopía, San Cristóbal y Nieves y la antigua Constitución de Myanmar de 1947.

No obstante, las élites políticas independentistas tienden a centrarse en el referéndum como mecanismo de expresión de sus reivindicaciones⁴, por lo que en los últimos años la doctrina se ha centrado en buena medida en estudiar el referéndum como instrumento de consulta sobre la secesión de entidades infraestatales. Sin embargo, históricamente el referéndum ha sido un instru-

³ El gran respaldo electoral conseguido por el *Scottish National Party* (en adelante, SNP) en las elecciones al Parlamento escocés de 2011 tras una precampaña en la que prometió la celebración de un referéndum independentista si conseguía la victoria fue entendido por el Gobierno británico como la expresión de una amplia voluntad a favor de la secesión. Sin embargo, constatado el fracaso del proceso independentista escocés con la celebración de un referéndum en 2014, pero sin la consecución final de la independencia, es discutible si la decisión del Gobierno británico fue la acertada y si el resultado de las elecciones del 2011 fue lo suficientemente amplio como para entender recabada una amplia voluntad secesionista.

⁴ Es el caso del Gobierno de Padania que expresó su intención de recurrir a un referéndum consultivo para conocer el respaldo popular a la secesión (De Fiores, 1996, 101; Sáenz Royo (2013): «¿Es adecuado el referéndum como forma de participación política? Las recientes demandas españolas de referéndums a la luz de la experiencia irlandesa», en *RedCE*, 20, 256-257, 273-274).

mento controvertido por poder abrir la vía al gobierno plebiscitario y amenazar el sistema democrático, de ahí la posición restrictiva de muchos ordenamientos a la hora de regularlo (López-Basaguren, 2013, 101). A continuación, este capítulo analiza la conveniencia del referéndum como mecanismo de participación democrática para verificar la amplitud de una voluntad secesionista en un territorio como estímulo, bien para el encaje constitucional de la secesión, o bien para el inicio del proceso de secesión ya regulado, por delante de los mecanismos de democracia representativa⁵.

Habitualmente se ha sostenido que el referéndum constituye un mecanismo de excesiva simplicidad para decidir sobre un asunto tan complejo como la secesión. La lógica binaria del referéndum en el que sólo se puede decidir entre dos respuestas totalmente opuestas, «Sí» o «No», sin alternativas intermedias, puede comprometer cualquier proceso negociador posterior dirigido al encaje constitucional de la secesión o a la incoación del proceso para la secesión ya regulado. El acuerdo político resultado de las negociaciones puede llegar a ser prisionero del resultado del referéndum previamente celebrado, cuya lógica binaria limitaría unas negociaciones factibles de dar muchos resultados diferentes⁶. Imaginemos que el resultado final de las negociaciones no sea ni un «Sí» ni un «No» a la independencia, sino un nuevo encaje de la región dentro del ejercicio de su autodeterminación interna sin llegar a independizarse. Por tanto, es crucial que ambas partes cuenten con un amplio margen de maniobra en el posterior proceso negociador para poder alcanzar un acuerdo, no siendo el referéndum el mejor instrumento para conseguir ese margen de maniobra (Rodríguez-Vergara Díaz, 2019, 366-367). Además, no puede ignorarse la irreversibilidad del resultado de un referéndum en el que se constate una amplia voluntad democrática en una entidad infraestatal a favor de la secesión y su gran contradicción con la reversibilidad de un sistema democrático (Closa, 2019, 58-59).

Entre los argumentos utilizados por la doctrina en contra de la conveniencia política-social de celebrar un referéndum independentista se pueden enumerar los siguientes: (1) La configuración del referéndum con dos respuestas opuestas y sin opciones intermedias incita a la polarización de la sociedad en

⁵ La tensión entre democracia representativa y plebiscitaria enlaza con el enfoque clásico entre democracia como convivencia entre mayorías y minorías vs. democracia identitaria, el debate, en definitiva, entre Hans Kelsen y Carl Schmitt.

⁶ En este sentido, la Corte Constitucional italiana en la Sentencia 118/2015 sobre el referéndum de independencia de la región de Véneto señaló que un referéndum no es una encuesta o una manifestación democrática, sino que tiene muchas más implicaciones. Aunque no tenga efectos jurídicos inmediatos, puede desempeñar una función de activar, iniciar o dificultar procesos de toma de decisiones (GONZÁLEZ CAMPAÑA, 2019, 125-127).

la concreta entidad infraestatal donde se pregunta sobre la secesión (Rodríguez-Vergara Díaz, 2019, 366-368). Aunque las pretensiones secesionistas se canalicen de forma pacífica y legal, las tensiones políticas y sociales a nivel nacional y regional que genere la celebración de un referéndum independentista serían de una gran magnitud, pudiendo dificultar la vida política futura (Barber, 2015, 4); (2) La celebración de un referéndum produciría miopía política al dejar de lado durante la precampaña el debate sobre otros muchos asuntos políticos de gran importancia (Barber, 2015, 4); (3) El simple hecho de celebrar un referéndum independentista supondría reconocer la existencia de un pueblo por parte del Estado matriz (Obieta Chalbaud, 1980, 57-59) y una trascendental concesión a la construcción de una nación que aspira a constituirse en Estado (González Campaña, 2019, 128-129); (4) El referéndum no es nunca ni meramente consultivo, ni sin efectos jurídicos. Todos los referendums son políticamente vinculantes (Arias Maldonado, 2020). Si en el referéndum se obtiene una mayoría a favor de la secesión será un punto de no retorno, pues adquiriría un valor fáctico innegable pudiendo precipitar las cosas en un sentido; y (5) Aun admitiendo que se pueda regular la claridad de la pregunta de un referéndum independentista, exigencia fundamental señalada por la Corte Suprema canadiense en su dictamen *Reference re Secession of Quebec* para que se produzca una expresión democrática sobre la secesión⁷, no se pueden evitar por completo las campañas y discursos políticos previos al referéndum populistas e inexactos sobre la independencia, aunque luego esto no esté representado en el texto escrito de la pregunta. La claridad de la pregunta no serviría de nada si los discursos políticos adolecen de claridad, pues estos acabarían desbaratando la claridad del texto escrito de la pregunta.

Partiendo de los posibles inconvenientes de la celebración de un referéndum independentista enumerados y considerando que este no es el único modo de expresar democráticamente la voluntad de una sociedad (Rodríguez-Vergara Díaz, 2019, 365-367), debemos considerar que el recurso a dicho instrumento para recabar una expresión democrática sobre la secesión de una entidad infraestatal en la fase de impulso de su encaje constitucional o del proceso

⁷ La pregunta solo podrá ser una para que haya una voluntad de secesión expresa y no se entremezcle la secesión con otras cuestiones de gran importancia, sobre las cuales ya habrá tiempo para decidir, lo que coincide con la *Decree of the Constitutional Court of the RSFSR*, 13 March 1992. En esta sentencia, la Corte rechaza que en un referéndum sobre la concesión de soberanía a la República de Tartaristan se contengan varias preguntas encubiertas dentro de una misma. Este tipo de redacciones en la que solo se podrá dar una respuesta a varios elementos expresados en el enunciado de la pregunta es ambigua y carece de la suficiente claridad.

reglado para la secesión quizá no sea la fórmula más apropiada⁸. La Constitución debe dejar la reforma de ciertos asuntos esenciales fuera del alcance de una mayoría expresada en un referéndum, entre ellos, la reforma de la integridad territorial del Estado, al ser una de las partes fundamentales del pacto constituyente (Rodríguez-Vergara Díaz, 2019, 367). Es cierto que hay momentos en los que es fundamental conocer la voluntad popular sobre ciertas materias, y el referéndum es indudablemente un instrumento útil para ello (López-Basaguren, 2013, 101). Sin embargo, es inevitable que el referéndum pueda suponer en algunos casos ciertos riesgos para una democracia. Por ello, la pregunta es a qué otra alternativa se podría recurrir para evitar los inconvenientes de un referéndum en el posterior proceso negociador, qué otras fórmulas menos lesivas para la vida política de un Estado serían preferibles para recabar una expresión democrática sobre la secesión de una entidad infraestatal.

Los instrumentos de democracia representativa pueden ser mecanismos útiles para resolver esta cuestión, pues las elecciones celebradas periódicamente expresan la voluntad política de una concreta comunidad (López-Basaguren, 2013, 101). A través de los resultados electorales en elecciones regionales o estatales se puede conocer de manera aproximada el apoyo popular a la secesión o a cualquier otra aspiración política (López Bofill, 2019, 950). En aquellas entidades infraestatales en las que el problema de la secesión ha alcanzado una gran relevancia social el posicionamiento de los votantes respecto a la secesión suele erigirse como el motivo principal para apoyar o no a un partido (los denominados *main cleavages*). Los partidos adoptan una postura al respecto, definiéndose como «independentistas» o «no independentistas», por lo que el apoyo a estos partidos constituye un índice de apoyo al independentismo y un fiel reflejo de la voluntad popular. Por tanto, en base a los resultados electorales se puede interpretar de forma aproximada si las aspiraciones independentistas son secundadas por un 10, un 40 o un 90 % de la sociedad y las opciones de éxito que tendría el encaje constitucional de la secesión o el ejercicio del derecho de secesión ya regulado en el ordenamiento. De este modo, no se llevará a cabo la incoación de ninguno de estos dos procedimientos si se constata un apoyo tenue que solo lleve a un proceso fracasado que fragmente aún más. No tendría sentido celebrar un referéndum que pueda arrojar un dato parecido al de las elecciones y que únicamente vendría a producir mayor crispación y tensiones. Las elecciones regionales o nacionales celebradas periódicamente pueden ser un mecanismo efectivo para conocer la volun-

⁸ Para profundizar en el tema puede consultarse SUNSTEIN, C. (1991): «Constitutionalism and Secession», *University of Chicago Law Review*, 58, 633-670.

tad popular en un territorio y, al mismo tiempo, garantizan la estabilidad política y la convivencia social. Las elecciones son la expresión ordinaria de la voluntad política de una comunidad y, aunque sea indirectamente, pueden reflejar el sentir de la sociedad sobre la secesión, por lo que es necesario ponderar la utilidad de exigir una nueva expresión de la voluntad popular en un referéndum y los riesgos que ello conllevaría (Rodríguez-Vergara, 2019, 368).

Sin embargo, independientemente de que la manifestación democrática se produzca mediante mecanismos de democracia directa o de democracia representativa, debemos preguntarnos sobre las consecuencias de una manifestación democrática de una voluntad muy amplia a favor de la secesión que constata de manera inequívoca la legitimidad democrática de la secesión en un territorio. De acuerdo con la *Reference re Secession of Quebec*, de semejante manifestación emana, por un lado, un «derecho democrático a exigir la apertura de un proceso negociador sobre la secesión» a favor de la región secesionista donde se ha producido dicha manifestación y, por otro, un «deber democrático de iniciar un proceso negociador sobre la secesión e intervenir en él» para el Estado matriz. En un sistema constitucional en el que aún no se ha encontrado encaje constitucional a la secesión, dicho proceso negociador irá dirigido al debate tanto de la posibilidad como de la conveniencia del encaje constitucional de la secesión y la regulación de un derecho de secesión. En cambio, en el caso de un sistema constitucional en el que sí exista un previo encaje constitucional de la secesión, las negociaciones irán dirigidas al análisis de la conveniencia del ejercicio del derecho de secesión ya regulado. No obstante, ambos procesos negociadores irán dirigidos a la conciliación de dos mayorías por sus respectivos representantes políticos, teniendo en principio la misma legitimidad las reivindicaciones de ambas mayorías. La legitimidad de cada posición será constantemente puesta a prueba por su adecuación a los principios constitucionales, pues una mayoría que no actúe conforme a estos pondrá en peligro la legitimidad de sus reivindicaciones (Ridao i Martin, 2014, 99). Será en el proceso negociador entre las partes implicadas donde se canalice la relación entre legalidad y legitimidad democrática, la cual es crucial para conservar la legitimidad del propio sistema democrático (López-Basaguren, 2013, 96).

El derecho a negociar de la entidad infraestatal estará siempre estrictamente condicionado a los principios constitucionales y, en especial, el Estado de Derecho, puesto que en una democracia constitucional una voluntad popular que se sitúe al margen de la legalidad perdería legitimidad (Ragone, 2014, 78). En el caso de un ordenamiento que aún no ha encontrado encaje constitucional a la secesión, el Estado de Derecho impide que la expresión

democrática de una voluntad amplia a favor de la secesión otorgue a la entidad infraestatal donde esta se produzca un derecho absoluto de secesión o la facultad de modificar la legalidad unilateralmente para encontrar un cauce a la secesión. De igual modo, el derecho a negociar emanado de dicha manifestación democrática no otorga de forma automática al independentismo un derecho a imponer el encaje constitucional a la secesión en las negociaciones con las autoridades centrales, determinando el resultado de dichas negociaciones de antemano al presumir la primacía del argumento democrático sobre los otros principios constitucionales (De Miguel Bárcena, 2019, 64-65). En el supuesto de un ordenamiento en el que ya hay previamente un encaje constitucional a la secesión, el derecho a negociar tampoco otorgará al independentismo un derecho a imponer la incoación del proceso reglado de secesión en las negociaciones con el Estado, siendo dichas negociaciones las que determinen si se inicia o no el proceso. En ambos casos, las negociaciones no deben colmar irremediabilmente las reivindicaciones secesionistas sin posibilidad de ser rechazadas por las autoridades centrales⁹, pues los resultados de las negociaciones solo podrán ser decididos por los actores políticos (López-Basaguren, 2013, 95-96; González Campañá, 2019, 117-119). Se puede aspirar políticamente al reconocimiento del derecho de secesión o al ejercicio del derecho de secesión en aquellos sistemas que esté ya regulado, pero sería erróneo partir de un deber de la otra parte de aceptación incontestable o de una realidad ya existente que permita ejercitarlo al margen de la legalidad (López Basaguren, 2013, 97-100). Reclamar algo en una democracia no significa obtenerlo forzosamente, no pudiendo imponerse la reforma de la Constitución conforme a la voluntad del independentismo.

Del mismo modo, en los casos en los que las negociaciones versen sobre el encaje constitucional de la secesión, el Estado no podrá mostrarse inamovible en las negociaciones con la defensa férrea de una legalidad que no permite la secesión, imponiendo el principio de legalidad sobre todos los demás¹⁰. La política no puede ignorar una mayoría secesionista abrumadora, puesto que no es razonable, justo ni políticamente viable, por lo que debe sobreentenderse la existencia de una cláusula implícita por la que una amplia mayoría secesionista no pueda ser ignorada en una democracia, aunque evitando una formulación expresa en la Constitución que cree un incentivo para su propia fragmentación (Arias Maldonado, 2020). Como sostiene la *Reference re Secession of Quebec*,

⁹ En el referéndum de Escocia el gobierno británico no aceptó todas las pretensiones del gobierno escocés, imponiendo ciertas exigencias para que la consulta contase con una base legal y lograrse la confianza de parlamentos, gobiernos y el pueblo.

¹⁰ Párrafo 95 de la *Reference re Secession of Quebec*.

si se constata la existencia y amplitud de una voluntad popular, será deber del gobierno central contribuir a la búsqueda de vías que permitan llevarla a cabo, evitando así que la manifestación democrática de una amplia voluntad acabe siendo irrelevante¹¹. Cuando se produzca una amplia voluntad secesionista en un territorio la lógica democrática conducirá a que, en aquellos sistemas constitucionales que no se ha encontrado aún encaje constitucional a la secesión democrática, el Estado sopesa la posibilidad y conveniencia de dicho encaje y, en aquellos sistemas constitucionales en los que sí se haya producido dicho encaje y esté ya regulada la secesión, la conveniencia de la incoación del proceso reglado para que esta tenga lugar, tratándose en ambos casos de una ponderación y una decisión política (Sanz Moreno, 2017, 69-74).

No obstante, es lógico preguntarse sobre las consecuencias de que el Estado incumpla su deber democrático de negociar con la entidad infraestatal donde se ha producido la manifestación democrática secesionista, rechazando participar en el proceso negociador. En este sentido, debemos analizar si dicha obligación de negociar es una obligación política o legal y jurídicamente vinculante y, en este último caso, cuáles serían las consecuencias jurídicas de su incumplimiento ¿Estaría el gobierno central vulnerando la autodeterminación interna y la realización democrática de esta comunidad? La *Reference re Secession of Quebec* no se pronunció sobre la naturaleza de este deber democrático, pero es evidente que en el supuesto de un ordenamiento que no ha encontrado aún encaje constitucional a la secesión no podrá producir consecuencias jurídicas al no ser un deber codificado, sino derivado del carácter democrático del sistema. Sin embargo, el incumplimiento de este deber sí podría ser reprochable políticamente, pues el rechazo a negociar tras una voluntad clara podría socavar la legitimidad de esa parte y otorgar mayor legitimidad a las reivindicaciones de la otra (González Campaña, 2019, 118-119). En cambio, en aquellos sistemas constitucionales en los que sí esté reconocido un proceso reglado de secesión y la expresión democrática de una amplia voluntad a favor de la secesión equivalga a un estímulo democrático válido y suficiente para iniciar dicho proceso, cabría preguntarse si las consecuencias del rechazo del Gobierno central a negociar sobre la conveniencia del inicio de dicho proceso reglado pudiesen ser jurídicas y dicho rechazo recurrible ante la Corte Constitucional nacional correspondiente, quien controlase si ha habido una negativa expresa

¹¹ Párrafo 88 de la *Reference re Secession of Quebec*: «The clear repudiation by the people of Quebec of the existing constitutional order would confer legitimacy on demands for secession, and place an obligation on the other provinces and the federal government to acknowledge and respect that expression of democratic will by entering into negotiations and conducting them in accordance with the underlying constitutional principles».

de una de las partes a negociar (Aláez Corral; Bastida Freijedo, 2019, 286-287), dependiendo en cualquier caso de la concreta redacción dada al proceso reglado y al derecho de secesión en la Constitución o en cualquier otro texto normativo en el que se haya regulado.

3. LA TEORÍA DEL DOBLE ACUERDO PARA EL TRIPLE CONSENTIMIENTO EN EL PROCESO REGLADO PARA LA SECESIÓN

Adentrándonos ahora en el debate sobre el contenido de la cláusula constitucional de secesión y la configuración del proceso reglado, conviene advertir sobre la imposibilidad de proponer un proceso reglado de secesión y una fórmula textual a una cláusula constitucional de secesión universalmente aplicables, para lo que resulta esencial la consideración de las peculiaridades de cada sistema. El contenido de una cláusula de secesión debe adecuarse al sistema constitucional y a sus principios fundamentales, por lo que en un estudio comparado sería inútil realizar una propuesta, debiendo tener en cada ordenamiento una distinta configuración. Será necesario el estudio de un concreto sistema constitucional para aportar más detalles al respecto, algo que escapa del objeto de estudio de este capítulo, aunque no por ello hemos dejado de analizar distintos precedentes comparados de procesos reglados de secesión. No obstante, de la necesaria conciliación de la secesión democrática con los principios constitucionales que deben guiar su encaje constitucional deriva la conveniencia de ciertas directrices para la configuración de un derecho de secesión y de un proceso para esta. El objeto de estudio del presente epígrafe será establecer unas pautas generales o principios universales para cualquier Constitución que pretenda regular una cláusula constitucional de secesión, aun no pudiendo proponer un proceso reglado válido para todas ellas.

Las pautas generales que este epígrafe propone componen la llamada «teoría del doble acuerdo para el triple consentimiento», la cual concibe el proceso reglado como un proceso democrático decisorio en el que una entidad infraestatal decide sobre su secesión mediante la celebración de un doble acuerdo donde se recaba un triple consentimiento. Por un lado, encontramos el acuerdo entre la entidad que aspira a la independencia y el Estado matriz del que se pretende separar donde se recaba el consentimiento de ambos, que colma la exigencia básica de negociaciones políticas para el acuerdo bilateral entre región y Estado propuesta por la *Reference re Secession of Quebec*; y, por otro lado, el acuerdo interno y el consentimiento de la población de la en-

tividad secesionista. La cláusula de secesión debe encargarse principalmente de fijar cómo deben alcanzarse estos dos acuerdos para recabar los consentimientos necesarios para la secesión. Nos encontramos, por tanto, ante un doble acuerdo entre mayorías y minorías, aunque estas sean distintas en cada acuerdo. En primer lugar, en el acuerdo Estado-región la mayoría se corresponde con la población del resto del Estado matriz y la minoría con la población de la región que pretende independizarse. Respecto al acuerdo interno en la región secesionista, la mayoría correspondería a priori al sector independentista y la minoría a las colectividades concentradas territorialmente dentro de la región que rechacen a la secesión. De este modo, el acuerdo Estado-región supondría la conciliación de dos mayorías, la formada en el conjunto del Estado español y la mayoría formada en la entidad infraestatal. Partiendo de que la democracia busca el equilibrio entre mayorías y minorías, garantizando las expectativas de la mayoría con el máximo respeto a las minorías, con un poder de decisión silente para bloquear el cambio y evitar así la tiranía de las mayorías (Sanz Moreno, 2017, 69-74), el objetivo de la teoría que aquí proponemos es que si la voluntad secesionista de una región culmina con su independencia lo haga garantizando el equilibrio de esta voluntad en el proceso reglado con la mayoría existente en el resto del Estado y el respeto de las minorías disidentes dentro de la entidad infraestatal.

Debe rechazarse de lleno la adopción de decisiones unilaterales para la consecución de la secesión por una entidad infraestatal, siendo el único camino posible a la independencia la negociación y el acuerdo con el Estado para el doble consentimiento (Ragone, 2014, 77-78). La Constitución asegura el orden y la estabilidad en un Estado, por lo que no se puede regular un derecho de secesión ejercitable de forma individual por un territorio sin acuerdo con el Estado matriz (Calonge-Velázquez, 2013, 122). La *Clarity Act* canadiense evidenció que una decisión unilateral sin negociaciones no es en ningún caso efectiva, por lo que la exigencia de un acuerdo bilateral entre la región secesionista y el Estado matriz para obtener el consentimiento de ambos es indispensable en la regulación de un proceso reglado de secesión (Calonge Velázquez, 2013, 116; Rodríguez-Vergara, 2019, 365). También esto se evidenció en el *Edinburgh Agreement* en el caso del secesionismo escocés, que colmó la exigencia de la *Reference re Secesión of Quebec* al constituir un acuerdo con el gobierno central para abordar el papel de las negociaciones entre los representantes políticos británicos y escoceses, a los que comprometía a colaborar en la celebración del referéndum (López-Basaguren, 2013, 97-99; Ridao i Martin, 2014, 100). En una democracia la secesión debe ser siempre consensuada mediante un proceso de negociaciones en el que imperen los principios

constitucionales fundamentales y en el que se alcance un acuerdo sobre la secesión y los problemas derivados de la ruptura de una convivencia longeva.

Es necesario realizar la siguiente precisión en este punto del capítulo. Las negociaciones a las que el párrafo anterior hace referencia, relativas al proceso ya constitucionalizado y dirigidas a recabar el doble consentimiento del Estado y la entidad infraestatal secesionista no deben confundirse con las negociaciones analizadas en el epígrafe anterior, que tienen lugar tras producirse una expresión democrática de una amplia voluntad secesionista y que irán dirigidas, bien a debatir sobre la conveniencia del encaje constitucional de la secesión, o bien a debatir sobre la idoneidad de la incoación del proceso reglado en los ordenamientos que ya hayan regulado un derecho de secesión. Es importante evitar dicha confusión entre estos tres tipos de procesos negociadores para comprender correctamente el camino constitucional a la secesión que este trabajo propone, evidenciándose igualmente la exigencia de que las negociaciones estén presentes en todos los puntos del camino. Hecha esta aclaración, conviene analizar el alcance del deber democrático de negociar de las instituciones estatales en todos estos procesos negociadores y las consecuencias de su incumplimiento en el proceso negociador que aquí analizamos, como en el epígrafe anterior hicimos para los otros procesos. Si en estas negociaciones los representantes políticos de la región no consiguen un acuerdo político con el Estado para proseguir el proceso reglado de secesión, viéndose las aspiraciones secesionistas de la región encalladas en este punto, cabría preguntarse si se vulneraría algún derecho de esa población. Lo cierto es que el deber de negociar no debe entenderse como incumplido si no se consigue ningún acuerdo entre las dos partes o un acuerdo satisfactorio para las aspiraciones secesionistas, puesto que no debe considerarse como un deber a que las negociaciones den frutos. Lo único exigible a ambas partes es la buena fe en las negociaciones, de acuerdo con la *Reference re Secession of Quebec*.

Por otro lado, el segundo acuerdo a alcanzar en el proceso reglado para la secesión debe ser el acuerdo interno en la población de la entidad independentista, en el que será vital el respeto de las expectativas de las minorías existentes en dicha entidad reticentes a la independencia. En este punto debe llamarse la atención sobre otra posible confusión relativa al consentimiento interno de la región. En ningún caso debe confundirse dicho consentimiento con la manifestación popular a favor de la secesión analizada en el epígrafe anterior, que sirvió como estímulo democrático para el encaje constitucional de la secesión o para el ejercicio del derecho de secesión ya regulado. El consentimiento interno constituirá una nueva expresión democrática de la aspiración secesionista para valorar su amplitud en la concreta entidad infraestatal, esta vez como

trámite del proceso reglado (Rodríguez-Vergara Díaz, 2019, 365). En este caso, debe entenderse dado el consentimiento interno de la región secesionista cuando se exprese una voluntad mayoritaria por su población (García Cotarelo, 1992, 133). Sin embargo, se plantea aquí el interrogante de qué debe entenderse por apoyo mayoritario y suficiente para considerar prestado el consentimiento interno de la entidad infraestatal y garantizado el respeto de las minorías dentro de dicha entidad. Entendemos que la constatación de un apoyo mayoritario a la secesión y del consenso interno en la región debe estar condicionada por dos exigencias: la de una mayoría cualificada en la expresión democrática y la de un mínimo porcentaje de apoyo en todas las zonas territoriales en las que se divide la concreta región, para así verificar la existencia de minorías disidentes e irreductibles concentradas territorialmente que presenten un gran rechazo a la secesión.

En cuanto a la primera exigencia, en el acuerdo interno de la región su consentimiento debe entenderse prestado cuando haya una mayoría muy cualificada a favor de la secesión y no una mayoría simple (Rubio Llorente, 2012). Los movimientos secesionistas en nuestro país han pecado de malinterpretar nuestra democracia y concebirla como una democracia mayoritaria o plebiscitaria a la hora de recurrir al argumento democrático para reivindicar sus aspiraciones. De acuerdo con este concepto de democracia, esta se equipara a la regla de la mayoría simple, según la cual la mayoría tendrá siempre el poder de decisión. El constitucionalismo ha sido crucial para limitar dicha malinterpretación. Para armonizar democracia y constitucionalismo no se puede aceptar que el apoyo democrático se base en la regla de la mayoría simple. La democracia constitucional pone freno a la democracia mayoritaria o plebiscitaria al limitar la voluntad de una mayoría por las normas que se ha dado a sí misma, esto es, la Constitución, la cual no podrá ser evitada por un simple voto mayoritario (González Campañá, 2019, 112-113). La Constitución garantiza así el respeto de la voluntad de las minorías, quitándole decisiones al Parlamento y quedando estas fuera del alcance de las mayorías simples¹². La democracia constitucional impone la exigencia de mayorías cualificadas (Arias Maldonado, 2020), más reforzadas que la simple mayoría, protegiendo así la democracia misma de su propio hacer¹³. La exigencia de una mayoría cualificada para considerar prestado el consentimiento interno de la región independentista se justifica en la incalculable trascendencia de una secesión para un Estado (Aláez Corral y Bastida Freijedo, 2019, 257-158), así como en el hecho de que acep-

¹² Párrafos 74 y 75 de la *Reference re Secession of Quebec*.

¹³ *Clarity act*, CALONGE VELÁZQUEZ, A., 2013, 118-122; GONZÁLEZ CAMPAÑÁ, N., 2019, 117, 128-129.

tar una mayoría simple debilitaría la legitimidad democrática del proceso secesionista (López-Basaguren, 2013, 97-98). Además, la constitucionalización de una cláusula de secesión muy cualificada no accesible a cualquier mayoría podría mitigar varios de los argumentos extralegales que desaconsejan constitucionalizar un derecho de secesión.

De hecho, la exigencia fijada por la *Reference re Secession of Quebec* de una mayoría clara a favor de la secesión que no dejase dudas iba más allá de una mayoría simple. Sin embargo, la posterior *Clarity Act* no se atrevió a fijar un porcentaje concreto para considerar una mayoría suficiente, dejando esta decisión a la consideración política de la Cámara de los Comunes canadiense (Pérez Tremps, 2004, 53-60). El *Edinburgh Agreement*, a diferencia de la *Clarity Act*, no estableció ningún procedimiento para valorar la suficiencia de la mayoría para entenderse producida una *decisive expresión*, aceptando la regla de la mayoría simple. Analizando los procesos reglados de aquellas Constituciones que regulan una cláusula de secesión encontramos a menudo el porcentaje de 2/3 como umbral mínimo para constatar una voluntad democrática a favor de la secesión. Es el caso de la Constitución de Etiopía, que exige dicho porcentaje en una votación parlamentaria, o la Constitución de San Cristóbal y Nieves, que exige esta mayoría en un referéndum. En cambio, la Constitución de Serbia y Montenegro de 2003 estableció un porcentaje menor, del 55%. Aunque los precedentes soviéticos no sean ejemplos comparados aplicables, se puede destacar también la Ley relativa al procedimiento de resolución de cuestiones conectadas con la secesión de las Repúblicas integrantes de la URSS de 1990, que requería la aprobación en referéndum por 2/3. Por tanto, 2/3 es una mayoría cualificada que en ocasiones en la experiencia comparada ha sido considerada óptima para decidir sobre la secesión. No aspiramos aquí a proponer un concreto porcentaje y promoverlo como el correcto, aunque sí señalaremos la inconveniencia de aceptar un porcentaje menor a los 2/3. Por debajo de este se trataría de una mayoría poco cualificada que debería descartarse por no garantizar el respeto de las minorías contrarias a la secesión y su poder de bloqueo como elemento democrático-deliberativo del sistema (Aláez Corral; Bastida Freijedo, 2019, 288).

La segunda exigencia a la hora de entender prestado el consentimiento interno de la región es la de un mínimo porcentaje de apoyo en todas las zonas territoriales que componen la región que aspira a independizarse, lo que garantizaría la cohesión territorial de la decisión¹⁴. La ausencia de un mínimo

¹⁴ En los tres informes sobre los intereses de Reino Unido emitidos por el gobierno británico faltó abordar el acuerdo interno dentro de la sociedad escocesa, al no establecer protección de las zonas territo-

apoyo a la secesión en todos los territorios y, por tanto, la falta del suficiente consenso interno en la región secesionista por la existencia de minorías concentradas territorialmente con un fuerte rechazo a la secesión puede erigirse como una seria amenaza para la secesión (Arias Maldonado, 2020). La secesión de una región puede agudizar los conflictos étnicos que llevaron a esta en un primer término, cobrando relevancia el futuro de las minorías disconformes con la independencia y con una identidad diferenciada (Sanz de Hoyos, 2017, 22). Cuando una minoría étnica se independiza pueden aparecer otras minorías étnicas dentro de ella con las mismas reivindicaciones, produciéndose un fenómeno progresivo de secesiones ilimitadas (Escudero Espinosa, 2017, 37), argumento esgrimido frecuentemente por los detractores de constitucionalizar un derecho de secesión. Si el argumento democrático fuese suficiente para secesionarse entonces habría que aceptar la divisibilidad del nuevo Estado con la misma apertura político-legal que se hizo con el Estado matriz y permitir que cada micro comunidad que no quiera integrarse en su actual comunidad política pueda separarse (Calonge Velázquez, 2013, 122). Si continuamos con la identificación de comunidades con derecho a independizarse por su simple voluntad secesionista se podría producir una desmembración ininterrumpida y la aparición de naciones cada vez más pequeñas (Guimón, 1995, 158-170). Para conseguir cohesión se debe aspirar a un porcentaje mínimo en las zonas que compongan la región para conseguir un reforzamiento territorializado de la expresión democrática a favor de la secesión (Aláez Corral; Bastida Freijedo, 2019, 288). La delimitación de dichas zonas territoriales será tarea del constituyente, en lo que resultará un punto controvertido a la hora de regular un derecho de secesión.

Debemos abordar ahora el instrumento idóneo para constatar la voluntad popular a favor de la secesión y recabar el consentimiento de la región en el acuerdo interno. Al teorizar en el epígrafe anterior sobre el estímulo democrático que motivaba el encaje constitucional de la secesión o la incoación del proceso para la secesión restamos importancia a los mecanismos de democracia directa y priorizamos los mecanismos de democracia representativa por los inconvenientes de celebrar un referéndum sobre la independencia para ambos supuestos. Sin embargo, en el presente epígrafe proponemos que, en cambio, sí se recurra al referéndum para recabar el consentimiento interno de la región independentista¹⁵. Dada la trascendencia y la extraordinaria natura-

riales que pudiesen rechazar claramente la secesión, lo que constituye una gran carencia al proceso seguido por Reino Unido.

¹⁵ Aunque el referéndum fue utilizado en muchas ocasiones para ejercitar el derecho de autodeterminación de los pueblos, encontramos ocasiones en las que se rechazó recurrir al referéndum en el

leza de la decisión, la opción más conveniente para el acuerdo interno en la región sería el referéndum, capaz de proporcionar una expresión clara e inequívoca siempre que se formule una pregunta clara¹⁶. Por ello, el referéndum será así un trámite más del proceso para la secesión que un Estado haya regulado dirigido a formalizar el consentimiento interno de la región y culminar su independencia (Rodríguez-Vergara Díaz, 2019, 368). Además de establecer un porcentaje para la mayoría cualificada, y una vez señalado el referéndum como el mecanismo para recabar la voluntad democrática, subrayamos la necesidad de fijar un porcentaje mínimo de participación para considerarse producida la expresión democrática a favor de la secesión. La falta de este requisito y aceptar una expresión con una baja participación ciudadana supondría partir de una voluntad secesionista viciada. De igual modo que para la mayoría cualificada expusimos la conveniencia de un porcentaje alto, valoramos también la idoneidad de establecer un porcentaje ambicioso como participación mínima en el referéndum.

Una vez analizados los dos acuerdos de los que consta esta teoría dirigidos a recabar un triple consentimiento, cabe preguntarse por el orden en el que estos acuerdos se celebrarán. La solución a esta cuestión viene dada por la lógica binaria del referéndum, la cual puede llegar a condicionar cualquier proceso negociador posterior. El referéndum y, por ende, el acuerdo interno de la región podría comprometer las negociaciones y el acuerdo político para el doble consentimiento de la región secesionista y el Estado matriz en el proceso reglado si se celebra previamente. De este modo, la voluntad popular debe ser expresada directamente solo para ratificar la decisión de independizarse una vez agotadas las negociaciones entre los representantes políticos. El acuerdo político bilateral alcanzado por los representantes de la región secesionista y del Estado desembocará en la celebración de un referéndum decisorio como mecanismo para su ratificación y, en su caso, para la obtención del consentimiento interno en la región. El referéndum será empleado así únicamente para la validación o rechazo por el cuerpo electoral de la región de los acuerdos

ejercicio de este derecho durante la descolonización. En estos casos la independencia y creación de un nuevo Estado se produjo mediante una serie de acuerdos previos con la potencia colonizadora. Un ejemplo de los Estados que no celebraron ningún plebiscito para consultar a la población fueron varias excolonias francesas: Mali, Senegal, Dahomey, Níger, Alto Volta, Costa de Marfil, Chad, la República Centroafricana, Congo, Gabón y Mauritania (TORRES CAZORLA, 2001, 191-290). Por analogía, cabría preguntarse si sería factible el ejercicio del derecho de secesión, derecho colectivo al igual que el derecho de autodeterminación, sin tener que recurrir al referéndum en el procedimiento, opción, no obstante, por la que aquí no hemos apostado.

¹⁶ Se sostiene que la ventaja del referéndum es que si es fallido el Estado se refuerza porque una mayoría ha votado a favor de seguir en dicho Estado (CASAÑAS ADAM, 2019, 184-185). Sin embargo, el simple cuestionamiento de su unidad ya supondría en cierta parte debilitarla.

conseguidos por los representantes (Arias Maldonado, 2020), y al recurrir a él como último paso se contribuye a garantizar el éxito del proceso. Una vez alcanzado el acuerdo Estado-región será constitucionalmente posible la celebración del referéndum (Casañas Adam, 2019, 184-186). El pueblo tanto del territorio independentista como del Estado matriz deben tener la palabra final sobre la independencia en un referéndum, pero este solo debe ser convocado para ratificar o rechazar el acuerdo alcanzado previamente y prestar de forma oficial su consentimiento. De este modo, el referéndum se celebrará cuando haya seguridad sobre un apoyo amplio a la secesión, un modo de constatar el consentimiento interno de la región y seguir adelante. Sin embargo, no debe considerarse que esta concepción del referéndum independentista vulnere el principio democrático. Se trata de rechazar el referéndum como una herramienta de sondeo y otorgarle un papel más tardío para no ser fuente de conflictos, lo que no entorpece la voluntad de la mayoría ni pone en peligro el carácter democrático del sistema. El proceso es democrático al iniciarse con un resultado electoral democrático, ya que se ha recibido un estímulo del pueblo en unas elecciones, por lo que el papel del pueblo no es irrisorio. Además, el acuerdo político es tratado por todos en las negociaciones por medio de los representantes y ratificado por el pueblo en el posterior referéndum (González Pascual, 2013, 386-389). No está en riesgo pues el carácter democrático del Estado, ya que si no se celebra un referéndum es porque no hay un apoyo mayoritario a la secesión, pues si lo hubiese habido la consulta se hubiera celebrado. Por tanto, nunca habrá un apoyo mayoritario sin atender o sin someterse a consulta, y nunca habrá una consulta inútil, pues presumiblemente toda consulta acabaría en una secesión exitosa y conforme a la legalidad.

En los referéndums independentistas en Quebec y Escocia se produjo una gran diferencia en el orden de los dos acuerdos, sin olvidar que el caso quebequés se produjo con anterioridad a la *Reference re Secession of Quebec* (Rodríguez-Vergara Díaz, 2019, 366). En el caso canadiense, el primer paso del proceso secesionista fue recabar el consentimiento de los ciudadanos quebequeses en un referéndum para alcanzar posteriormente un acuerdo con Canadá. Sin embargo, el proceso escocés empezó con negociaciones entre los dos gobiernos y el consentimiento de ambos para celebrar una consulta independentista como prerequisite para recabar el consentimiento de los escoceses, demostrando que el referéndum no tenía por qué ser el punto inicial de un proceso secesionista (Rodríguez-Vergara Díaz, 2019, 364). El proceso fue justo el inverso, en parte porque Quebec era competente para convocar dicha consulta y Escocia no. Una enseñanza que se puede extraer de estos dos ejemplos es que la configuración del proceso reglado de secesión va estrechamente

relacionada con las particularidades del concreto sistema constitucional, pues los escollos que este imponga dan forma al proceso¹⁷. Por tanto, aun habiendo propuesto que el acuerdo interno de la región secesionista se produzca con posterioridad al acuerdo región-Estado por las consecuencias del referéndum, debemos tener en cuenta que, en aras de establecer el cauce legal para la secesión cuando haya una amplia voluntad a favor, una cláusula que establezca otro orden entre estos dos acuerdos puede estar justificada por la necesidad de su adecuación a las particularidades del concreto sistema constitucional.

4. CONCLUSIONES

A continuación, recapitulamos el camino constitucional para la secesión que hemos ido detallando a lo largo de este capítulo. En primer lugar, nos encontramos con una expresión democrática muy amplia a favor de la secesión y de encontrar un cauce legal a esta pretensión. Dicha expresión no vendrá de la celebración de un referéndum que a modo de sondeo constate el apoyo popular a la independencia en una región, sino que es una expresión que emana de la vida política y en la que se vislumbra un gran apoyo a los partidos independentistas. A raíz de dicha expresión democrática se puede juzgar la necesidad de que un derecho de secesión se constitucionalice y, por consiguiente, se adopte la decisión política de encontrar encaje constitucional a la secesión. El proceso de encaje constitucional de la secesión democrática y de reconocimiento de un procedimiento para la secesión puede producirse mediante la regulación de un derecho de secesión en la Constitución que implique reformar esta o mediante un acuerdo democrático que no requiera de dicha reforma, siendo siempre necesarias las negociaciones entre las partes implicadas para consensuar dicho encaje (Rodríguez-Vergara Díaz, 2019, 363-364). Una vez que exista una regulación de un derecho de secesión el segundo proceso sería el del ejercicio del derecho de secesión a través del procedimiento regulado para ello. La incoación de este procedimiento dependerá de una decisión política y un juicio de conveniencia basado en una expresión democrática de una región a favor de iniciarlo que nazca de forma indirecta, esto es, de resultados electorales, y no de la celebración de un referéndum. Por ejemplo, unas elecciones en las que los partidos independentistas consigan un amplio apoyo que haga pensar que la secesión podría alcanzar un gran porcentaje en un referéndum y que este

¹⁷ RODRÍGUEZ-VERGARA, Á. (2014): «Aprendiendo de Escocia», Málaga Hoy, 20 de septiembre de 2014, 4.

nunca pudiese resultar un fracaso. Aunque cada sistema constitucional deba regular este procedimiento atendiendo a sus particularidades debemos partir de la necesidad del doble acuerdo para el triple consentimiento, como principio universal. En primer lugar, se necesitará el acuerdo político entre la región secesionista y Estado matriz mediante un proceso de negociaciones sobre las condiciones en las que dicha secesión deba tener lugar. Cuando se alcance un acuerdo político entre la región y el Estado y se obtenga el consentimiento de ambos para que la secesión se produzca, será el turno del consentimiento interno de la región secesionista. Para ello, se celebrará un referéndum como ratificación final del proceso, con la exigencia de un gran porcentaje de participación y de votos a favor de la secesión para entenderse concedido el consentimiento interno de la región para secesionarse. Aunque la doctrina canadiense creada por la *Reference re Secession of Quebec* y la *Clarity Act* no tenga una influencia directa, sí la tendría indirecta, pues se aplicarían los principios promovidos por ellas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALÁEZ CORRAL, B.; BASTIDA FREIJEDO, F. J. (2019): «La acomodación constitucional de la secesión: el caso español», en *La evolución de los modelos territoriales: reformulación versus ruptura*, Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, 10, Oviedo.
- ARIAS MALDONADO, M. (2020): «Sobre la legitimidad de la secesión territorial en el marco liberal-democrático», en IDEES: *Catalunya – España: ¿del conflicto al diálogo político?* Centre d'estudis de temes contemporanis. Barcelona (<https://revistaidees.cat/es/sobre-la-legitimidad-de-la-secesion-territorial-en-el-marco-liberal-democratico/>)
- BARBER, N. W. (2015): «The Constitutional regulation of Scottish secession», en Oxford Legal Studies Research Paper Series, 38.
- BIGLINO CAMPOS, P. (2016): «Cataluña, federalismo y pluralismo político», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, Madrid.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A. (2013): «El derecho de secesión en Canadá: una regulación jurídica completa y un problema político sin resolver», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 25, Madrid.
- CASAÑAS ADAM, E. (2019): «The Scottish Independence Referendum» en López-Basaguren, A.; Escajedo San Epifanio, L.: *Claims for Secession and Federalism, A Comparative Study with a Special Focus on Spain*. Springer. Cham.
- CLOSA, C.; MARGIOTTA, C.; MARTINICO, G. (2020): *Between Democracy and Law, the Amoralty of Secession*. Routledge. Abingdon.
- DE FIORES, C.; PETROSINO, D. (1996): *Secessione*. Citoyens. Roma.

- DE MIGUEL BÁRCENA, J. (2019): *Justicia Constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán*. Editorial Reus. Madrid.
- ESCUDERO ESPINOSA, J. F. (2017): *Self-Determination and Humanitarian Secession in International Law of a Globalized World: Kosovo v. Crimea*. Springer. Cham
- GARCÍA COTARELO, R. (1992): *Resistencia y desobediencia civil*. Eudema. Madrid.
- GONZÁLEZ CAMPAÑÁ, N. (2019): «Secesión y constitucionalismo comparado», en *Revista de Derecho Político*, 106, Madrid.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M. (2019): «Unión Europea y secesionismo, ¿silencio de los tratados? La identidad regional como parte de la identidad constitucional nacional», en *La evolución de los modelos territoriales: reformulación versus ruptura*. Fundamentos. 10.
- GUIMÓN, J. (1995): *El derecho de autodeterminación. El territorio y sus habitantes*. Universidad de Deusto. Bilbao.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2013): «La secesión de territorios en la Constitución Española», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 25, Madrid.
- LÓPEZ BOFILL, H. (2019): «Hubris, constitutionalism, and «the indissoluble unity of the Spanish nation»: The repression of Catalan secessionist referenda in Spanish constitutional law», en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, 3. Oxford University Press. Oxford.
- OBIETA CHALBAUD, J. A. (1980): *El derecho de autodeterminación de los pueblos. Un estudio interdisciplinar de los DD. HH.* Universidad de Deusto. Bilbao.
- PALERMO, F. (2019): «Towards a Comparative Constitutional Law of Secession», en Delledonne, G.; Martinico, G.: *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession, Legacies of the Quebec Secession Reference*. Palgrave Macmillan. Cham.
- PÉREZ TREMP, P. (2004): *El marco (a)constitucional del debate sobre la secesión de Quebec*. Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals. Barcelona.
- RAGONE, S. (2014): «Catalonia's recent strive for independence: a legal approach», en Kántor, Z.: *Autonomies in Europe: Solutions and Challenges*. L'Harmattan. Budapest.
- RIDAO I MARTÍN, J. (2014): «La juridificación del derecho a decidir en España», en *Revista de Derecho Político*, 91, UNED, Madrid.
- RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Á. (2019): «Moving towards independence breaching the Law: self-determination and secession in Catalonia», en *Rassegna di diritto pubblico europeo*, vol. XVII.
- RUBIO LLORENTE, F. (2012): «Un referéndum para Cataluña», *El País*. Disponible en https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html.
- SÁENZ ROYO, E. (2013): «¿Es adecuado el referéndum como forma de participación política? Las recientes demandas españolas de referéndums a la luz de la experiencia irlandesa», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 20, Sevilla.
- SANZ DE HOYOS, C. (2017): *El derecho de autodeterminación. Constitución y normas internacionales*. Aranzadi. Pamplona.

- SANZ MORENO, J. A. (2017): «Ciudadanía, identidades nacionales, inmigración y respuesta democrática», en *Revista de Cive*. Disponible en http://www2.uned.es/revistadecive/publicaciones/número_01/articulos/1-04.pdf
- TORRES CAZORLA, M.^a I. (2001): *La sucesión de estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas físicas*. Universidad de Málaga, Estudios y Ensayos, 61.

THE TIP OF THE ICEBERG. NOTE A MARGINE DEL GIUDIZIO DI REFERENCE DELLA CORTE SUPREMA SUL SECONDO REFERENDUM INDIPENDENTISTA SCOZZESE

LAURA FROSINA ¹
«Sapienza» Università di Roma

SOMMARIO: 1. *Note introduttive. Le ragioni della richiesta di un secondo referendum.*–2. *Il giudizio di reference della Corte Suprema tra legal and political questions.*–3. *Le conseguenze della decisione. Quale futuro per l'indipendentismo scozzese?*–4. *Riferimenti bibliografici.*

1. NOTE INTRODUTTIVE. LE RAGIONI DELLA RICHIESTA DI UN SECONDO REFERENDUM

Il 23 novembre la Corte Suprema, con la pronuncia sul caso *Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998*, ha scritto una nuova pagina della *Scottish Question*², tracciando le coordinate giuridiche entro le quali incanalare ogni futura aspirazione referendaria del secessionismo scozzese. I giudici supremi, chiamati su istanza del *Lord Advocate for Scotland*, Dorothy Bain, a esprimere un

¹ Ricercatrice in *Diritto pubblico comparato* (RTDB).

² Sulla *Scottish Question* si rinvia alle considerazioni di Martinelli (2022, 212 ss.) che evidenzia l'imprescindibile intreccio politico e ideologico tra autonomismo e secessionismo della *devolution* scozzese descrivendolo nel modo seguente: «due opzioni per nulla alternative ma vissute come facce della stessa medaglia, pronte a manifestarsi in momenti diversi in relazione al quadro politico di riferimento, al contesto sociale complessivamente inteso, alle diverse fasi storiche attraversate dal popolo scozzese»

giudizio di *reference* sullo *Scottish Independence Referendum Bill*, presentato dal Governo scozzese nel 2022, hanno chiarito in via definitiva che il Parlamento di *Holyrood* non ha il potere di indire un referendum di indipendenza dal Regno Unito senza l'autorizzazione di *Westminster* (Tierney, 2022; Gordon, 2022; Martino, 2023).

Prima di analizzare la decisione della Corte Suprema e le relative conseguenze politiche e costituzionali occorre ricordare, sia pur sinteticamente, le ragioni che hanno spinto il Governo scozzese a richiedere un secondo referendum sul tema dell'indipendenza e un parere sulla legittimità del *Bill* che ne prevedeva l'indizione.

Già a distanza di due anni dalla celebrazione del noto referendum scozzese del 2014³, in cui era prevalsa l'opzione unionista, la questione indipendentista era stata riproposta con nuovo slancio nel dibattito politico dalla *First Minister*, Nicola Sturgeon, in seguito all'inaspettata vittoria del *Leave* nel referendum Brexit⁴. Quest'ultimo aveva scontentato profondamente quella parte maggioritaria ed europeista dell'elettorato scozzese (62%) che si era espressa a favore della permanenza nell'Unione europea. D'altronde è ben noto che l'integrazione europea e le difficoltà legate a una eventuale riadesione di una Scozia indipendente nell'Unione europea avevano condizionato la scelta degli scozzesi di non separarsi dal Regno Unito nella votazione referendaria del 2014.

In questo complicato e mutato scenario politico-costituzionale segnato dall'avanzamento della Brexit, il secondo referendum scozzese, denominato *indyref.2*, si è convertito ben presto in un obiettivo politico strategico dello *Scottish National Party* (SNP). In questi ultimi anni la Sturgeon ha continuato a proporre periodicamente la celebrazione a seconda degli esiti elettorali conseguiti dal suo partito, sia a livello nazionale che regionale e locale⁵, e della conseguenziale capacità di imporre il tema nel dibattito politico-costituzionale del Paese. La proposta di un secondo referendum risultava politicamente strategica e rischiosa allo stesso tempo, perché se da un lato aspirava a sfruttare un momento favorevole alla causa indipendentista, dall'altro, recava con sé i ris-

³ Sul primo referendum indipendentista scozzese si limita a richiamare CARVALE (2014), TIERNEY (2013 e 2014), MARTINO (2015) MARTINELLI (2016), MCHARG, MULLEN, PAGE e WALKER (ed.) (2016), TORRE (a cura di) (2016), TORRE (2017), KEATING (ed.) (2017).

⁴ Sul referendum Brexit, tra i tanti contributi, si segnalano quelli di CARVALE (2016), DOUGLAS-SCOTT (2016), PALICI DI SUNI (2016), TIERNEY (2016), MARTINELLI (2017), SAVASTANO (2016), GORDON (2020), TORRE (2022), MARTINELLI (2022).

⁵ Lo osserva, in particolare, CARVALE (2022, 8), la quale evidenzia che in questi ultimi 8 anni «lo SNP è risultato sempre il primo partito di Scozia, sia alle elezioni di HOLYROOD (2016, 2021), sia a quelle di Westminster (2015, 2017, 2019), sia a quelle amministrative locali».

chi di un eventuale fallimento di un secondo referendum che avrebbe decretato il tramonto definitivo del progetto indipendentista e di ogni sua eventuale strumentalizzazione futura.

Il Governo britannico, dal canto suo, dopo aver escluso categoricamente l'apertura di un negoziato sull'istanza referendaria scozzese durante le defatiganti negoziazioni sulla Brexit, ha chiarito una volta per tutte, tramite le dichiarazioni di Boris Johnson, che il referendum del 2014 deve considerarsi unico e irripetibile e che consultazioni di questo tipo si realizzano una sola volta nell'arco di una generazione, «once in a generation», cancellando, così, ogni aspirazione del secessionismo scozzese di ottenere il via libera per una nuova consultazione referendaria in base alla *section 30* dello *Scotland Act*.

Il diniego secco del Governo di Londra non ha fermato la determinazione della *First Minister*, la quale ha deciso di imprimere una nuova accelerazione al progetto indipendentista con l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea, portando avanti diverse iniziative in vista delle elezioni di *Holyrood* del 2021. Il primo passo in questa direzione è stata l'approvazione dello *Scotland Referendum Act 2020*, che ha disciplinato l'istituto referendario nella sua interezza introducendo un quadro normativo chiaro entro il quale svolgere future consultazioni referendarie, compresa eventualmente quella indipendentista, alla quale tuttavia non ha fatto riferimento. L'obiettivo specifico dell'*indyref.2* è stato, invece, reso esplicito nel *Manifesto Elettorale* presentato dallo SNP per le elezioni del 2021 e poi concordato nell'ambito del *Cooperation Agreement* siglato con gli *Scottish Green*; accordo quest'ultimo con il quale i verdi sono entrati a fare parte del nuovo Governo scozzese con due *junior Ministers*, impegnandosi, in cambio, a sostenere la celebrazione di un referendum nei prossimi cinque anni⁶.

Il 28 giugno 2022 la *First Minister* ha annunciato l'indizione di un nuovo referendum mediante la presentazione dello *Scottish Independence Referendum Bill*, ove sono stati definiti la data e il quesito⁷. Il *Bill* stabiliva che il referendum si sarebbe svolto il 19 ottobre 2023 con la medesima formulazione testuale del quesito del 2014, ovvero: «Should Scotland be an independent country?».

⁶ Ricordiamo che, all'indomani delle elezioni, la Sturgeon aveva dichiarato che «Given the outcome of this election, there is simply no democratic justification whatsoever for Boris Johnson or anyone else seeking to block the right of the people of Scotland to choose our future».

⁷ Il 28 giugno del 2022 la *First Minister* ha inviato una lettera al Primo Ministro Boris Johnson per informarlo della istanza di *reference* che il *Lord Advocate* avrebbe presentato alla Corte Suprema, alla quale Johnson ha risposto nel seguente modo: «I have carefully considered the arguments you set out for a transfer of power from the UK Parliament to the Scottish Parliament to hold another referendum on independence. As our country faces unprecedented challenges at home and abroad, I cannot agree that now is the time to return to a question, which was clearly answered by the people of Scotland in 2014».

La *First Minister*, intenta a portare avanti il progetto indipendentista nel pieno rispetto della Costituzione britannica, discostandosi da esperienze secessioniste compiutesi al di fuori della legalità costituzionale, come ad esempio quella catalana, ha scelto di richiedere un preventivo giudizio di *reference* alla Corte suprema sulla legittimità del *Bill*. In sostanza, si intendeva ottenere un parere preventivo circa la esistenza o meno della competenza del Parlamento devoluto a legiferare in una materia di grande rilevanza costituzionale, come quella del referendum indipendentista, promuovendone autonomamente l'indizione. La risoluzione della questione, come è stato osservato dalla dottrina⁸, era abbastanza semplice dal punto di vista giuridico, anche perché trovava un precedente nella votazione referendaria del 2014. Va ricordato che in quell'occasione la soluzione giuridica individuata nel quadro dell'*Edinburgh Agreement* fu l'approvazione di un *order in council*, lo *Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013*, emanato ai sensi della *section 30* dello *Scotland Act 1998*, che aveva attribuito al Parlamento scozzese il potere di indire quella specifica consultazione. Erano state prese in considerazione anche altre soluzioni costituzionalmente possibili, rivolte a operare un trasferimento delle competenze sul piano legislativo ed esecutivo, ma tra queste non rientrava, se non in via del tutto marginale, l'ipotesi di una autonoma indizione del referendum indipendentista da parte del Parlamento devoluto⁹. L'obiettivo del Governo di Edimburgo, quindi, non era forse tanto quello di chiarire una questione che dimostrava di essere molto lineare sul piano giuridico, quanto quello di riportare l'attenzione su un tema di grande rilevanza politica dinanzi all'atteggiamento di chiusura mantenuto dal Governo britannico.

2. IL GIUDIZIO DI REFERENCE DELLA CORTE SUPREMA TRA LEGAL AND POLITICAL QUESTIONS

Il parere sullo *Scottish referendum bill* rappresenta un importante precedente di *reference* su una *devolution issue*, dal momento che per la prima volta i giudici supremi si sono espressi sulla legittimità di un *bill* ancor prima della

⁸ Caravale (2022, 8), la quale osserva che la questione sottoposta alla Corte Suprema «non era particolarmente complessa sotto il profilo giuridico» ma era e continua ad essere molto problematica e rilevante sul piano politico.

⁹ Si tratta di un orientamento politico e accademico marginale fondato su una interpretazione del processo devolutivo inteso come fondativo di una *quasi-federal constitution*, sulla base del quale si sostiene la sovranità del Parlamento devoluto nelle materie devolute e la competenza a indire autonomamente la consultazione popolare referendaria a legislazione vigente. Su questo aspetto, in particolare, v. Caravale (2017, 50).

sua presentazione al Parlamento devoluto. Non era mai accaduto che la Corte Suprema si pronunciasse in via preventiva sulla legittimità di un *Bill*, verificando un suo eventuale sconfinamento in base al riparto delle competenze legislative vigente nell'ordinamento britannico¹⁰

Ai sensi dello *Schedule 6, par. 4*, dello *Scotland Act 1998*, il *Lord Advocate for Scotland* è legittimato a presentare istanza alla Corte Suprema per ottenere un parere su progetti di legge che –a suo giudizio– eccedano o rischino di eccedere l'ambito delle competenze devolute e siano, quindi, *ultra vires*. Questa tipologia di ricorso tuttavia, oltre ad essere inusuale, non obbliga la Corte a pronunciarsi, ma le consente, piuttosto, di valutare con ampia discrezionalità se tale questione rientri o meno tra le *devolution issues* disciplinate dal paragrafo 34 dello *Schedule 6* dello *Scotland Act 1998*.

Nel caso in esame era stata la stessa *First Minister* a sollecitare la *Lord Advocate* scozzese, Dorothy Bain, a presentare tale richiesta per rilanciare la questione indipendentista al centro del dibattito politico-costituzionale. La questione era stata posta dalla Bain nei seguenti termini: «Does the provision of the proposed Scottish Independence Referendum Bill that provides that the question to be asked in a referendum would be 'Should Scotland be an independent country?' relate to reserved matters? In particular, does it relate to: (i) the Union of the Kingdoms of Scotland and England (para.1(b) of Schedule 5); and/or (ii) the Parliament of the United Kingdom (para.1(c) of Schedule 5?» («the Question»)

Il quesito così formulato non presentava una grande complessità giuridica, in quanto si trattava di verificare se la previsione del referendum indipendentista contenuta nel *Bill* fosse compatibile con il riparto delle competenze legislative *Westminster-Holyrood*. Il fatto che la celebrazione di un referendum sull'indipendenza della Scozia dal Regno Unito incidesse sulle materie riservate in via esclusiva al Parlamento britannico richiamate espressamente nel quesito, «the Union of the Kingdoms of Scotland and England» e «Parliament of the United Kingdom», era evidente. Il paragrafo 29 dell'articolo 1 dello *Scotland Act 1998* afferma che la legge del Parlamento scozzese non deve contenere disposizioni riguardanti le materie riservate a *Westminster*, specificando che la eventuale invadenza dell'atto devoluto si desume dalle finalità e dagli effetti di tali disposizioni. Quest'ultimo concetto è stato poi ulteriormente specificato dalla giurisprudenza della Corte Suprema, che ha fatto

¹⁰ Si rinvia al precedente più prossimo del 2020 in cui l'*Attorney General* nordirlandese aveva chiesto un parere su un *bill* alla Corte Suprema, ottenendo un esito sfavorevole proprio in quanto la richiesta era stata considerata prematura.

riferimento agli obiettivi e alle conseguenze, dirette e indirette, dell'atto devoluto, da cui deve risultare «something more than a loose or consequential connection» con le materie riservate.

La palese e stringente connessione tra il referendum e le materie riservate alla sovranità di *Westminster* aveva portato la Bain a insistere sulla natura consultiva del referendum scozzese e sul fatto che la sua celebrazione non avrebbe avuto conseguenze giuridiche dirette e immediate sull'indipendenza della Scozia, ma sarebbe servita soltanto a verificare l'opinione della popolazione scozzese su un tema di importanza cruciale per il suo futuro costituzionale. Nel sostenere questa tesi, aveva richiamato quei passaggi fondamentali della sentenza *Miller I* in cui si conferma che il referendum è uno strumento di «great political significance» nell'ordinamento britannico e che, però, «its force is political rather than legal». La Bain, quindi, aveva fatto leva su una interpretazione meramente formalista del referendum che non tiene pienamente conto dell'importanza politica e costituzionale assunta da questo strumento nel contesto costituzionale britannico, specie dopo lo svolgimento del referendum sulla Brexit¹¹. Tra le altre argomentazioni addotte a sostegno della sua tesi, aveva poi insistito sulla rilevanza di questo giudizio di *reference* per risolvere una questione molto controversa e di grande interesse nel dibattito pubblico.

Dal canto suo lo SNP, autorizzato dai giudici supremi a presentare una memoria scritta, aveva fatto leva su argomentazioni diverse per sostenere la legittimità del *bill* in discussione, insistendo, in particolare, sul diritto all'autodeterminazione del popolo scozzese quale diritto fondamentale riconosciuto dal diritto internazionale. Aveva insistito sulla centralità del diritto all'autodeterminazione e sulla necessità di interpretare la questione relativa al riparto delle competenze legislative tra *Westminster* e *Holyrood* conformemente ai principi fondamentali del diritto internazionale. Lo SNP aveva sostenuto anche che la celebrazione del referendum consultivo non avrebbe avuto effetti immediati sull'Unione dei regni di Scozia e Inghilterra né sul Parlamento britannico. A sostegno della natura consultiva della consultazione referendaria, aveva richiamato la nota pronuncia di *reference* della Corte suprema canadese, *Reference re Secession of Québec [1998] 2 RCS 217*, secondo la quale il referendum non è in grado di produrre effetti immediati sull'indipendenza ma, in caso di esito positivo, comporta un obbligo di negoziazione multilatera-

¹¹ Sull'importanza politica e costituzionale del referendum nel Regno Unito, soprattutto dopo il referendum Brexit, e sul significato costituzionale del risultato referendario si rinvia, in particolare, alle considerazioni di S. Tierney (2022).

le, *duty to negotiate*, tra il livello centrale e i livelli periferici, i cui esiti non sono a priori determinabili.

Dinanzi a tali richieste, il Governo britannico aveva sostenuto prima di tutto l'incompetenza della Corte Suprema a giudicare la questione nel merito, ritenendo che fosse prematura e che la materia non rientrasse tra le *devolution issues* previste dallo *Scotland Act 1998*. Prematura, in quanto il *bill* durante l'iter di approvazione avrebbe potuto subire rilevanti modifiche, e non integrante le *devolution issues*, perché l'autorizzazione del *Lord Advocate* alla presentazione del progetto è un requisito che non trova fondamento a livello legislativo ma bensì nello *Scottish Ministerial Code*. Inoltre il Governo britannico si opponeva alla tesi della natura consultiva del referendum sostenuta dall'Esecutivo scozzese in quanto riteneva che, sebbene fosse chiaro che il referendum non avesse effetti vincolanti sulla indipendenza, non poteva considerarsi alla stregua di una mera consultazione priva di ripercussioni politiche e giuridiche sulla controversa questione indipendentista.

Il primo nodo che la Corte era chiamata a sciogliere riguardava la sua competenza a giudicare l'istanza e a emettere la pronuncia di *reference*. La risposta dei giudici supremi è stata affermativa poiché hanno ritenuto che il giudizio richiesto rientrasse nell'ambito delle *devolution issues*, disciplinate dal paragrafo 34 dello *Schedule 6* dello *Scotland Act*, e che fosse di *public importance*, in quanto dalla sua risoluzione¹² dipendeva anche l'avvio dell'iter legislativo del controverso *bill*. Chiarito questo aspetto, la Corte è entrata a giudicare la questione nel merito valutando se la materia oggetto del *bill* rientrasse o meno in quelle riservate in via esclusiva alla competenza del Parlamento di *Westminster*. La Corte, richiamando un suo consolidato orientamento giurisprudenziale sui criteri interpretativi del riparto delle competenze legislative, ha evidenziato l'esistenza di un legame diretto tra l'oggetto del *bill* e le materie riservate alla competenza statale e gli effetti diretti e immediati di una eventuale consultazione referendaria indipendentista sull'Unione del Regno e sul Parlamento britannico. I giudici hanno valutato le finalità del *bill* e hanno dato una interpretazione molto estensiva dello strumento referendario utilizzato in chiave indipendentista, specificando che: «lawful referendum on the question envisaged by the Bill would undoubtedly be an important political event, even if its outcome had no immediate legal consequences, and even if

¹² «The reference has been made in order to obtain an authoritative ruling on a question of law which has already arisen as a matter of practical importance. It is a question on which the Lord Advocate has to advise ministers. The answer to the question will have practical consequences: it will determine whether the proposed Bill is introduced into the Scottish Parliament or not. The question is therefore not hypothetical, academic or premature» (par. 53).

the United Kingdom Government had not given any political commitment to act upon it. A clear outcome, whichever way the question was answered, would possess the authority, in a constitution and political culture founded upon democracy, of a democratic expression of the view of the Scottish electorate. The clear expression of its wish either to remain within the United Kingdom or to pursue secession would strengthen or weaken the democratic legitimacy of the Union, depending on which view prevailed, and support or undermine the democratic credentials of the independence movement. It would consequently have important political consequences relating to the Union and the United Kingdom Parliament». La Corte ha chiarito, dunque, che la celebrazione di un referendum indipendentista rappresenterebbe un evento politico importante che, seppur privo di conseguenze giuridiche dirette e automatiche, non potrebbe essere ignorato in un contesto costituzionale e culturale come quello britannico fondato sulla democrazia, ma piuttosto la democratica espressione della volontà dell'elettorato scozzese per via referendaria avrebbe delle conseguenze politiche talmente rilevanti da rafforzare o indebolire la legittimità e la solidità democratica dell'Unione.

Questa lettura interpretativa offerta dai giudici tende ad assegnare valore costituzionale al risultato referendario e richiama una convenzione costituzionale in base alla quale, nonostante la natura *advisory* dell'istituto, ossia la sua natura non *self-executing*, esiste un obbligo di attuazione giuridica del referendum da parte del Parlamento¹³. Tale orientamento, che ha esaltato le potenzialità democratiche e gli effetti giuridici del referendum, ha indotto a considerare il *bill* come una illegittima invasione di competenze nelle materie «the Union of the Kingdoms of Scotland and England» e «Parliament of the United Kingdom», riservate in via esclusiva al Parlamento di Londra. Il percorso logico-argomentativo seguito dai giudici ha portato, poi, ad affermare la validità esclusiva della procedura impiegata nel 2014, in base alla quale l'indizione e la celebrazione di un referendum indipendentista richiedono una previa autorizzazione di *Westminster* in assenza della quale il referendum non potrà avere luogo.

È stata invece liquidata in pochi passaggi la questione posta dallo SNP circa l'esistenza di un diritto all'autodeterminazione, che si è ritenuta semplicemente «not in play here» (par. 88). La Corte ha richiamato i principali rife-

¹³ Tierney (2022), il quale osserva che «Notably the Constitution Committee (para 197) qualified the comment quoted above, as follows: «However, it would be difficult for Parliament to ignore a decisive expression of public opinion.» The Supreme Court in *Miller II* (para 7) makes a similar point. Although technically the result was not legally binding, the Government had pledged to honour the result and it has since been treated as politically and democratically binding. Successive Governments and Parliament have acted on that basis.»

rimenti normativi relativi a tale diritto, quali la Carta delle Nazioni Unite e la Risoluzione 1541 del dicembre 1960 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, così come l'illustre precedente della Corte Suprema canadese sul caso del Quebec, e infine le memorie presentate dal Regno Unito alla Corte di Giustizia in relazione alla dichiarazione unilaterale di indipendenza del Kosovo. Questi riferimenti normativi e giurisprudenziali sono stati impiegati dai giudici per escludere ogni possibile applicazione del diritto all'autodeterminazione alla causa del popolo scozzese. In particolare, è stato evidenziato come nessuno dei presupposti in forza dei quali è applicabile tale diritto secondo il diritto internazionale, ossia la dominazione coloniale, l'oppressione straniera o la negazione della rappresentanza politica, sia sussistente nel caso della Scozia (par. 89). Secondo talune posizioni dottrinali ¹⁴, questo giudizio preliminare di inapplicabilità ha precluso di avviare un ragionamento più approfondito su altre ipotesi di «autodeterminazione costituzionale», implicita o esplicita, riconosciute, seppur raramente, nel diritto costituzionale comparato e, in particolare, nell'ordinamento britannico.

Le conclusioni di questa pronuncia, sinteticamente richiamate, evidenziano come la Corte Suprema si sia limitata a risolvere la questione oggetto del giudizio seguendo un approccio meramente formale, senza entrare ad approfondire tutta un'altra serie di questioni collegate che avrebbero potuto contribuire a risolvere non soltanto la problematica referendaria, ma anche a incanalare le rivendicazioni del secessionismo scozzese entro determinati binari giuridico-costituzionali. Per riprendere le parole di Lord Reed, che aveva preannunciato tempi più lunghi per analizzare una documentazione che superava le 8.000 pagine, la Corte Suprema si è limitata a esaminare soltanto *the tip of the iceberg*, confermando la natura politica della questione indipendentista e rilasciando, quindi, alla politica piena autonomia nella gestione e risoluzione della stessa.

3. LE CONSEGUENZE DELLA DECISIONE. QUALE FUTURO PER L'INDIPENDENTISMO SCOZZESE?

Quali scenari si aprono per l'indipendentismo scozzese ora che la Corte Suprema ha negato la possibilità di celebrare un secondo referendum senza l'autorizzazione preventiva del Parlamento di Londra?

¹⁴ In senso critico sull'applicazione restrittiva del diritto all'autodeterminazione e sull'esistenza di un diritto all'autodeterminazione costituzionale implicita si rinvia alle considerazioni di v. Weller (2023).

Le conseguenze della decisione sono molto lineari sul piano giuridico. I giudici della Corte Suprema hanno escluso per il futuro ogni possibilità per la Scozia di procedere autonomamente all'indizione di un referendum indipendentista per via legislativa, indicando la previa autorizzazione parlamentare di *Westminster* quale unica soluzione procedurale percorribile. L'indizione di un referendum su una *constitutional issue* così dirompente, come la separazione di una *Nation* dal Regno Unito, interferisce su una materia riservata esclusivamente alla legislazione del Parlamento di Londra, rispetto alla quale il Parlamento devoluto di *Holyrood* non ha competenza legislativa. Non sembra quindi che, almeno in un prossimo futuro, ci sia qualche possibilità concreta di celebrare il referendum *post Brexit* agognato dall'indipendentismo scozzese, considerando la dichiarata contrarietà dei principali partiti nazionali a negoziare con lo SNP e ad autorizzare legislativamente lo svolgimento di una seconda consultazione.

Molto interessanti si rivelano, poi, le riflessioni relative all'istituto referendario contenute nella pronuncia. In diversi passaggi i giudici riconoscono appieno la rilevanza, gli effetti e le conseguenze dello strumento referendario nel contesto costituzionale e democratico britannico, che dimostra di avere acquisito un protagonismo inedito nella patria della sovranità parlamentare, in cui sempre più la democrazia tende a fondarsi su forme di integrazione e compenetrazione tra sovranità parlamentare e sovranità popolare, tra forme di democrazia rappresentativa e democrazia diretta¹⁵. Il giudice prende pienamente atto del ruolo assolto dai referendum nei processi di trasformazione costituzionale contemporanei e conferma l'esistenza di una convenzione costituzionale, formatasi in particolare in seguito alle ultime esperienze referendarie, in base alla quale deve essere data attuazione giuridica al risultato referendario che assume valore costituzionale (Tierney, 2012). Questa interpretazione evolutiva del referendum fornisce ulteriori argomentazioni a favore di quelle posizioni dottrinali che sostengono già da tempo l'opportunità di arginare l'attitudine espansiva e le forzature applicative di tale strumento nell'ordinamento britannico, mediante l'approvazione di una regolamentazione che delinei un quadro

¹⁵ Sui rapporti tra sovranità parlamentare e sovranità popolare si rinvia, in particolare, alle interessanti osservazioni di Gordon (2020). Secondo l'Autore «parliamentary sovereignty is an intra-constitutional principle: it determines the locus of law-making power within the UK Constitution, and establishes an institutional hierarchy in which Parliament has primacy over all other official actors. Popular sovereignty, in contrast, is an extra-constitutional principle: it reflects the normative political value of democratic government. But the abstract normative idea that government must be democratically elected to have legitimacy will always need to be institutionalised in specific constitutional arrangements within a political system. Parliamentary sovereignty is one way to institutionalise the ideal of popular sovereignty, because it recognises that the UK's legislature has the strongest democratic credentials, in relative terms, when compared to the executive and the judiciary».

giuridico più chiaro e organico sulle sue modalità di svolgimento ¹⁶. L'auspicio dottrinale di una regolamentazione normativa più dettagliata del referendum si spinge, nel caso dei referendum indipendentisti, nella richiesta di una più attenta definizione preventiva degli aspetti costituzionali chiave delle diverse opzioni in gioco nei relativi processi referendari, in maniera da rendere il voto dell'elettorato più consapevole, di superare la fisiologica natura asimmetrica dei quesiti secessionisti e di ridurre il tasso di incertezza successivo alla loro celebrazione. Com'è stato osservato da una parte della dottrina, nel caso di un secondo referendum indipendentista scozzese, questo grado di specificazione preventiva potrebbe riguardare, ad esempio, le principali conseguenze della secessione relative al futuro assetto costituzionale e alla sovranità economico-finanziaria di una Scozia indipendente dal Regno Unito ¹⁷. A questi elementi potrebbero aggiungersi anche requisiti procedurali più stringenti, come ad esempio la previsione di un quorum strutturale, che potrebbero contribuire a dare maggiore legittimazione democratica al risultato referendario e all'eventuale avvio del processo secessionista.

Le interessanti osservazioni dei giudici supremi sulla rilevanza politica del referendum e sulla natura politicamente e democraticamente vincolante del suo risultato, oltre a stimolare una riflessione più approfondita sulle conseguenze di questo strumento e sull'opportunità di una sua regolamentazione giuridica, introducono ulteriori elementi valutativi per esaminare la problematica della secessione all'interno dell'ordinamento britannico, data la stretta connessione esistente tra referendum e secessione. Il referendum rappresenta uno dei principali strumenti democratici al fine di verificare l'esistenza di una volontà popolare favorevole alla separazione di una *country* dall'Unione, dalla cd. *Family of Nations*, che rappresenta un presupposto fondamentale per avviare, eventualmente, una secessione negoziata e democratica con le istituzioni statali.

Su quest'ultimo aspetto non si è, invece, soffermato il *reference* britannico che, diversamente da quello canadese, non ha fornito nessuno spunto di riflessione aggiuntiva in merito ai referendum di secessione. Va precisato, però, che la Corte Suprema britannica, a differenza di quella canadese, non è stata chiamata a pronunciarsi in merito all'eventuale esistenza di un diritto di secessione della Scozia dal Regno Unito secondo il diritto costituzionale britannico.

¹⁶ Sul tema della normazione del referendum, anche al fine di prevenire un suo strumentale utilizzo per ottenere vantaggi politici, si v. Leyland (2017). Nella dottrina italiana si rinvia alle considerazioni di Calamo Specchia (2012), Gianello (2022).

¹⁷ Si rinvia, in particolare, alle osservazioni di Martinelli (2022, 227), il quale si interroga sulle conseguenze della eventuale vittoria dell'opzione secessionista legate alla possibile immediata cessazione dell'*Act of Union*, al futuro della *currency* in comune, allo sfruttamento dei proventi dei giacimenti petroliferi del Mar del Nord.

Nell'istanza formulata dal *Lord Advocate* non compariva una richiesta simile, mentre veniva posta in via incidentale dallo SNP la questione del diritto all'autodeterminazione del popolo scozzese. Il giudice supremo, richiamando la nota pronuncia di *reference* canadese, si è pertanto limitato a indicare quelle fattispecie codificate nel diritto internazionale che legittimano l'applicazione del diritto all'autodeterminazione, escludendo la sussistenza di una di queste fattispecie nel caso della Scozia. Ha quindi chiuso il discorso sul tema dichiarando l'inapplicabilità dell'autodeterminazione, senza aggiungere alcuna riflessione sulle peculiarità storiche e costituzionali della *devolution* scozzese, sulla natura volontaria dell'Unione¹⁸, e sulle concrete possibilità di portare a termine una secessione costituzionalmente legittima nell'ordinamento britannico. Sebbene nell'istanza di *reference* la problematica della secessione risultava del tutto incidentale rispetto alla questione centrale del riparto delle competenze, legittimando una trattazione parimenti marginale da parte dei giudici, non può omettersi di osservare come tale problematica continui a rappresentare uno dei nodi cruciali della questione indipendentista scozzese a cui si legheranno in futuro le sorti di eventuali rivendicazioni referendarie. Se sembra potersi escludere l'applicazione dell'autodeterminazione per le ragioni enunciate da parte dei giudici, non può dirsi lo stesso per la secessione che –come noto– è e rimane una questione particolarmente controversa e sostanzialmente irrisolta nel dibattito giuridico contemporaneo. Il diritto internazionale – come è noto – mantiene una posizione di sostanziale neutralità rispetto alla secessione perché né riconosce un diritto di secessione unilaterale né nega esplicitamente l'esistenza di tale diritto¹⁹, ma rimette piuttosto all'autonomia dei singoli Stati l'eventuale regolamentazione e gestione di una istanza secessionista, nel rispetto di quei principi e di quelle garanzie fondamentali che concorrono a determinare la legalità e la democraticità della dinamica secessionista e a legittimarne, così, eventualmente, l'accettazione da parte della comunità internazionale. Il dibattito dottrinale interno all'ordinamento britannico mette in luce la presenza di una varietà di posizioni che oscillano tra quelle che sostengono l'esistenza di un diritto di secessione o di autodeterminazione costituzionale²⁰ per tutte le *constituent units* del Regno Unito a quelle che insistono

¹⁸ Sulla unicità della *devolution* scozzese insiste Martinelli (2022, 235), il quale osserva che è una «forma di autonomismo» che per «modalità procedurali e asimmetrie di contenuti» non ha uguali in altre esperienze costituzionali.

¹⁹ In termini simili si rinvia al *Reference* del Quebec par. 112. Anche nel parere sul Kosovo la Corte Internazionale di Giustizia afferma che il diritto internazionale generale non prevede nessun divieto esplicito applicabile alle dichiarazioni d'indipendenza (Kosovo, par. 84).

²⁰ Insiste sulla natura consensuale dell'Unione v. Martin (2021). Parla di autodeterminazione costituzionale della Scozia Weller (2022) il quale osserva proprio in relazione al *reference*: «The actual issue

sul riconoscimento esplicito di tale diritto soltanto per l'Irlanda del Nord²¹, passando per una serie di posizioni intermedie, che lasciano un certo grado di incertezza e indeterminatezza per il futuro che questo giudizio di *reference* non ha contribuito ad attenuare.

Se, dunque, la pronuncia di *reference* sull'*indyref.2* non ha fornito elementi innovativi per la risoluzione giuridica della problematica secessionista scozzese, limitandosi a confermare concetti giuridici già noti, non può dirsi che non abbia avuto, invece, delle rilevanti conseguenze politiche. La pronuncia sembra aver segnato un importante spartiacque nell'evoluzione della vicenda indipendentista scozzese, come risulta dai primi avvenimenti che si sono susseguiti nel corso di questi mesi.

La *First Minister* aveva dichiarato che, se la Corte Suprema non avesse riconosciuto il potere del Parlamento di *Holyrood* di indire il referendum, avrebbe attribuito alle prossime elezioni parlamentari britanniche il valore di un *referendum de facto*, interpretando la vittoria del partito nazionalista come un mandato da parte dell'elettorato scozzese a negoziare l'indipendenza con il Governo britannico. Si tratta di una soluzione politicamente strategica ma giuridicamente non percorribile, perché si fonda su una interpretazione unilaterale del risultato elettorale da parte dello SNP che non potrebbe mai vincolare formalmente il Governo britannico a negoziare un accordo per la celebrazione di un secondo referendum.

Una delle poche certezze per il futuro dell'indipendentismo scozzese è che questa strategia non sarà portata avanti dalla Sturgeon. Il 15 febbraio, del tutto inaspettatamente, la leader indipendentista ha rassegnato le sue dimissioni dalla carica di Primo Ministro e leader del partito, adducendo motivazioni di natura personale e affidando al suo successore la prosecuzione della causa secessionista. A fine marzo Yousaf Humza, è stato eletto tramite primarie alla guida dello SNP, con il 52,1% dei voti, e, poi, è stato investito alla carica di Primo Ministro dal Parlamento scozzese. Humza, ex Segretario della Sanità e primo Premier scozzese di origini straniere e religione musulmana, risulta molto vicino alle posizioni della Sturgeon sul tema dell'indipendenza. Nel discorso di investitura dinanzi al Parlamento ha dichiarato che l'indipendenza della Scozia rimane uno dei suoi principali obiettivi politici, insieme alla ripresa economica e sociale della regione, anche se non ha ancora reso nota la strategia che porterà avanti per raggiungere tale obiettivo. Finora ha inviato, a fini

for Scotland is therefore not whether it somehow fits into the category of constitutional self-determination. It clearly does. The actual question is whether the central government can unreasonably withhold from such an entity the opportunity to actualize that right through a referendum.

²¹ Sul punto si rinvia alle perplessità espresse da McHarg (2022) e Doyle (2022).

meramente dimostrativi, una lettera al Primo Ministro britannico per richiedere l'attivazione della clausola di cui all'articolo 30 dello *Scotland Act* del 1998, tentativo che era stato già portato avanti senza successo nel 2017 e nel 2019. Rishi Sunak ha risposto con un nuovo diniego, ribadendo che è ben nota la posizione contraria del Governo britannico rispetto ad un'autorizzazione legislativa per la celebrazione del secondo referendum. Il futuro della Scozia come Stato indipendente rimane, quindi, profondamente incerto in questa nuova e complicata fase successiva al giudizio di *reference* segnata dalle dimissioni della leader independentista, dalla nuova leadership di un partito afflitto da vecchie e nuove tensioni, e, infine, da un elettorato particolarmente fluttuante che, secondo uno degli ultimi sondaggi pubblicati, dimostra solo un 39 % dei consensi a favore della causa independentista. Quest'ultimo dato evidenzia come le dimissioni della Sturgeon, da sempre ferrea sostenitrice di una Scozia indipendente, abbiano segnato una vera e propria battuta d'arresto nella concreta realizzazione del progetto independentista che, oltre ad aver perso sostegno nell'elettorato, sembra aver perso *appeal* nel dibattito politico-giuridico sulla *devolution* scozzese pronta ad abbandonare il secessionismo per orientarsi nella direzione di un maggior autonomismo.

4. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- CARVALE, G. (2014), Il referendum del 18 settembre: Scotland chooses the best of both worlds, in *Federalismi.it*, n. 18, pp. 1-36.
- (2016), La faglia della Brexit, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2, pp. 1-21.
- (2017), *A family of Nations. Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra Devolution e Brexit*, Napoli, Jovene.
- (2022), Il giudizio di *reference* della Corte suprema sul referendum scozzese: una political question, in *Federalismi.it*, n. 31, pp.1-18.
- CECCHERINI, E., EFRÉN RÍOS VEGA L., SPIGNO, I. (a cura di) (2022), *Il diritto alla consultazione referendaria nel XXI secolo*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- DOUGLAS-SCOTT, S. (16 agosto 2016), What does 'Brexit means Brexit' mean (if anything)?, in *constitution-unit.com*.
- DOYLE, O. (2022), Leaving the Union: Constitutionalising Secession Rights in the United Kingdom, in *Federalismi.it*, n. 10, pp. 222-240.
- GIANELLO, S. (2022), Il referendum nel Regno Unito prima e dopo la Brexit, in *Federalismi.it*, n. 10, pp. 47-67.
- GORDON, M. (2020), Referendums in the UK Constitution: Authority, Sovereignty and Democracy after Brexit, in *European Constitutional Law Review*, n. 16, pp. 213-248.

- GORDON, M. (2022), UK supreme court rules Scotland cannot call a second independence referendum – the decision explained, in *Theconversation.com.*, recuperato in <https://theconversation.com/uk-supreme-court-rules-scotland-cannot-call-a-second-independence-referendum-the-decision-explained-194877>
- KEATING, M. (2017) (ed.), *Debating Scotland. Issues of Independence and Union in the 2014 Referendum*, Oxford, Oxford University Press.
- LEYLAND, P. (2017), Referendums and the UK Constitution: Parliamentary Democracy versus the explosion of Popular Sovereignty, in *Federalismi.it*, n. spec. 1, pp. 1-15
- MARTIN, C. (2021), *Resist, Reform, or Re-Run: Short- and Long-Term Reflections on Scotland and Independence Referendums*, Oxford, Blavatnik School of Government.
- MARTINELLI, C. (2016), *La Scozia nella Costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, Torino, Giappichelli.
- (2017), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli.
- (2022), La Scozia tra autonomia e secessione: riflessioni sul referendum indipendentista nel processo devolutivo, in *Federalismi.it*, n. 23, pp. 208-240.
- (2022), La Brexit come «constitutional moment», in Fasone, C., Martinelli, C. (a cura di), *Le conseguenze costituzionali della Brexit*, in *Federalismi.it*, n. 10, pp. 1-33.
- MARTINO, P. (2015), La questione indipendentista scozzese: le nuove frontiere della Britishness, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, pp. 405-428.
- (2023), La Corte Suprema del Regno Unito sul secondo referendum indipendentista scozzese: una partita chiusa?, in *Blog Diritti Comparati*, recuperato in <https://www.diritticomparati.it/la-corte-suprema-del-regno-unito-sul-secondo-referendum-indipendentista-scozzese-una-partita-chiusa/>
- McHARG, A. (2022), The Prospects for Scottish Independence in the Aftermath of Brexit, in *Federalismi.it*, n. 10.
- McHARG, A., MULLEN, T., PAGE, A., WALKER, N. (2016) (ed.), *The Scottish Independence Referendum: Constitutional and Political Implications*, Oxford, Oxford University press.
- PALICI DI SUNI, E. (2016), I britannici hanno detto sì alla Brexit: uno choc per l'Europa?, in *DPCE online*, n. 2, pp.1-6.
- SAVASTANO, F. (2016), Brexit. Un'analisi del voto, in *Federalismi.it*, n. 13, pp.1-16.
- TIERNEY, S. (2013), Legal Issues Surrounding the Referendum on Independence for Scotland, in *European Constitutional Law Review*, n. (9) 3, pp. 359-390.
- (2015), Direct democracy in the United Kingdom: reflections from the Scottish independence referendum, in *Public Law*, n. 4, pp. 633-651.
- (2016), Was the Brexit Referendum Democratic?, in *Uk Const. L. Blog*, recuperato in <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/25/stephen-tierney-was-the-brexit-referendum-democratic/>.

- TIERNEY, S. (2022), The Lord Advocate's Reference: Referendums and Constitutional Convention, in *UK Constitutional Law*, recuperato in *Blog*. <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/25/stephen-tierney-was-the-brexit-referendum-democratic/>.
- TORRE, A. (a cura di) (2016), *Il Regno è ancora unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli.
- (2017), Una Costituzione sotto stress. Riflessioni sul referendum scozzese del 18 settembre 2014, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2.
- TORRE, A., FROSINI J. O. (a cura di) (2012), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli.
- WELLER, M. (2023), The UK Supreme Court on a Referendum for Scotland and the Right to Constitutional Self-determination: Part II, in *Blog of the European Journal of International Law*, recuperato in <https://www.ejiltalk.org/the-uk-supreme-court-reference-on-a-referendum-for-scotland-and-the-right-to-constitutional-self-determination-part-ii/>

OS SINTOMAS DO FEDERALISMO COOPERATIVO BRASILEIRO

DIEGO FERNANDES GUIMARÃES¹
Universidade de Granada (Espanha)

SUMÁRIO: 1. *Introdução.*—2. *A evolução do modelo federativo brasileiro até a vivência da Constituição Federal de 1988.* 2.1 *Histórico do modelo federativo brasileiro.* 2.2 *Os contornos da saúde pública no federalismo desenhado pela Constituição Federal de 1988.*—3. *A dinâmica federativa ao longo do período de emergência sanitária.*—4. *Conclusões.*—*Referências bibliográficas.*

1. INTRODUÇÃO

O desafio de alcançar uma unidade orgânica preservando a diversidade é uma constante nos estados nacionais, desde a combinação de centros de produção jurídica procedentes de distintos círculos sociais, com graus diversos de positividade (Del Vecchio, 1957, 150), até a articulação do pluralismo político-territorial² para o qual o modelo federal é apenas uma dentre as soluções possíveis.

De todo modo, este último modelo não constitui uma realidade cerrada, de maneira que a análise comparativa dos sistemas federais, na minoria dos países que o adotaram e em seus diversos períodos históricos, demonstra que

¹ Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Granada em regime de cotutela internacional com a Universidade Federal da Paraíba. Mestre em "Derechos fundamentales en perspectiva nacional, supranacional y global" (UGR). Juiz Federal (TRF5, Brasil). E-mail: dfguimaraes@gmail.com

² E a despeito do singular modelo federal belga, que interliga o pluralismo territorial a governos de «comunidades linguísticas parcialmente não territoriais» (KNUEPLING, 2017, 14)

os arranjos institucionais (formais e informais) são variáveis, assim como diversificados são os graus de descentralização e os instrumentos de exercício das autonomias políticas, o que aponta para o acerto da tese hesseniana – aqui amplificada – de que o estado federal «se constitui e se desenvolve dentro da Lei Fundamental» (Hesse, 1992, 217).

Mesmo os elementos histórico-culturais que influenciaram a adoção de uma organização política que combinasse autogoverno com governo repartido diferem em cada sistema. Os Estados Unidos se formaram pela reunião de estados independentes, com vistas a colmatar as limitações da Confederação e a partir da noção de soberania compartilhada (Campos, 2007). Nigéria e Etiópia se federalizaram num contexto sócioeconômico pós-colonial, dotados de sociedades complexas e multiétnicas. Já o Canadá e a Índia agregaram estados pré-existent, mas também procederem à criação de novas unidades subnacionais.

A experiência federalista brasileira se inicia com o Decreto n.º 1/1889, transformando as então províncias em Estados, os quais, «no exercício de sua legítima soberania», decretariam as suas constituições. Porém, os antecedentes históricos dão conta de uma realidade fática já descentralizada desde o período colonial. Lila Schwarcz e Heloisa Starling (2018) salientam que: «a partir do século XVI a empresa colonial giraria em torno da cana: a formação de vilas e cidades, a defesa de territórios, a divisão de propriedades, as relações com diferentes grupos sociais e até a escolha da capital. (...) Salvador virou sede do governo, da Suprema Corte e dos principais agentes fiscais do rei. (...) No entanto, a despeito das tentativas da metrópole de controlar a colônia, a descentralização era evidente. O centro da vida, o local de mando e de hierarquia, permanecia retido, real e simbolicamente, em torno da casa-grande e do engenho» (67).

Não se pode esquecer, ainda, que a organização administrativa da metrópole abrangia, na colônia, o governo-geral do Brasil, o governo das capitâncias e as câmaras municipais. Além disso, no mesmo período histórico foram marcantes as reivindicações de autogoverno que pautaram a Conjuração Mineira (1789), a Conjuração Baiana (1798) e a Revolução Pernambucana (1817), além do surgimento da ideia de soberania popular que foi tomando corpo ao longo do tempo e que veio a se positivar na Constituição Política do Império (C1824).

Após a independência, no período imperial, o anseio de unidade do vasto território, à vista dos separatismos havidos nas vizinhas ex-colônias espanholas, associado às tendências absolutistas – até então – da Casa de Bragança, deu lugar a um regime político centralizado, espécie de monarquia constitucional que preservava o princípio absolutista por meio da figura do poder moderador. Ainda assim, o sentimento federalista já se fazia presente, tanto que o

art. 1.º da C1824 se valera do vocábulo³. Entretanto, com a abdicação de Pedro I, no período regencial, o Ato Adicional de 1834 alterou significativamente a estrutura horizontal de poder, criando as assembleias legislativas provinciais com importantes competências legislativas e materiais. Sobre o ato, descreve Bonavides (2017, 370): «O chamado Ato adicional à Constituição do Império (1834) se gerou politicamente com o clima de agitação anterior e posterior à abdicação do Imperador, mas acabou sendo consideravelmente atenuado e refreado no seu teor. Com efeito, as correntes reformistas mais radicais, vindas na crista do movimento que afastou D. Pedro I do trono, se inclinavam por uma monarquia federativa. Um projeto nesse sentido chegara a ser introduzido e aprovado na Câmara dos Deputados, mas foi obstaculizado vitoriosamente pelas resistências conservadoras do Senado».

Esta rápida digressão histórica, e sem prejuízo da incitação federalista que deu lugar à Confederação do Equador (1824) e à Revolução Farroupilha (1835-1845) ou que inspirou o Manifesto Republicano (1870), por exemplo, demonstra que a tomada da forma federativa de estado, no Brasil, não foi uma simples emulação da experiência estado-unidense⁴, mas a absorção de um modelo apto a adaptar-se às circunstâncias histórico-culturais e destinado a dar respostas aos problemas institucionais que se apresentavam.

Entretanto, desde então, as sucessivas fases históricas e os respectivos consensos políticos foram forjando realidades estatais diferentes no que se refere ao grau de descentralização, aos esquemas de exercício da autonomia política pelos entes federativos e, ainda, ao desenvolvimento das relações intergovernamentais, que são as articulações entre as esferas de governo (Souza, 2008), a partir do desenho institucional feito pela constituição.

Neste sentido, desde a proclamação da república a engenharia federativa tem oscilado entre um autêntico federalismo dual, da Constituição de 1891, ou um federalismo nominal ante a realidade político-constitucional centralizada e unitária sob a égide da Constituição de 1937 e, ainda, um federalismo cooperativo, ensaiado no documento constitucional de 1934 e retomado na Constituição Federal de 1946, supostamente aprimorado na ora vigente Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988.

³ «Art. 1.º O imperio do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admitte com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia»

⁴ E, neste ponto, discordamos de Bonavides (2015, 213), para quem «essa imitação configurou invariavelmente ausência de originalidade contributiva da parte do elemento nacional politizado. Sempre deu estas mostras frequentes de um vício de formação, sobremodo agravado pelo erro e intempestividade histórica com que a nação política se há servido de moldes estranhos (...)».

E mesmo na vigência deste último período constitucional, as dinâmicas das relações intergovernamentais têm variado conforme o tipo e a abrangência da política pública ou econômica sob efetivação e, ainda, de acordo com as coalizões de cada governo, revelando vantagens e (mais) desvantagens no desenho institucional, as quais foram postas em relevo após a decretação da emergência em saúde pública de importância nacional em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (Portaria MS 188, de 03/02/2020), perante a qual o exercício, principalmente, de competências normativo-administrativas deflagrou conflitos interfederativos canalizáveis dificilmente pela Constituição.

Portanto, o objetivo geral desta investigação foi estudar o grau de integração nas relações interfederativas relacionadas à vigilância epidemiológica, desenvolvidas durante o período de emergência em saúde pública de importância nacional e como específicos, teve-se: 1) descrever o modelo de federalismo cooperativo delineado pela Constituição Federal de 1988 e os instrumentos jurídico-normativos de cooperação relacionados ao serviço de saúde pública; 2) identificar o esquema de distribuição de tarefas especificamente voltado ao enfrentamento da emergência sanitária; 3) avaliar o caráter integrador do modelo de federalismo cooperativo da CF88, a partir atribuição para impor medidas sanitárias no período de emergência sanitária.

Metodologicamente, valeu-se de uma abordagem dialética e de técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, tendo como referencial teórico a interface entre Ciência Política e Direito Constitucional, este na perspectiva do modelo de federalismo impulsionado pela realidade constitucional brasileira. É, portanto, um estudo com foco e aproximação eminentemente nacional.

2 A EVOLUÇÃO DO MODELO FEDERATIVO BRASILEIRO ATÉ A VIVÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Histórico do modelo federativo brasileiro

Tal como se pode concluir do esboço histórico introdutório, a instauração do estado federal no Brasil não correspondeu ao que a doutrina considera o percurso mais clássico de sua formação (Brancati *et al*, 1995), isto é, do pacto entre estados diversos que renunciam à parte de suas potestades em favor de uma unidade central. Em outras palavras, aqui não se deu a associação ou a agregação de estados, mas, ao contrário, se formou um estado por desagregação ou descentralização de uma realidade unitária, um tipo federal centrífugo ou de devolução (Campos, 2007), mantendo-se, porém, o traço caracterís-

tico original da «concorrência de vários estados numa mesma área constitucional» (Albertini, 1956, p. 587) ou, a nosso ver, ainda mais preciso, a organização do «estado em dois ou mais níveis de governo, que têm autoridade formal sobre o mesmo espaço territorial e sobre todos os cidadãos» (Souza, 2008, p. 36), protegida pela supremacia constitucional.

Assim como nos demais sistemas federais latino-americanos (Broschek, 2017), no Brasil também houve processos de centralização ou de refederação no curso do tempo.

A Constituição de 1891 (CF1891), a primeira da República Federativa (art. 1.º), aprofundou o compromisso, que já advinha desde o Ato Adicional de 1834, no sentido de favorecer a descentralização política em favor das oligarquias regionais, conferindo-lhes autonomia financeira e importantes competências em matéria econômica e política, inclusive em setores cruciais, tais como educação, força policial e obras públicas, numa relação centro-periferia que fez a historiografia brasileira denominar o período de «política dos governadores».

A análise positiva da CF1891 indica que o Congresso Nacional possuía apenas poderes enumerados (art. 34), conservando os estados a competência remanescente não enumerada (art. 63; art. 65, 2.º), detendo o poder central e os Estados competência tributária (arts. 7.º a 12). Havia a previsão de igualdade entre os entes federativos (art. 7.º, § 2.º; art. 8.º; art. 66 etc.) e de não intervenção (art. 6.º), assim como de restritas relações interfederativas (art. 5.º), circunscritas à hipótese de calamidade pública. Por fim, vedava o projeto de emenda constitucional tendente a abolir a forma republicano-federativa ou a igualdade de representação dos Estados no Senado (art. 90, § 4.º), num desenho constitucional que se adequa, integralmente, ao federalismo dual explicado por Joseph Zimmerman (2001).

Este arranjo permaneceria até a revolução de 1930, da qual ascendera a liderança nacional de Getúlio Vargas, em cujo período de governo (1930-1945) se promoveram profundas modificações no estado brasileiro, por força da industrialização, urbanização e modernização econômico-social, sem prejuízo da centralização de poderes e do autoritarismo políticos do período, no que é denominado de «federalismo nominal» por Brasileiro (1974, 97).

Um dos legados, porém, do período Vargas foi a necessidade de manter um espectro maior de competências na União e consequente rejeição do modelo dual-isolacionista da primeira república, com vistas a promover e intensificar o desenvolvimento socioeconômico do país, fomentado o estado de bem-estar social. Ao mesmo tempo, e especialmente diante do fim de um período autoritário, emergia a ideia de impulsionar a autonomia política municipal

como base material para a democracia, o que também refletia uma aspiração derivada da urbanização porque havia passado o país.

Desta forma, a Constituição de 1946 (C1946) combinou uma ampla competência da União (art. 5.º e art. 15), com uma competência remanescente não enumerada em favor dos Estados (art. 18) e, ainda, com a regulação da autonomia política (art. 28) e orçamentária dos Municípios (art. 29; Emenda constitucional 5/1961), com disciplina da intervenção estadual (art. 23). Além de um sistema mais detalhado de partilha de receitas tributárias (arts. 14, 15, 20 e 21), a C1946 estabelecia o dever de cooperação administrativa e financeira federal no sistema de ensino (art. 171) e a cooperação, mediante acordo, para a incumbência de funcionários federais na execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões de suas autoridades (art. 18).

O advento do período militar acentuou a tendência centralizante (Souza, 2017) e, baseado na lógica desenvolvimentista, consolidou a hegemonia financeira da União, de modo que as Constituições de 1967 (C1967) e de 1969 incrementaram o grau de concentração de competências na União e, ainda, de tarefas a cargo do poder executivo federal, de que decorreu a profusão de entidades administrativas nesta esfera (autarquias, fundações públicas, empresas estatais federais).

Previu-se a assistência técnica e financeira para o desenvolvimento dos sistemas de ensino (art. 169, C1967), instituíram-se os Fundos de Participação de Estados e Municípios (art. 26, C1967), alargaram-se as hipóteses de intervenção no Estado e deste no Município. Observa-se, também, que, pelo esquema de distribuição de competências, União, Estados e Municípios possuíam competências administrativas compartilhadas, à exceção daquela enumerada federal (art. 8.º, C1967). Mas o protagonismo federal associado à dependência financeira da União, aproximaram a dinâmica do modelo de um federalismo cooperativo, através de instrumentos como a cooperação financeira para projetos específicos, a assistência técnica federal e a colaboração na prestação de serviços.

Sobre o período, Ana Maria Brasileiro (1974), considerando que o federalismo cooperativo brasileiro estava se baseando numa fórmula que combinava centralização do controle e descentralização da execução, aponta o que considera as disfunções do federalismo cooperativo, dentre as quais, a alta dependência financeira de Estados e Municípios frente a União e a excessiva simetria legal no que tange aos aspectos organizacionais e orçamentários. Ainda, cita o sistema de competência concorrente para prestação de serviços, que não definia as tarefas de cada ente federativo, dificultando a responsabilidade ou provocando a superposição ineficiente. Sobre esta questão, diz esta autora que «a ideia de concorrência ou paralelismo, que tem caracterizado a ação das

diferentes esferas de governo nas mesmas áreas funcionais, deve ser substituída pela ideia de cooperação efetiva» (112) e, mais adiante, que «a fixação de responsabilidades na prestação de serviços é básica para um sistema racional de cooperação intergovernamental e deve contribuir para o desemperamento das máquinas administrativas federal e estadual» (112).

A Constituição Federal de 1988 (CF88), emergida no bojo da redemocratização, ao passo em que consolida o estágio histórico-cultural da experiência constitucional nacional, se propôs a desenhar um sistema que combinasse o reforço da ação cooperativa da União com o aumento da autonomia dos entes subnacionais (Carvalho, 2010), buscando corrigir as disfunções até então persistentes.

Em relação à ação cooperativa, foram decisivos para o seu reforço os resultados materiais alcançados nos períodos anteriores, mas também a necessidade de um regime prestacional uniforme com vistas à redução das desigualdades sociais e regionais – de modo que, já no art. 3.º da CF88, positivaram-se como objetivos da República a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais –, o que se acredita poder ser feito apenas a partir do planejamento e da coordenação nacionais.

Já no que tange ao aumento da autonomia dos entes subnacionais, revigorava-se a ideia descentralizante no sentido de potencializar a autonomia municipal como base para a democratização de todo o sistema político.

Assim, quanto aos mecanismos que realçam a tendência cooperativa, pode-se verificar que a CF88 estimulou relações intergovernamentais ao enunciar competências administrativas comuns (art. 23), inclusive em matéria de saúde pública (art. 23, II e art. 198), e legislativas concorrentes (art. 24), as previsões de regiões metropolitanas criadas pelos Estados (art. 25, § 3.º) e de cooperação técnica e financeira da União e do Estado nos serviços de educação e saúde pública prestados pelos Municípios (art. 30, VI e VII), além de disciplina relacionada a gestão associada de serviços públicos e a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais a aqueles (art. 241). Ademais, o complexo esquema de transferências financeiras – que corrobora a concentração de receitas públicas na União⁵ –, de caráter obrigatório (por exemplo, arts. 157-159; art. 166, §16), voluntário (art. 71, VI; art. 160, §2.º) e especial (art. 166-A) registram a centralidade do papel da União na despesa e no investimento públicos a serem executados pelos entes subnacionais.

⁵ «A composição da arrecadação brasileira revela com clareza a concentração de receitas na União e a importância do sistema de transferências: o governo federal arrecada quase 70% da carga tributária, os Estados, um pouco mais de 25% e os Municípios, um pouco mais de 6%. Após as transferências, a União fica com 58%, Estados com 25% e municípios com 18%» (Lima, E. C. P. 2020, 237).

De fato, para Wachendorfer-Schmidt (2000), na lógica do federalismo cooperativo, e ao contrário do federalismo competitivo em que prevalecem a autonomia e a diversidade, o compartilhamento favorece a busca pela uniformidade de proteção social, havendo estímulos aos atores voltados à colaboração, por meio de divisão de poderes e tarefas a serem executadas conjuntamente.

No caso brasileiro, porém, é de se destacar que a técnica redacional de distribuição de competências administrativas comuns, positivada na CF88, utilizou vocábulos que correspondem às áreas de atribuição (por exemplo, «cuidar da saúde e assistência pública» ou «proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação», etc), sem haver a discriminação de tarefas específicas sob incumbência de cada ente federativo. Igualmente, a Constituição, embora claramente apostando no caráter cooperativo, não estabeleceu os meios ou os «estímulos» através dos quais deveriam ser executadas as ações colaborativas, remetendo a questão para a regulação através de lei complementar (art. 23, p. único, CF88), ainda não editada, o que permite antever possíveis afecções relacionadas à necessidade excessiva de decisões conjuntas ou, então, ao risco de uma dinâmica federal coercitiva, bem como de ineficiência administrativa ou de superposição de tarefas.

Aqui já se observa uma diferença com o desenho institucional vigente nos sistemas suíço, alemão e austríaco, marcados por uma «distribuição funcional de competências», a partir da que se atribui ao nível federal a legislação e aos demais a execução (Broschek, 2017, 50).

Sobre o desenho brasileiro, Alessandra S. Tavares (2009) acentua que a cooperação efetiva só ocorre quando todas as entidades tenham capacidade de engajar-se, assumindo a responsabilidade pela execução das tarefas, mas Cibele Franzese (2010) recorda que, na teoria, a necessidade de interação entre os entes federativos pode levar a dinâmicas de cooperação não necessariamente voluntárias, senão antagônicas (com objetivos específicos ou por canais de atuação necessária) ou até coercitivas (cooperação pela força, sem relação de igualdade federativa).

Por último, é relevante destacar, para os efeitos desta pesquisa, a constatação de que a tendência centralizante do modelo federal brasileiro também se afere na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sob a égide da CF88. Dantas, Pedrosa e Pereira (2020) enfatizam que o STF possuiria uma preferência hermenêutica pela uniformidade nacional, tendenciando a enquadrar o tema legislado no âmbito de competência privativa da União, em detrimento da competência concorrente (atribuição suplementar) ou a ampliar os limites da União para editar normas gerais no âmbito da competência concorrente (considerando como norma geral comandos ou disposições evidentemente específicos).

2.2 Os contornos da saúde pública no federalismo desenhado pela Constituição Federal de 1988

A CF88 insere o direito à saúde dentre os direitos sociais (art. 6.º, caput) e ainda prevê que «cuidar da saúde» é competência (administrativa) comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, II), indicando que compete aos Municípios (art. 30, VII) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população. Já no plano da competência legislativa inclui a proteção e defesa da saúde no plano da competência concorrente (art. 24, XII), permitindo a suplementação legislativa pelos Municípios (art. 30, II). Recorde-se que no regime constitucional brasileiro, as matérias sob competência legislativa concorrente permitem que a União estabeleçam as normas gerais, sem prejuízo da competência suplementar de Estados e Municípios (art. 24, §§ 1.º e 2.º c/c art. 30, II).

A respeito da política de saúde, o texto constitucional contém regras orçamentárias e de financiamento (art. 166, §§ 9.º e 10; art. 167, IV; art. 194, VI; art. 195, §§ 2.º e 10; art. 198, §§ 1.º, 2.º e 3.º, etc) e prevê que a inaplicação do mínimo exigido de receita vinculado às ações e serviços públicos de saúde é causa para a intervenção federal no Estado (art. 34, VII, e) e estadual nos Municípios (art. 35, III).

Na seção especificamente voltada à regulamentação da saúde pública (arts. 196-200), a CF88 estabelece que «a saúde é direito de todos e dever do Estado» e que um sistema único, organizado de forma descentralizada e com direção única em cada esfera de governo integrará as ações e serviços de saúde (art. 198, I), atribuindo a este sistema único de saúde (SUS), ainda, as atribuições do art. 200, dentre as quais se destacando – para os efeitos desta pesquisa – a de «executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica».

Portanto, o constituinte optou por desenhar um regime de competência material comum para a prestação dos serviços e ações de saúde, prevendo a formação de um sistema integrado por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada de forma descentralizada, conferindo-lhe atribuições/tarefas, frisando, em particular, que os municípios possuíam incumbência de prestar os serviços de atendimento à saúde da população.

Esta opção constitucional é parcialmente explicada em vista de que, no regime anterior, a prestação do serviço de saúde se concentrava na órbita federal, seja pelo INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social) em benefício dos trabalhadores formais, seja pelo próprio Ministério da Saúde, sem embargo da prestação que era realizada, autonomamente, por Estados e Municípios. Situação que, antes mesmo do SUS, haveria de ser

dinamizada pelo conveniamento e descentralização feita pelo próprio INAMPS em favor de estados e municípios (nas ações integradas de saúde).

No entanto, repise-se, a própria Constituição Federal de 1988 não discrimina as tarefas sob responsabilidade de cada entidade federativa, nem quando trata da competência comum, nem na seção específica voltada aos dispositivos sobre saúde pública.

Pautado por esta constatação – e como o sistema constitucional brasileiro admite a judicialização de direito social para além do que regulado pelo legislador, diferentemente do sistema espanhol (art. 53, 3, CE) – o STF⁶ tem posição tradicional e vinculante no sentido de que qualquer pretensão de assistência à saúde constitui «responsabilidade solidária» de todos os entes federados.

Regulando a matéria, foi editada a Lei 8080/90, em cujo art. 4.º se estabelece que «o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)». O seu capítulo IV está voltado à discriminação da competência e das atribuições (e tarefas).

A análise das atribuições da direção nacional (art. 16) permite concluir que a União atua no plano da coordenação, formulação, avaliação, promoção da articulação, normatização e fixação de padrões e critérios técnicos. As suas tarefas executivas estão circunscritas à vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras bem como à fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde. Frise-se que a lei (art. 16, § 1.º) prevê, ainda, que a União possa executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde ou que representem risco de disseminação nacional.

A seu turno, as atribuições da direção estadual (art. 17), além de promover a descentralização para os Municípios, se referem ao acompanhamento, participação, apoio técnico e financeiro, suplementação e coordenação. As tarefas executivas são a gestão dos sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional, bem como, em caráter complementar, as atividades de vigilância epidemiológica, sanitária, alimentação e nutrição e de saúde do trabalhador.

Já a direção municipal tem as tarefas executivas de prestar os serviços públicos de saúde, além dos serviços de vigilância epidemiológica, sanitária, de alimentação e nutrição, de saneamento básico e de saúde do trabalhador e

⁶ STF. RE 855178 RG, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, processo eletrônico repercussão geral – mérito dje-050 divulg 13-03-2015 public 16-03-2015.

da política de insumos e equipamentos para a saúde no âmbito local. Também possui tarefas de planejamento, colaboração, cooperação e normatização complementares.

Logo, conquanto a Constituição não tenha disciplinado as tarefas de cada esfera na prestação das ações e serviços de saúde, a Lei 8080/90 buscou fazê-lo, o que não significa, porém, que a discriminação tenha definido responsabilidades exclusivas. Primeiro, por causa da extensa lista de atribuições referentes ao planejamento e à cooperação financeira e técnica por parte da União, detentora de parte significativa dos recursos a serem descentralizados, o que torna a efetivação das tarefas executivas dependentes da iniciativa e do controle da União. Segundo, em face da reminiscência de atividades executivas próprias ou impróprias a cargo de Estados e da União.

Eduardo Grin *et al* (2022) observam que foi a partir da estabilização promovida pelo plano real, em 1995, que o governo federal passou a, de fato, assumir os mecanismos de coordenação intergovernamental e a promover a descentralização com vistas à universalização de políticas públicas e que os resultados deste movimento se mostraram positivos: «Alguns estudos avançaram na discussão sobre os efeitos desses processos, mostrando que o fortalecimento da coordenação nacional foi capaz de reduzir desigualdades regionais (Arretche, 2012) e contribuir para desenvolver capacidades estatais dos governos subnacionais (Grin & Abrucio, 2018) nas políticas nacionalmente coordenadas» (2).

Na área da saúde pública, a efetivação daquelas tarefas foi inicialmente sendo promovida através da posição central da União (Ministério da Saúde) como órgão financiador e regulador do sistema, editando Normas Operacionais Básicas (NOBs) que regulamentavam e condicionavam as transferências de recursos em favor das entidades subnacionais à adesão a critérios especificados. A NOB92 alcançou 22% de adesão dos municípios, contra 63% da NOB93 – a qual também criou as comissões bipartites, posteriormente institucionalizadas na própria Lei 8080/90 (art. 14-A) – e, ainda, 99,6% na NOB96. Em 1997 foi criado o Piso de Atenção Básica, o qual é composto por uma parte fixa, destinada à totalidade dos municípios e outra parte variável, destinada a estimular a implantação de estratégias nacionais de reorganização do modelo de atenção à saúde. A seu turno, o percentual de receita corrente líquida obrigatoriamente destinado aos serviços e ações de saúde foi constitucionalizado com a Emenda constitucional 29/2000. Por fim, é de se destacar o Pacto pela Saúde (Portaria 399/2006), que consolidou novas bases operacionais da gestão do sistema, com o objetivo de alcançar maior eficiência e qualidade, funcionando igualmente na lógica da pactuação e adesão, tendo modificado, ainda, as formas de transferência de recursos até então existente.

Portanto, o federalismo cooperativo, na área da saúde pública, foi sendo promovido por meio de interrelações governamentais que congregavam a centralização financeira (transferências fundo a fundo ou voluntárias) e a coordenação técnica e regulatória da União com a descentralização da execução de políticas públicas dependente de adesão/pactuação por parte dos entes subnacionais.

Para Franzese (2010) este formato se mostrou mais cooperativo. Conclui a autora: «Nesse sentido, apesar das diferenças de trajetória entre as áreas de educação e saúde no Brasil, observamos que o país avançou nas diretrizes de universalização em ambos os casos e que, o impacto dessa conquista na área social, foi a configuração de um modelo de federalismo mais cooperativo do que aquele observado no início da década de 1990» (123).

De qualquer modo, não se pode ignorar a tendência centralizante desta dinâmica cooperativa e o «paradoxo» (Silva, 2020, 74) que representa o fato de que a descentralização da política pública de saúde tenha sido acompanhada do fortalecimento das atividades regulatórias e financeiras da União, além de que a execução dos serviços de ações e saúde por parte dos entes subnacionais tenha dependido da adesão às propostas formuladas pela União, não obstante a progressiva institucionalização de foros de negociação, tais como as Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems).

3. A DINÂMICA FEDERATIVA AO LONGO DO PERÍODO DE EMERGÊNCIA SANITÁRIA

Descrita a dinâmica das relações intergovernamentais que vêm caracterizando o federalismo cooperativo na política pública de saúde, pautada na centralização financeira e coordenação técnica da União acompanhada da descentralização dos serviços e ações de saúde aos entes subnacionais, a expectativa⁷ era a de que, uma vez deflagrada uma situação de emergência sanitária, aquela dinâmica fosse capaz de enfrentá-la e de reduzir os seus efeitos, mediante estratégias institucionais nacionais, possibilidade de atuação coordenada e descentralizada, atenta à situação sanitária de cada região, estado e município.

⁷ Para uma análise comparativa inicial sobre as respostas aos efeitos da pandemia em estados com funcionamento federalista: Chattopadhyay, R., Knüpling, F., & Chebenova, D. (2022).

A propósito, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou um *brief*, em abril de 2020 (*COVID-19 and fiscal relations across levels of government*), recomendando aos países federados o apoio financeiro, a suplementação de fundos com vistas à equalização das assimetrias e a coordenação das políticas públicas e o diálogo intergovernamental, como medidas capazes de assegurar o enfrentamento eficiente da crise provocada pela pandemia do covid-19.

No Brasil, foi a Portaria 188/2020 (03/02/2020) que declarou a emergência em saúde pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus, tendo sido editada a Lei 13979/2020 (06/02/2020) prevendo as medidas administrativas, inclusive sanitárias, para o seu enfrentamento. O Decreto-legislativo 06/2020 (20/03/2020) reconheceu o estado de calamidade pública para efeitos financeiro-orçamentários e a Emenda Constitucional 106/2020 (07/05/2020) instituiu um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento desta calamidade. Já a Lei Complementar 173/2020 (27/05/2020) estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), com regras para suspensão do pagamento de dívidas contratadas por entes subnacionais, bem como de auxílio financeiro.

Ocorre que em 20/03/2020 a Presidência da República publica a Medida Provisória n.º 926 (MP 926) que alterava a Lei 13979/2000, para incluir um dispositivo que determinava que as medidas sanitárias adotadas deveriam resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais e que a definição de quais seriam estes serviços e atividades essenciais seria incumbência do Presidente da República, mediante Decreto.

Note-se que esta norma, basicamente, teria como efeito permitir que o tipo, a abrangência e o tempo de duração das medidas sanitárias que viessem a ser adotadas em âmbito municipal e estadual ficassem sob definição da Presidência da República, a qual centralizaria e hierarquizaria a execução da tarefa de vigilância sanitária e epidemiológica, sem observar, obviamente, as capacidades das direções municipais e estaduais e, obviamente, as peculiaridades regionais e locais no que tange à transmissibilidade do vírus, ao colapso do sistema de saúde e à redução da mortalidade. Em suma, se estabelecia uma (nova) relação intergovernamental baseada na primazia federal, de modo que a decisão tomada pelo governo federal prevaleceria sobre aquela tomada pelos entes subnacionais.

Não é demais recordar que a visão ideológica professada pelo governo federal investido era mais próxima de um federalismo dual, como já se pôde observar num dos slogans da campanha eleitoral («Mais Brasil, menos Brasília»).

lia») – que também constava no plano de governo⁸ – o qual associava o modelo cooperativo à centralização e ao controle político burocrático e ineficiente, não obstante a clara tendência cooperativa presente na Constituição de 1988, tal como se expôs nos capítulos anteriores.

Paiva, Torrezan e Paiva (2021) endossam a percepção de que, com a MP 926, expressou-se uma aspiração centralizadora, hierarquizante e ideologicamente orientada. Sobre aquele ambiente, dizem: A tônica destas ações está na persistência indelével do governo federal em implementar um federalismo no qual busca-se criar uma hierarquia entre os entes, contrariando o pressuposto de autonomia administrativa, fiscal, política e financeira existente entre os múltiplos níveis de governo. Neste cenário, as decisões do ente federativo central se sobrepõem à autonomia de Estados e municípios, cabendo a estes últimos o papel de simples apêndices territoriais, tornando-se meros distritos administrativos» (8).

Entretanto, em face desta pretensão normativa foi acionada a jurisdição constitucional e o STF, na ADPF 672⁹, reputou-a contrária à Constituição, salientando que: «(...) 4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente (...)».

O STF novamente voltou a tratar do equilíbrio federativo durante a pandemia, no julgamento da ADI 6341¹⁰, também sobre a atribuição para definir as atividades e serviços essenciais e da ADI 6343¹¹ sobre condicionantes que a Lei 13979/2020 impunha aos Estados e Municípios para a adoção de algumas medidas sanitárias. Em ambos os casos, reiterou tanto o papel central de

⁸ Disponível em: https://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517/proposta_1534284632231.pdf. Acesso em 07 set. 2022.

⁹ STF. ADPF 672 MC-Ref, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, processo eletrônico dje-260 divulg 28-10-2020 public 29-10-2020.

¹⁰ STF. ADI 6.341 MC-REF, red. do ac. min. Edson Fachin, j. 15-4-2020, P, DJE de 13-11-2020.

¹¹ STF. ADI 6.343 MC-REF, red. do ac. min. Alexandre de Moraes, j. 6-5-2020, P, DJE de 17-11-2020.

coordenação da União, quanto a competência compartilhada para a adoção de medidas sanitárias, a qual deveria ser preservada, a fim de permitir sua tomada por todos os entes federativos.

A propósito, duas observações são relevantes sobre a definição destes conflitos interfederativos pela suprema corte brasileira.

Primeiramente, em qualquer dispositivo dos acórdãos/decisões houve remissão à tarefa municipal específica referente à vigilância epidemiológica ou sanitária (art. 18, IV, «a» e «b», Lei 8080) ou do controle da direção estadual a respeito (art. 16, § 1.º, Lei 8080/90), de modo que o STF, ao passo em que reiterou a sua posição neutra («responsabilidade solidária») sobre a distribuição de tarefas em matéria de direito à saúde, deixou irresoluta a pergunta sobre a quem cabe decidir sobre as medidas sanitárias preventivas. E o que se observou na sequência, acerca dos conflitos interfederativos entre Estados e Municípios, foi uma miríade de decisões judiciais, em diversos tribunais, despidos de critérios jurídicos adequados.

Por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve medidas tomadas em Decreto Estadual sob o fundamento de simples prevalência da norma estadual (SS 2080564-34.2020.8.26.0000, Data da decisão: 30/04/2020). Já o Tribunal de Justiça da Paraíba sustentou a predominância do interesse estadual por se tratar de pandemia, ainda invocando, erradamente, regras de divisão de competência legislativa (AI 0804938-16.2020.8.15.0000, Data da decisão: 30/04/2020). Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Paraná considerou o caráter impositivo do Decreto estadual (AI 0020002-72.2020.8.16.0000, Data da decisão: 30/04/2020). Por fim, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se valeu da tese de prevalência da norma mais protetiva à saúde e à vida humana (ADC n.º 1.0000.20.459246-3/000, Data da decisão: 09/07/2020). Como se vê, todos os fundamentos não se encontram corretamente amparados na CF88 ou na Lei 8080/90 e foram incapazes de servir como precedente judicial, além de aparentemente estarem revestidos de vieses cognitivos preocupantes.

Em segundo lugar, não se pode concluir que tais decisões tenham significado uma viragem na tendência centralista do STF, porquanto a Corte as fundamentou, não na ampliação das competências dos entes subnacionais, mas na indispensabilidade de atuação coordenada e na existência de dissenso federativo, de modo que a ação deveria refletir as orientações e recomendações técnicas (como se expôs na ADPF 672). Sobre a questão, conclui Dantas, Pedrosa e Pereira (2020, 59): «Assim, esses julgados, embora confirmam, na prática, uma maior margem de atuação aos estados e municípios, sobretudo na adoção de medidas restritivas e definição de atividades essenciais, não tiveram como traço decisivo um incremento na autonomia desses entes federativos. Pelo con-

trário, no curso das decisões, houve menção à ausência de cooperação entre os entes e à necessidade de privilegiar-se a proteção à vida e à saúde».

Pois bem. O ambiente sequenciado pelas decisões do STF foi composto por conflitos interpoderes e por descoordenação nacional no que tange às ações e serviços de enfrentamento ao coronavírus, não obstante tenha havido transferência de R\$ 109,8 bilhões da União para Estados e Municípios relativos a auxílio financeiro, bem como valores de combate à covid-19 em 2020¹².

De fato, a Presidência da República passou a adotar, em sua retórica política¹³, a asserção de que o STF seria corresponsável pelos danos provocados pela pandemia, ao ter retirado seu poder para atuar no seu enfrentamento. Tempos depois, o STF reagiria de forma inédita àquela reclamação, publicando vídeo educativo em suas redes sociais¹⁴, no dia 28 de julho de 2021.

Ademais, em março de 2021 acionou o STF em face de Decretos do Distrito Federal, da Bahia e do Rio Grande do Sul (ADI 6764) que fixavam medidas sanitárias e em maio, contra semelhantes dos estados de Pernambuco, do Paraná e do Rio Grande do Norte (ADI 6855). Além disto, através do Ministério da Saúde, foi editado o Protocolo de 20 de maio de 2020, no qual se recomendava o uso de fármacos com comprovada ineficácia, tais como a cloroquina, em todos os casos de covid-19, bem como pôs em funcionamento, embora por curto período, aplicativo TrateCov, o qual também sugeria a prescrição de hidroxicloroquina, cloroquina, ivermectina e azitromicina com a mesma finalidade, sem contar na efetiva promoção do primeiro fármaco, feita pelo Presidente da República em entrevistas e transmissão ao vivo (*lives* em redes sociais¹⁵), quando de sua contaminação em julho de 2020. Destaque-se, ainda, que durante o período de emergência sucederam-se 04 (quatro) Ministros de Estado da Saúde.

Portanto, o ambiente institucional não foi apenas de desagregação política, mas de descoordenação federativa no tocante às ações e serviços de enfrentamento à covid-19, o que teve como consequência a aparição de novas instâncias (paralelas) de relações interfederativas, tais como: a) o Fórum Nacional de Governadores, como instância de discussão, de negociação e de liderança pública;

¹² Segundo dados coletados no Portal Tesouro Nacional Transparente (oficial). Disponível em <https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>. Acesso em 07 set. 2022.

¹³ Para uma análise mais precisa sobre o aspecto discursivo da Presidência da República no período: Fróes Couto, F., Farias Alves Correia, G., & Carrieri, A. de P. (2022).

¹⁴ Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=IM77JJBrx1c>. Acesso em 07 set. 2022.

¹⁵ Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/07/16/interna_politica,1167701/bolsonaro-sobre-cloroquina-nao-tem-comprovacao-que-nao-tem-comprovac.shtml; <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57166743>. Acesso em 07 set. 2022.

b) o Consórcio Conectar, consórcio intermunicipal de saúde, composto atualmente por 2100 municípios, criado pela Frente Nacional de Prefeitos, basicamente para a compra compartilhada de insumos voltados para a vacinação e serviços da covid-19; c) CONASS: passou a atuar centralizando as informações sobre a pandemia, diante da omissão a respeito por parte do Ministério da Saúde¹⁶; d) Consórcio Nordeste: já havia sido criado em 2019, como um espaço de articulação, cooperação e promoção de políticas e projetos voltados ao desenvolvimento econômico sustentável de forma associada. Na pandemia, criou um comitê científico para assessorar a tomada de decisão política pelos governadores pautada por evidências científicas e boas práticas internacionais. Também negociou a compra da vacina Sputnik V, até a sua rejeição pela Anvisa.

4. CONCLUSÕES

Desde a CF1891, no Brasil a pretensão de alcançar a unidade orgânica preservando a diversidade se vale da articulação político-territorial do poder político num formato federal, o qual, ao longo do tempo, foi variando quanto ao grau de descentralização, aos esquemas de exercício da autonomia política e ao desenvolvimento das relações intergovernamentais.

A CF88 propôs-se a aprofundar um modelo de federalismo cooperativo, desenhando um sistema que combinasse o reforço da ação cooperativa da União com o aumento da autonomia dos entes subnacionais, buscando, ainda, corrigir as disfunções até então persistentes.

O primeiro traço se deveu à perspectiva de necessidade de um regime prescricional uniforme com vistas à redução das desigualdades sociais e regionais, o que se acredita poder ser feito apenas a partir do planejamento e da coordenação nacionais. Por esta razão, se manteve a volumosa fonte de recursos na órbita federal, aliado a um complexo sistema de transferências financeiras.

Também, estimulou relações intergovernamentais ao enunciar competências administrativas comuns (art. 23), inclusive em matéria de saúde pública (art. 23, II e art. 198). Entretanto, a técnica redacional utilizada para a distribuição de competências administrativas comuns se concentrou nas áreas de atribuição, sem discriminação das tarefas específicas que cabiam a cada ente federativo.

A Lei 8080/90, que institui o Sistema Único de Saúde, reparte as atribuições das direções nacional, estaduais e municipais e, ainda, não obstante

¹⁶ Disponível em <https://www.theguardian.com/world/2020/jun/07/brazil-stops-releasing-covid-19-death-toll-and-wipes-data-from-official-site>. Acesso em 07 set. 2022.

tenha efetuado a municipalização da maioria das tarefas executivas, manteve sob responsabilidade federal a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras bem como à fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e sob responsabilidade estadual a gestão dos sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional e em caráter complementar as demais tarefas executivas.

Em todo caso, este projeto legal de distribuição de tarefas foi sendo progressivamente implementado por meio de relações intergovernamentais baseadas na centralização financeira (transferências fundo a fundo ou voluntárias) e na coordenação técnica e regulatória da União com a descentralização da execução de políticas públicas dependente de adesão/pactuação por parte dos entes subnacionais.

Esta dinâmica apostou, portanto, no poder de iniciativa e de controle da União e na espontaneidade de adesão pelas autoridades políticas estaduais e municipais, as quais passam a oferecer o serviço ou a ação em benefício do cidadão, angariando o prestígio político e administrativo de sua implementação.

Ao fim e ao cabo, a integração é alcançada quando a União e os entes subnacionais coincidem na implementação da tarefa executiva, o primeiro mantendo as atividades de coordenação e controle e de financiamento e os segundos as atividades complementares e executivas, em especial, os municípios.

O sucesso desta dinâmica nas relações intergovernamentais, porém, esteve em xeque durante o período de emergência sanitária, no particular, desde a publicação da MP 926 que alterava a Lei 13979/2000 e que tinha como efeito permitir que o tipo, a abrangência e o tempo de duração das medidas sanitárias que viessem a ser adotadas em âmbito municipal e federal ficassem sob definição da Presidência da República, a qual centralizaria e hierarquizaria a execução da tarefa de vigilância epidemiológica, retratando uma aspiração centralizadora, hierarquizante e ideologicamente orientada.

Quando o STF foi acionado em face desta aspiração, reforçou a impossibilidade de exclusão das competências compartilhadas dos Estados e dos Municípios em matéria de saúde pública, mas deixa irresoluta a pergunta sobre a quem cabe decidir sobre as medidas sanitárias preventivas, gerando insegurança jurídica durante todo o período e a composição de julgamentos por tribunais inferiores de duvidosa precisão técnico-legal.

Por outro lado, o ideário dualista da política de governo do momento, expressada no slogan «Mais Brasil, menos Brasília», combinado com o conteúdo das decisões do STF que reiteravam a competência comum em matéria de saúde, constituiu o alicerce da passividade do governo federal no planeja-

mento e na coordenação nacional necessários ao enfrentamento dos efeitos da pandemia do COVID-19.

Logo, conflitos interfederativos e descoordenação nacional compuseram o ambiente institucional de combate à pandemia no Brasil, de modo que a própria política pública de saúde, arquitetada pela Constituição, restou episodicamente enfraquecida, ao passo em que deu lugar tanto ao protagonismo de outras instâncias federativas, fora da dinâmica que até então se executava, quanto ao surgimento de outras cadeias relacionais, o que demanda, doravante, seja repensada a dinâmica das relações interfederativas em tema de saúde pública, com vistas ao incremento da normatividade da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTINI, M. (1956). Che cosa è il federalismo. *Il Politico*, 21(3), 580–597.
- BONAVIDES, P. (2015). *Teoria Geral do Estado*. 10.^a ed. São Paulo: Malheiros.
- (2017). *Curso de Direito Constitucional*. 32.^a ed. São Paulo: Malheiros.
- BRANCATI, R., DONZELLI, C., LUPO, S., & TRIGILIA, C. (1995). Federalismo. *Meridiana*, 95(24), 143–171.
- BRASILEIRO, A. M. (1974). O federalismo cooperativo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 39, 83–128.
- BROSCHKE, J. (2017). Federalismo em Europa, América y África: um análisis comparativo. In Friedek, M., Kölling, M., & (coord). *Sistemas Federales: una comparación internacional* (W. Hofmeister & J. T. Aranda (orgs.)). Konrad Adenauer Stiftung; Fundación Manuel Giménez Abad.
- CAMPOS, P. B. (2007). *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales.
- CARVALHO, R. E. I. DE. (2010). Os contornos do federalismo cooperativo brasileiro na Constituição de 1988. *Anais eletrônicos do XIV Encontro Regional da ANPUH-RIO – Memória e Patrimônio*. http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276614209_ARQUIVO_ANPUHRio_ArtigoCompletoRicardoIsmael-JUNHORioRJ2010.1.pdf
- CHATTOPADHYAY, R., KNÜPLING, F., & CHEBENOVA, D. (2022). Impact of COVID-19 on the comparative practice of federalism: Some preliminary observations. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, 27(87), 1–16. <https://doi.org/10.12660/cgpc.v27n87.85110>
- DANTAS, A. DE Q., PEDROSA, M. H. M. R., & PEREIRA, A. L. DA S. (2020). A Pandemia de Covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da Corte? *Revista Direito Público*, 17(96), 37–64. <https://orcid.org/0000-0001-8606-5283>

- DEL VECCHIO, G. (1957) *Teoria do Estado*. São Paulo: Saraiva.
- FRANZESE, C. (2010). *Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas* [Fundação Getúlio Vargas]. <https://www.scoop.us.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-33645547325%7B&%7DpartnerID=40%7B&%7Dmd5=5c937a0c35f8be4ce16cb392381256da>
- FRÓES COUTO, F., FARIAS ALVES CORREIA, G., & CARRIERI, A. DE P. (2022). O Antilíder: Da liderança discursiva presidencial à descoordenação federativa para o combate à Covid-19. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, 27(87), 1–19. <https://doi.org/10.12660/cgpc.v27n87.83879>
- GOMES, J. M. W., CARVALHO, E., & BARBOSA, L. F. A. (2020). Políticas públicas de saúde e lealdade federativa: STF afirma protagonismo dos governadores no enfrentamento à Covid-19. *Revista Direito Público*, 17(94), 193–217.
- GRIN, E. J., ARAÚJO FERNANDES, A. S., IANNI SEGATTO, C., CARVALHO TEIXEIRA, M. A., FERREIRA MARQUES DO NASCIMENTO, A. B., & CHIES SCHOMMER, P. (2022). A pandemia e o futuro do federalismo brasileiro. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, 27(87), 1–19. <https://doi.org/10.12660/cgpc.v27n87.85351>
- HESSE, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. 2.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales.
- KNUEPLING, F. (2017). Gobernanza federal entre pluralidade y unidad nacional; In Friedek, M., Kölling, M., & (coord). *Sistemas Federales: una comparación internacional* (W. Hofmeister & J. T. Aranda (orgs.)). Konrad Adenauer Stiftung; Fundación Manuel Giménez Abad.
- LIMA, E. C. P. (2020). Desequilíbrios no Federalismo Fiscal Brasileiro. *Int. Públ. – IP*, 22(122), 229–247.
- PAINTER, M. (2000) When adversaries collaborate: conditional co-operation in Australia’s arm’s length federal polity. In Wachendorfer-Schmidt. *In Federalism and political performance*. Routledge, London.
- PAIVA, C. C. DE, TORREZAN, R. G. A., & PAIVA, S. C. F. DE. (2021). O federalismo cooperativo em obstrução: fissuras intergovernamentais da pandemia. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, 27(87), 1–18.
- SILVA, L. G. M. DA, NÓBREGA, F. F. B., RODRIGUES, A. L. M., & GALINDO, B. C. M. T. (2020). O (re)desenho institucional do pacto federativo diante da Covid-19: arranjos institucionais no contexto da MP 926/2020. *Revista Direito Público*, 17(96), 65–92.
- SOUZA, C. (2008). Federalismo: Teorias e Conceitos Revisitados. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB*, 65, 27–48.
- (2017). La ingeniería política del federalismo em Brasil. In Friedek, M., Kölling, M., & (coord). *Sistemas Federales: una comparación internacional* (W. Hofmeister & J. T. Aranda (orgs.)). Konrad Adenauer Stiftung; Fundación Manuel Giménez Abad.

- TAVARES, A. S. (2009). *O federalismo cooperativo no Brasil: O perfil do Estado brasileiro segundo a Constituição Federal de 1988*. Monografia de especialização não publicada. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, Brasil.
- ZIMMERMAN, J. F. (2001). National-state relations: Cooperative federalism in the twentieth century. *Publius*, 31(2), 15–29. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.pubjof.a004894>

PNRR Y TERRITORIO: UNA VISIÓN DINÁMICA

TANJA CERRUTI¹

Università degli Studi di Torino

SUMARIO: 1. *PNRR y regiones: un diálogo que debe ser reforzado.*–2. *PNRR y territorio: un diálogo bien encaminado.*–3. *El Mezzogiorno italiano como realidad territorial y económica unitaria.*–4. *Las ZES, Zonas Económicas Especiales (Zone Economiche Speciali).*–5. *La SNAI, Estratega Nacional para las Áreas Internas (Strategia Nazionale per le Aree Interne).*–6. *El diseño del PNRR: un territorio dinámico al servicio de las autonomías y la igualdad.*

1. PNRR Y REGIONES: UN DIÁLOGO QUE DEBE SER REFORZADO

Para atajar las pesadas consecuencias de carácter económico y social provocadas por la pandemia de COVID-19, la Unión Europea ha dispuesto un sistema de intervenciones para sostener a los Estados miembros, entre los que se encuentra el paquete de medidas *Next Generation EU*. Recibido como una forma casi inédita de experimentación de la solidaridad europea que últimamente parece marcar con mayor frecuencia no solo las declaraciones de intenciones, sino también las acciones concretas de la Unión², este instrumento se basa además en el principio de condicionalidad, según el cual para poder usar los recursos que el programa pone a disposición, los Estados miembros han

¹ Profesora Titular de Instituciones de derecho público.

² Con referencia a los primeros, se puede pensar al discurso sobre el estado de la Unión, pronunciado por la Presidente de la Comisión Europea Ursula von der Leyen el 14.9.2022, v. SALMONI (2022, 3). Con referencia al papel más incisivo de la solidaridad *ex plurimis*, PINI (2022, 271 ss.).

tenido que aprobar un plan que definiera un paquete coherente de reformas e inversiones para el periodo 2021-2026, de acuerdo con las prioridades de acción establecidas por la Unión ³.

Presentado por el Gobierno italiano en abril de 2021, el *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia), *PNRR* fue aprobado por las instituciones europeas; de este modo fueron fijadas las metas de naturaleza cualitativa y/o referidas a los procesos (*Milestones*) y los objetivos cuantitativos (*Targets*) que los sujetos ejecutores deberían alcanzar para obtener las financiaciones ⁴.

El *PNRR* italiano se desarrolla en torno a tres Ejes estratégicos (digitalización e innovación, transición ecológica, cohesión social, p. 13) y articula los proyectos de reforma e inversión de los que se compone en seis Misiones que se subdividen en dieciséis Componentes.

Además, se identifican tres prioridades que deben ser perseguidas de manera transversal: la igualdad de género, la protección y la valorización de los jóvenes, la superación de las diferencias territoriales.

Entrando en el ámbito de interés de este documento, las principales consideraciones manifestadas por varias partes respecto al complejo proceso que previamente a llevado a la redacción y ahora guía la ejecución del *PNRR*, se refieren a su relación con las autonomías territoriales, respecto a la cual las indicaciones provenientes de la Unión Europea han permitido una amplia discrecionalidad a los Estados miembros (Provvisiero, 2022, 174) ⁵.

La escasa atención que se reserva a las entidades territoriales se observa tanto en la fase de redacción, como en los contenidos y en la llamada gobernanza del Plan, cuyas instituciones y organismos se disciplinan de acuerdo con los actos normativos nacionales encargados de su aplicación.

En cuanto a la fase de redacción, el vínculo de respeto de las indicaciones europeas ha hecho el papel de las regiones todavía más marginal. Para justificar la asunción de la competencia en materia, los actos normativos in-

³ V. el Reglamento (UE) 2021/241 y, de manera particular, los arts. 17-20 sobre los contenidos y el procedimiento de aprobación de los Planes. Entre las muchas contribuciones en materia CENTURELLI (2021, 654); CENTURELLI (2020, 726 ss.); PARISI, RINOLDI (2021, 93).

⁴ V. la Propuesta (de la Comisión) de Decisión de aplicación del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del Plan de Recuperación y Resiliencia de Italia, 10160/21, 6.7.2021 y el correspondiente anexo revisado, 8.7.2021.

⁵ Entre los elementos que se deben presentar «para la preparación, y cuando disponible, la aplicación del plan de recuperación y resiliencia» el Reglamento (UE) 2021/241 (art. 18.4.q) incluye «un resumen del proceso de consulta, llevado a cabo de conformidad con el marco jurídico nacional, de las autoridades locales y regionales, los interlocutores sociales, las organizaciones de la sociedad civil, las organizaciones juveniles y otras partes interesadas pertinentes, y cómo se reflejan en ese plan las aportaciones de las partes interesadas».

dicados para la aplicación del Plan hacen referencia en particular al «valor prioritario» del «interés nacional en la atenta y puntual realización de las intervenciones incluidas en los Planes indicados en el punto 1» y fundamentan el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en las letras *a* y *m* del art. 117.2 Cost.⁶ Esta concentración del poder decisorio en manos del Estado, que refleja el empuje centralizador que marca las dinámicas nacionales de las relaciones con la UE y se plantea con continuidad con la praxis afirmada durante la pandemia, encuentra una justificación parcial en el hecho de que el *PNRR* fija la dirección política en la que se deberá inspirar el Gobierno en los 5 años sucesivos (Menegus, 2021, 947). Aunque la reivindicación de la Conferencia de las Regiones, según la cual la competencia legislativa correspondería a dichos entes en cuanto las materias tratadas por el Plan recaen en el «desarrollo económico y social de los territorios» (Galdi, 2022, 2 s.)⁷ parece seguramente excesiva, se puede estar de acuerdo con la observación de que desde el momento en que muchos de los sectores en los que interviene el Plan (como instrucción y sanidad) forman parte de la potestad concurrente, habría sido preferible prever un papel más activo de las regiones en la preparación del texto y la realización de los objetivos (Cavallaro, 2021, 83; Cavasino, 2022, 257).

Respecto a la gestión de las intervenciones previstas por el *PNRR*, a la disciplina de las instituciones y organismos encargados, también se ha alegado la escasa implicación de las entidades territoriales y, de manera particular, de las regiones⁸, ante puntuales previsiones referidas al ejercicio del poder de sustitución estatal. En un intento de sanar al menos en parte este defecto, el legislador ha intervenido en un momento posterior, añadiendo al aparato institucional dispuesto por el D.L. 77/2021 un nuevo órgano de confrontación, el *Nucleo PNRR Stato-Regioni* (Núcleo *PNRR* Estado-Regiones)⁹, constituyendo una sede de decisión común de apoyo a las regiones en la aprobación de los llamados «proyectos bandera». La segunda y contextual innovación ha consistido precisamente en prever la posibilidad,

⁶ D. L. 77/2021, convertido en L. 108/2021, art. 1. PAJNO (2022, 241) destaca que del examen de las Misiones y de las Componentes resulta evidente «la incidencia en las competencias regionales».

⁷ Para la Conferencia de las Regiones v. el documento 21/74/CRFS/C1-C3, *Primeras valoraciones y propuestas de enmienda del proyecto de disposición – gobernanza PNRR y simplificaciones*, 28.5.2021, en www.regioni.it. Sobre las reivindicaciones de las Regiones v., entre otros, DI MARTINO (2021, 947).

⁸ El carácter centralizado de la gestión también es destacado por MACCHIA (2021, 734); CARIDÀ (2022, 53-55). Sobre la dirección marcada por las Regiones y, más concretamente por sus asambleas legislativas, en la fase de programación y aplicación v. SALERNO, ARABIA, IACOVIELLO (2022).

⁹ D. L. 152/2021, convertido en L. 233/2021, art. 33.

para cada región, de presentar a las administraciones centrales titulares de las intervenciones, proyectos «de una particular importancia estratégica», elaborados con la ayuda del citado Núcleo ¹⁰.

Si la introducción de estos elementos ha sido considerada una especie de apertura del *PNRR* a las «capacidades de elaboración proyectual autónoma del sistema regional» (Barone, Manganaro, 2022, 151) las más recientes innovaciones normativas, si fueran confirmadas, parecen en cambio recorrer el camino de la puesta en discusión nuevamente de las modalidades de gestión del Plan ¹¹.

En lo que se refiere, para terminar, a los contenidos, en una primera lectura el *PNRR* revela la ausencia de reconocimiento de un papel significativo a las entidades territoriales de mayores dimensiones. Esta constatación se puede apreciar desde las primeras páginas del Documento que, aunque considera las regiones, con las entidades locales y las Administraciones centrales entre los «sujetos ejecutores», no las contempla en el Glosario, en el cual en cambio aparecen ANCI (Asociación Nacional de Municipios Italianos) y UPI (Unión de Provincias Italianas) ¹².

2. *PNRR* Y TERRITORIO: UN DIÁLOGO BIEN ENCAMINADO

La escasa consideración reservada a las entidades infraestatales como sujetos políticos autónomos, sin embargo, parece no extenderse a uno de sus elementos constitutivos, el territorio ¹³, entendido como área geográfica en la cual recaen problemáticas específicas y procesos de reforma que miran a intervenir sobre las mismas ¹⁴.

¹⁰ V. *Protocolo de entendimiento entre el Ministro de Asuntos Regionales y las Autonomías y otros Ministros, tipos de colaboración para la elaboración y realización de los proyectos bandera en virtud del art. 33.3.b del D. L. 6.11.2021 n. 152 convertido, con enmiendas, por la L. 29.12.2021 n. 233*, 20.4.2022, en www.affariregionali.it y, de manera más amplia sobre los «proyectos bandera», CEFFA (2022, 75 ss.).

¹¹ Se hace referencia a las modificaciones de la gobernanza del Plan aportadas por el D. L. 13/2023, entre las cuales se encuentra la voluntad de dejar a futuros Decretos del Presidente del Consejo de Ministros la reorganización del núcleo *PNRR* Estado-Regiones (art. 1.3).

¹² ZANARDI (2022, 249) pone en evidencia al respecto que en términos numéricos las entidades locales están involucradas en la aplicación de un elevado número de *milestones* y *targets* (137 en total), con una prevalencia de los *targets* (108, i. e. el 34,4%) sobre las *milestones* (29, el 13,6%).

¹³ En los Estados descentralizados el territorio de hecho es un elemento constitutivo no solo del Estado Central, sino también de los entes infraestatales; lo recuerdan, entre otros, DE MARTÍN (1991, 121 s.); OROFINO (2003, 255).

¹⁴ En este sentido son significativas las palabras de FALCON (2021, 719), según el cual «Cuando en el texto se habla de «regiones», la referencia es sobre todo no a los sujetos institucionales, sino a las áreas territoriales como tales, y normalmente para subrayar las que desde la *Introducción* se identifican como *diferencias regionales*».

En la descripción de las intervenciones a realizar, las referencias al territorio, expresadas a diferentes títulos, son numerosas.

El territorio, de hecho, es tomado en consideración sobre todo como un bien que debe ser salvaguardado y utilizado (recurriendo una expresión actualmente en auge) de manera sostenible. Haciendo referencia solo a algunos puntos, en la Misión 1, a propósito de las acciones necesarias para valorizar el patrimonio turístico y cultural, se expresa la intención de intervenir en todos los «núcleos» del territorio (sitos culturales de las áreas metropolitanas; pequeños «burgos» y zonas rurales; islas menores, p. 105). Entre las intervenciones se mencionan aquellas destinadas a las generaciones futuras; se apunta a «revitalizar del tejido socio-económico de los lugares (p. ej. favoreciendo la revitalización de los oficios tradicionales, como la artesanía), la lucha contra la despoblación del territorio y el favorecimiento de la conservación del paisaje y de las tradiciones» (p. 107).

En la Misión 2 el territorio es objeto de una atención particular. Inevitablemente involucrado con todos los temas que se afrontan (sostenibilidad ambiental, economía circular, recogida de residuos, cadenas productivas, gestión del servicio de aguas), a propósito de los cuales se descubren más de una vez las diferencias entre Norte y Sur o, en todo caso, entre las regiones, y la dificultad para promover políticas unitarias, el mismo se convierte en objeto de protección específica cuando se hace frente a los perfiles referidos a su seguridad, respecto a la cual se prevén acciones inherentes a aplacar los riesgos hidrogeológicos, la salvaguardia de las áreas verdes y la biodiversidad, la eliminación de la contaminación de las aguas y del terreno, la disponibilidad de recursos hídricos, considerados «fundamentales para asegurar al salud de los ciudadanos y, bajo el perfil económico, para atraer inversiones» (p. 118).

Además de como un bien a tutelar, el territorio resulta relevante sobre todo como parámetro respecto al cual el *PNRR* se propone reducir las diferencias entre las áreas del país, las llamadas «diferencias territoriales». Por «diferencia territorial» se entiende una situación de desigualdad en el plano económico, que, con relación a los servicios que pone a disposición, la organización de las administraciones, y también a «distancias culturales y sociales, fruto de la diferente capacidad de los territorios para favorecer el pleno desarrollo de la persona y de las ‘formaciones sociales’ que deberían asegurar a los mismos el desenvolvimiento», se hace «sinónimo de una ‘desigualdad estructural’, que se traduce en una garantía diferente de los derechos fundamentales» (Cavallaro, 2021, 80). Las diferencias territoriales dividen nuestro país y repercuten en las respuestas a las necesidades y por lo tanto en las condiciones de vida de los ciudadanos, favoreciendo fenómenos como la emigración de los grupos jóve-

nes e instruidos de la población, que, como se puede percibir en todo el territorio, en algunas de sus realidades está alcanzando dimensiones tan preocupantes que está llevando a hablar de riesgo de despoblación ¹⁵.

Objetivo horizontal de todo el *PNRR* ¹⁶, la reducción de las diferencias se filtra en todas las Misiones, constituyendo siempre un objeto de adecuada atención la parte que cada una de ellas dedica a la profundización de las dimensiones transversales.

Haciendo referencia solo a algunos fragmentos, a propósito de la Misión 1, se expresa la intención de introducir la banda ancha sobre todo en el *Mezzogiorno* (p. 114); en la Misión 2 se hace alusión a la distribución equitativa entre el Norte y el Sur de las intervenciones referidas a economía circular, sostenibilidad del sector agroalimentario, descarbonización de los transportes, aplacamiento de los riesgos hidrogeológicos, reforestación, saneamiento y defensa de los recursos hídricos, mientras se destinan sobre todo al Sur las medidas concernientes a la depuración de las aguas, la potenciación de la industria nacional en sectores estratégicos para la producción de energías renovables y de tecnología para el transporte sostenible, persiguiéndose además la finalidad de mejorar la gestión de residuos y combatir la dispersión de los recursos hídricos (p. 152). En la Misión 3, dedicada a las infraestructuras, se expresa el presagio de que las inversiones funcionen como factor de cohesión social, deteniendo los fenómenos de «empobrecimiento demográfico y socioeconómico» de los territorios menos comunicados y se puede vislumbrar en la potenciación de la red ferroviaria un arma para combatir las diferencias entre el Norte y el Sur del país (p. 169) ¹⁷.

En la Misión 4 se lee que los proyectos referidos a guarderías, lucha contra el abandono escolar, lucha contra la pobreza educativa y el logro de eficiencia en las escuelas, «factores estructurales de retraso» para algunas realidades, se descubrirán fundamentales para reducir las diferencias entre el Norte y el Sur del país, que se beneficiará también de la promoción de nuevos centros de excelencia, integrados en ecosistemas de innovación a nivel local (p.196). En la Misión 6 se especifica la oportunidad de reestructurar los servicios a nivel regional para adecuar los mismos a los estándares de uniformidad fijados a nivel nacional, salvaguardando las características particulares de las diferentes áreas del país (p. 234).

¹⁵ CARAVITA (2022, 21) destaca la importancia de que las inversiones se hagan en el Sur y no en el Norte como locomotora del Sur, incentivando en cambio fenómenos migratorios internos que empobrecen el Sur.

¹⁶ Más ampliamente SCIORTINO (2022, 273), que identifica precisamente «en el criterio metodológico con el que se afrontan las diferencias», es decir no como un objetivo en sí mismo sino como una prioridad transversal, una novedad del *PNRR* respecto al método que se seguía en el pasado.

¹⁷ En la exposición de la Misión se destaca más de una vez la necesidad de eliminar las diferencias no solo entre Norte y Sur, sino también entre las áreas urbanas y las áreas interiores y rurales (154 ss.).

Aunque las referencias al territorio y a la atenuación de las diferencias que lo dividen marcan todas las Misiones del Plan, destaca de manera particular por la atención que recibe, la quinta, reservada a inclusión y cohesión y, concretamente, su tercera Componente, titulada «*Interventi speciali per la coesione territoriale*» (Intervenciones especiales para la cohesión territorial)¹⁸, a la que seguidamente haremos referencia.

En su conjunto, el *PNRR* parece no solo atribuir relevancia a los territorios, sujetos ejecutores de las medidas previstas y parámetros de referencia de la mayor igualdad que se debe hacer realidad, sino que también favorece una visión dinámica, funcional a las políticas, abierta a formas de cooperación que no siempre coinciden con los confines político-administrativos de las entidades autónomas interesadas.

El Plan contiene dos aspectos particulares que parecen específicamente indicativos de dicha perspectiva.

El primero es la visión general de la parte meridional del país como una realidad unitaria, que se superpone en los límites de las regiones. El segundo es la importancia atribuida, en el ámbito de la cohesión, a instrumentos como la *SNAI* y las *ZES* que, favoreciendo fenómenos de agregación por lo menos a nivel local, se desarrollan dentro de una lógica que parece a su vez prescindir de la subdivisión interna del territorio nacional.

3. EL *MEZZOGIORNO* ITALIANO COMO REALIDAD TERRITORIAL Y ECONÓMICA UNITARIA

La visión poco marcada de los confines y la perspectiva de conjunto que el *PNRR* reserva a la parte meridional e insular de Italia, tratada como una realidad digna de consideración unitaria al menos desde el punto de vista de los objetivos a realizar, adquiere resonancia en diferentes, y también contróvertidos, antecedentes.

Sin querer reconocer las tesis políticas que, ya a los albores del siglo xx, planteaban la necesidad de resolver la cuestión del Sur del país¹⁹, se puede partir del texto constitucional mismo, que en el art. 119.3, a propósito de la

¹⁸ Las otras dos componentes son políticas del trabajo; Infraestructuras sociales, familias, comunidades y sector terciario. En la descripción de esta misión se destaca el papel fundamental de los municipios y sobre todo de las áreas metropolitanas en la persecución de los fines de carácter puramente social, sin hacer referencia de nuevo a las regiones (199).

¹⁹ Sobre el vínculo entre el compromiso hacia la Italia meridional y el principio autonomista en el pensamiento de Luigi Sturzo v. las recientes reflexiones de D'ANDREA (2019).

autonomía financiera, preveía la posibilidad de «valorizar el Sur del país y las Islas» mediante la asignación de aportaciones especiales²⁰, cuyo límite consistía precisamente en la posibilidad de atribución solo *una tantum* (Bertolissi, 1990, 726).

La referencia constitucional, desarrollo de la resolución de la Asamblea constituyente con la que el Estado se comprometía a asumir compromisos continuativos para la transformación de las condiciones económico sociales de las regiones del Sur e insulares²¹, podría considerarse la base de un «derecho social territorial» (Frosini, 2022, 6) que ha chocado con la timidez de su aplicación.

Si, bajo el plano institucional, la misma se ha traducido en la previsión de un ministerio y de algunas entidades públicas para el Sur (Frosini, 2022, 6), en el plano de las iniciativas es obligada la referencia a la *Cassa per il Mezzogiorno* (Caja para el *Mezzogiorno*)²², que en el primer periodo de aplicación (marcado por una mejora general de las condiciones económicas del país pero también de la ausencia de hecho de las regiones ordinarias) ha llevado a una reducción efectiva de las diferencias entre los territorios del Sur y los del Norte (Lepore, 2020, 979 s.).

Aunque el funcionamiento de la Caja luego ha desembocado en «prácticas asistencialistas e incluso a veces clientelares» (Santillo, Marino, 2021, 482)²³, hay quien, precisamente mirando a las medidas adoptadas por la Unión Europea tras la pandemia, invita a considerar las enseñanzas positivas de esta experiencia, proponiendo de nuevo algunos de sus elementos característicos, con la finalidad de «realizar la perspectiva de un *Mezzogiorno* como oportunidad para el país y como exigencia para Europa» (Pajno, 2021, 7).

²⁰ El art. 119.3 enunciaba «Para proveer a finalidades determinadas, y particularmente para valorizar el Sur y las Islas, el Estado asigna por Ley a cada región individualmente aportaciones especiales». MIELE (1950, 348) recuerda que la estructura del art. 119 pretendía dar una respuesta a la existencia de un Sur «pobre de recursos, económicamente atrasado, incapaz de esfuerzos para alcanzar el nivel de las otras regiones». Aunque las destinatarias potenciales de la disposición fueran todas las regiones, según PUBUSA (1985, 425, 427) para superar el «dualismo económico-social italiano» las regiones del Sur y las Islas eran las destinatarias de «intervenciones orgánicas y globales» mientras a las áreas deprimidas del Norte, en cambio, correspondían intervenciones para objetivos determinados.

²¹ Comisión para la Constitución – Segunda subcomisión, relación de la sesión del 9.12.1946, p. 676. Lo recuerda FERRAIUOLO (2022, 315 s.), especificando que el *PNRR* representa el «retorno del *Mezzogiorno*».

²² L. 646/1950. Dirigiéndose a todas las regiones meridionales y a algunas zonas situadas en otras regiones (3), la programación de este instrumento entre otras cosas no se manifiesta lejana del punto de vista funcionalista del territorio en el que se basa este escrito.

²³ De modo análogo, DE LUCA, LANDONI (2022, 56). Sobre las vicisitudes de la Caja, v. más ampliamente LIETO (2019, 20 ss.).

La conclusión de la actividad de la Caja, en los años 80, coincidió con una nueva fase en la que las ayudas nacionales fueron sustituidas progresivamente por las ofrecidas por la Comunidad Europea en el ámbito de la política de cohesión.

Respetando la normativa europea sobre las ayudas de Estado, sobre todo en los últimos años Italia ha seguido destinando medidas de carácter financiero al sur como realidad unitaria²⁴. Para mencionar algunas, se puede pensar al llamado *Bonus Sur*, instituido por la Ley de presupuestos 2016, un crédito de impuestos para la adquisición de bienes instrumentales nuevos destinados a estructuras de producción localizadas en las regiones del Sur²⁵.

Además, se puede mencionar el D. L. 243/2016 que, en el ámbito de la cohesión social y territorial, hace referencia específica a situaciones críticas en algunas áreas del *Mezzogiorno*²⁶. En particular, el art. 7bis, dedicado a los principios para el reequilibrio territorial, dispone la asignación de «recursos complementarios a favor de las intervenciones en los territorios de las regiones...» y confía a un Decreto del Presidente del Consejo de Ministros la verificación de la conformación de las administraciones centrales al objetivo de destinar a las intervenciones en dichas regiones «un volumen global anual de asignaciones ordinarias en cuenta capital», sucesivamente especificado²⁷.

A la vez, el D. L. 91/2017 (conocido como «Decreto *Mezzogiorno*»), convertido por la L. 123/2017, ha intentado impulsar el crecimiento del Sur de Italia mediante la asignación de recursos y la previsión de incentivos para el uso de instrumentos empresariales ya existentes. Junto a otras innovaciones, entre las cuales la institución de las *ZES* (v. *infra*) y la introducción de un procedimiento para la «valorización de terrenos abandonados o sin cultivar o de bienes inmuebles en estado de abandono», el decreto tiene el objetivo de sostener las actividades del territorio introduciendo una medida denominada «*Resto al Sud*» (Me quedo en el Sur), que prevé algunas intervenciones a favor de los jóvenes empresarios (art. 1)²⁸, con el intento de

²⁴ La atención hacia esta área del país sin embargo no fue constante, como observan CERSOSIMO, CHIMENTI, NISTICÒ (2017, 917 ss.) que destacan como en los primeros quince años del nuevo milenio tuvo lugar una negociación del gasto público destinado al Sur.

²⁵ L. 208/2015, art. 1.98-108. La medida, originalmente prevista hasta el 2019, fue prorrogada posteriormente; la Ley de presupuestos más reciente la ha prorrogado hasta finales del 2023 y se aplica las zonas asistidas de las regiones Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia, Molise, Sardegna y Abruzzo.

²⁶ D. L. 243/2016, convertido por la L. 18/2017.

²⁷ Decreto del Presidente del Consejo de Ministros del 7.8.2017.

²⁸ En aplicación de la medida ha sido adoptado el *Reglamento relativo a la medida incentivante «Me quedo en el Sur» a la que se refiere el art. 1 del D. L. 20 junio 2017, n.91 convertido con enmiendas por la L. de 3 de agosto de 2017 n. 123.*

prevenir la «fuga de talentos»²⁹. Durante los años siguientes la medida se extendió desde el punto de vista de los sujetos beneficiarios o del ámbito territorial de aplicación, que incluye ahora algunas pequeñas áreas o islas situadas en regiones del Centro y del Norte.

Pasando por alto otras medidas, se puede todavía hacer mención al Fondo «*Cresci al Sud*» (Crece en el Sur), introducido por la Ley de presupuestos de 2020, siempre con el objetivo de reforzar la competitividad de las pequeñas y medianas empresas del área³⁰.

Como ya ha sido indicado, el Sur es además destinatario de los recursos derivados de la política de cohesión que, para el periodo 2021-2027, ha visto un aumento de los fondos asignados a nuestro país y la reserva de una buena parte al *Mezzogiorno*, además de dedicar una atención particular a los pequeños Municipios y a las áreas internas. Dichos recursos deberán ser gestionados junto a los que derivan del *PNRR* para asegurar la integración y la complementariedad, con un enfoque unitario que valorice las sinergias entre los dos, tal y como se subraya en las intervenciones normativas más recientes³¹.

En las actividades de programación también se han expresado visiones unitarias referidas al *Mezzogiorno*. La referencia más cercana cronológicamente es el *Piano Sud 2030* (Plan Sur 2030)³². Aprobado en el 2020, el Plan contiene una previsión de un decenio, entrando en la política de cohesión y expresando, en sus cinco Misiones (Un Sur que se dirige a los jóvenes, Un Sur conectado e inclusivo, Un Sur del viraje ecológico, Un Sur frontera de la innovación y Un Sur abierto al mundo del Mediterráneo), muchos objetivos para el desarrollo sostenible coherentes con los de la Agenda 2030 de la ONU.

El documento, que fue recibido favorablemente porque representaba la primera iniciativa de planificación tras muchos años (Bianchi, 2020, 227), es considerado de una importancia particular por la relevancia que atribuye al territorio, proponiendo una nueva política con miras a la reducción de las dife-

²⁹ A propósito v. CLARONI (a cargo de), (2018, 268).

³⁰ L. 160/2019, art. 1.321-325. La medida está destinada a las empresas con domicilio fiscal y actividad productiva en las Regiones Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna e Sicilia y está basada en «procesos de adquisición de cuotas de capital, de agregación y de refuerzo de su base patrimonial de manera que se reduzca el grado de riesgo al que debe hacer frente los operadores cuanto invierten en el *Mezzogiorno* y al mismo tiempo aumentar el número y el tipo de intermediarios involucrados en las suertes de la economía meridional, para suministrar a las empresas del Sur actividades financieras innovadoras y una adecuada asistencia crediticia», v. <https://politichecoesione.governo.it/it/strategie-tematiche-e-territoriali/misure-speciali-per-imprese-e-lavoro-al-sud/cresci-al-sud/>.

³¹ D. L. 13/2023, art. 50, que aporta enmiendas en la gestión de las políticas de cohesión, entre las cuales la supresión de la Agencia. Sobre el tema v. SACCO (2022, 440 ss.); MANCA (2021, 34); BIANCHI L. (2021, 18).

³² Ministro del Sur y de la Cohesión Territorial, *Plan Sur 2030. Desarrollo y cohesión para Italia*.

rencias entre el Norte y el Sur, entre los centros y las periferias y entre las áreas urbanas y las áreas internas (Giannino, 2021, 709). De hecho, en el Sur, el territorio tiene «una incidencia enorme», no estructurándose solo como la «la repercusión de acciones referidas a la estructura productiva y al tejido social», sino al contrario, influenciando los procesos productivos y la vida social con su calidad y funcionalidad (Bianchi, 2020, 229)³³.

En lo que se refiere a la proyección de los objetivos en una dimensión inter o macrorregional, las referencias explícitas, poco numerosas, se expresan sobre todo respecto a los transportes³⁴; más en general, sin embargo, la planificación inherente a los diferentes sectores (infraestructuras, turismo, instrucción y servicios públicos, investigación e innovación, etc.), comprendida la aportación financiera, se configura sobre la base territorial, prescindiendo de las fronteras regionales. Y en esta dirección parecen orientadas dos iniciativas que el Plan Sur se limita a retomar, las ZES y la SNAI que, presentes en el PNRR, se tratarán en los siguientes párrafos.

Si la aprobación del Plan Sur ha anticipado por poco la llegada de la pandemia, que ha relegado a un segundo plano el proceso de su aplicación, el planteamiento de visiones unitarias del *Mezzogiorno* se ha difundido además en el mundo político y cultural. Entre las diferentes iniciativas se puede recordar el movimiento *Meridione Federato*, que intuye en la sinergia entre las regiones del Sur un instrumento que sirve para una mejor tutela de los derechos de los ciudadanos, en primer lugar, el derecho a la salud (Jorio, 2021).

Como anteriormente dicho, también el PNRR parece estar de acuerdo con una concepción unitaria del *Mezzogiorno*.

Esto se entiende sobre todo desde un elemento objetivo, es decir, la reserva para las ocho regiones del Sur (en su conjunto) al menos del 40% de los recursos territorializables del Plan (p. 37)³⁵.

³³ ALLEGRETTI (2020, 393) menciona algunos pasos que, con diferentes perspectivas, se concentran en el elemento territorial.

³⁴ En la Misión «Un Sur conectado e inclusivo», se habla de «mejora de la movilidad en el interior del *Mezzogiorno*», 17; de modo análogo, 31.

³⁵ Sobre los modos de cuantificación y destinación de los recursos al *Mezzogiorno* v. la (II) *Relación sobre el estado de ejecución del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia*, sec. I, 5.10.2022, 72 ss. y, en cuanto en lo específico concierne a los modos adoptados por cada Administración, la *Primera y la Segunda relación de instrucción sobre el respeto del vínculo de destino a las regiones del Mezzogiorno de al menos el 40 por ciento de los recursos distribuibles territorialmente*, del 9.3.2022 y del 30.6.2022 respectivamente, en <https://politichecoesione.governo.it/it/documenti/documentazione-su-iniziativa-piani-e-programmi/relazioni-su-clausola-40-mezzogiorno-pnrr/>. Parecería coherente con esta lectura la decisión, del actual Gobierno, de dejar en manos del mismo Ministro el Sur y el PNRR, además de las políticas de cohesión y los asuntos europeos.

Aunque el valor simbólico e esta medida es significativo, identificándose precisamente en la diferencia en términos de tasa de desempleo y del PIB *per capita* entre el Norte y el Sur el presupuesto sobre cuya base Italia ha podido solicitar recursos superiores respecto a otros Estados miembros (Sciortino, 2022, 276)³⁶, sobre su eficacia se expresan algunas dudas. Por si sola, de hecho, la reserva no podría asegurar una efectiva repercusión de las inversiones en determinadas áreas, debiendo enfrentarse verosíblemente con los mismos límites de aplicación con los que se habían enfrentado los vínculos de asignación territorial previstos en el pasado (Bianchi L., 2021, 14).

Un problema añadido concierne al modo de adjudicación de los recursos que, basándose prevalentemente en la participación en convocatorias, en muchos casos paga la «escasa capacidad proyectual de las administraciones regionales y locales» (Sciortino, 2022, 276)³⁷.

La concepción unitaria del *Mezzogiorno* surge luego del citado objetivo de la superación de las diferencias territoriales, que se manifiestan sobre todo entre el Norte y el Sur del país, de tal modo que llevan a afirmar que el Plan en cuestión «debe ser observado a través del espejo de la cuestión meridional» (Staiano, 2021, IV) la cual ya no constituye solo una prioridad nacional sino que se ha convertido en una cuestión de interés europeo, implicando la activación de los deberes de igualación (Barone, 2021, 7 s.)³⁸.

Esto se deduce claramente del *PNRR*, en el que la necesidad de superar las diferencias y aportar mejoras a las condiciones de las regiones del Sur aflora, como ya ha sido recordado, en la descripción de los objetivos de todas las Misiones, llamadas a aplicar una especie de «equilibrio territorial» (Colapietro, 2022, 332).

Una última consideración se refiere a los territorios insulares. Incluso no deteniéndose expresamente, en la exposición que se refiere a la Italia del Sur, sobre las dos regiones insulares, el *PNRR* subraya frecuentemente la necesidad de hacer frente, sobre todo en las realidades menores, a las dificultades relacionadas con la insularidad, cuya condición se ha convertido recientemente en

³⁶ MORELLI (2017, 892) ofrece una reconstrucción eficaz de los resultados de los estudios que se han detenido en las causas del subdesarrollo.

³⁷ Dudas sobre el uso de las convocatorias han sido expresadas también por ZANARDI (2022, 242 ss.) y DE TULLIO (2022, 259-264). CASTELLANI, FORMENTINI (2021, 38) hace referencia al hecho de que los procesos de decisión deban estar orientados por el objetivo de la competitividad de los territorios.

³⁸ SPADARO (2017, 911 s.) pone en cambio en guardia ante la tendencia a considerar siempre el Sur como una realidad unitaria y sobre todo homogénea, reconociendo que, entre sus regiones, y sobre todo dentro de las mismas, se pueden identificar diferencias significativas.

objeto de protección específica en el texto constitucional, en el mismo art. 119 que un tiempo mencionaba las Islas junto al *Mezzogiorno*³⁹.

4. LAS ZES, ZONAS ECONÓMICAS ESPECIALES (*ZONE ECONOMICHE SPECIALI*)

Además de la concepción unitaria de la parte meridional del país, se filtra una visión difuminada de los confines también por dos iniciativas que, una vez puestas en marcha, aunque con resultados inciertos, en los años anteriores, son retomadas por el PNRR en la Misión 5 dedicada a la cohesión territorial.

La primera iniciativa concierte las ZES, Zonas Económicas Especiales instituidas en algunas áreas del territorio nacional y dotadas de una legislación económica ventajosa.

Aunque ya estaban presentes en el panorama europeo e internacional⁴⁰, en Italia fueron introducidas por el D.L. 91/2017 que autorizó su constitución a propuesta de las regiones «menos desarrolladas y en transición, así como identificadas por la normativa europea», algunas de las cuales habían anticipado los tiempos del legislador nacional con sus iniciativas⁴¹.

Desde el punto de vista geográfico, las ZES corresponden a un área bien identificada y delimitada, constituida por territorios no necesariamente adyacentes pero vinculados por un nexo económico funcional, que comprenden al menos una zona portuaria con las características establecidas por la normativa europea. Desde el punto de vista financiero, las mismas están dotadas de beneficios fiscales que se añaden a los ya previstos para el *Mezzogiorno*⁴²; dentro de las mismas además es posible instituir zonas francas aduaneras, que de este modo pueden disfrutar de otros beneficios fiscales (Cipollini, 2020, 82).

El Decreto del Presidente del Consejo de Ministros 12/2018 ha definido los modos de institución de las áreas, su duración, los criterios generales para su identificación y delimitación, el acceso al tipo de beneficios previstos y el contenido del Plan de Desarrollo Estratégico. La duración de las ZES puede

³⁹ Sobre el nexo entre la condición de insularidad y las disposiciones constitucionales v. TONELLI (2022).

⁴⁰ A propósito, más ampliamente LEPORE, SPIRITO (2017, 883 ss.).

⁴¹ Calabria había presentado una proposición de Ley estatal por deliberación del Consejo 311 del 31.05.2013, presentada de nuevo con la deliberación 52 del 25.9.2015 con el objetivo de constituir una ZES en el ámbito portuario de Gioia Tauro y en algunas áreas conectadas con el mismo. La Región Campania por deliberación de la Junta regional 720 del 13.12.2016, había aprobado una proposición de proyecto para la creación de una ZES «en fase de primera aplicación en el distrito de los puertos de Nápoles y Salerno, en las correspondientes zonas retroportuarias y en el área de Bagnoli».

⁴² A propósito, v. también FORTE (2017, 993).

estar comprendida entre siete y catorce años, prorrogable hasta otros siete más a petición de las regiones afectadas.

Junto a la propuesta de institución, las regiones tienen la obligación de presentar al Gobierno un plan de desarrollo estratégico que precise una serie de aspectos, entre los cuales, los modos en los que sus estructuras administrativas y las de las entidades locales afectadas afrontarán, incluso mediante acuerdos con las administraciones centrales del Estado o convenciones con otros sujetos, las funciones administrativas y de gestión de su competencia. Con la elaboración de dichos planes, que deben además ser acogidos por un decreto gubernativo, las regiones tienen como objetivo atraer nuevas inversiones teniendo en cuenta las peculiaridades de los territorios (Marzano, 2018, 134).

En el 2018 el legislador intervino además para introducir un régimen especial de simplificación administrativa⁴³ y en los años siguientes la materia ha sido objeto de otras enmiendas.

La gestión de las ZES corresponde a un Comité Directivo, a cuyos componentes, que originariamente eran el presidente de la autoridad portuaria, un representante de la región (o regiones en el caso de ZES interregional), un representante de la Presidencia del Consejo de Ministros y un representante del Ministerio de Infraestructuras y Transportes, se han añadido posteriormente un representante de los consorcios de desarrollo industrial y un comisario extraordinario del Gobierno que asume la presidencia⁴⁴. Si ya antes de esta reforma estaba claro que, incluso teniendo la región un papel fundamental en la fase de institución, el Comité Directivo habría sido el principal órgano de referencia (Cipollini, 2020, 86 s.), tras su aprobación se ha manifestado de manera más evidente que la gestión de las ZES habría sido sobre todo de competencia estatal (Tranquilli, 2020, 450).

Entre las innovaciones normativas surgidas posteriormente es necesario mencionar la extensión de la posibilidad de creación de soluciones análogas a las ZES «en las áreas portuarias de las regiones más desarrolladas» del país, con la institución de las ZLS, *Zone Logistiche Semplificate* (Zonas Logísticas Simplificadas)⁴⁵.

El D.L. 77/2021 ha aportado otras modificaciones, que, en continuidad con el PNRR, ha reelaborado algunos procedimientos relativos al funcionamiento y la gobernanza (v. *infra*). El mismo D.L. además especifica que las regiones de-

⁴³ D. L. 135/2018, convertidos con enmiendas por la L. 12/2019, art. 3ter.

⁴⁴ D. L. 77/2021, art. 57.1, en primer lugar y la L. 160/2019, art. 1.316, en segundo lugar, sobre la cuales v. BOSCARIOL (2020, 26). El D. L. 77/2021 ha modificado la composición del Comité también con la previsión que en el caso en el cual los puertos incluidos en las ZES formen parte de la competencia territorial de diversas Autoridades del sistema portuario, en dicho Comité participen los Presidentes de cada una de dichas Autoridades (letra a, 1bis y 1ter).

⁴⁵ L. 205/2017, art. 1.61-65bis. Entre las contribuciones en materia, TUZI (2020, 6).

ben adaptar su programación o reprogramación de los fondos estructurales a las exigencias de las *ZES* y concordar las líneas estratégicas con el Comisario, «garantizando la máxima sinergia de los recursos materiales e instrumentales dispuestos para la plena realización del plan estratégico de desarrollo»⁴⁶.

El perfil de la disciplina que posee mayor interés para las reflexiones sobre confines regionales, reside en la posibilidad de crear *ZES* interregionales. Insistiendo sobre áreas de un tamaño inferior a las regiones, las *ZES* se caracterizan de hecho por la atención hacia las dinámicas económicas, financieras y administrativas, involucrando en algunos casos territorios que pertenecen a diferentes provincias (y regiones). El art. 4 del Decreto del Presidente del Consejo de Ministros 12/2018 prevé expresamente dos formas diferentes de agregación interregional, consistentes, en el primer caso en la posibilidad de instituir *ZES* entre dos regiones, una de las cuales desprovista de áreas portuarias; en el segundo caso en la posibilidad de instituir *ZES* de manera asociativa entre regiones contiguas en cuyo territorio estén presentes uno o varios puertos que no forman parte de la categoría de las áreas portuarias identificadas por la normativa. En ambos casos la extensión territorial debe atenerse a los límites indicados por dicho Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (en anexo). La condición sigue siendo la presencia de un «nexo económico-funcional entre las áreas interesadas» (p. 3) mientras corresponde a las regiones la definición «según las formas establecidas por los correspondientes ordenamientos» de los modos de cooperación interregional (p. 4). También dentro de los límites de las finalidades de su ámbito de competencia, las *ZES* ofrecen por lo tanto un ejemplo de agregación funcional entre regiones que se podría extender a otros sectores.

El *PNRR* trata esta institución, quizás con el intento de revitalizarla, en el ámbito de la tercera componente, titulada «Intervenciones especiales para la cohesión territorial», de la Misión 5⁴⁷, a cuyo interior las *ZES* se examinan tanto de la Reforma 1, como en una de las cuatro Inversiones correlacionadas⁴⁸.

⁴⁶ V. en particular, el art. 57.

⁴⁷ En el anexo a la Decisión de ejecución del Consejo sobre el *PNRR* (v. nota 3) se lee que tal componente «comprende dos áreas de intervención: i) el plan para la resiliencia de las áreas internas, periféricas y de montaña; ii) los proyectos para el desarrollo del *Mezzogiorno*, comprendidas las inversiones para combatir la pobreza educativa y valorizar los bienes confiscados a las mafias y las inversiones infraestructurales en la potenciación de las Zonas Económicas Especiales. Estas medidas tienen como objetivo eliminar las diferencias territoriales en tres sectores: demografía y servicios; desarrollo de las competencias; inversiones. Las inversiones y las reformas en el Ámbito de esta componente deben contribuir a aplicar algunas de las recomendaciones específicas por país dirigidas a Italia en el 2019 y en el 2020.

⁴⁸ Las otras tres inversiones tienen que ver con: la Estrategia Nacional para las Áreas Internas (sobre la cual v. *infra*); la valorización de los bienes confiscados a las mafias; intervenciones socio-educativas estructurales para combatir la pobreza educativa del *Mezzogiorno* para sostener el Sector Terciario.

Además de reconocer las ZES instituidas (Región Campania; Región Calabria; Ionica Interregional en las Regiones Puglia y Basilicata; Adriática Interregional en las Regiones Puglia y Molise; Sicilia occidental; Sicilia oriental; Región Abruzzo) o en curso de institución (Región Cerdeña, ya en su fase final) hasta ese momento, el documento enuncia los objetivos, luego retomados por el D.L. 77/2021, es decir, la simplificación del sistema de gobernanza y la promoción de «mecanismos que puedan garantizar la edificabilidad de las intervenciones en tiempos rápidos además de para favorecer el asentamiento de nuevas empresas». Más concretamente, se propone actuar sobre las actividades y los poderes del Comisario al cual corresponderá la titularidad del procedimiento de autorización única y de la simplificación de los procedimientos administrativos de asentamiento de las empresas en las áreas ZES, de manera que se incrementen las actividades de los territorios y la ocupación (p. 216).

A las ZES se dedica la cuarta Inversión, *Interventi per le Zone Economiche Speciali (ZES)* (Intervenciones para las Zonas Económicas Especiales, ZES), en cuyo ámbito se proponen diferentes obligaciones infraestructurales para conectar las áreas ZES a la red nacional de transportes y de manera particular al transporte ferroviario y a proyectos de urbanización primaria (p. 218).

Como la mayor parte de las innovaciones, también en el caso de las ZES se han contrapuesto las opiniones de quien intuye un instrumento para aprovechar las potencialidades del *Mezzogiorno* y las de quien, basándose en la prueba negativa de su aplicación, acusa al legislador nacional por sus decisiones.

En lo que se refiere a las críticas, señalan que las potencialidades ínsitas en la institución que se examina no han sido adecuadamente desarrolladas, también teniendo en cuenta el bajo número de ZES instituidas, precluyendo un camino que, en la línea de los fondos estructurales, habría podido favorecer el desarrollo del *Mezzogiorno* (Golino, 2021, 77 s.).

Los resultados poco satisfactorios obtenidos en los primeros años se han imputado a múltiples factores, entre los cuales la ausencia de una disciplina orgánica en materia, fragmentada en diversos actos normativos; la incongruencia del régimen originario de gobernanza; la debilidad de los incentivos fiscales y beneficios administrativos ofrecidos, respecto a los propuestos en otros países y la falta de una proyección de los mismos a largo plazo (D'Amico, 2019).

Un punto de vista favorable lo ofrece en cambio SVIMEZ, que identifica en las ZES un modo para «poner de nuevo en juego el Sur, como zona de atracción de inversiones *high tech*, de talentos, pero también de servicios, infraestructuras logísticas y centros de conocimiento» (Bianchi L., 2022, 25 s.). Las mismas consentirían además sacar provecho del «bien de posición» del *Mezzogiorno* (Fimmanò, 2018, 1243), con referencia no solo a su ubicación en el

Mediterráneo, que tiene un papel central en los intercambios comerciales a nivel mundial (Miotti, 2017, 1002, refiriendo los resultados un estudio de *SVI-MEZ*), sino también a sus bienes paisajísticos y culturales (Fimmanò, 2018, 1243). Más que como un punto, la *ZES* podría entenderse como un «laboratorio de pruebas de las reformas» para poder transferirlas, si los resultados fueran positivos, al país (Giannola, 2018, 98 s.).

La «capacidad del Estado... para rediseñar los territorios, en función de las dinámicas económicas globales» (Pasqui, 2020, 355), tomando como referencia un área caracterizada por la dificultad económica y por la presencia de determinados requisitos estructurales, o incluso, la posibilidad de que este diseño se realice sobrescribiendo las fronteras regionales, convierten las *ZES* en un ejemplo eficaz de visión dinámica del territorio que, incluso involucrando los niveles de gobierno interesados, deberá guiar las decisiones políticas en función de las acciones, de las características de los lugares y las problemáticas insistentes en los mismos.

5. LA *SNAI*, ESTRATEGIA NACIONAL PARA LAS ÁREAS INTERNAS (*STRATEGIA NAZIONALE PER LE AREE INTERNE*)

La segunda de las iniciativas del *PNRR* en el ámbito de la cohesión y sustancialmente desarrolladas «a caballo» de los confines territoriales regionales es la Estrategia Nacional para las Áreas Internas (en adelante *SNAI*).

Elaborada entre el 2012 y el 2013 como resultado del acuerdo político entre la Presidencia del Consejo de Ministros y algunos Ministerios, la Estrategia fue preanunciada por el Gobierno con el Programa Nacional de reforma del 2014; su financiación se imputa principalmente a los fondos estructurales y de inversión europeos y a específicos recursos nacionales ⁴⁹.

Nacida de la voluntad de combatir las desigualdades sociales y territoriales crecientes, la *SNAI* tiene como objetivo particular contrarrestar la marginalización y los fenómenos de descenso demográfico propios de áreas que comprenden municipios italianos distantes de lugares que ofrecen servicios de base como la instrucción ⁵⁰, la sanidad y los transportes. Las causas principales de despoblación de tales centros se identifican en la «condición de aislamiento, en la dificultad de acceso a servicios públicos llamados de ciudadanía, en el

⁴⁹ Documento de economía y finanzas, secc. III – Programa nacional de reforma 2014, deliberado por el Consejo de Ministros el 8.4.2014, 222 ss.; L. 147/2013, art. 1.13-17. Para su puesta en marcha han contribuido otros instrumentos entre los cuales el Acuerdo de Partenariado 2014-2020.

⁵⁰ A propósito de las iniciativas promovidas en el ámbito de la instrucción v. FIORENTINO (2020, 588).

estado de fragilidad, escasa manutención de los territorios y retraso de las infraestructuras, en la situación de degradado cultural y en la ausencia de políticas de innovación» (De Donno, Tubertini, 2020, 312 s.).

Para contrarrestar el fenómeno, la Estrategia mira a desarrollar «nuevas modalidades de gobernanza multinivel dirigidas a hacer frente, mediante la adopción de un criterio integrado orientado hacia la promoción y el desarrollo local, los desafíos demográficos y dar respuesta a las necesidades de los territorios caracterizados por importantes desventajas de naturaleza geográfica o demográfica»⁵¹, mejorando la calidad de los servicios de *welfare* y promoviendo proyectos de desarrollo del patrimonio natural y cultural, de relance del sector turístico y de las cadenas de producción que puedan favorecer sobre todo la permanencia de los jóvenes.

La puesta en marcha de la *SNAI* ha sido precedida por un mapeado de las áreas internas italianas y por una división de los Municipios en centros con características de «polo», «polo intermunicipal», «cinturón», «intermedio», «periférico» e «ultraperiférico», en base a la presencia de la cercanía de los servicios de instrucción, de salud y movilidad⁵². Las áreas internas admitidas para ser financiadas han sido seleccionadas mediante un procedimiento público de instrucción en el que han participado el Estado, las regiones y las provincias autónomas interesadas⁵³. Se trata sobre todo de zonas que en el pasado eran destinatarias de intervenciones públicas calculadas en base a la altitud de los Municipios u otros elementos relativos a la conformación geológica (Della Morte, Gliatta, 2017, 322).

Para la gestión de la Estrategia ha sido instituido el correspondiente *Comitato tecnico aree interne* (Comité Técnico Áreas Internas, *CTAI*), coordinado por el Departamento de Políticas de Cohesión de la Presidencia del Consejo de Ministros y compuesto por varias administraciones, que se ocupa de los procedimientos de selección de las áreas admitidas, de la definición de las Estrategias de área y de verificar que los programas sean respetados (De Donno, Tubertini, 2020, 315).

⁵¹ En <https://www.agenziacoesione.gov.it/strategia-nazionale-aree-interne/>.

⁵² V. el Acuerdo de partenariado 2014-2020 Italia Sección 1º, 2017, 135. El criterio preseleccionado se basa en la capacidad de oferta de algunos servicios esenciales, que se identifican por la presencia en el territorio de un instituto de enseñanza secundaria superior, de una estructura hospitalaria con un departamento de Urgencias y Aceptación (*DEA*) de primer nivel y de una estación de ferrocarril clasificada «Silver»; para más información v. BERNABEI (2022, 4).

⁵³ DE DONNO, TUBERTINI (2020, 312-314), que recuerdan en qué modo la selección, que se ha concluido en el 2017 ha llevado a la localización de 72 áreas internas «piloto», que comprenden 1.077 municipios con un total aproximado de dos millones de habitantes; cada región o provincia autónoma tiene entre dos y cinco.

El D.L. 77/2021 ha modificado el procedimiento de aplicación de la Estrategia, para su «aceleración» (como indica el epígrafe del art. 58), previendo que el esquema previsible, que se ha revelado no del todo adecuado por su complejidad, esté constituido por nuevas modalidades, basadas en la cooperación entre los niveles institucionales interesados, con la coordinación de la *Agenzia per la Coesione territoriale* (Agencia de Cohesión Territorial) (Claroni, 2021, 769)⁵⁴.

El desarrollo de la Estrategia misma presupone pues la interacción entre el Estado y las autonomías territoriales, en particular regiones y municipios. En lo que se refiere a los segundos, basándose en la gestión asociada la *SNAI* representa un incentivo para la agregación funcional permanente (Interlandi, 2021, 156), incentivando el asociacionismo de municipios y la devolución de competencias a las uniones de municipios.

No ha faltado el subrayar la contribución crucial de las regiones en la implementación de la Estrategia. De hecho, las mismas revisten un papel relevante tanto en la fase proyectual, como en momentos posteriores de la selección, del reparto de recursos, de determinación de los objetivos estratégicos y de tiempos de aplicación, como durante la monitorización (Giani, D’Orsogna, Dipace, Iacopino, 2018, 14).

El *PNRR* retoma la *SNAI* en la Misión 5 enumerando entre los fines de la citada Componente 3 (Intervenciones especiales para la cohesión territorial) el «refuerzo de la Estrategia Nacional para las Áreas Internas, mediante medidas de soporte de la mejora de los niveles y la calidad de los servicios escolares, sanitarios y sociales» e indicando en ella la Inversión 1.

El Plan procede ante todo a realizar la descripción de las áreas internas. Distribuidas de Norte a Sur, estas constituyen aproximadamente tres quintos del territorio nacional y presentan características similares: a) grandes riquezas naturales, paisajísticas y culturales, b) distancia de las grandes aglomeraciones urbanas y los centros de servicios, c) potencialidades de desarrollo centradas en la combinación de innovación y tradición. Para el relance y la valorización son necesarias «inversiones que alcen la atraktividad de estos lugares, invirtiendo las tendencias de decline que los afectan (infraestructurales, demográficas, económicas) y faciliten mecanismos de desarrollo». Se plantean dos líneas de in-

⁵⁴ El art. 58 del D.L. 77/2021 ha modificado a propósito el art. 1.15, de la L. 147/2013, que prescribía la realización de acuerdos de programa marco entre los diferentes sujetos involucrados. De conformidad con la nueva disposición, las modalidades de aplicación han sido sucesivamente identificadas por el Comité interministerial de programación económica y desarrollo sostenible, en el acuerdo 41/2022, Estrategia nacional para el desarrollo de las áreas internas del país. Sección financiera. Direcciones operativas. (Aplicación del art. 58 del D.L. n. 77/2021, convertido por la L. 108/2021).

tervención, concernientes a la potenciación de servicios e infraestructuras sociales de comunidad⁵⁵ y a los servicios sanitarios de proximidad⁵⁶.

Tampoco han faltado juicios negativos sobre la *SNAI* y la previsión por parte del *PNRR* de quién, en base al escaso nivel de aplicación alcanzado hasta el momento, ha destacado que para su implementación habrían sido suficientes las financiaciones destinadas por la Ley de presupuestos (Coco, De Vincenzi, 2021).

En cambio, otros han expresado su apreciación por la estrategia, de manera particular en cuanto persigue el objetivo de contrarrestar la despoblación de los territorios a través de la promoción de su desarrollo. Constituyendo una novedad en el panorama de las intervenciones normativas en materia de fusiones y de cooperación intermunicipal, tendencialmente guiados por la única intención del ahorro económico (De Donno, Tubertini, 2020, 320), la *SNAI* hace frente, también bajo el plano cultural, a una cuestión en primer lugar considerada solo folclórica, lanzando un mensaje de optimismo (Della Morte, 2021, 10 s.; Casamassima, 2022, 28).

Aunque el papel de las regiones siga siendo fundamental tanto en fase de puesta en marcha como en la de gestión de la Estrategia, su aplicación, que involucra en ello al territorio parcialmente, parece favorecer una vez más la visión no estática del vínculo entre las autonomías y el espacio en el que existen, incentivando en cambio la promoción de políticas desarrolladas en ámbitos no perfectamente sobreponibles a los delimitados por los confines geográficos no solo de las regiones sino también de los municipios, invitados de hecho a la gestión asociada.

6. EL DISEÑO DEL PNRR: UN TERRITORIO DINÁMICO AL SERVICIO DE LAS AUTONOMÍAS Y LA IGUALDAD

En la doctrina de derecho público italiana, tendencialmente fiel a la imposición westfaliana, el territorio se define como uno de los tres elementos

⁵⁵ La intervención tiene el objetivo de intensificar la suministración de servicios (a los ancianos, a los jóvenes en dificultad, servicios de naturaleza socioasistencial, etc.), facilitando además la accesibilidad a los territorios y las conexiones con los centros urbanos y destinando a los mismos otros fondos.

⁵⁶ La intervención tiene el objetivo de potenciar el papel de suministrador de servicios de las farmacias rurales de las áreas marginalizadas. A tal propósito v. CIPOLLINI (2021, 72 s.), que enumera, entre las intervenciones dispuestas por el *PNRR* contra la despoblación, también la regeneración de los sitios culturales menores de las áreas rurales periféricas (Misión 1) y el compromiso con la realización de proyectos destinados a favorecer el desarrollo sostenible de los territorios rurales y de montaña (con las *Green Communities* a las que se refiere la Misión 2, siguiendo la L. 221/2015, art. 72).

constitutivos del Estado o, menos frecuentemente, como la dimensión espacial en la que el mismo ejerce su soberanía (Cerruti, 2022, 315). En las dos acepciones el territorio adquiere relevancia no solo por el nivel nacional, sino también por el infraestatal y, aunque con las adaptaciones necesarias, supranacional, respecto al cual, sobre todo en el caso de la Unión Europea, se considera sin embargo más correcto recurrir al término «espacio».

En Italia, en lo que concierne en particular a la delimitación del territorio de las regiones, se ha indicado en varias ocasiones que las subdivisiones político-administrativas internas, a menudo no coinciden con las dimensiones en las que se desarrollan las complejas dinámicas vinculadas a los sectores productivos, al comercio, al mundo del trabajo y a los consiguientes movimientos de la población.

En la historia republicana no faltan intentos de incidir en la lista de entidades infraestatales o en sus prerrogativas (como los complejos cambios que han incidido en las provincias a partir del 2011 o la introducción de las ciudades metropolitanas en la Ley Constitucional 3/2001, aplicada solo con la L. 56/2014), además de los estudios y proyectos con miras a revisar la subdivisión interna del país entre sus entes territoriales de mayores dimensiones.

Sin embargo, en lo que se refiere precisamente a las regiones, la perspectiva de un nuevo diseño de los confines territoriales a más de setenta años de su institución no parece por ahora planteable, tanto por la complejidad del procedimiento previsto por la Constitución, como y sobre todo, por las fuertes resistencias que el proyecto encontraría desde el punto de vista político, habiéndose consolidado, a pesar de la escasa radicación de los partidos a nivel regional, una red de relaciones e intereses, incluso de tipo económico, que gira en torno al gobierno de cada una de las entidades, y en el plano cultural e identitario, habiendo la población desarrollado con el tiempo un vínculo no solo con el territorio, sino también con el ente del cual este es elemento constitutivo.

La sustancial inmodificabilidad de los confines políticos no implica sin embargo que no se pueda prefigurar su superación desde el punto de vista funcional, que consienta, sobre todo a las realidades de dimensiones reducidas o con otras situaciones acentuadas de criticidad, «unir las fuerzas» en vista a la persecución de una mayor eficacia.

Con esta visión parece estar de acuerdo, aunque con la especificidad de sus fines y características, también el *PNRR*, cuya aplicación está condicionando y debería condicionar durante los próximos años la evolución de las dinámicas político-institucionales nacionales.

En el *PNRR*, de hecho, el territorio asume una importancia significativa por al menos dos motivos. El primero relacionado con su naturaleza de bien físico que

es necesario proteger a través de intervenciones dirigidas a valorizar sus potencialidades y a la contención de praxis eventualmente nocivas vinculadas al uso que del mismo hace el hombre. El segundo referido al hecho de que el *PNRR* identifica un ámbito espacial en el que se deben hacer reales las condiciones de igualdad en el disfrute de los derechos, que previstas por la Carta Constitucional, son objeto de particular atención dentro de un Plan en el cual la superación de las diferencias territoriales constituye precisamente una de las prioridades transversales.

En ambas acepciones el *PNRR*, cuyo proceso de redacción y aplicación es acusado de atribuir escasa importancia a las autonomías territoriales en general y a las regiones en particular, parece estar de acuerdo con una noción de territorio poco atenta al reparto de los confines político-administrativos internos, basándose en las características que aúnan las diversas áreas y proyectada en base a implicaciones culturales. Filtrándose en todo el documento, esta visión emerge de modo evidente con referencia a algunos aspectos, entre los cuales la restitución de una concepción del *Mezzogiorno* como una realidad unitaria y la promoción de dos instituciones que, interesando solo a parte del territorio de las regiones, se basan prevalentemente en las características estructurales y económicas de los lugares, prescindiendo casi de su repartición entre las regiones mismas.

Las dos instituciones, ambas con miras a valorizar las potencialidades o a resolver las criticidades de algunas zonas del país, conllevan la aplicación de determinadas medidas en algunas áreas específicas incentivando fenómenos de agregación a nivel local. Esta visión principalmente funcional de la base territorial, localizada, en el caso de las *ZES*, en base a la presencia de un puerto con determinadas características y, en el caso de la *SNAI*, en base a la presencia de áreas afectadas de necesidades estructurales, no debe prescindir de ninguna manera del papel de los entes territoriales. Aunque, al menos en la fase de constitución, la participación de las regiones está garantizada por el hecho de que se ha remitido a las mismas la promoción de la activación de las dos instituciones, es evidente que la aportación activa y concreta de dichas entidades debería caracterizar todos los aspectos de la posterior implementación, requiriendo la participación efectiva en decisiones inherentes a ámbitos espaciales (y relativas problemáticas) respecto a las cuales pueden alegar un conocimiento más profundo que el Estado.

Consideraciones análogas se pueden realizar, siguiendo una doctrina autorizada, también con referencia a la visión unitaria del Sur. En lo que se refiere al *Mezzogiorno* (pero no solo), el proceso de aplicación del *PNRR* debería impulsar un concepto del territorio funcional a la gestión de las políticas y a la consecución del objetivo de la superación de las diferencias, con la mejora de las condiciones

de vida de los ciudadanos. Esta concepción se conjuga con la adhesión a un criterio agregativo que, tomado en algunos casos expresamente como referencia a los entes locales, se presta a su extensión a la dimensión regional, sobre todo –pero no solo– en la parte del país a la cual el mismo *PNRR* reserva un tratamiento unitario.

Si, al respecto, no se ha dejado de ver el *PNRR* como un medio para alcanzar los objetivos prefijados por algunos instrumentos del pasado (Chieffi, 2021, 510 s.)⁵⁷, el éxito del mismo está subordinado a la condición de que sea abandonado el carácter asistencial y se adquiera una óptica realmente autonomista⁵⁸, que vea a las regiones –todas– convertirse en partes activas del proyecto (Mainardis, 2021, 152). Para favorecer verdaderamente el desarrollo del territorio y la reducción de las diferencias que lo afectan, las regiones no deben limitarse al papel de sujetos ejecutores⁵⁹ sino que debe actuar, también en el ámbito de la cohesión territorial, «con formas complementarias, adicionales, o incluso equitativas y compensativas, respecto a las políticas decididas centralmente con el *PNRR*» (Lupo, 2022, XI s.).

Aunque la respuesta al *Next Generation EU* parece por lo tanto favorecer una concepción dinámica del territorio, que no está anclada en las subdivisiones político-administrativas internas y abierta a las peculiaridades estructurales y las necesidades funcionales de los lugares, su aplicación necesariamente debe conciliar los principios expresados por el art. 5 de la Constitución, es decir, la unidad e indivisibilidad de la República por una parte y el reconocimiento y la promoción de las autonomías por otro (Prisco, TuoZZo, 2022, 41).

Este cauteloso equilibrio debería por otra parte guiar todas las decisiones concernientes a la organización territorial de nuestro país, incluidas aquellas que, siendo de nuevo el centro de atención tras la dolorosa pausa de la pandemia, actualmente miran a la posibilidad de diferenciar las prerrogativas de las regiones individualmente respecto al marco común trazado por las disposiciones constitucionales. En este sentido, también una concepción basada en las peculiaridades de los territorios y las funcionalidades para la aplicación de las competencias, sostenida por una estructura más ágil que la compleja configuración dispuesta por el art. 116.3, podría resultar mayormente respetuosa tanto de la autonomía política de cada entidad como de las exigencias de igualdad y unitariedad del ordenamiento.

⁵⁷ En cambio, resalta la especificidad del *PNRR* respecto a los otros instrumentos, incluso de programación económica, del pasado PIPERATA (2022, 315).

⁵⁸ POGGI (2021, 208), que destaca la timidez del Plan para hacer frente al tema de las diferencias del *Mezzogiorno*.

⁵⁹ Son significativas, al respecto, las reflexiones de CECCHETTI (2022, 303), según las cuales «El recorrido trazado por el Plan y por las estrategias de aplicación del mismo parece decididamente la de un ‘federalismo de mera ejecución’».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLEGRETTI, U. (2020). *Il Piano Sud 2030*, in *Quaderni costituzionali*.
- BARONE, A. (2021). *Il tempo della perequazione: il mezzogiorno nel PNRR*, in *PA persona e amministrazione*.
- BARONE, A.; MANGANARO, F. (2022). *PNRR e Mezzogiorno*, in *Quaderni costituzionali*.
- BERNABEI, G. (2022). *Aree interne: verso un nuovo modello di benessere*, in *Astrid Rassegna*.
- BERTOLISSI, M. (1990). Art. 119, in Crisafulli, V.; Paladin, L. (cur.), *Commentario breve alla Costituzione*. Cedam, Padova.
- BIANCHI, A. (2020). *Finalmente un «Piano per il Sud»*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- BIANCHI, L. (2021). *Le previsioni Svimez 2021-2024: dalla caduta del 2020 alla ripresa e il contributo del PNRR*, Intervento del Direttore dello Svimez in occasione della Presentazione del Rapporto SVIMEZ 2021 sull'economia e la società del Mezzogiorno, 30.11.2021, in *Astrid Rassegna*.
- (2022). *Presentazione del rapporto Svimez 2022 sull'economia e la società del Mezzogiorno* Relazione introduttiva, 28.11.2022, in *Astrid Rassegna*.
- BOSCARIOL, G. P. (2020). *Il Mezzogiorno e le politiche di coesione, dalla manovra di bilancio 2020-2022 al Piano Sud 2030*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- CARAVITA, B. (2022). *PNRR e Mezzogiorno: la cartina di tornasole di una nuova fase dell'Italia*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- CARIDÀ, R. (2022). *Il Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza: la semplificazione normativa nella prospettiva della realizzazione degli investimenti previsti nel Piano, le forme di raccordo con le Regioni*, in *Italian Papers on Federalism*.
- CASAMASSIMA, V. (2022). *Il principio autonomistico e la questione dell'adeguatezza dimensionale. Riflessioni sull'associazionismo comunale nei suoi sviluppi normativi e giurisprudenziali*, in *federalismi*.
- CASTELLANI, M.; FORMENTINI, A. (2021). *Controllo e responsabilità. L'applicazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). «Ricordiamoci della competitività dei territori e della programmazione 2022-2024»*, in *Finanza e tributi locali*.
- CAVALLARO, M. C. (2021). *Divario territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti: il ruolo delle regioni in tempo di crisi*, in *PA Persona e Amministrazione*.
- CAVASINO, E. (2022). *L'esperienza del PNRR: le fonti del diritto dal policentrismo alla normazione euro-governativa*, in *Rivista AIC*.
- CECCHETTI, M. (2022). *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, in *Rivista AIC*.
- CEFFA, C. B. (2022). *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?*, in *federalismi*.

- CENTURELLI, G. (2021). *Gli strumenti europei per la ripresa e la resilienza ed il quadro finanziario pluriennale 2021-2027: verso la performance attuativa ed i risultati*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- (2020). *Verso un futuro migliore: azioni nazionali ed europee sulla politica di coesione per riparare il tessuto sociale, disattivare gli squilibri causati dalla crisi Covid-19 e rilanciare l'economia*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- CERRUTI, T. (2022). *Le frontiere dell'Unione europea fra divisione e integrazione*, in Cerruti, T.; Poggi, A.; Rosboch M. (cur.), «Spazio e frontiera». In ricordo di Giorgio Lombardi. Giappichelli. Torino.
- CERSOSIMO, D.; CHIMENTI, S.; NISTICÒ, R. (2017). *Recessione economica e cittadinanza. Il grande disinvestimento pubblico nel Mezzogiorno negli anni Duemila*, in *Le Regioni*.
- CHIEFFI, L. (2021). *Sviluppo del sistema delle autonomie e questione meridionale*, in *Rivista AIC*.
- CIPOLLINI, C. (2020). *Le zone economiche speciali: inquadramento sistematico e profili sostanziali*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*.
- (2021). *Le politiche di contrasto al fenomeno dello spopolamento nelle Aree interne*, in *Italian Papers on Federalism*.
- CLARONI, A. (cur.) (2018). *La normativa nazionale per le aree sottoutilizzate (ottobre 2017-gennaio 2018)*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- (2021). *Il Mezzogiorno nel «decreto governance»*, in *Giornale di diritto amministrativo*.
- COCO, G.; DE VINCENZI, C. (2021). *Proposte per la ripresa 5. Mezzogiorno e Recovery Plan: un Piano coerente e operativo per la coesione*, in *Astrid Policy Brief*.
- COLAPIETRO, C. (2022). *La forma di stato e di governo italiana alla «prova» del Piano Nazionale di Ripresa e resilienza*, in *Rivista AIC*.
- D'ANDREA, L. (2019). *Regionalismo differenziato e meridionalismo, alla luce del pensiero di Sturzo: brevi note*, in *Diritti regionali*.
- D'AMICO, M. (2019). *Il mancato decollo delle Zone economiche speciali in Italia: sintomatologia di uno stato immobile e privo di long-term vision*, in <https://it.linkedin.com/pulse/il-mancato-decollo-delle-zone-economiche-speciali-italia-d-amico>.
- DE DONNO, M.; TUBERTINI, C. (2020). *Frammentazione comunale e contrasto allo spopolamento: la prospettiva italiana*, in *Istituzioni del Federalismo*.
- DE LUCA, G.; LANDONI, M. (2022). *Le politiche regionali per lo sviluppo economico*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- DE MARTIN, G. C. (1991). *Voce Enti pubblici territoriali*, in *Dig. disc. pubbl.*, XVI. UTET. Torino.
- DE TULLIO, M. F. (2022). *Diritti, vincoli di bilancio ripresa economica tra miraggio e realtà*. Jovene. Napoli.
- DELLA MORTE, M.; GLIATTA, A. (2017). *La Strategia per lo Sviluppo delle Aree Interne e la sua implementazione in Molise e in Abruzzo*, in *Le Regioni*.

- DELLA MORTE, M. (2021). *Il futuro dei territori (e del Sud). Rilanciare rappresentanza e partecipazione per una migliore attuazione del PNRR*, in *Costituzionalismo.it*.
- DI MARTINO, C. (2021). *La semplificazione normativa nel PNRR: il coinvolgimento dei legislatori regionali tra «progetti bandiera» e «poteri sostitutivi»*, in *Consultonline*.
- FALCON, G. (2021). *Viaggio al centro del PNRR*, in *Le Regioni*.
- FERRAIUOLO, G. (2022). *PNRR e correzione delle asimmetrie territoriali*, in *Rivista AIC*.
- FIMMANÒ, F. (2018). *Lo sviluppo del Mezzogiorno: dall'intervento straordinario alla strategia euromediterranea*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- FIorentino, L. (2020). *La scuola come luogo rigeneratore di spazi e comunità. Politiche pubbliche per il diritto all'istruzione*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- FORTE, E. (2017). *Logistica economica, portualità e Zone Economiche Speciali per lo sviluppo del Mezzogiorno*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- FROSINI, T. E. (2022). *Il diritto costituzionale all'insularità*, in *federalismi*.
- GALDI, M. (2022). *Ragionando su alcuni profili giuspubblicistici del PNRR*, in *giustamm.it*, 13.4.
- GIANI, L.; D'ORSOGNA, M.; DIPACE, R.; IACOPINO, A. (2018). *Models and instruments of cooperation between Institutions, Regions and Territories from a globalised perspective: the case of European macroregional strategies and the Italian National Strategy for Inner Areas*, in *federalismi*.
- GIANNINO, C. (2021). *La costruzione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. Questione ambientale e nuove economie urbane nella politica di coesione*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- GIANNOLA, A. (2018). *Filiere Territoriali Logistiche e ZES, strumenti di attrazione: brevi notazioni*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- GOLINO, C. (2021). *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori: il caso delle Zone Economiche Speciali come strumento di sviluppo locale*, in *federalismi*.
- INTERLANDI, M. (2021). *Il ruolo degli enti locali per lo sviluppo del territorio, nell'era della «ripresa» e della «resilienza»: verso nuovi assetti istituzionali?*, in *PA Persona e Amministrazione*.
- JORIO, E. (2021). *Mezzogiorno unitario ed elezioni problematiche*, in *Astrid Rassegna*.
- LEPORE, A. (2020). *Perché oggi non si può pensare a una riedizione della Cassa per il Mezzogiorno*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- LEPORE, A.; SPIRITO, P. (2017). *Le Zone Economiche Speciali: una leva di politica industriale per lo sviluppo manifatturiero e logistico del Mezzogiorno*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- LIETO, S. (2019). *Mezzogiorno e solidarietà nel dibattito costituzionale*, in *dirittifondamentali*.
- LUPO, N. (2022). *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi*.

- MACCHIA, M. (2021). *La governance del Piano di ripresa*, in *Giornale di diritto amministrativo*.
- MAINARDIS, C. (2021). *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR*, in *Le Regioni*.
- MANCA, M. C. (2021). *Il rilancio del Mezzogiorno nel PNRR – Opportunità di sviluppo e correlazione ai fondi strutturali per la coesione sociale e territoriale*, in *Finanza e tributi locali*.
- MARZANO, P. (2018). *L'istituzione delle Zone Economiche Speciali. Una prima analisi delle norme di attuazione*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- MENEGUS, G. (2021). *La governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la politica alla prova dell'attuazione*, in *Quaderni costituzionali*.
- MIELE, G. (1950). *Mezzi della Regione – Controlli e garanzie dell'ordinamento regionale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi. Barbera. Firenze.
- MIOTTI, D. (2017). *Zone Economiche Speciali per accelerare i processi di sviluppo delle Regioni del Sud appartenenti all'area della convergenza e non solo di quelle*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- MORELLI, A. (2017). *La condizione delle Regioni meridionali: a che punto è la notte?*, in *Le Regioni*.
- OROFINO, M. (2003). *Il territorio di regioni, province e comuni*, in Groppi T.; Olivetti M. (cur.), *La Repubblica delle autonomie Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*. Giappichelli. Torino.
- PAJNO, A. (2021). *La lezione della Cassa per gli interventi straordinari nel Mezzogiorno ieri e oggi*, in *Astrid Rassegna*.
- PAJNO, S. (2022). *Il crepuscolo dell'autonomia regionale di fronte al PNRR*, in Antonetti, N.; Pajno A. (cur.), *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia*. il Mulino. Bologna.
- PARISI, N.; RINOLDI, D. (2021). *L'attuazione del PNRR italiano: spunti di riflessione sull'architettura euro-nazionale in materia (anche se per riflettere c'è ben poco tempo ormai)*, in *rivista.eurojus.it*.
- PASQUI, L. (2020). *Il rapporto istituzione-territorio, oltre le competenze, tra Unione Europea e globalizzazione*, in Lo Calzo A.; Serges G.; Siccardi C. (cur.), *Autonomie territoriali e forme di differenziazione. Ordinamenti a confronto*. Atti del Seminario telematico di Milano, 12.6.2020, *La Rivista Gruppo di Pisa*.
- PINI, O. (2022). *Verso un nuovo ordine di valori per l'Europa del futuro*, in *Istituzioni del Federalismo*.
- PIPERATA, G. (2022). *PNRR e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, in *Istituzioni del Federalismo*.
- POGGI, A. (2021). *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*.

- PRISCO, S.; TUOZZO M. (2022). *Dalle crisi nuove opportunità per l'Unione europea. Programmazione economica, solidarietà sociale, coesione territoriale*, in *Italian Papers on Federalism*.
- PROVVISIERO, G. (2022). *Le Regioni nella governance del PNRR*, in *Italian Papers on Federalism*.
- PUBUSA, A. (1985). Art. 119, in Branca G. (cur.), *Commentario della Costituzione. Le Regioni, le Province i Comuni*, Tomo I. Zanichelli. Bologna.
- SACCO, E. (2022). *Dalle politiche negoziali italiane alla coesione europea: evoluzioni, progressi e arretramenti negli interventi per lo sviluppo del Mezzogiorno*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- SALERNO, G. M.; ARABIA, A. G.; IACOVIELLO, A. (2022). *Il contributo delle Assemblee legislative regionali per la programmazione e l'attuazione del PNRR*, in *Italian Papers on Federalism*.
- SALMONI, F. (2022). *Note a prima lettura sul Discorso sullo stato dell'Unione 2022. Il lancio di una nuova Convenzione per la riforma dei Trattati, ma...errare humanum est, perseverare autem diabolicum*, in *federalismi*.
- SANTILLO, M.; MARINO, A. (2021). *La questione delle disuguaglianze e dei divari socioeconomici nella storia italiana dalla fase postunitaria alla fine dell'intervento straordinario*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*.
- SCIORTINO, A. (2022). *L'impatto del PNRR sulle disuguaglianze territoriali: note introduttive*, in *Rivista AIC*.
- SPADARO, A. (2017). *Riflessioni sparse sul regionalismo italiano: il caso delle Regioni meridionali*, in *Le Regioni*.
- STAIANO, S. (2021). *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *federalismi*.
- TONELLI, L. M. (2022). *La riemersione dell'insularità in Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*.
- TRANQUILLI, S. (2020). *Le «zone economiche speciali» e la coesione territoriale: indagine comparata nell'Unione Europea e analisi del tentativo italiano*, in *Il diritto dell'economia*.
- TUZI, F. (2020). *Il tema della mobilità nel complesso intreccio tra Stato e Regioni: un focus sul trasporto pubblico locale*, in *Italian Papers on Federalism*.
- ZANARDI, A. (2022). *Il ruolo degli enti territoriali nell'attuazione del PNRR*, in *Rivista AIC*.
- (2022). *Il ruolo degli enti territoriali nell'attuazione del PNRR*, in *Rivista AIC*.

**«METTIAMOCI UNA MILESTONE SOPRA». ALCUNE
CONSIDERAZIONI SULL'INCIDENZA DEL SISTEMA DI
GOVERNANCE E DI ATTUAZIONE DEL PNRR SULLA TENUTA
DEL PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE A PRESIDIO
DELLA FORMA DI STATO REGIONALE ITALIANA**

CLAUDIA BIANCA CEFFA ¹
Università degli Studi di Pavia

SOMMARIO: 1. *Alcune osservazioni preliminari sulle fibrillazioni attraversate dalla leale collaborazione istituzionale all'indomani dell'irrompere della crisi pandemica.*–2. *Dall'emergenza ad un'opportunità: il nuovo stress test rappresentato dalla redazione del PNRR e dalla sua governance accentrata.*–3. *Il primo anno di attuazione del PNRR e i passi compiuti programma di target da conseguire e milestone da rispettare.*–4. *La mancata intesa per l'approvazione del DM 77/2022 relativo ai Modelli e standard per lo sviluppo dell'Assistenza Territoriale e la delibera sostitutiva del Consiglio dei Ministri del 21 aprile 2022.*–5. *Un caso isolato o una possibile spia di un più ampio cambiamento della percezione istituzionale del principio collaborativo fra centro e periferia? Alcune brevi e necessariamente provvisorie riflessioni conclusive.*

**1. ALCUNE OSSERVAZIONI PRELIMINARI SULLE FIBRILLAZIONI
ATTRAVERSATE DALLA LEALE COLLABORAZIONE
ISTITUZIONALE ALL'INDOMANI DELL'IRROMPERE DELLA
CRISI PANDEMICA**

Per poter affrontare adeguatamente il tema della tenuta della leale collaborazione fra Stato e Regioni – da intendersi quale principio maggiormente caratte-

¹ Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza.

rizzante la forma di Stato regionale italiana insieme a quelli di autonomia e sussidiarietà – dinnanzi all’innovativo strumento di rilancio economico e sociale rappresentato dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), occorre necessariamente risalire alle difficoltà incontrate da tale fondamentale «canone operativo» (Lieto, 2022, p. 706) decisionale in costanza dell’emergenza pandemica determinatasi dall’inizio del 2020 e che del Piano medesimo ha rappresentato non solo l’immediato antefatto storico ma anche la principale ragione generativa².

Infatti, così come è stato rilevato da più voci in dottrina³, la crisi sanitaria provocata dal virus Sars Cov-19 ha costituito una significativa «cartina di tornasole» della funzionalità e dell’efficienza dei rapporti fra i diversi livelli di governo negli Stati composti, facendone emergere, in particolare sotto il profilo della loro capacità concertativa nell’assunzione di decisioni strategiche di qualità, le principali criticità organizzative e le peculiari prassi informali di confronto.

Nel contesto italiano tale circostanza ha determinato una notevole tensione a livello istituzionale che non solo ha rinsaldato tendenze già da tempo presenti, sia sul piano delle dinamiche endogovernative – con una «prassi legislativa, a prevalenza dell’Esecutivo» (Ronga 2020, p. 2) – sia su quello delle interazioni fra Stato e autonomie – in particolare sotto il profilo della marginalizzazione del Sistema delle Conferenze a fronte, invece, di un maggiore protagonismo della Conferenza delle Regioni⁴ e del ricorso all’opzione dei negoziati bilaterali fra lo Stato e le singole Regioni, tipiche del modello autonomista⁵ – ma ha anche portato a frequenti ed importanti episodi di conflittualità sfociati dinnanzi alla giustizia amministrativa e costituzionale⁶.

² Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) è un documento strategico che l’Italia ha elaborato, così come molti altri Paesi europei, nell’ambito del programma *Next Generation EU* (NGEU) varato dall’Unione europea in risposta alla crisi pandemica che ha provocato criticità a cascata sul fronte economico-sociale di tutti gli Stati membri. La principale componente di questo programma è rappresentata dal Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (*Recovery and Resilience Facility*, RRF), adottato con Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio il 12 febbraio 2021, la cui durata copre un arco temporale di sei anni, dal 2021 al 2026, e la cui dimensione totalizza 672,5 miliardi di euro di sostegno finanziario ai vari Paesi.

³ Cfr. BALDI, B., PROFETI S. (2020). Le fatiche della collaborazione. Il rapporto Stato-regioni in Italia ai tempi del COVID-19. *Rivista italiana di politiche pubbliche*. 3, p. 278; MORRONE, A. (2022). Per la Repubblica delle autonomie dopo la pandemia, in Europa. *Federalismi.it*. 4, p. 646; DIRRI A. (2021). Pandemia e leale cooperazione: il modello regionale italiano alla luce di due «federalismi classici». *Italian Papers On Federalism*. 3, p. 102.

⁴ Cfr. CARUSO, C. (2021). Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e regioni come metafora del regionalismo in compiuto. *Rivista del gruppo di Pisa*, 1, p. 284.

⁵ Ancora si veda BALDI, B., PROFETI, S. (2020). Le fatiche della collaborazione. Il rapporto Stato-regioni in Italia ai tempi del COVID-19. *Rivista italiana di politiche pubbliche*. 3, p. 300.

⁶ Il riferimento corre, naturalmente, alla sentenza n. 37/2021 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità della legge della Regione Valle d’Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d’Aosta in relazione allo stato d’emergenza), nonché dell’intero testo della medesima legge

Fra le ragioni principali alla base di una risposta improntata più ad una separazione che non ad una relazione fra i vari livelli di governo, oltre ad un riconosciuto certo grado di «immaturità istituzionale» (Violini, 2021, p. 255) quale tratto caratterizzante il regionalismo italiano – responsabile delle oscillazioni del «pendolo» fra gli estremi opposti dell'unità e dell'autonomia⁷ – deve annoverarsi anche la scelta compiuta dal Governo nelle prime fasi dell'emergenza sanitaria di «virare» dall'iniziale utilizzo della disciplina fornita dal codice della Protezione civile⁸, di recente approvazione, verso un nuovo ed insolito schema procedurale, fondato su un deciso accentramento delle competenze coinvolte dalla crisi in atto. Quest'ultimo, come noto, è consistito in una peculiare concatenazione di decreti legge e successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, con i quali l'Esecutivo all'epoca in carica ha fortemente ridimensionato le capacità di intervento del sistema delle autonomie regionali e locali non solo nella materia concorrente della tutela della salute ma, altresì, in numerosi altri settori decisivi, quali quello della mobilità, dello sviluppo economico e dell'assistenza, costituzionalmente sottoposti ad un regime di competenze condivise e intrecciate dello Stato proprio con le Regioni.

Una simile decisione da parte del Governo centrale, probabilmente semplificata anche dall'assenza di un modello costituzionale di gestione della crisi, se, da un lato, può forse essere compresa alla luce del fatto che la concertazione fra i livelli di governo, statale e regionale, richiesta dal codice della Protezione civile per l'adozione dei vari provvedimenti di gestione e contenimento della pandemia avrebbe necessariamente richiesto tempi più lunghi e probabilmente incompatibili con l'esigenza di celerità connaturata ad un simile momento, dall'altro, ha inevitabilmente indebolito il già precario modello collaborativo nazionale fra centro e periferia, causando un'insoddisfazione diffusa tra i Presidenti di Regione. Questi ultimi, infatti, sentendosi «espropriati» della capacità di reagire all'emergenza in funzione delle diverse esigenze di contrasto al virus dettate dalle specifiche condizioni epidemiologiche dei territori⁹, hanno dato il via ad una stagione, in verità

regionale. Per un primo commento alla sentenza si rinvia a CARAVITA, B. (2021). La Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali. *Federalismi.it*. 21 aprile 2021.

⁷ Con quella conseguente cronica oscillazione fra unità e autonomia che, come ricorda TONDI DELLA MURA, V. (2021). L'«eccezionale provvisorietà» della regionalizzazione italiana, *Le Regioni*. 1-2, p. 241, «ha storicamente contrassegnato la successione delle stagioni della regionalizzazione italiana».

⁸ D.lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018: Codice della protezione civile.

⁹ Rileva, infatti, D'ANDREA, A. (2020). Metodo di governo della pandemia: non si discutono i fini, ma gli strumenti sì. *www.lacostituzione.info*, come le varie Regioni nelle prime fasi della pandemia avessero obiettivi completamente diversi: da un lato, al Nord, fronteggiare il dilagare del contagio e provvedere all'istituzione di nuove unità di terapia intensiva per curare i moltissimi ammalati e, dall'altro, al Sud, prevenire la propagazione dell'infezione chiudendo «gli accessi».

interpretata anche dai sindaci a livello locale, di sovrapproduzione e stratificazione normativa mediante l'adozione di ordinanze più spesso volte a riprodurre, o fittiziamente a derogare, la normativa statale che non a fronteggiarne, sul piano degli effetti, possibili lacune.

Un simile contegno contravveniva espressamente alla disciplina all'epoca in vigore e rappresentata dal d.l. 19/2020 – adottato in sostituzione del precedente e tanto criticato d.l. 6/2020¹⁰ – in virtù del quale i provvedimenti urgenti di carattere regionale (art. 3, comma 1) avrebbero potuto essere adottati dalle Regioni solo se introduttivi di misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle già previste a livello nazionale e solo nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, limitatamente alle loro competenze e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

Tale previsione – unitamente a quella che andava a ribadire¹¹ un coinvolgimento puramente formale del sistema delle autonomie tramite il ricorso ad un mero parere del Presidente della Conferenza delle Regioni o dei singoli Presidenti di Regione sui vari provvedimenti governativi – determinava irrimediabilmente la rottura di quel sottile equilibrio di leale collaborazione che si era creato con l'adozione da parte del Governo nel febbraio 2020 delle prime ordinanze di Protezione civile e che aveva richiesto la previa intesa con le autonomie raggiunta in sede di Conferenza permanente Stato-Regioni¹². Un equilibrio che in seguito sarebbe stato ritenuto superfluo dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 37/2021, ha riportato l'intera filiera dei provvedimenti di gestione e contenimento della pandemia sotto l'«etichetta»¹³ della competenza esclusiva della profilassi internazionale, con conseguente inopportunità dell'intervento di procedure di co-decisione. Equilibrio però, si evidenzia, che fino a quel momento aveva dato adito e, in qualche misura, for-

¹⁰ Parla di «poca coordinazione e (di) disorganicità dell'impianto normativo costruito a partire dal decreto-legge n. 6/2020, LONGO, E. (2020). Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da Covid-19. *Osservatorio sulle fonti. fasc. spec.*, p. 389.

¹¹ Si veda al riguardo la disciplina dettata dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, ed in particolare dall'art. 3, sostanzialmente simile dal punto di vista dei «margini di manovra» lasciati alla Regioni e ai Comuni rappresentati per il tramite del sistema delle Conferenze.

¹² Si fa riferimento, in particolare, alle ordinanze del Ministro della salute adottate previo coordinamento con i Presidenti di Regione interessati nei giorni 21 e 22 febbraio 2020 per il contenimento e la gestione dell'epidemia scoppiata negli ospedali di alcuni Comuni delle Province di Lodi e Padova.

¹³ Definisce le materie ex art. 117 Cost. come «etichette» che «contrassegnano settori, ambiti, argomenti destinati ad essere oggetto di una disciplina», distinguendole invece dalle politiche pubbliche «che sono rivolte ad obiettivi e si svolgono per programmi», BIN, R. (2012). Il governo delle politiche pubbliche tra Costituzione ed interpretazione del giudice costituzionale. *Le Regioni*. 3, p. 510.

nito una giustificazione ai numerosi episodi di protagonismo e di fuga in avanti dei Presidenti di Regione ¹⁴.

Ed è, talvolta, proprio dal tenore di alcuni di questi episodi che può ricavarsi una sorta di «concorso di colpa» ¹⁵ da parte delle Regioni nell'indebolimento dell'operatività della leale collaborazione in costanza dell'emergenza pandemica, dal momento che la natura del medesimo principio implica e richiede un atteggiamento di responsabile e disponibile attitudine al confronto in entrambi gli attori coinvolti. Esemplare, da questo punto di vista, era stata la vicenda dell'ordinanza con la quale la Presidente della Regione Calabria aveva autorizzato la riapertura delle attività di ristorazione in anticipo rispetto alla data stabilita dal Governo centrale, la sospensione della quale era stata disposta dal Tar Calabria proprio a causa dell'assenza di qualsivoglia accorgimento volto alla collaborazione.

Un panorama, dunque, quello emerso durante la crisi sanitaria del 2020, contrassegnato da una significativa fibrillazione dei rapporti interistituzionali sotto il profilo della leale collaborazione che, smorzatasi nei mesi estivi dominati da un minore livello di pericolosità del virus e del conseguente allentamento delle misure restrittive, si è successivamente ripresentata, nell'autunno dello stesso anno, a seguito della seconda ondata dei contagi ¹⁶ ed, ancor più, durante la predisposizione ed attuazione del piano strategico vaccinale. Anche in quest'ultima occasione, infatti, sullo sfondo di un generalizzato accantonamento di procedure e criteri concertati e vincolanti per l'organizzazione della campagna di profilassi ¹⁷, il Governo ha preferito ricorrere per l'adozione del

¹⁴ Si ricordino, ad esempio, le vicende legate alle ordinanze adottate dai Presidenti delle Regioni Marche e Calabria nella primavera 2020 o le dichiarazioni di chiusura dei confini regionali da parte del Presidente della Regione Campania laddove vi fossero state «corse in avanti in regioni dove c'è il contagio così forte» o, ancora, l'approvazione repentina nel corso di una notte di leggi regionali recanti diverse previsioni per la riapertura delle attività commerciali rispetto alle date contemplate dal Governo centrale, come nel caso della legge (provinciale) della Provincia autonoma di Bolzano n. 41/2020, avente ad oggetto «Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nella fase di ripresa delle attività».

¹⁵ Perché «la leale collaborazione è una modalità decisionale che investe, allo stesso modo, tutti i soggetti istituzionali coinvolti e non è affatto scontato che quando essa è poco valorizzata la responsabilità sia sempre statale»: cfr. LIETO, S. (2022). L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti. *Osservatorio sulle fonti*, 2, p. 746.

¹⁶ Dovuti, pur a fronte di un maggiore coinvolgimento delle regioni nel monitoraggio e nella raccolta dei dati essenziali al Governo per adottare le restrizioni, sia al rapido succedersi di provvedimenti governativi che disponevano in maniera differente parallelamente all'evolversi dell'emergenza epidemiologica, sia ai contrasti sorti in riferimento all'utilizzo del nuovo sistema dei colori inaugurato dal dPCM del 3 novembre 2020 che aveva portato, ad esempio, la Regione Lombardia o ancora la Regione Sardegna a contestare il provvedimento statale di assegnazione di zona rossa o arancione al rispettivo territorio, chiedendone al giudice amministrativo la conseguente sospensione.

¹⁷ Cfr. PARUZZO, F. (2022). Tra norme e prassi: il rapporto Stato-Regioni alla prova del Piano strategico vaccinale, in BARTOLUCCI, L. DI MAJO, L. (a cura di), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Napoli: Editoriale Scientifica, p. 211.

Piano strategico vaccinale contro il Sars-CoV-2 ad una mera presa d'atto delle autonomie in sede di Conferenza Stato-Regioni, in luogo, invece, di quell'intesa normalmente richiesta nell'ambito dell'approvazione dei Piani Nazionali di Prevenzione Vaccinale per le implicazioni fisiologicamente spiegate da questi ultimi nei confronti della materia concorrente dell'organizzazione dei servizi sanitari.

2. DALL'EMERGENZA AD UN'OPPORTUNITÀ: IL NUOVO *STRESS TEST* RAPPRESENTATO DALLA REDAZIONE DEL PNRR E DALLA SUA *GOVERNANCE* ACCENTRATA

In linea di continuità con la tendenza espressa nel corso del 2020, anche il 2021 ha rappresentato un periodo di importanti sfide alla tenuta del principio di leale collaborazione istituzionale, aggiungendo al già complicato *puzzle* di tensioni delineato nel corso del primo anno della pandemia, anche quelle derivanti dalla necessità di definire in tempi molto stringenti il PNRR italiano per cogliere l'opportunità straordinaria della disponibilità dei fondi del *Recovery Fund*.

Che anche quest'ultima occasione abbia rappresentato un significativo *stress test* al dispiegamento del principio collaborativo fra centro e periferia nell'ordinamento italiano, è dimostrato dal fatto che, a dispetto dello specifico riferimento all'interno del regolamento UE 2021/241 circa l'opportunità di apprestare ai fini della predisposizione dei PNRR da parte dei vari Stati membri un'adeguata consultazione delle rispettive autorità regionali e locali¹⁸, il Piano italiano si è contraddistinto sulla scena europea per essere stato il documento con il minor grado di condivisione ed apertura verso la propria articolazione territoriale¹⁹. Infatti, come è possibile ricavare dai resoconti delle riunioni del

¹⁸ Si vedano rispettivamente il punto 34 del Regolamento 2021/241, secondo cui «Le autorità regionali e locali possono essere partner importanti nell'attuazione delle riforme e degli investimenti. A tale riguardo, esse dovrebbero essere adeguatamente consultate e coinvolte conformemente al quadro giuridico nazionale» e l'art. 18, comma 4, lett. q) per cui «per la preparazione e, ove disponibile, l'attuazione del piano per la ripresa e la resilienza *risulta opportuna* una sintesi del processo di consultazione, condotto conformemente al quadro giuridico nazionale, delle autorità locali e regionali, delle parti sociali, delle organizzazioni della società civile, delle organizzazioni giovanili e di altri portatori di interessi» (corsivo mio).

¹⁹ Così come dimostrato dallo studio commissionato dal Comitato delle Regioni «*Regional and local authorities and the National Recovery and Resilience Plans*» avente ad oggetto l'analisi comparata dei Piani nazionali di Ripresa e Resilienza di Belgio, Croazia, Francia, Germania, Italia, Polonia, Romania e Spagna sotto il profilo del coinvolgimento da parte dei rispettivi governi delle autonomie territoriali durante la loro predisposizione. Si vedano a tal proposito le dichiarazioni rilasciate dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome Massimiliano Fedriga il 9 dicembre 2021, in occasione dell'incontro con il Presidente del Comitato delle Regioni Apostolos Tzitzikostas, secondo cui «La preparazione e programmazione del PNRR sono state emblematiche di questa scarsa considerazione del livello

sistema delle Conferenze fino alla primavera del 2021²⁰, la fase ascendente (la stesura) di questo documento si è caratterizzata per un'impostazione «sostanzialmente accentrata» (Ferraro, 2022, p. 3), resa manifesta da un ruolo dominante del Governo che ha lasciato ridottissimi margini di coinvolgimento, generalmente solo di carattere informativo, alle Regioni (ed agli enti) nonostante le competenze legislative e programmatiche loro spettanti in virtù della natura trasversale delle missioni previste dal Piano²¹.

Più nel dettaglio, se prima della crisi di Governo di fine gennaio 2021, il tema del PNRR era stato affrontato in occasione di rari incontri informali realizzati nella sede del coordinamento orizzontale della Conferenza delle Regioni, successivamente le informative aventi ad oggetto i suoi contenuti sono state svolte in Conferenza Unificata, nel corso di un serrato programma di comunicazioni rese dai vari Ministri²² e culminate, poco prima dell'invio del documento alla Commissione europea²³, nella riunione del 28 aprile, durante la quale il Piano veniva finalmente illustrato dal Governo nella sua interezza.

Una fase ascendente, quindi, quella di definizione del PNRR italiano, dominata da un'impostazione di tipo *top down*, la cui scelta da parte del Governo non è difficile immaginare sia stata condizionata anche dal recente passato vissuto dal sistema Paese ed i cui strascichi possono ben rintracciarsi nel vocabolario impiegato nel documento, all'interno del quale è frequente l'utilizzo di termini come «criticità» e vengono individuate apposite procedure volte a superare le ipotesi di dissenso istituzionale.

Il dato oggettivo del sostanziale accentramento decisionale messo in atto dal Governo nella fase di predisposizione del PNRR è stato in seguito replicato anche in occasione della definizione della sua *governance*, dal momento che con il decreto legge n. 77/2021²⁴, le amministrazioni ministeriali sono state

locale e regionale in Italia, *in quanto* alle Regioni e agli enti locali non è stata dedicata neanche una specifica sezione volta per spiegare il loro ruolo nella definizione ed attuazione degli interventi ivi previsti» (corsivo mio). Il testo dell'intervento è pubblicato alla pagina *web* file:///C:/Users/Utente/Downloads/News%202021-12-09%20Intervento_Pres_Fedriga_Incontro-CdR_091221-(1).pdf.

²⁰ Consultabili sul sito istituzionale della Conferenza delle Regioni e delle province autonome.

²¹ Il PNRR italiano si struttura in sei missioni e sedici componenti ad esse riferibili, a loro volta sviluppate lungo i tre assi principali individuati dal legislatore nel quadro delle linee guida fissate nel Regolamento UE 2021/241 ed afferenti a: digitalizzazione e innovazione tecnologica; transizione ecologica e climatica; inclusione sociale.

²² Si vedano le informative rese dai vari titolari dei Ministeri in occasione delle riunioni della Conferenza Unificata del 15 e del 21 aprile 2021, così come indicate sul sito www.regioni.it.

²³ Il Piano è stato presentato dal Governo al Parlamento nazionale in data 26 aprile 2021 ed è stato approvato su proposta della Commissione UE dal Consiglio ECOFIN il 13 luglio 2021.

²⁴ Il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 reca la «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure».

designate quali uniche titolari delle varie linee di intervento promosse nell'ambito delle sei missioni del Piano e allo stesso tempo ritenute le sole responsabili della loro attuazione²⁵.

Anche in questo caso a giocare un ruolo determinante nella scelta di una *governance* accentrata – al di là del fatto che principale interlocutore della Commissione europea, supervisore sul fronte dell'implementazione dei Piani ai fini delle successive erogazioni finanziarie²⁶, deve essere necessariamente lo Stato membro in qualità di diretto responsabile delle risorse prese a prestito e a fondo perduto – sembra essere stata una precisa volontà di fare chiarezza (almeno) riguardo alla catena di comando preposta alla realizzazione del Piano, precisandone con accuratezza, onde evitare eventuali rallentamenti dovuti a conflittualità fra i livelli di governo, non solo i profili inerenti al coordinamento, monitoraggio, controllo e rendicontazione ma anche quelli riferibili alla successione degli scambi istituzionali fra i neo istituiti organi²⁷, tesi ad agevolarne la puntuale attuazione entro il 31 dicembre 2026.

Naturalmente, una simile impostazione verticistica ha provocato riflessi anche a livello di composizione di tali organi, appunto ideati con finalità di coordinamento, monitoraggio ed implementazione, nell'ambito dei quali gli esponenti delle autonomie territoriali, regionali e locali, siedono solo a titolo eventuale e senza alcuna particolare autorità decisionale²⁸ e il cui apporto a

²⁵ Sul punto può essere utile precisare sin da subito che nel linguaggio del Piano quando l'amministrazione centrale titolare dell'intervento è al contempo anche intestataria della sua realizzazione operativa, si parla di progetti «a titolarità», mentre, nel caso in cui la stessa abbia previsto di attribuire le risorse per la realizzazione fisica a soggetti attuatori diversi, pubblici o privati, individuati mediante bando, si parla di progetti cosiddetti «a regia». Ai sensi dell'art. 1, comma 4, lett. o) del d.l. 77/2021 il soggetto attuatore è definito quale «soggetto pubblico o privato incaricato della realizzazione degli interventi del PNRR e del Fondo complementare».

²⁶ Come ricorda DE MINICO, G. (2022). Una promessa incompiuta il Piano nazionale di Ripresa e Resilienza?. *Federalismi.it*, 4, pp. 369 e ss., «il fatto che a rimettere in moto la macchina dei soldi potenzialmente inceppata a causa dell'attivazione del freno di emergenza azionato da uno degli Stati membri laddove vi fossero sospetti di cattiva gestione dei Piani nazionali interni, sia la volontà maggioritaria, depositaria del bene comune, della Commissione (...) è il segno di una politica (...) impegnata ad individuare, far emergere e promuovere gli interessi comuni».

²⁷ Sul fronte dell'organizzazione istituzionale congegnata per controllare e coordinare il Piano, il d.l. 77/2021 crea ben 6 nuovi organi, equamente distribuiti come insediamento fra Presidenza del Consiglio dei Ministri (Cabina di regia, Segreteria tecnica e Unità per la razionalizzazione e il miglioramento dell'efficacia della regolazione) e Ministero dell'Economia e delle Finanze (Servizio centrale per il PNRR, Unità di missione per la valutazione e Unità di audit) – a cui deve aggiungersi anche la presenza di un Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, avente funzioni consultive. Con riguardo, invece, al momento operativo il decreto stabilisce all'art. 9 che i «soggetti attuatori» sono enti istituzionali (o, in alternativa, ad essi esterni) come le Amministrazioni centrali, le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, sulla base delle specifiche competenze istituzionali, ovvero della diversa titolarità degli interventi.

²⁸ Come sottolinea TRAPANI, M. (2021). Il sistema delle Conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e Regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative. *Rivista AIC*, 4, p. 188,

livello di indirizzo politico nell'attuazione delle strategie intraprese si rivela essere quasi del tutto assente²⁹, data anche la mancata previsione di meccanismi di partecipazione ai lavori preparatori che, quindi, rischiano di relegare tale presenza ad una pura formalità istituzionale.

3. IL PRIMO ANNO DI ATTUAZIONE DEL PNRR E I PASSI COMPIUTI DA STATO E REGIONI SUL FRONTE DELLA LEALE COLLABORAZIONE, SULLO SFONDO DI UNO STRINGENTE PROGRAMMA DI *TARGET* DA CONSEGUIRE E *MILESTONE* DA RISPETTARE

Sebbene, come già rilevato, la leale collaborazione fra livelli di governo in occasione dell'elaborazione del PNRR e della successiva definizione della sua *governance* si sia svolta nel solco di una sostanziale continuità con i principali tratti delle relazioni fra centro e periferia maturati in costanza del 2020, la persistenza di tali caratteristiche nella fase dell'implementazione del Piano non ha sinora pregiudicato il raggiungimento delle *milestone* e dei *target* in esso presenti³⁰.

Questi ultimi, infatti – rispettivamente coincidenti con traguardi di tipo qualitativo, consistenti in interventi di natura legislativa o amministrativa funzionali all'attuazione delle misure (redazione di studi preliminari e linee guida, adozione di accordi e protocolli d'intesa) ed obiettivi di tipo quantitativo, relativi ai risultati conseguiti con le misure (anche tramite indicatori predeterminati) – vanno a comporre i 527 obiettivi (213 *milestone* e 314 *target*) che devono essere raggiunti entro il 31 dicembre 2026 per dare sostanza alle riforme e agli investimenti oggetto di programmazione nel PNRR.

sembra che la partecipazione del Presidente della Conferenza delle Regioni nella cabina di regia «si esaurisca in un parere che può essere disatteso senza motivazione da parte del Governo».

²⁹ Secondo MIDIRI, M. (2022). Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza), *Federalismi.it*. 18, p. 154, la *governance* del Piano «punta sulla centralizzazione degli indirizzi e dei meccanismi di spesa», prevedendo un bilanciamento solo «nella fase gestionale dalla condivisione con le autonomie locali e regionali che hanno il ruolo di soggetti attuatori».

³⁰ Le *milestone* sono identificate, nell'ambito delle Linee Guida per lo svolgimento delle attività connesse al monitoraggio del PNRR rilasciate dal Ministero per l'Economia e le Finanze il 14 giugno 2022, come dei «traguardi qualitativi da raggiungere tramite una determinata misura del PNRR (riforma e/o investimento), che rappresenta un impegno concordato con l'Unione europea o a livello nazionale (es. legislazione adottata, piena operatività dei sistemi IT, ecc.)». I *target*, invece, sono definiti come «traguardi quantitativi da raggiungere tramite una determinata misura del PNRR (riforma e/o investimento), che rappresentano un impegno concordato con l'Unione europea o a livello nazionale, misurati tramite un indicatore ben specificato (es. numero di chilometri di rotaia costruiti, numero di metri quadrati di edificio ristrutturato, ecc.)».

Proprio perché la realizzazione delle riforme e degli investimenti si snoda attraverso il raggiungimento di *milestone* e *target* garantito da soggetti attuatori appartenenti a diversi livelli di governo, diventa essenziale, come del resto anche ricordato dalla Corte dei Conti, che il conseguimento degli obiettivi previsti dal Piano richieda «un'efficace collaborazione *tra i vari attori istituzionali*, limitando esplicitamente i tempi di concertazione», ragion per cui è necessario che «i soggetti tenuti all'attuazione degli specifici obiettivi sviluppino un dialogo istituzionale che se non adeguatamente coordinato potrebbe condizionare la buona riuscita della misura» (Corte dei Conti, 2022, p. 10).

Sinora, a garanzia del buon esito dei momenti concertativi, è risultato strategico il sistematico impiego da parte della Conferenza delle Regioni di prassi già sperimentate in costanza di pandemia e risultate utili ad ottenere una qualche forma di ascolto sul piano normativo, come ad esempio il ricorso al parere favorevole condizionato all'accoglimento degli emendamenti proposti sui disegni di legge di conversione dei vari decreti legge³¹.

Tali accorgimenti hanno, infatti, consentito, non solo di sopperire all'accantonamento della Conferenza Stato-Regioni a vantaggio di una maggiore attività informale di dialogo politico con la sede di coordinamento orizzontale delle autonomie³² e con il suo Presidente in qualità di rappresentante e portavoce dell'intero sistema regionale³³ ma anche di traguardare i primi importanti obiettivi che nel corso del primo anno di vita del Piano dovevano essere raggiunti dallo Stato quali condizioni imprescindibili per l'erogazione dei contributi finanziari da parte dell'Unione europea.

A tal proposito, la sequenza temporale delle *milestone* e dei *target* scandita nel Piano ben rappresenta l'esigenza del Governo di pianificare nei suoi primi anni di vita i principali passaggi normativo-amministrativi relativi all'impianto delle riforme («orizzontali», «abilitanti» e di «contesto») e alla predisposizione dell'assetto regolatorio a supporto degli investimenti: mentre

³¹ Come, infatti, ricorda BOLGHERINI, S., LIPPI, A. (2022). Politicization without institutionalization: relations between State and Regions in crisis governance. *Contemporary italian politics*. 2, p. 230, per convenzione la Conferenza delle Regioni viene riunita prima della Conferenza Stato-Regioni e può comunicarle una sintesi delle decisioni derivanti dagli sforzi del coordinamento orizzontale fra i Presidenti di Regione. Per un'analisi, invece, dello strumento del parere favorevole condizionato ed in particolare della sua resa durante il primo anno di pandemia, in qualità di strumento idoneo a garantire, almeno in una certa misura, la partecipazione degli esecutivi regionali alla definizione della legislazione nazionale, si veda in particolare DI COSIMO, G. (2021). Le forme della collaborazione in tempo di pandemia. *Le Regioni*. 3, pp. 545 ss.; per un'analisi dell'istituto nel suo complesso, invece, si veda su tutti RUGGIU, I. (2011). Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle regioni nelle decisioni statali. *Le Regioni*. 2-3, pp. 529 ss.

³² Cfr. FALCON, G. (2021). Viaggio al centro del PNRR. *Le Regioni*. 4, p. 723; TUBERTINI, C. (2021). Attualità e futuro del sistema delle Conferenze. *Diritto pubblico*. 2, p. 692.

³³ Attestata dalla presenza all'interno della cabina di regia nazionale.

le prime, infatti, si concentrano per l'82% nei primi tre anni del Piano, le seconde, invece, presentano una forte concentrazione, pari al 77% circa, a partire dal secondo semestre del 2024³⁴.

Fra le *milestone* più importanti del primo semestre del Piano, quelle raggiunta, anche grazie alla buona prova della leale collaborazione fra Stato e Regioni, risultano essere state relative all'adozione dei provvedimenti normativi concernenti le riforme strutturali, tra cui, ad esempio, l'entrata in vigore delle misure volte a rafforzare la capacità amministrativa attraverso i piani di assunzione specificamente previsti dal d.l. n. 80/2021 (traguardo M1C1-53), quelle regolatorie di semplificazione delle procedure amministrative, contenute nel d.l. n. 77/2021 e nel d.l. n. 152/2021 (traguardo M1C1-52) ed ancora quelle tese a mettere a disposizione degli enti territoriali 1000 professionisti per la gestione delle procedure complesse legate all'attuazione del PNRR (target M1C1-54).

Quest'ultima in particolare, consistente nel cosiddetto «progetto mille esperti», è stata riconosciuta dallo stesso Presidente della Conferenza delle Regioni³⁵ quale vera e propria *best practice* di tipo collaborativo con lo Stato, grazie al sinergico confronto realizzatosi nell'ambito del sistema delle Conferenze che ha preso origine dai rilievi svolti in data 28 maggio 2021 dalla Conferenza delle Regioni in riferimento alla bozza del d.l. 77/2021, fra i quali si lamentava l'assenza di norme che implementassero il personale delle Regioni e delle Province autonome, nonché degli enti locali che sarebbero stati, nei fatti, «i principali protagonisti della messa a terra dei progetti previsti dal PNRR»³⁶. Tali rilievi spingevano inizialmente il Governo a stralciare dal primo decreto *governance* la previsione per le Regioni di potersi avvalere, sul fronte delle risorse di assistenza tecnica, delle strutture centrali e a rinviare la questione dell'approvvigionamento del personale ad un successivo provvedimento.

³⁴ Così CORTE DEI CONTI (2022). *Relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di Ripresa e resilienza*, p. 63.

³⁵ Si veda ancora una volta il discorso tenuto dal Presidente della Conferenza delle Regioni Massimiliano Fedriga del 9 dicembre 2021 in occasione dell'incontro della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome con il Presidente del Comitato delle Regioni, Apostolos Tzitzikostas, che, a tal riguardo, qualificava il lavoro di concertazione svolto da Regioni e Dipartimento per la Funzione pubblica per mettere in campo misure per il rafforzamento amministrativo di Regioni ed enti locali per l'attuazione del PNRR come «una *best practice* per il sistema regionale e per la collaborazione che si è realizzata. Sono stati rispettati i tempi previsti e sono state condivise procedure e modalità per attivare il rafforzamento sulla base di appositi Piani territoriali predisposti da ciascuna Regione. Cfr. <http://www.regioni.it/newsletter/n-4199/del-09-12-2021/la-conferenza-delle-regioni-ha-incontrato-il-presidente-del-comitato-delle-regioni-apostolos-tzitzikostas-23520/>.

³⁶ Così in base a quanto riportato nel 21/74/CRFS C1-C3.

Quest'ultimo prendeva corpo con il d.l. n. 80/2021, come risultante dalla legge di conversione n. 113/2021, nell'ambito del quale gli art. 1, comma 5, lett. a) e 9, hanno previsto la selezione di un gruppo di esperti multidisciplinari per il supporto alle autonomie territoriali nella gestione delle procedure complesse connesse all'attuazione del PNRR; a questo faceva poi seguito il dPCM 12 novembre 2021 per la ripartizione delle risorse per il conferimento degli incarichi di collaborazione.

Un provvedimento quest'ultimo caratterizzato da una particolare «impostazione cooperativa» (Ferraro, 2021, p. 12), nel quale si richiedeva alle Regioni e alle Province autonome di predisporre appositi Piani territoriali modellati su uno schema standard allegato al medesimo dPCM, finalizzati a mettere a disposizione degli enti locali una quota di professionisti ed esperti contrattualizzati.

Dal punto di vista della *governance* propria dei Piani territoriali risulta di particolare interesse osservare come lo schema adottato abbia espressamente richiesto la previsione di una cabina di regia regionale (ed anche di una segreteria tecnica a suo supporto) a cui intestare la responsabilità della pianificazione, gestione e verifica delle attività dei professionisti ed esperti utili all'attuazione del Piano, finalizzata al recupero di informazioni sul territorio riguardanti i reali fabbisogni in tema di figure professionali e concernenti le potenziali criticità relative all'attuazione dei progetti.

Il numero di tali esperti, in un primo momento fissato ad un massimo di mille, veniva successivamente rimodulato dall'art. 31, comma 1, del d.l. n. 152/2021, attraverso l'eliminazione del tetto massimo agli ingaggi e prevedendo per le Regioni e Province autonome la possibilità di integrare il proprio personale assumendo più esperti: cosa che in seguito è stata realizzata sfruttando, in alcuni casi, le risorse accantonate grazie all'assunzione, in via preferenziale, di personale di medio profilo in alternativa a quello, più costoso, con esperienza ultradecennale nel campo del *project management*³⁷.

Non sempre però l'urgenza di rispettare lo stringente cronoprogramma di *milestone* e *target* scanditi dal Piano ha rappresentato un impulso sufficiente a superare le svariate criticità che da tempo affliggono il sistema delle Conferenze, costituendo talvolta, per la predisposizione ad incidere sulle dinamiche interlocutorie fra centro e periferia aggiungendo un elemento di contingentamento delle tempistiche relative alla stipulazione delle intese, un elemento di ulteriore complicazione al raggiungimento di una efficace collaborazione istituzionale.

³⁷ 2022, 14, febbraio. Le Regioni aprono ad altri bandi per i consulenti dei progetti PNRR, in *Il sole 24 ore*.

4. LA MANCATA INTESA PER L'APPROVAZIONE DEL DM 77/2022
RELATIVO AI MODELLI E STANDARD PER LO SVILUPPO
DELL'ASSISTENZA TERRITORIALE E LA DELIBERA
SOSTITUTIVA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI DEL 21 APRILE 2022

È proprio alla luce di quest'ultima considerazione, in particolare per ottemperare al rispetto della scadenza del 30 giugno 2022 correlata alla fine del secondo semestre del PNRR³⁸, che deve essere inquadrata la delibera adottata dal Consiglio dei Ministri sostitutiva dell'intesa della Conferenza Stato-Regioni³⁹ in riferimento al D. M. recante «Modelli e standard per lo sviluppo dell'Assistenza Territoriale nel Servizio Sanitario Nazionale»⁴⁰.

Questa riforma riguarda la riorganizzazione dell'assistenza sanitaria territoriale mediante la definizione di standard strutturali, tecnologici e organizzativi omogenei e un nuovo assetto istituzionale per la prevenzione in ambito sanitario, ambientale e climatico in linea con un approccio integrato («*One Health*») e con una visione olistica («*Planetary Health*»)⁴¹. Con tale riforma, più nel dettaglio, al fine di rimodulare i servizi e le prestazioni offerte affinché siano il più possibile prossimi all'utente raggiungendolo fino al suo domicilio (che diviene il primo e fondamentale luogo di cura), si prevede di istituire le Case e gli Ospedali di comunità, le Centrali operative territoriali e di ampliare l'assistenza domiciliare integrata (ADI)⁴² per rafforzare l'organizzazione dei servizi sanitari erogati sul territorio, indeboliti non solo dall'esperienza della pandemia ma anche da un decennio di politiche di riduzione della spesa pubblica.

Rientrando nell'ambito delle azioni di potenziamento dei livelli essenziali di assistenza (LEA), definiti dal d. P. C. M. 12 gennaio 2017, il D. M. costituisce il completamento della riforma dei servizi sanitari, in una logica di continuità assistenziale territoriale, già prevista dal Regolamento recante la definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi re-

³⁸ Si veda al riguardo il documento presente sul sito della Camera dei Deputati disponibile al link <https://temi.camera.it/leg18/dossier/OCD18-16220/pnrr-i-traguardi-e-obiettivi-conseguire-entro-30-giugno-2022.html>.

³⁹ Cfr. Delibera del Consiglio dei Ministri del 21 aprile 2022. Per un commento alla vicenda si rinvia a DI JORIO, E. (2022). Il «DM 71» sull'assistenza territoriale: qualche perplessità. *Astrid Rassegna*, 7; BALDUZZI, R. (2022). Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni. *Corti Supreme e Salute*, 2, pp. 1 ss.

⁴⁰ Si tratta del Decreto del Ministero della Salute, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle finanze, del 23 maggio 2022, n. 77.

⁴¹ Così viene definito dalla Corte dei Conti nella sua relazione, p. 109.

⁴² Per un approfondimento degli investimenti e delle riforme del PNRR sulla sanità, in particolare sul fronte del rafforzamento della sanità territoriale si rinvia a PIOGGIA, A. (2022). La sanità nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. *Giornale di Diritto amministrativo*, 2, pp. 165 ss.

lativi all'assistenza ospedaliera di cui al decreto ministeriale 2 aprile 2015, n. 70⁴³. Inoltre, l'intervento si colloca in linea con l'attuazione della riforma sulle reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale e rete nazionale della salute, ambiente e clima, inserita nella Missione 6 «Salute», Componente 1 del PNRR, la cui definitiva adozione costituisce una specifica *milestone* europea.

Il Decreto, introducendo significative novità sul fronte del potenziamento dei servizi sanitari, ha sollevato in capo alle Regioni – responsabili dell'adeguamento dell'organizzazione dei propri sistemi di assistenza territoriale e prevenzione ai nuovi standard in esso indicati⁴⁴ – alcune preoccupazioni relative all'entità dei costi legati alla messa in funzione delle nuove strutture ed alla effettiva disponibilità delle risorse correnti, in particolare di quelle necessarie al rinnovo dei contratti del personale.

Difatti, se è vero che fino al 2026 la copertura di tali spese sarà assicurata dal PNRR, è altrettanto corretto affermare che negli anni successivi le stesse dovranno essere finanziate da altre fonti: nel frattempo, le stime degli oneri permanenti vengono spesso elaborate sulla base delle risorse disponibili, vedendo la propria copertura prevalentemente affidata ai risparmi che, si presume, discenderanno dagli interventi realizzati e da una riorganizzazione del sistema⁴⁵.

Tali elementi, unitamente ad una «indisponibilità del MEF a dare garanzie su coperture finanziarie parzialmente indeterminate» (Ufficio parlamentare di bilancio, 2022, p. 30), hanno provocato una diffidenza diffusa e motivata⁴⁶ fra le Regioni nei confronti del decreto di cui si tratta – solo in parte superata grazie alla riformulazione del testo resa possibile dall'interlocuzione in sede di Conferenza Stato-Regioni⁴⁷ – sfociata in seguito nel reiterato rifiuto da parte della Regione Campania di prestare consenso all'intesa.

Nonostante le iniziative esperite per favorire la composizione fra le parti, tale rifiuto conduceva nelle sedute del 30 marzo e del 21 aprile 2022 al falli-

⁴³ Ed è, infatti, per tale motivo che in precedenza il DM era noto come «decreto 71», proprio in quanto completamento ideale del Decreto del Ministro della Salute del 2 aprile 2015, n. 70 sugli standard dell'assistenza ospedaliera.

⁴⁴ Infatti, il Decreto n. 77 prevede che le Regioni adottino il provvedimento generale di programmazione dell'assistenza territoriale entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del Regolamento.

⁴⁵ Cfr. UFFICIO PARLAMENTARE DI BILANCIO (2022). Il PNRR e la sanità: finalità, risorse e primi traguardi raggiunti, Focus tematico, n. 4, 3 agosto 2022, p. 8.

⁴⁶ Come, infatti, rileva BALDUZZI, R. (2022). Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni. *Corti Supreme e Salute*, 2, p. 7, «è indubbio che, stando agli standard di personale individuati (per difetto) dall'allegato allo schema di D. M., servirebbe un surplus di personale tale da richiedere un investimento di risorse aggiuntive, a partire dal 2026, di circa il 25%».

⁴⁷ Così come risultante dal testo della delibera del 21 aprile 2022 ove si legge che è «stato riscontrato dalle regioni stesse, oltre all'impegno del Governo a reperire le risorse, che l'ultima stesura diramata, risulta migliorativa rispetto alla precedente».

mento dei tentativi di ricerca di un unanime consenso: tentativi, occorre sottolineare, iniziati il 16 marzo precedente in occasione dell'inserimento della discussione sullo schema di decreto nell'o.d.g. della Conferenza Stato-Regioni.

Le circostanze descritte spingevano, così, il Governo ad adottare una deliberazione motivata sostitutiva della mancata intesa, avvalendosi dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. 281/1997 che, come noto, consente a un provvedimento in assenza di intesa di potere ugualmente diventare efficace mediante una deliberazione motivata del Consiglio dei Ministri adottabile decorso il termine di trenta giorni dalla prima seduta della Conferenza Stato-Regioni avente tale oggetto all'ordine del giorno.

Sebbene sia indubbio che il Governo abbia agito entro il perimetro delle proprie prerogative e all'esito di un *iter* procedimentale conforme sotto il profilo del rispetto della leale collaborazione⁴⁸, sono almeno due i rilievi riferiti al rispetto di quest'ultimo principio, se inteso nella sua complessità e non solo a livello formale, che possono essere sollevati in riferimento alla delibera in commento.

In primo luogo, il fatto che il *dies a quo* per il computo del termine di 30 giorni sia stato individuato dal Governo proprio nel 16 marzo sebbene in tale occasione, come si può leggere dalle premesse della delibera sostitutiva, il Ministro dell'Economia e delle Finanze avesse chiesto un rinvio che, proprio perché accordato dalle Regioni, avrebbe dovuto significare un'implicita volontà di spostare in avanti il decorso di quello stesso termine⁴⁹.

In secondo luogo, ancora, il tenore dell'argomentazione utilizzata dal Governo per motivare la stessa delibera, all'interno della quale, al di là della sua sovrabbondanza (Balduzzi, 2022, p. 4), emerge chiaramente la necessità di procedere con l'entrata in vigore del provvedimento «secondo quanto previsto dalla programmazione comunitaria, da raggiungere entro il 30 giugno 2022». Necessità che è apparsa chiara anche al Consiglio di Stato, il quale, interpellato ai fini del rilascio del parere sullo schema di decreto⁵⁰, nel rilevare

⁴⁸ Avendo, infatti, il Governo attivato un tentativo di stipulazione di intesa con le regioni e le province autonome in ottemperamento alla sentenza n. 134/2006 con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 1, comma 169, della l. n. 131/2004 (base normativa del DM in commento), nella parte in cui prevedeva che il regolamento del Ministro della salute che fissa gli standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito e quantitativi di cui ai livelli essenziali di assistenza, fosse adottato sentita la Conferenza delle Regioni anziché previa intesa: per un commento alla sentenza si vedano BALBONI, E., RINALDI, P. G. (2006). Livelli essenziali e leale collaborazione. *Le Regioni*, 5, pp. 1014 ss.

⁴⁹ Per tale riflessione cfr. BALDUZZI, R. (2022). Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni. *Corti Supreme e Salute*, 2, p. 1, il quale, a sua volta, richiama in nota pag. 90 di CARPANI, G. (2004). *La Conferenza Stato-regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*, Bologna: il Mulino.

⁵⁰ Su cui, per un commento, cfr. JORIO, E. 2022, 22, maggio. DM 71. Per il Consiglio di Stato nessun dubbio di incostituzionalità, in *Quotidianosanità.it*.

l'opportunità di meglio distinguere nell'allegato che dispone gli standard le disposizioni aventi natura prescrittiva da quelle con evidente funzione descrittiva, si dice «pienamente consapevole dei tempi ristretti connessi all'approvazione del regolamento in esame, stante la imprescindibile necessità di rispettare la *milestone* del prossimo 30 giugno imposta dal PNRR» (Consiglio di Stato – Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, 10 maggio 2022).

Ora, al di là del fatto che, la delibera sostitutiva sia stata adottata a fronte di un indubbio atteggiamento ostativo, reiterato in più occasioni dalla Regione Campania – elemento che depone a favore della soluzione governativa in presenza, altrimenti, dell'eventualità di un possibile blocco procedimentale – deve rilevarsi come la motivazione del Governo legata alla presenza di un termine inderogabile non sembri pienamente compatibile con quel divieto, ribadito dalla Corte costituzionale, di assunzione unilaterale dell'atto da parte dello Stato quale «mera conseguenza automatica del mancato raggiungimento dell'intesa entro un determinato periodo di tempo, specie quando il termine previsto (...) è alquanto breve o *dettato dall'urgenza* del provvedere» (Corte costituzionale, sentenze nn. 239/2013; 179/2012; 165/2011).

Si aggiunga, altresì, che nel caso di specie, trattandosi di una politica complessa⁵¹, il raggiungimento dell'intesa sarebbe stato quanto mai auspicabile⁵² alla luce del fatto che il DM, intervenendo su una materia di legislazione concorrente, attribuisce alle Regioni e alle Province autonome di Trento e di Bolzano, ai sensi dell'art. 2 del D.lgs. n. 502/1992, la determinazione dei principi sull'organizzazione dei servizi e sull'attività destinata alla tutela della salute, nel rispetto dei principi stabiliti dalle leggi statali, rendendole, quindi, responsabili della cosiddetta «messa a terra» degli standard e dei modelli organizzativi previsti dal regolamento⁵³.

⁵¹ Come, infatti ricorda MASALA, P. (2021). I diritti fra Stato e Regioni nell'emergenza sanitaria, a vent'anni dalla revisione del Titolo V: quali lezioni possono trarsi e quale «ribilanciamento» occorre realizzare, per una più efficace garanzia dell'uguaglianza sostanziale?. *Costituzionalismo.it*. 1, p. 222, le politiche complesse ove maggiore è l'urgenza di un approccio collaborativo e di un coordinamento fra gli attori sono proprio quelle inerenti la garanzia dei diritti sociali e dell'uguaglianza, fra le quali spicca particolarmente quella proprio legata al servizio sanitario nazionale.

⁵² Auspicabile anche se pur sempre nella logica delle intese cosiddette deboli secondo CUTTAIA, F. G. *L'utilizzo dello strumento pattizio nell'attuazione della riforma dell'assistenza sanitaria territoriale: percorsi seguiti e mancati raccordi*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2022, p. 331, non versandosi nel caso di specie in un'ipotesi di «attrazione in sussidiarietà», in quanto il suo oggetto è attinente ai profili organizzativi relativi ai Livelli Essenziali di Assistenza, la cui disciplina rientra nella competenza legislativa (e quindi anche amministrativa) dello Stato».

⁵³ Lasciando così ampio spazio a possibili contenziosi di merito così come rilevato da PALUMBO, F. 2022, 26, aprile. I nuovi standard per l'assistenza territoriale e i rischi della mancata intesa in Stato-regioni. *Quotidianosanità.it*.

5. UN CASO ISOLATO O UNA POSSIBILE SPIA DI UN PIÙ AMPIO CAMBIAMENTO NELLA PERCEZIONE ISTITUZIONALE DEL PRINCIPIO COLLABORATIVO FRA CENTRO E PERIFERIA? ALCUNE BREVI E NECESSARIAMENTE PROVVISORIE RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Sebbene il DM 77 abbia rappresentato sinora l'unico episodio di problematica mancata intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni nel percorso attuativo del PNRR e, tutto sommato, il clima sia stato collaborativo fra i vari attori istituzionali, occorre riflettere su quanto accaduto nell'occasione appena menzionata, anche alla luce della possibilità di un suo probabile ripetersi nel futuro, a maggior ragione a seguito della caduta del Governo Draghi e dello scioglimento delle Camere.

Dal momento, infatti, che questi ultimi avvenimenti stanno aumentando il rischio che alcuni degli obiettivi fissati per il 31 dicembre 2022 non riescano ad essere raggiunti⁵⁴ e che molti degli interventi del PNRR richiedono di essere realizzati nei territori, sembra abbastanza scontato che nell'ambito del sistema delle Conferenze potranno ripresentarsi situazioni di possibile conflitto. In tali casi, è facile presumere che la motivazione incentrata sul necessario rispetto del cronoprogramma stabilito nel PNRR sarà utilizzata spesso dal Governo laddove si configurino possibili stalli decisionali, pregiudizievoli per il conseguimento delle *milestone* e dei *target* previsti nel Piano, con inevitabili ripercussioni sulla sostanza finale del principio di leale collaborazione alla base del regionalismo cooperativo italiano.

Se dunque, come sembra, l'esigenza di dare attuazione al PNRR nel nostro Paese è destinata, almeno fino al 31 dicembre 2026, ad imprimere una nuova fisionomia ai principi costituzionali a presidio del rapporto fra Stato e Regioni, partendo in primo luogo dalla rimodulazione delle tradizionali dinamiche collaborative, deve riconoscersi una certa lungimiranza a chi in dottri-

⁵⁴ Come rilevano D'ARRIGO, G., DAVID, P. (2022). *Pnrr e voto: i rischi in tre scenari*. *Lavoce.info* «è indubbio che il nostro Paese si troverà fino a ottobre senza governo e senza Parlamento, entrambi determinanti per un'azione amministrativa rapida ed efficace. In più, i disegni di legge non approvati decadono con lo sciogliersi delle Camere e con la nuova legislatura si ricomincia tutto da capo. Anche alla luce di queste considerazioni, è difficile immaginare che siano raggiungibili le scadenze previste entro dicembre 2022». Si veda a tal proposito anche l'articolo di TROVATI, G. *Pnrr alla corsa contro il tempo: 25 obiettivi in 26 giorni*, in *Il Sole 24 ore*, 6 dicembre 2022, nel quale viene sottolineato come «per completare il cronoprogramma collegato alla terza rata da 19 miliardi mancano 25 obiettivi e sono 26 i giorni (festivi compresi) che ci separano dal 31 dicembre» ed ancora come «a pesare sui dati è stata ovviamente la fase di transizione post elettorale».

na⁵⁵ aveva prospettato una significativa influenza del Piano non solo sulla forma di governo e sulle fonti del diritto ma, in ultima istanza, persino sulla stessa «dinamica dello Stato regionale» (Caruso, 2021, p. 284).

Questa prospettiva induce quindi a porsi alcune domande, fra le quali spicca su tutte quella volta a comprendere se ulteriori casi come quello del DM 77 possano rappresentare segnali significativi di un cambiamento in atto nella percezione istituzionale del principio collaborativo fra centro e periferia⁵⁶.

Il quesito non sembra estemporaneo considerando il ricordato contegno assunto dal Governo durante la fase ascendente della predisposizione del PNRR e in quella successiva della definizione della sua *governance*, in funzione del quale le autonomie territoriali e le Regioni *in primis*, pur titolari di importanti funzioni legislative ed amministrative, sono state coinvolte in misura del tutto marginale. Un coinvolgimento, dunque, puramente passivo e, per certi aspetti, in linea con quello messo in atto dal Governo durante le prime fasi dell'emergenza pandemica e che, associato ad una riduzione degli spazi della leale collaborazione, sembra dare adito a sospetti di un possibile declassamento degli enti territoriali a meri centri di esecuzione di decisioni politiche e amministrative unilateralmente formulate⁵⁷.

Deve ammettersi che tale ridotta condivisione da parte dello Stato potrebbe essere giustificata con riferimento alla formulazione del PNRR in virtù degli strettissimi tempi che si sono determinati per la presentazione dello stesso alla Commissione europea ai fini della sua approvazione, mentre, invece, sul fronte della *governance* per il tipo di responsabilità diretta che coinvolge il Governo nazionale al cospetto degli adempimenti previsti fino al 2026.

Tuttavia, tali circostanze si sono affacciate nell'ambito di un contesto, quello italiano, dominato da principi costituzionali chiari e indefettibili fra cui devono ovviamente collocarsi quelli delineati dall'art. 5 (autonomia, decentramento) e dall'art. 120 Cost. (leale collaborazione), entro il quale l'attuale scelta del Governo a favore di una gerarchizzazione dei rapporti e del conseguente accantonamento dell'elemento territoriale, riesce a fatica ad innestarsi, pur se

⁵⁵ Si vedano sul punto le lungimiranti riflessioni di LUPO, N. (2022). Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti. *Federalismi.it*, 1, p. XI e di CATELANI, E. Profili costituzionali del PNRR. www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/.

⁵⁶ Evidenzia l'affermarsi di una nuova lettura dei principi costituzionali maggiormente compatibile con i Trattati europei e con le rigide tempistiche concordate nel PNRR, pur sullo sfondo di un loro sostanziale rispetto durante il primo anno di vita del Piano, LUPO, N. (2022). Il PNRR e i poteri dello Stato. *Astrid Rassegna*, 12, p. 5.

⁵⁷ Sul fronte costituzionale si veda CECCHETTI, M., *L'incidenza sui livelli di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*. Relazione tenuta al Convegno svoltosi a Roma presso Università di Roma Tre, 20 maggio 2022., mentre su quello amministrativo vedi GOLA, M. (2021). Pandemia, Stato e Regioni: quando la 'materia' non basta (nota a Corte Costituzionale n. 37/2021), *Giustiziainsieme.it*.

giustificata dalla contingenza e dalla straordinarietà del momento corrente. Un frangente, però, si ricorda, che proprio perché contrassegnato da un'importante opportunità per la ripresa e resilienza interne in termini di risorse, non potrà andare a buon fine se non attraverso il recupero di una leale collaborazione istituzionale⁵⁸, da intendersi in ogni sua sfaccettatura, anche e soprattutto quella volta a garantire solidità ed efficacia alle riforme ed agli investimenti stabiliti nel Piano, evitando di ricorrere a forzature delle dinamiche collaborative tradizionali fra centro e periferia.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BALDI, B. E PROFETI, S. (2020). Le fatiche della collaborazione. Il rapporto Stato-regioni in Italia ai tempi del COVID-19. *Rivista italiana di politiche pubbliche*. 3, 277-306.
- BALDUZZI, R. (2022). Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni. *Corti Supreme e Salute*. 2, 461-473.
- BARBATI, C. (2021). La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario. *Diritto pubblico*. 1, 15-39.
- BIN, R. (2012). Il governo delle politiche pubbliche tra Costituzione ed interpretazione del giudice costituzionale. *Le Regioni*. 3, 509-528.
- BOLGHERINI, S. E LIPPI, A. (2022). Politicization without institutionalization: relations between State and Regions in crisis governance. *Contemporary italian politics*. 2, 224-240.
- CARUSO, C. (2021), Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e regioni come metafora del regionalismo in compiuto, *Rivista del gruppo di Pisa*. 1, pp. 283-316.
- CATELANI, E. (2022) *Profili costituzionali del PNRR*. 5, www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/
- CECCHETTI, M. L'incidenza sui livelli di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi. Relazione tenuta al Convegno svoltosi a Roma presso Università di Roma Tre, 20 maggio 2022.
- CUTTAIA, F. G. (2022), L'utilizzo dello strumento pattizio nell'attuazione della riforma dell'assistenza sanitaria territoriale: percorsi seguiti e mancati raccordi. *Dirittofondamentali.it*. 3, pp. 323-337.
- D'ANDREA, A. (2020), Metodo di governo della pandemia: non si discutono i fini, ma gli strumenti sì. www.lacostituzione.info.
- D'ARRIGO, G. E DAVID P. (2022), *Pnrr e voto: i rischi in tre scenari*, in *Lavoce.info*.

⁵⁸ Cfr. LIETO, S. (2022), L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti, tra livello statale, regionale e locale. *Osservatorio sulle fonti.it*. 2, p. 699.

- DE MINICO G. (2022). *Una promessa incompiuta il Piano nazionale di Ripresa e Resilienza?*. *Federalismi.it*, 4, 368-390.
- DI COSIMO G. (2021). Le forme della collaborazione in tempo di pandemia. *Le Regioni*, 3, 543-552.
- DIRRI, A. (2021). Pandemia e leale cooperazione: il modello regionale italiano alla luce di due «federalismi classici». *Italian Papers On Federalism*, 3, 97-120.
- FALCON G. (2021). Viaggio al centro del PNRR. *Le Regioni*, 4, 715-723.
- FERRARO, L. (2022). Il ruolo del sistema delle autonomie territoriali e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. *I battelli del Reno*, 3-16.
- GOLA, M. (2021), Pandemia, Stato e Regioni: quando la ‘materia’ non basta (nota a Corte Costituzionale n. 37/2021). *Giustiziainsieme.it*.
- JORIO, E. (2022). Il «DM 71» sull’assistenza territoriale: qualche perplessità. *Astrid Rassegna*, 7.
- JORIO, E. (2022). DM 71. Per il Consiglio di Stato nessun dubbio di incostituzionalità. *Quotidianosanità.it*, 20 maggio.
- LIETO, S. (2022). L’impatto dell’emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale. *Osservatorio sulle fonti*, 2, 683-771.
- LONGO E. (2020), Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da Covid-19. *Osservatorio sulle fonti. Fasc. Spec.* 377-407.
- LUPO, N. (2022). Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti. *Federalismi.it*, 1, 1-11.
- (2022). Il PNRR e i poteri dello Stato. *Astrid Rassegna*, 12, 1-6.
- MASALA, P. (2021). I diritti fra Stato e Regioni nell’emergenza sanitaria, a vent’anni dalla revisione del Titolo V: quali lezioni possono trarsi e quale «ribilanciamento» occorre realizzare, per una più efficace garanzia dell’uguaglianza sostanziale?. *Costituzionalismo.it*, 1, 137-237.
- MORRONE, A. (2021). Per la Repubblica delle autonomie dopo la pandemia, in Europa. *Federalismi.it*, 4, 647-686.
- PALUMBO, F. (2022). I nuovi standard per l’assistenza territoriale e i rischi della mancata intesa in Stato-regioni. *Quotidianosanità.it*, 26 aprile.
- PARUZZO, F. (2022). Tra norme e prassi: il rapporto Stato-Regioni alla prova del Piano strategico vaccinale. in L. Bartolucci e L. Di Majo (a cura di), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, 199-222. Napoli: Editoriale Scientifica.
- PIOGGIA, A. (2022). La sanità nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. *Giornale di Diritto amministrativo*, 2, 165-173.
- PROFETI, S. E BALDI, B. (2021). Le Regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali d’accesso all’agenda. *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 3, 431-457.
- RONGA, U. (2020). Il Governo nell’emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19. *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1, 1-34.

- TONDI DELLA MURA, V. (2021). L'«eccezionale provvisorietà» della regionalizzazione italiana. *Le Regioni*. 1-2, 241-252.
- TRAPANI, M. (2021). Il sistema delle Conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e Regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative. *Rivista AIC*. 4, 179-193.
- TUBERTINI, C. (2021). Attualità e futuro del sistema delle Conferenze. *Diritto pubblico*. 2, 667-693.
- UFFICIO parlamentare di bilancio UPB, *Il PNRR e la sanità: finalità, risorse e primi traguardi raggiunti*, Focus tematico, n. 4, 3 agosto 2022.
- VIOLINI, L. (2021). Cinquant'anni di vita delle Regioni: un percorso a fasi alterne per la crescita del Paese. *Le Regioni*. 1-2, 185-197.

LA TUTELA DELLA SALUTE NEI CONTESTI EMERGENZIALI COME BANCO DI PROVA DEL REGIONALISMO ITALIANO: PROBLEMI E PROSPETTIVE

IGNAZIO SPADARO¹
Università di Catania

SOMMARIO: 1. *L'emersione di un nuovo meccanismo di gestione delle emergenze sanitarie.*–2. *La reiterata compressione delle prerogative di Regioni e Comuni.*–3. *Segue. Il contrasto alle pandemie come competenza statale esclusiva.*–4. *Luci ed ombre della partecipazione dei livelli di governo sub-statali alla gestione delle emergenze sanitarie.*–5. *Insufficienza degli attuali strumenti di collaborazione.*–6. *Possibili soluzioni. L'allargamento della Commissione bicamerale per le questioni regionali.*–7. *Segue. La responsabilità politico-elettorale come garanzia di leale collaborazione anche in ambito legislativo.*–8. *Segue. Sull'opportunità di ripensare i criteri di nomina e funzionamento del Comitato tecnico-scientifico.*

1. L'EMERSIONE DI UN NUOVO MECCANISMO DI GESTIONE DELLE EMERGENZE SANITARIE

La crescente diffusione della pandemia da Sars-Cov-2 ha indotto numerosi Paesi ad elaborare schemi normativi inediti, al fine di intervenire in modo più tempestivo ed efficace. I modelli seguiti sono stati diversi: in alcuni casi, si è

¹ Ricercatore a tempo determinato di tipo B di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli studi di Catania. Lo studio si inserisce fra le attività del Progetto «La tenuta dello Stato costituzionale ai tempi dell'emergenza da Covid19. Profili giuridico-finanziari», condotto grazie al «programma ricerca di ateneo UNICT 2020-22 linea 2».

assistito all'introduzione di regimi eccezionali (Francia², Ungheria³); in altri al temporaneo ampliamento dei poteri del Governo nazionale e di quelli regionali (Belgio)⁴; altre volte ancora si sono complessivamente mantenute le norme preesistenti, affiancandovi, tuttavia, previsioni *ad hoc*, di fonte ora prevalentemente legislativa (Germania⁵) ora, invece, regolamentare (Slovenia, Polonia⁶).

Anche in Italia, dopo una prima fase in cui il Governo ha tentato di fronteggiare l'emergenza mediante l'emanazione di ordinanze emergenziali, prevista da consolidate disposizioni della Legge sul Servizio sanitario nazionale, del Testo unico sugli enti locali e del Codice della protezione civile⁷, già nel mese di febbraio del 2020 si è avvertita la necessità di uno schema regolatorio differente. Com'è noto, esso è consistito nella fissazione di presupposti e contenuto delle singole misure restrittive con decreti-legge, *ex art. 77 Cost.*, e nella successiva graduazione delle stesse mediante decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, emanati in base al concreto andamento dei contagi. Introdotto dal decreto-legge n. 6/2020, tale meccanismo è stato, poi, opportunamente affinato dal successivo decreto n. 19/2020, specie sotto il profilo della conformità ai principi costituzionali di legalità e di riserva di legge in materia di (limitazione dei) diritti fondamentali.

Da un punto di vista formale, ciò ha consentito di mantenere un tasso di condivisione politico-istituzionale delle scelte maggiore di quanto sarebbe avvenuto se si fosse fatto ricorso ai soli strumenti originari. L'art. 32 della legge n. 833/1978, infatti, rimette l'emanazione delle ordinanze «in materia di igiene e sanità pubblica» inerenti emergenze di portata nazionale al Ministro della Salute, mentre il procedimento delineato dall'art. 77 Cost. coinvolge non solo l'intero Consiglio dei ministri, ma anche il Parlamento e, per ben due volte, il Presidente della Repubblica (emanazione del decreto, promulgazione dell'eventuale legge di conversione). Inoltre, l'affidamento delle scelte sull'implementazione delle misure al Presidente del Consiglio si è risolta in

² Artt. L3131-12 – L3131-20 del *Code de la santé publique*, ora abrogati dalla legge n. 2022-1089 nel quadro di una complessiva ri-disciplina dell'*état d'urgence sanitaire*, introdotto nel 2020. Per opportuni riferimenti dottrinali, nonché sulle perplessità espresse in merito all'effettiva necessità di tale strumento a fronte delle molteplici alternative già previste nell'ordinamento francese, sia consentito rinviare a SPADARO (2021, 61).

³ Misura, tuttavia, di dubbia costituzionalità, specie alla luce dell'esercizio alquanto «disinvoltato» che il Governo ha poi fatto dei poteri eccezionali così conferitigli: cfr. HALMAI, MÉSZÁROS, SCHEPPELE (2020).

⁴ V. in dettaglio MILANI (2020, 1677 ss.).

⁵ Cfr. il *Corona-Krisenpaket* tedesco, su cui v. per tutti DE PETRIS (2020, 435 ss.).

⁶ Per approfondimenti v. rispettivamente TERŠEK *et al.* (2021, 154 ss.), e RUTYNOWSKA, TATAŁA, WACHOWIEC (2020, 12 ss.).

⁷ Si tratta, rispettivamente, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1. Per approfondimenti sugli strumenti emergenziali richiamati nel testo v. ampiamente RAFFIOTTA (2019, 84 ss.).

una puntuale responsabilizzazione di quest'ultimo e, quindi, dell'intero Governo, dinanzi alle Camere, più di quanto non avvenga per effetto dell'emanazione delle ordinanze di protezione civile, che l'art. 5 del Codice attribuisce, di norma, ad un «tecnico», quale è il Capo del relativo Dipartimento, riservando al Presidente un mero potere di direttiva.

Più in generale, l'attrazione delle scelte politiche di più ampio respiro al binomio «decreto-legge – DPCM» ha consentito di mantenere, in capo alle ordinanze locali, quel carattere di eccezionalità e «provvedimentalità» (riferimento a casi concreti) che è insito nella loro natura di atti amministrativi e che, tradizionalmente, ne vede circoscritta l'applicabilità sul piano oggettivo e cronologico⁸. Peraltro, quest'ultima circostanza risalta dagli stessi testi legislativi su cui essi si fondano: il summenzionato art. 32, così come l'art. 50, co. 5 Tuel, nel qualificare dette ordinanze «contingibili», ne sottintende il nesso a qualcosa di «improvviso», da fronteggiarsi e, auspicabilmente, superarsi con la massima tempestività. Ancor più chiaramente, l'art. 25 cod. prot. civ., nel tipizzare il contenuto delle ordinanze di protezione civile, utilizza locuzioni come «interventi di soccorso», «territori interessati», «delocalizzazione [...] *temporanea*», «rischio residuo nelle aree colpite», a conferma che trattasi di strumenti concepiti per far fronte a fatti calamitosi che tendono a concentrarsi in spazi ed archi temporali specifici, come nel caso di terremoti, alluvioni e così via; non, invece, ad un evento come, per l'appunto, l'odierna pandemia, che investe l'intero territorio nazionale (e non solo) ed è suscettibile di protrarsi per un periodo indefinito o, comunque, assai lungo.

Tanto premesso sul piano teorico, su quello pratico si è assistito, comunque, ad un tendenziale scostamento dalla lettera del Testo fondamentale. Da una parte, il nuovo meccanismo si è tradotto in una sovraesposizione del Presidente del Consiglio, accrescendone, *de facto*, la rilevanza sia nei rapporti col Parlamento che all'interno dello stesso Esecutivo⁹. Dall'altra, le previsioni contenute in taluni decreti hanno determinato vistosa compressione delle prerogative di Regioni ed Enti locali¹⁰, ponendosi in tensione con la levatura costituzionale del principio autonomistico. In questa sede, ci si soffermerà solo su

⁸ Sul tema v. le considerazioni di FURNO (2021, 303 ss.), cui cfr. però l'inquadramento dei DPCM nella categoria delle «ordinanze», quali «provvedimenti amministrativi *extra ordinem*», argomentato da RAFFIOTTA (2020, 97 ss.). Al di là dei profili teorici, pare comunque condivisibile quanto rilevato da GUZZETTA (2022, 14 ss.), secondo il quale l'emanazione dei singoli DPCM è stata dominata da una discrezionalità tanto elevata da potersi dire politica, più che meramente amministrativa.

⁹ Il fenomeno è stato ampiamente colto in dottrina. Tra gli altri, v. CALAMO SPECCHIA (2021, 1865) e E. FURNO (2021, 298), che segnalano entrambi una latente «presidenzializzazione dell'esecutivo» (per la prima, invero, «già in atto da tempo»), cui *adde* MAZZAROLI (2020).

¹⁰ Sul tema v. *sin d'ora* COSULICH (2021, 567 ss.).

questo secondo ordine di questioni, pur nella consapevolezza – può sin d’ora anticiparsi – che esse sono intrecciate con quelle concernenti il funzionamento della forma di governo.

2. LA REITERATA COMPRESSIONE DELLE PREROGATIVE DI REGIONI E COMUNI

In principio, la gestione della pandemia è stata improntata ad una stretta sinergia tra i vari livelli di governo. Il Ministro della Salute, infatti, nel fissare le misure per il contenimento dei focolai scoperti in buona parte del Nord Italia, non agiva unilateralmente, come pure l’art. 32 l. 833/1978 gli avrebbe consentito, bensì «d’intesa» con i rispettivi Presidenti di Regione, secondo la formula utilizzata nell’*incipit* delle sei ordinanze emanate tra il 23 ed il 24 febbraio 2020¹¹.

Come accennato, però, già il 23 febbraio si è assistito ad un drastico cambio di passo. Col summenzionato decreto-legge n. 6/2020 il Governo ha, infatti, accentrato la gestione dell’emergenza sanitaria, già formalmente dichiarata dal Consiglio dei ministri *ex art.* 23 cod. prot. civ.¹², allorché ha autorizzato il Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro della Salute, ad adottare ogni misura che egli ritenesse necessaria¹³, dopo aver soltanto «sentito» i Presidenti delle Regioni interessate o, nel caso di provvedimenti di portata nazionale, il Presidente della Conferenza delle Regioni (art. 3, co. 1)¹⁴. Per contro, l’art. 25, co. 1 cod. prot. civ. avrebbe richiesto il previo raggiungimento di intese e consentito allo Stato il mero «coordinamento» attuativo degli interventi. Il potere di ordinanza di Presidenti regionali e Sindaci in materia di igiene e sanità restava salvo, stante l’espresso richiamo delle pertinenti disposizioni nel testo dell’art. 3, co. 2¹⁵, ma al contempo si stabiliva che esso avrebbe potuto

¹¹ Concernenti, rispettivamente, le circoscrizioni regionali di Piemonte, Friuli-Venezia Giulia, Emilia-Romagna, Veneto, Lombardia (23 febbraio) e Liguria (24 febbraio).

¹² Delibera del 31 gennaio 2020 (pubbl. G. U. n. 26 del 1° febbraio 2020). Essa, peraltro, aveva demandato l’emanazione delle ordinanze per la gestione dell’emergenza al Capo del Dipartimento della Protezione civile anziché al Presidente del Consiglio, come pure avrebbe potuto disporre a norma del già menzionato art. 5 cod. prot. civ.

¹³ Più precisamente, l’art. 1 stilava un elenco di misure adottabili, ma l’art. 2 ne consentiva genericamente di «ulteriori»; fermo restando, però, che secondo la scarsa giurisprudenza in materia queste dovevano comunque intendersi diverse e meno incisive sulla sfera dei diritti fondamentali: cfr. TAR Marche, decreto 27 febbraio 2020, n. 56.

¹⁴ V., rispettivamente, l’art. 1, che conteneva un elenco non tassativo delle possibili misure, e l’art. 3, che ne disciplinava il procedimento di emanazione da parte del Presidente del Consiglio.

¹⁵ In particolare, la disposizione richiamava l’art. 32 legge n. 833/1978, già menzionato nel testo, l’art. 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e l’art. 50 del decreto legislativo 18 agosto 2000,

esercitarsi soltanto nei casi di «estrema» necessità ed urgenza e solo «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri».

Senonché, l'affastellarsi, nelle settimane successive, di un grande numero di ordinanze locali e le crescenti difficoltà di coordinamento con la disciplina emergenziale di fonte statale, a sua volta in rapido aggiornamento¹⁶, inducevano ad un ulteriore giro di vite, iniziato con l'impugnazione dell'ordinanza n. 1/2020 del Presidente della Regione Marche, poi effettivamente sospesa in via cautelare – per quanto qui interessa – per essere stata adottata senza consultare il Governo e quindi, secondo il Giudice amministrativo, in violazione del principio di leale collaborazione¹⁷. Il 25 marzo seguiva il già menzionato decreto-legge n. 19/2020, il cui art. 2 faceva *tabula rasa*, per così dire, di tutte le ordinanze regionali e sindacali emesse in precedenza, fissando per esse un termine di decadenza di dieci giorni (co. 3), e, per il futuro, riservava eventuali interventi «nelle more» al Ministro della Sanità (co. 2). Alle Regioni restava soltanto la facoltà di proporre le misure che esse ritenessero opportune al Presidente del Consiglio, oltre al potere di adottarle con efficacia, però, tassativamente limitata fino all'emanazione del successivo DPCM. Dette ordinanze, inoltre, potevano essere emanate solo per fronteggiare «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio» (escluse, quindi, motivazioni generiche, basate sulla diffusività della malattia); potevano essere solo «più restrittive» di quelle statali; non potevano prevedere misure diverse da quelle tipizzate dall'art. 1 del medesimo decreto-legge; non potevano incidere su attività estranee all'ambito di competenza della Regione, né, comunque, su «attività produttive» o «di rilevanza strategica per l'economia nazionale» (art. 3, co. 1). Quanto, invece, ai poteri emergenziali dei Sindaci, in relazione al Covid-19 essi venivano pressoché interamente soppressi, poiché alle limitazioni appena richiamate veniva aggiunto il divieto di disporre in contrasto con i provvedimenti statali, pena l'inefficacia *ope legis* delle ordinanze (art. 3, co. 2).

Nel mese di maggio il decreto-legge n. 33/2020¹⁸ ha, poi, ripristinato la possibilità di disporre regimi regionali meno restrittivi (art. 1, commi 14 e 16), ma già agli inizi di ottobre il Governo ha subordinato l'emissione di ordinanze

n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, di seguito «TUEL»).

¹⁶ Cfr. l'incertezza a suo tempo avvertita negli stessi ambienti istituzionali sulla perdurante efficacia, oppure no, delle ordinanze emanate dai Presidenti di Veneto e Lombardia, rispettivamente, il 20 marzo 2020 (n. 33) ed il 21 marzo 2020 (n. 514), dopo la pubblicazione del DPCM 22 marzo 2020, su cui si sofferma FURLAN (2020, 80 ss.).

¹⁷ TAR Marche, decreto n. 56/2020, cit. Sugli altri motivi dell'annullamento, così come sull'intera vicenda, poi proseguita con l'emanazione di due ulteriori ordinanze regionali, v. in dettaglio DI COSIMO, MENEGUS (2020, 190 ss.).

¹⁸ Decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, conv. legge 14 luglio 2020, n. 74.

«mitigatrici» al preventivo raggiungimento di un'intesa col Ministro della Salute¹⁹. Analogamente, il suddetto decreto, se da un lato ha, per così dire, restituito ai sindaci il loro potere di ordinanza (art. 1, co. 9), dall'altro lo ha fatto limitatamente alla «chiusura temporanea di specifiche aree pubbliche o aperte al pubblico in cui [fosse] impossibile assicurare adeguatamente il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale»²⁰. Infine, esso ha disposto l'inefficacia, a partire da una certa data, di tutte le restrizioni eventualmente introdotte, a livello locale, alla libertà di circolazione, consentendone il ripristino (o l'adozione *ex novo*) solo «con riferimento a specifiche aree [...] interessate da particolare aggravamento della situazione epidemiologica» (art. 1, co. 1).

Invero, l'impressione che si trae dalla ricostruzione testé operata è che Parlamento e Governo abbiano percepito il potere-dovere degli enti territoriali di attivarsi per il contrasto delle emergenze sanitaria, benché previsto da consolidate disposizioni di legge, come qualcosa di inutile o, addirittura, dannoso. Ciò spiegherebbe perché esso, quando non è stato ridotto a mero diritto di partecipazione procedimentale all'emanazione dei DPCM, da esercitarsi mediante pareri e proposte, è stato comunque svuotato di quell'ampia discrezionalità che, storicamente, ne costituisce il tratto più caratteristico. I Sindaci, in particolare, hanno visto stravolto il loro ruolo, allorché sono stati implicitamente chiamati ad esercitare il potere di ordinanza, di cui essi sono titolari quali «rappresentant[i] della comunità locale» (art. 50 Tuel, art. 117 d. lgs. 112/1998), allo scopo di assicurare la sostenibilità della scelta di allentare talune restrizioni, operata sempre dal Governo centrale. Scelta che, peraltro, essendo stata affidata ad un decreto-legge anziché ad un DPCM, non ha visto alcuna formale partecipazione, neppure consultiva, delle autonomie territoriali.

3. **SEGUE. IL CONTRASTO ALLE PANDEMIE COME COMPETENZA STATALE ESCLUSIVA.**

Contro la pretesa degli enti territoriali di concorrere attivamente alla gestione dell'emergenza si sono opposte le sentenze n. 37/2021 e n. 198/2021 della Corte costituzionale.

¹⁹ Art. 1, co. 2, lett. a) decreto-legge n. 125/2020 (conv. legge 27 novembre 2020, n. 159), modificativo della disposizione richiamata nel testo.

²⁰ La definitiva abrogazione dell'art. 3, co. 2 d.l. 19/2020, cit., con conseguente ri-espansione del potere di ordinanza sindacale, si è avuta soltanto con l'art. 18 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (conv. legge 11 settembre 2020, n. 120).

La prima ha accolto pressoché integralmente le questioni di costituzionalità sollevate dal Governo nei confronti della legge regionale valdostana n. 11/2020, la quale dettava una disciplina autonoma delle «misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2», destinata a sostituire quella di fonte statale all'interno della Regione. Confermando considerazioni già in parte anticipate con l'ordinanza n. 4 dello stesso anno, quando, per la prima volta in un giudizio di costituzionalità, aveva cautelativamente sospeso l'efficacia dell'atto impugnato, la Corte ha affermato che il contrasto di emergenze sanitarie aventi portata nazionale o, come nel caso del Covid-19, ancora più ampia, pur presentando molteplici addentellati con materie di potestà legislativa concorrente, quali «tutela della salute» e «protezione civile» (§ 7.2), va puntualmente ricondotto alla «profilassi internazionale», che l'art. 117, co. 2, lett. q) Cost. assegna, invece, alla competenza esclusiva dello Stato (§ 7).

I Giudici, richiamando taluni precedenti che avevano visto prevalere, anch'essi, la competenza del legislatore statale in ambito sanitario²¹, osservano altresì che la recessività del livello di regolazione regionale sarebbe imposta da «ragioni logiche, prima [ancora] che giuridiche», ossia dall'«esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea», essa soltanto, «a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività» (§ 7.1)²².

In taluni passaggi, infine, la Corte sembra valutare positivamente la strategia normativa di contrasto all'emergenza, sia per quanto concerne l'affiancamento di decreti-legge e DPCM, sia riguardo alla ristrettezza degli spazi d'intervento lasciati a Presidenti di Regione e Sindaci (§ 9).

Una chiara conferma della legittimità costituzionale di tale meccanismo di regolazione, seppur sotto il profilo, in parte diverso, del rapporto tra fonti primarie e secondarie, è stata, poi, espressa dalla sentenza n. 198/2021. Questa, richiamata la tradizionale distinzione tra «atti necessitati» e «ordinanze necessitate», basata sulla maggiore o minore discrezionalità concessa all'Autorità emittente, ha collocato i DPCM contenenti misure di contrasto al Covid-19 nella prima categoria, evidenziandone il carattere attuativo di misure legislativamente predeterminate, di contro al modello – già meno garantista, ma non per questo incostituzionale – rappresentato dalle ordinanze di protezione civile (§ 8 ss.).

²¹ Si tratta delle sentenze 18 gennaio 2018, n. 5, § 7.2.2, III cpv., in tema di obbligo vaccinale, e 14 novembre 2003, n. 338, § 5.1, sull'accesso a determinati trattamenti terapeutici

²² Sugli strumenti già in mano allo Stato per assicurare la gestione unitaria delle crisi, a dispetto delle diverse proposte di revisione costituzionale prospettate nel corso della pandemia, v. analiticamente D'ATENA (2021).

È interessante osservare che, in entrambe le decisioni, la Corte tende a ricostruire la perdurante partecipazione di Regioni e Comuni alla gestione dell'emergenza come ampliativa della relativa sfera giuridica. Ciò può ritenersi vero solo nella prospettiva formale e, per così dire, Stato-centrica delineata dalla Corte, nella quale il legislatore nazionale, forte della propria competenza esclusiva, avrebbe anche potuto decidere di non concedere nulla ai livelli di governo locali²³. Viceversa, si è poc'anzi osservato che, se raffrontate con quelle già in vigore, le nuove previsioni risultano mortificanti.

Attenta dottrina ha osservato che la sentenza n. 37/2021, allorché riconduce alla «profilassi internazionale» l'adozione di «ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla», opererebbe una forzatura interpretativa, probabilmente «dettat[a] da ragioni di emergenza»²⁴, giacché finirebbe per attribuirvi «un *significato* e una *portata* prima sconosciuti»²⁵. Per contro, l'affiancamento di tale sintagma, nella medesima lettera dell'art. 117, co. 2 Cost., a «dogane» e «protezione dei confini nazionali», ne legherebbe il significato al «rapporto con l'estero, tra il dentro e il fuori dello Stato», e lo stesso farebbero, in modo ancora più esplicito, svariate altre disposizioni di rango sia legislativo che regolamentare²⁶. Al di fuori di tali ipotesi ben specifiche, dunque, e diversamente da quanto affermato dai Giudici, il contrasto alla diffusione di agenti patogeni rientrerebbe nella competenza concorrente delle Regioni, in quanto volto alla «tutela della salute». Del resto – è stato, ancora, osservato – in passato tale impostazione era stata condivisa dalla stessa giurisprudenza costituzionale, la quale, anche quando aveva riconosciuto la competenza esclusiva dello Stato sull'elaborazione di misure sanitarie tutte «interne» al territorio nazionale (p. es. in tema di vaccinazioni), aveva comunque richiesto un nesso con la dimensione transfrontaliera, rinvenendolo nell'attuazione di «programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale»²⁷; programmi che nel caso del Covid-19 sono, invece, manca-

²³ Di una ««graziosa concessione»» alle Regioni, rimessa dalla Corte alla mera ««saggezza» del legislatore statale», scrive criticamente MENEGUS (2021, 108).

²⁴ Cfr. MORANA (2021, 8). Nel medesimo ordine d'idee, sembra, MANGIA (2021, 502 s.), secondo il quale si tratterebbe di «una decisione di chiarezza insolita nel panorama dei rapporti tra Stato-Regione».

²⁵ In questi termini MENEGUS (2021, 101), cui cfr. SALAZAR (2021, 689), e COSULICH (2021, 577 s.).

²⁶ Cfr. puntualmente MENEGUS (2021, 102 ss.), che richiama in tal senso l'art. 6, nn. 1)-3), DPR 14 gennaio 1972, n. 4; l'art. 30, lett. a) e b), DPR 24 luglio 1977, n. 616; l'art. 6, lett. a) e b), legge n. 833/1978, cit.; l'art. 126 d. lgs. 112/1998, cit., rubricato per l'appunto «Profilassi internazionale»; il II considerato del decreto Min. Sanità 2 maggio 1985.

²⁷ Sentenza n. 5/2018, cit., § 7.2.3. CUOCOLO, GALLARATI (2021, 12) osservano, peraltro, che tale decisione avrebbe invocato l'argomento della competenza esclusiva «da profilassi internazionale» soltanto in via sussidiaria e complementare rispetto alla competenza «prevalente», individuata dalla Corte nella fissazione dei principi fondamentali in materia di tutela della salute».

ti²⁸. La questione non è di poco momento, poiché se gli interventi normativi statali su zone rosse, chiusure, obblighi vaccinali *etc.* fossero stati ricondotti al terzo comma dell'articolo 117 e legittimati secondo lo schema della cd. «chiamata in sussidiarietà», ovvero se si fosse ravvisata una «concorrenza di competenze», come pure avrebbe potuto farsi visto i molteplici incroci tra profilassi internazionale e materie di sicura competenza regionale (non solo protezione civile e sanità, ma anche istruzione, commercio, turismo)²⁹, ebbene, tutto ciò avrebbe richiesto quale condizione preliminare l'attivazione di un confronto paritario con le Regioni³⁰.

Le osservazioni poc'anzi richiamate sembrano condivisibili, ma a ben vedere esse dimostrano soltanto che la lettura fatta propria dalla Corte non sia l'unica possibile a fronte di un testo, quello del «nuovo» art. 117 Cost., che già altre volte ha dato prova di contenere locuzioni dal significato alquanto nebuloso³¹. Invero, gli alti tassi di contagiosità ed ospedalizzazione che connotano il Covid-19, se considerati insieme alla costante circolazione di persone e cose quale fondamento dell'odierno modello economico globale, rendono non irragionevole sostenere che l'adozione, o meno, di misure di contenimento destinate ad attuarsi sul versante interno di uno Stato produca, comunque, effetti transfrontalieri e vada, quindi, qualificata come «profilassi internazionale». Inoltre, se è pur vero che né l'UE né le Nazioni Unite hanno elaborato piani d'azione giuridicamente vincolanti contro la pandemia, è, altresì, noto che molti Paesi, tra cui l'Italia, hanno comunque operato in stretto coordinamento. A più riprese essi hanno limitato o, addirittura, vietato l'ingresso a coloro che provenivano da determinate aree, in ragione del relativo livello di contagi. In quest'ottica, impedire o, comunque, ostacolare la trasmissione del virus all'interno del territorio nazionale ha significato garantire ai cittadini la possibilità di recarsi all'estero, restando così ulteriormente avvalorata la portata «internazionale» delle misure. In futuro, peraltro, essa potrebbe trovare un

²⁸ Lo rimarcano ancora CUOCOLO, GALLARATI (2021, 11).

²⁹ Ricostruzione sostenuta dalla difesa della Regione e condivisa, in dottrina, da BOGGERO (2021, 116 ss.). Nel medesimo ordine di idee, sembra, LAMARQUE (2021, § 4), che pure mostra di condividere la decisione della Corte sul piano dell'opportunità.

³⁰ V. rispettivamente, *ex multis*, la sentenza 1° ottobre 2003, n. 303, e la sentenza 28 gennaio 2005, n. 50. Secondo CARUSO (2021, 919) l'«allargamento generoso dei confini oggettivi della [profilassi internazionale]» operato dalla sentenza n. 37/2021 avrebbe avuto proprio l'intento di superare le «rigide maglie delle procedure concertative» e, quindi, legittimare «buona parte dei d.p.c.m., nel frattempo adottati con il semplice parere del presidente della conferenza delle Regioni».

³¹ Puntuali riferimenti già in CAVALERI (2006, 27 ss.).

chiaro appiglio nel Trattato «sulla prevenzione, la preparazione e la risposta alle pandemie», il cui procedimento di stipula è tuttora in corso³².

4. LUCI ED OMBRE DELLA PARTECIPAZIONE DEI LIVELLI DI GOVERNO SUB-STATALI ALLA GESTIONE DELLE EMERGENZE SANITARIE

La circostanza che il contrasto normativo alla pandemia sia avvenuta in conformità al dettato costituzionale non impedisce di interrogarsi, anche in prospettiva futura, sull'esigenza di delineare un nuovo modello di gestione delle crisi sanitarie, ispirato ad una maggiore partecipazione dei livelli di governo sub-statali. Invero, verso questa direzione sembrano convergere diversi elementi.

Anzitutto, viene in rilievo l'art. 5 Cost., il quale impegna «la Repubblica» ad «adeguare i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento», senza alcuna distinzione tra periodi, per così dire, ordinari, e periodi di emergenza³³. Com'è noto, tale articolo ha trovato svolgimento nella riforma costituzionale del 2001, laddove essa ha valorizzato gli spazi di autonomia di Regioni ed enti locali: si pensi, rispettivamente, all'istituzione di materie di competenza regionale esclusiva *ex* art. 117, co. 4 Cost., ed al principio di sussidiarietà verticale, di cui al novellato art. 118, co. 1 Cost.³⁴

In secondo luogo, occorre considerare che i Presidenti delle Giunte regionali ed i Sindaci, a differenza del Presidente del Consiglio dei ministri, sono eletti direttamente dai cittadini e, anche per tale ragione, conservano spesso un particolare *appeal* politico all'interno delle rispettive comunità. Persino nell'attuale momento storico, segnato da moti populistici d'insofferenza per l'intermediazione democratica, tali figure sembrano riuscire a mantenere aperti canali di dialogo con i cittadini e la cd. società civile, sottraendosi a quella percezione di alterità e lontananza che è nutrita da alcune parti della popolazione nei confronti della classe politica. In situazioni di emergenza, ciò potrebbe favorire l'accettazione e, quindi, l'osservanza di eventuali provvedimenti

³² V. la decisione SSA2(5), approvata dalla *World Health Assembly* il 1° dicembre 2021. Il Trattato, una volta sottoscritto dall'Unione europea, giusta decisione (UE) 2022/451 del 3 marzo 2022 del Consiglio, ne vincolerà gli Stati membri (anche) in forza dell'art. 216 TFUE.

³³ Sull'importanza giuridica del decentramento per effetto dell'inserimento tra i principi fondamentali della Costituzione v. di recente VERNILE (2021, 60 ss.), che peraltro si mostra critica nei confronti del relativo grado di attuazione legislativa, ritenendolo insufficiente (81 ss.)

³⁴ Sulle origini e sull'evoluzione del regionalismo italiano v. ampiamente T. CERRUTI (11 ss.).

restrittivi, sopperendo, altresì, ad un'eventuale instabilità del Governo nazionale.

Un'implicita conferma di quanto appena affermato si ricava dalla scelta del Ministro della Salute, cui si è già accennato, di far controfirmare ai Presidenti delle Regioni interessate le ordinanze con cui si introducevano, per la prima volta, misure di forte impatto psicologico, quali confinamenti e quarantene. E probabilmente non è un caso che l'Esecutivo allora in carica fosse nato orfano di una chiara designazione popolare, sia perché guidato da una figura diversa da quella inizialmente indicata dal partito di maggioranza, sia perché sostenuto da forze politiche che in campagna elettorale avevano escluso ogni possibilità di alleanza, per poi continuare a contrapporsi aspramente lungo tutta la prima parte della legislatura³⁵.

Non è, comunque, solo una questione di consensi né di legittimazione democratica, della quale il Governo resta pur sempre munito – com'è noto – in forza del rapporto fiduciario. Una maggiore vicinanza di chi elabora i provvedimenti al sostrato economico, sociale ed umano su cui essi sono destinati ad incidere, nonché alle stesse fonti di rischio (i focolai), può contribuire ad adeguare gli interventi alle specifiche realtà, graduando ed orientando con la massima precisione eventuali limitazioni a diritti fondamentali³⁶. Questa sembra essere, per l'appunto, la *ratio* della disciplina previgente in tema di emergenze sanitarie, nonché l'intento di quei Presidenti regionali e Sindaci che, a più riprese, hanno tentato di derogare le misure nazionali, giudicandole eccessive a fronte dell'effettivo numero dei contagi nelle rispettive circoscrizioni territoriali³⁷.

Ciò detto, deve comunque avvertirsi che un modello opposto a quello appena sperimentato, il quale privilegiasse i livelli di governo locali *tout-court*, potrebbe rivelarsi inefficiente, per almeno tre ragioni. Una è, in parte, già emersa: per fronteggiare una crisi che investa l'intero territorio nazionale occorre una risposta quanto più possibile unitaria, non solo dal punto di vista normativo, come addotto dalla Consulta anche con riferimento alla compressione di talune libertà costituzionali, ma anche sul piano della qualità e quantità delle risorse (umane, strumentali, finanziarie) suscettibili di essere mobilitate. E infatti, benché per molti anni proprio la sanità abbia costituito l'unico

³⁵ Sulla diversa intensità della legittimazione democratica di Presidente del Consiglio e Presidenti regionali v. problematicamente VIOLINI (2021a, 262).

³⁶ In questo senso BELLETTI (2021, 35 s.), e CECERE (2021, 359), cui cfr. più in generale, sul regionalismo come strumento per consentire alla Repubblica di «dare risposte alle specificità territoriali», PAPA (2020, 49) e CARIDÀ (2018, 34 ss.).

³⁷ Cfr. l'ord. Veneto 27 aprile 2020, n. 43, e l'ord. Calabria 29 aprile 2020, n. 37, entrambe annullate, e, anche per opportuni rinvii giurisprudenziali, FURLAN (2020, 85 ss.).

ambito in cui sono stati definiti, con legge statale, i «livelli essenziali delle prestazioni», in attuazione dell'art. 117, co. 2, lett. m) Cost., sul territorio nazionale si registrano ancora forti disparità³⁸. Inoltre, l'esperienza degli ultimi anni conferma che vigilare sul rispetto di misure limitative rivolte all'intera popolazione (*lockdown*), o anche solo ad un'ampia parte di essa (p. es. quarantena, distanze di sicurezza), costituisce un compito estremamente arduo; compito il cui affidamento alle sole polizie locali e degli altri operatori di P. S. già dislocati sul territorio (in difetto, cioè, di specifici interventi di rinforzo e coordinamento da parte dello Stato) darebbe luogo a numerose «zone franche» e, nel complesso, sarebbe impraticabile³⁹.

A parte si porrebbe, poi, la difficoltà, specie per i Comuni, di dotarsi di consulenti scientifici adeguatamente qualificati, il cui parere sarebbe, peraltro, tanto più necessario in quanto si tratterebbe di emanare ordinanze limitative di diritti. In caso contrario, tali provvedimenti potrebbero essere facilmente impugnati per eccesso di potere⁴⁰.

Infine, giova considerare che Presidenti regionali e Sindaci, proprio perché soggetti ad elezione diretta, sono più esposti alle pressioni esercitate da eventuali gruppi d'interesse⁴¹ e a quelle, seppur fisiologiche, dell'opinione pubblica. Essi, pertanto, potrebbero cedere alla tentazione di evitare (o di procrastinare) l'introduzione di misure restrittive che, per quanto necessarie sul piano epidemiologico, sarebbero tuttavia sgradite ai cittadini; all'opposto, potrebbero cedere alla tentazione di «cavalcare» moti di paura collettiva a scopi politico-elettorali attraverso provvedimenti draconiani⁴². Una volta di più, l'agenda politica rischierebbe di essere condizionata da pulsioni populiste e da fenomeni distorsivi, quali la disinformazione e la polarizzazione delle opinioni, che certo non costituirebbero una novità⁴³ ma che, proprio in situazioni di crisi, potrebbero rivelarsi particolarmente dannosi.

³⁸ Sul tema v. di recente TORRETTA (2022, 187 ss.) e, anche per ulteriori riferimenti, VIOLINI (2021b, 227 ss.).

³⁹ È significativo, al riguardo, quanto a suo tempo dichiarato agli organi di stampa dal Presidente della Lombardia, con l'intento di attribuire al Governo la responsabilità per la tardiva attivazione delle misure di contenimento nel Bergamasco: «[A]nche se avessi fatto un provvedimento [di dichiarazione di zona rossa], come lo facevo eseguire? Non ho a disposizione polizia, esercito e carabinieri per far rispettare una zona rossa così vasta» (ripreso da FURLAN, 2020, 78).

⁴⁰ Cfr. l'estrema attenzione riservata dalla giurisprudenza amministrativa, per l'appunto, ai vizi istruttori di provvedimenti locali volti al contenimento dei contagi, secondo l'ampia ricostruzione di NAPOLITANO (2020, § 6).

⁴¹ Si considerino, al riguardo, i fenomeni di «degenerazione clientelare» e di «malcostume politico» post Riforma del Titolo V, cui accenna TONDI DELLA MURA (2020, 246).

⁴² Cfr., circostanziatamente, BARTOLE (2021, 498).

⁴³ Nell'impossibilità di dar conto, in questa sede, dell'ampio dibattito dottrinale sul tema, sia consentito rinviare, anche per gli ulteriori riferimenti ivi operati, a SPADARO (2020, 13 ss.).

In definitiva, occorre trovare un punto di equilibrio nel governo delle emergenze (non solo sanitarie), ponendo fine all'odierno monopolio statale senza, però, disattendere le esigenze di speditezza, incisività ed uniformità regolatoria che, nei fatti, ne hanno determinato l'affermazione. La via da seguire è quella tracciata dal principio di leale collaborazione⁴⁴. Senonché, pur rappresentando un preciso imperativo costituzionale, esso fatica a trovare concreta attuazione.

5. INSUFFICIENZA DEGLI ATTUALI STRUMENTI DI COLLABORAZIONE

Come si è già accennato, dei tre sistemi normativi di gestione delle emergenze sanitarie, quello più risalente, incentrato sull'emanazione di ordinanze contingibili e urgenti, non prevede addirittura alcun raccordo preventivo tra i diversi enti territoriali, residuando soltanto la facoltà, per l'ente che ritenga lese le proprie prerogative, di impugnare i singoli provvedimenti dinanzi al giudice amministrativo, oltre al potere di annullamento esercitabile discrezionalmente dal Consiglio dei ministri nei confronti degli atti degli enti locali che compromettano «l'unità dell'ordinamento» (art. 138 Tuel)⁴⁵. Con riferimento al Covid-19, invece, il decreto-legge n. 19/2020 prevede che i DPCM recanti «misure di contenimento» debbano emanarsi «sentiti» i Presidenti delle regioni interessate o il Presidente della Conferenza delle regioni nel caso riguardino l'intero territorio nazionale. Infine, l'art. 25 d. lgs. 1/2018 richiede il raggiungimento di intese tra Stato e Regioni per l'emanazione delle sole ordinanze di protezione civile (statali), ma non anche per i «provvedimenti con finalità analoghe» eventualmente contemplati nei singoli ordinamenti regionali⁴⁶.

Ora, è evidente che, laddove difettino appositi canali di dialogo, la leale cooperazione si riduce ad interlocuzioni, del tutto facoltative, tra i rappresentanti dei vari enti territoriali. Le cose stanno diversamente, quantomeno sul piano giuridico, nelle ipotesi in cui il legislatore preveda pareri obbligatori o il

⁴⁴ La letteratura sul tema è assai vasta. Tra i contributi più recenti, con riferimento al tema oggetto di queste riflessioni, v. DI GIGLIO (2020, 1959 ss.), cui cfr., in generale, COVINO (2018, 5 ss.) e CARIDÀ (2018, 83 ss.).

⁴⁵ Ciò che è effettivamente avvenuto, conformemente al parere Cons. St. 7 aprile 2020, n. 735, con riferimento ad un'ordinanza del Sindaco di Messina che aveva imposto forti restrizioni all'attraversamento dello Stretto. Sulla vicenda v. per tutti PIGNATELLI (2020a, 555 ss.), cui si rinvia anche per un'analisi aggiornata dell'istituto.

⁴⁶ Il comma 11 affida la disciplina di tali strumenti, inediti, allo stesso legislatore regionale, sulla base di direttive della Presidenza del Consiglio dei ministri.

raggiungimento di veri e propri accordi, poiché tali adempimenti consentono all'ente escluso dal procedimento di emanazione dell'atto di incidere ugualmente su di esso, anche solo nel senso di rendere necessario un *quid pluris* istruttorio o motivazionale. Si pensi, ad esempio, all'emanazione di un DPCM ex decreto-legge n. 19/2020, sulla cui bozza la Regione interessata abbia espresso ed argomentato la propria contrarietà.

Sul piano pratico, tuttavia, anche tali strumenti si rivelano, spesso, insoddisfacenti. Da una parte, la stessa Corte costituzionale ha negato l'obbligatorietà della leale collaborazione in tutte le materie di competenza statale esclusiva e, in linea di principio, anche per l'esercizio della funzione legislativa⁴⁷. Nel caso del Covid-19, ciò è gravido di conseguenze: si pensi, rispettivamente, alla più volte citata «profilassi internazionale», nonché alla prima parte del binomio «decreto-legge / DPCM». Dall'altra, sta di fatto che il Governo, nelle interlocuzioni con le singole Regioni e, massimamente, con gli enti locali, occupa una posizione di forza, non solo, com'è ovvio, dal punto di vista giuridico ed economico, ma anche su quello politico, vista anche la struttura centralizzata dei principali partiti⁴⁸. Anche la Conferenza Stato-Regioni, mediante la quale gli enti territoriali possono far valere le proprie posizioni congiuntamente e, quindi, con maggiore fermezza, nonché su un piano di formale parità nei confronti del Governo, sconta diversi limiti. L'art. 12 della legge n. 400/1988, infatti, configura tale organismo come mera articolazione della Presidenza del Consiglio dei ministri, i cui uffici ne istruiscono le riunioni, ed è sempre il Presidente del Consiglio (dunque, lo Stato) a disporre la convocazione, fissare l'ordine del giorno e guidare, poi, i lavori, in tempi spesso alquanto lunghi e, quindi, inadatti alle situazioni emergenziali. Non a caso, l'art. 3 del decreto legislativo n. 281/1997 abilita il Consiglio dei ministri a deliberare anche in assenza di intesa qualora esso ravvisi motivi di «urgenza» (comma 4), oppure la discussione si protragga infruttuosamente da oltre trenta giorni (comma 3).

Più in generale, l'attuale disciplina, prevedendo la partecipazione dei soli Esecutivi, finisce per emarginare dai processi decisionali le Assemblee elettive (Parlamento e Consigli)⁴⁹. Si aggrava, così, quel deficit di trasparenza e, quindi, di *accountability* che è già di per sé determinato dalla mancata pubblicità di

⁴⁷ Orientamento ribadito, da ultimo, dalla sentenza 14 luglio 2017, n. 192, § 9.2.3, III cpv., cui si è fatta eccezione per i soli decreti legislativi: cfr. la sentenza 25 novembre 2016, n. 251, § 4.2.2. Sul tema v., anche per ulteriori rinvii, AMBROSI (2021, 65 ss.), cui cfr. già COVINO (2018, 63 ss.).

⁴⁸ Vi accenna MORELLI (2021, 155), cui cfr. già il condizionamento del «ruolo delle autonomie» e la relativa torsione in senso pro-unitario determinati, per l'appunto, dalla «sicura vocazione nazionale del sistema dei partiti» secondo DE VERGOTTINI (2017, 874 ss.).

⁴⁹ Lo evidenziano, tra gli altri, PINELLI (2021, 1471), GIARDINO (2021, 113), CARUSO (2021, 220).

verbali ed atti preparatori⁵⁰, nonché dalla tendenza, puntualmente segnalata in dottrina, a «ratificare» in Conferenza accordi maturati in sede extra-istituzionale⁵¹, talora persino con l'intervento di soggetti terzi come p. es. i segretari di partito. Va, poi, segnalato che spesso i Presidenti regionali non prendono parte alle sedute, lasciandosi rappresentare dal Presidente della Conferenza delle Regioni quale portavoce della posizione maggioritaria. Ciò oscura, di fatto, eventuali divergenze e conferisce una funzione sostanzialmente pubblicistica ad un ente che, in linea di diritto, ne è privo⁵². Anche per tale motivo, e *a fortiori*, l'ufficializzazione del Presidente della Conferenza delle Regioni ad unico interlocutore del Governo sulle misure nazionali anti-Covid-19, operato dal decreto-legge n. 19/2020, non può che suscitare perplessità.

Le considerazioni appena svolte valgono, *mutatis mutandis*, anche per la Conferenza Stato – città ed autonomie locali e per la Conferenza unificata, cui peraltro le attuali norme in tema di emergenza sanitaria non riservano alcun ruolo e nelle quali la rappresentanza degli enti locali è, comunque, mediata da associazioni di categoria⁵³.

6. POSSIBILI SOLUZIONI. L'ALLARGAMENTO DELLA COMMISSIONE BICAMERALE PER LE QUESTIONI REGIONALI

La lacunosità degli attuali strumenti di raccordo tra i diversi livelli di governo spiegano perché, dinanzi alla necessità di assumere decisioni complesse in tempi brevi, posta dalla pandemia, le ragioni del decentramento siano apparse recessive. Per contro, esse attestano l'esigenza di pensare ad un regionalismo che non cessi di essere tale sulla soglia delle situazioni di crisi⁵⁴ ma, anzi, ne favorisca esso stesso il superamento, adattando, se del caso, tempi e modalità di implementazione senza intaccare, però, il *quantum* della partecipazione delle autonomie territoriali al perseguimento dell'interesse pubblico⁵⁵.

⁵⁰ Cfr. TARLI BARBIERI (2021, 231), e CARUSO (2021, 921 s.).

⁵¹ In questo senso GIARDINO (2021, 112).

⁵² La natura giuridica della Conferenza delle Regioni è tuttora dubbia. Nel relativo sito *web*, essa si qualifica «organismo di coordinamento politico», mentre la dottrina maggioritaria sembra inquadrala come associazione di diritto privato non riconosciuta.

⁵³ L'art. 8 d. lgs. 281/1997, cit., include, in particolare, i Presidenti di ANCI, UPI e UNCEM, più quattordici sindaci e sei presidenti di provincia, designati dalle rispettive Associazioni.

⁵⁴ Cfr. l'irretrattabilità costituzionale del principio autonomistico anche in tali frangenti, già a suo tempo rimarcata da ROLLA (2015, 21).

⁵⁵ La locuzione è utilizzata, invece, con un'accezione negativa da FONZI (2020, 671 ss.).

In prospettiva *de iure condendo*, le soluzioni potrebbero essere molteplici, a cominciare dalla costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze⁵⁶, da una disciplina più dettagliata del funzionamento di ciascuna di esse⁵⁷ e, soprattutto, dall'introduzione di quel Senato delle autonomie di cui si discute da tempo e che la compressione della rappresentanza territoriale insita nella recente riduzione dei parlamentari rende, invero, ancor più opportuna⁵⁸. Tuttavia, allo stato si tratta di un'eventualità poco realistica. Da una parte, i tentativi di riforma costituzionale sinora operati in questa direzione si sono arrestati, entrambi, dinanzi all'esito negativo dei relativi referendum⁵⁹; dall'altra, va preso atto che nessuno dei principali partiti che concorrono alle elezioni per la XIX legislatura sembra averne fatto una priorità.

Non resta, allora, che provare ad interrogarsi sui correttivi praticabili a Costituzione invariata. Al riguardo viene in rilievo, anzitutto, l'art. 11 della legge costituzionale n. 3/2001, a norma del quale i regolamenti camerale «possono» prevedere disporre l'allargamento della Commissione parlamentare per le questioni regionali a «rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali» (comma 1)⁶⁰. In tale nuova composizione, l'organo acquisirebbe un potere di veto su tutti i disegni di legge in materie di potestà concorrente, superabile dal *plenum* solo con un'approvazione a maggioranza assoluta (comma 2). In tal modo, si assicurerebbe un'effettiva partecipazione delle comunità locali a decisioni-chiave assunte a livello centrale: si pensi, ad esempio, alla conversione e all'eventuale modifica di decreti-legge, come quelli utilizzati – per l'appunto – per il contrasto al Covid-19. Inoltre, l'occasione sarebbe propizia per rivalutare il ruolo delle Assemblee⁶¹, controbilanciando quello degli Esecutivi e, in particolare, del Governo nazionale, qualora si facesse leva sull'ampiezza della formula legislativa per includere tra i suddetti «rappresentanti» membri dei Consigli, quantomeno regionali.

Invero, la soluzione appena prospettata potrebbe prestare il fianco a diverse obiezioni. La prima è che, a fronte dell'attuale orientamento della giuris-

⁵⁶ Cfr. l'*incipit* dei disegni di legge C.2422 e S.1825, depositati rispettivamente il 4 marzo e il 22 maggio 2020, e le considerazioni operate, al riguardo, da SAVASTANO (2020, 41 ss.). Favorevoli alla soluzione prospettata nel testo, tra gli altri, COVINO (2018, 132) e VIOLINI (2021a, 270), cui cfr. però DEFFENU, PAJNO (2021, 92), che la ritengono largamente insufficiente.

⁵⁷ Evidenzia una pressante «necessità di regolamentazione», che riduca il peso tuttora detenuto dalla «prassi», già CARIDÀ (2018, 124 ss.).

⁵⁸ Cfr. PIGNATELLI (2020b, 105) e SAVASTANO (2020, 46), cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti sul tema. Per alcune interessanti proposte regolatorie v., infine, VIOLINI (2021a, 265 s.).

⁵⁹ Il riferimento è, in particolare, ai disegni di legge costituzionale S.2544-D e C.2613-D, approvati rispettivamente nel 2005 e nel 2016.

⁶⁰ Sul tema v. ampiamente CARIDÀ (2018, 58 ss.) ed ulteriori Autori ivi citati.

⁶¹ Cfr. quanto auspicato, in generale, da MORELLI (2021, 166).

prudenza costituzionale, la gestione delle grandi emergenze sanitarie esulerebbe, comunque, dal margine d'intervento della «nuova» Commissione, riposando su un titolo di competenza statale esclusiva. Senonché, a ben vedere l'art. 11 l. cost. 3/2001 non limita il suddetto potere di veto ai soli progetti legislativi «vertenti» su un materie concorrenti, estendendolo, piuttosto, a tutti quelli che le «riguardino». Sicché, valorizzando il dato testuale potrebbe consentirsi la partecipazione degli enti territoriali anche in presenza di mere connessioni con materie di competenza regionale; connessioni che nel caso di specie, come si è già accennato, non mancano⁶².

In questo senso, del resto, depongono anche esigenze di interpretazione sistematica e teleologica, atteso che *ratio* della disposizione è, indubbiamente, l'ampliamento del ruolo e delle prerogative delle autonomie territoriali. La stessa Corte costituzionale, in più di un'occasione, ha riconosciuto che «anche in situazioni di emergenza la Regione non è [...] estranea», stante l'«organizzazione policentrica della protezione civile»⁶³.

Una seconda obiezione, più significativa, concerne la difficoltà di determinare la quantità dei seggi «aggiuntivi» ed i relativi criteri di riparto. Sul piano tecnico-giuridico, ed in controtendenza rispetto alle proposte sinora formulate nel corso della XVIII legislatura⁶⁴, pare auspicabile una prevalenza dei membri, per così dire, ordinari (deputati e senatori), al fine di evitare uno snaturamento del carattere parlamentare dell'organo. Del pari, l'esigenza di non generare una sorta di «terza Camera» consiglierebbe di sterilizzare, per quanto possibile, la «politicità» (*rectius*, «partiticità») della componente autonomistica, p. es. prevedendo la partecipazione dei soli Presidenti dei Consigli regionali e, per gli enti locali, di membri designati dalle rispettive Associazioni (ANCI, UNCEM, UPI), imponendo per legge, a questi ultimi, procedure di consultazione interna prima di ciascuna seduta. Per contro, l'inserimento di Presidenti di Giunta e Sindaci, pur possibile in astratto, nella pratica genererebbe asimmetrie rispetto all'esclusione del Governo nazionale, oltre a sovrapposizioni col sistema delle Conferenze. Come si vede, il ventaglio delle alternative è ampio e gli equilibri in gioco assai delicati. Ciò contribuisce a spiegare, forse, perché le norme in questione siano ancora prive di una disciplina attuativa⁶⁵.

⁶² V. *supra*, § 3, e cfr. puntualmente PROZZO (2020, 372).

⁶³ V. rispettivamente la sentenza 2 dicembre 2019, n. 246, § 5, IV cpv., e la sentenza 21 gennaio 2016, n. 8, § 8.1.1, I cpv., cui cfr. ancora la cit. sentenza n. 37/2021, § 7.2.

⁶⁴ Il disegno di legge S.21 (dep. 23 marzo 2018) prevedeva una composizione paritaria, mentre il progetto di legge C.602 (dep. 10 maggio 2018) addirittura la preponderanza dei membri «aggiunti».

⁶⁵ Per approfondimenti, non può che rinviarsi a CARAVITA DI TORITTO, FABRIZZI, STERPA (2019, 223).

L'inconveniente più significativo, comunque, è un altro e risiede nel rischio che pareri contrari della «nuova» Commissione arrestino o, quantomeno, rallentino sensibilmente l'attività legislativa, in contrasto con le elementari esigenze di speditezza decisionale proprie dell'emergenza⁶⁶; specie qualora si tratti di scongiurare la decadenza di decreti-legge e le conseguenti ricadute che ciò può ingenerare sulla certezza dei rapporti giuridici.

7. *SEGUE*. LA RESPONSABILITÀ POLITICO-ELETTORALE COME GARANZIA DI LEALE COLLABORAZIONE ANCHE IN AMBITO LEGISLATIVO.

Per superare le suddette criticità senza, però, rinunciare del tutto alle opportunità offerte da un canale di dialogo parlamentare tra Stato ed autonomie territoriali, potrebbe tenersi ferma l'attuale composizione dell'organo, ripiegando sul ricorso sistematico a quell'«attività conoscitiva» cui esso, del resto, è già abilitato dall'art. 52, co. 3 della legge n. 62/1953⁶⁷. Nell'esaminare un disegno di legge che intercetti la competenza di enti sub-statali, la Commissione potrebbe, cioè, acquisire informazioni, pareri ed eventuali proposte dai rappresentanti delle comunità locali. Invero, essa ha già accennato a muoversi in questa direzione allorché, nel 2017, si è munita di un apposito Regolamento interno «per la consultazione delle autonomie territoriali»⁶⁸. Tuttavia, tale Regolamento contiene una disciplina ancora piuttosto scarna e poco incisiva, nella misura in cui si limita a confermare la «facoltà» stabilita dal legislatore, senza vincolarne in alcun modo il concreto esercizio, e dall'altra lascia impregiudicata la possibilità che il confronto con gli enti sub-statali sia interamente mediato dalle relative Associazioni (art. 3). Peraltro, si tratta di una facoltà che nel corso dell'intera pandemia è stata esercitata appena due volte e, per giunta, in relazione a tematiche differenti, atteso che l'unico interlocutore sull'emergenza Covid-19 è rimasto il Governo.

⁶⁶ Cfr., peraltro con riferimento già al «tempo ordinario», BIN (2018, 26).

⁶⁷ Comma introdotto in sede di conversione del decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91, cui cfr. già l'istituto dell'«indagine conoscitiva», previsto per tutte le Commissioni dall'art. 48 Reg. Senato e dall'art. 144 Reg. Camera. Nella medesima prospettiva si è posta, in una relazione del 10 maggio 2017, la stessa Commissione (doc. XVI-bis, n. 11), ma il regolamento interno successivamente approvato ha deluso le aspettative (v. subito nel testo).

⁶⁸ Più precisamente, il Regolamento è stato approvato nella seduta del 13 dicembre 2017, a norma dell'art. 15-bis del decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91, e resterà in vigore fino all'«attuazione dell'articolo 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3» (art. 1).

Altra cosa sarebbe prevedere, invece, l'obbligatorietà delle consultazioni, insieme a criteri precisi per la selezione dei soggetti da sentire. Al riguardo, deve ribadirsi quanto già auspicato con riguardo all'ipotesi di allargamento stesso, con l'ovvia differenza che in questo secondo caso, poiché gli enti territoriali non acquisirebbero, comunque, un diritto di voto, sarà possibile il coinvolgimento di un numero maggiore di essi. In quest'ottica, la mediazione di associazioni di categoria – ivi compresa la Conferenza dei Parlamenti regionali ⁶⁹ – dovrebbe intendersi come *extrema ratio*, cui ricorrere solo qualora gli enti in questione siano troppi per essere sentiti singolarmente (p. es. i Comuni rientranti in una «zona rossa» molto ampia). In alternativa, potrebbe valutarsi di selezionarne solo alcuni, purché si tratti di un campione rappresentativo dal punto di vista demografico, economico e geografico; ovvero, ancora, potrebbe valorizzarsi la caratterizzazione di Città metropolitane e Province quali enti di secondo livello e, quindi, muniti di un'intrinseca rappresentatività dei Comuni rientranti nelle relative circoscrizioni, a norma della cd. Legge Delrio ⁷⁰. In ogni caso, i criteri in questione dovrebbero essere quanto più possibile oggettivi e inderogabili, per evitare che il risultato delle istruttorie possa essere falsato allargando o restringendo *ad hoc* la rosa degli *audiendi*, p. es. in ragione del relativo colore politico.

La soluzione appena proposta ha il pregio di potersi attuare *iure condito*, attesa l'ampia discrezionalità di cui già gode la Commissione. Cionondimeno, una formale modifica del regolamento è auspicabile, anche per consentire l'introduzione di norme volte ad impedire che il tempo necessario all'ascolto dei territori si dilati sino a pregiudicare, come si diceva, la tempestività degli interventi. Ad esempio, potrebbe prevedersi un contingentamento della discussione, insieme alla possibilità di svolgere le audizioni in videocollegamento o, financo, per iscritto, specie qualora esse avrebbero contenuto eminentemente descrittivo (impatto di una certa emergenza a livello locale, potenziali *best practices* ecc.). A consolidamento di tale disciplina potrebbe, poi, prevedersi l'obbligo, per la Commissione, di pubblicare e trasmettere alle Camere *report* periodici, in cui si dia conto delle ragioni che hanno indotto a respingere o ad accogliere ciascuno degli *input* (proposte, rilievi) eventualmente ricevuti dagli enti territoriali. Tale adempimento, benché non coercibile né, tanto meno, san-

⁶⁹ L'Associazione, denominata anche «Conferenza dei Presidenti delle Assemblée legislative delle Regioni e delle Province autonome» (art. 1, co. 1 dello Statuto), è stata fondata nel gennaio 1994 ed ha sede a Roma.

⁷⁰ Il riferimento è, rispettivamente, al comma 20 e ai commi 56 ss. della legge 7 aprile 2014, n. 56, in virtù dei quali alla formazione degli organi di governo di Città metropolitane e Province concorrono Sindaci e Consiglieri comunali. Sulle questioni sollevate da tale disciplina e sulla recente sentenza della Corte costituzionale che ne ha auspicato la modifica v., tuttavia, DE DONNO (2022, 92 ss.).

zionabile sul piano della validità delle leggi, avrebbe comunque l'effetto di accrescere la trasparenza dei processi decisionali e fornirebbe, altresì, elementi concreti ai cittadini, sulla base dei quali valutare l'opportunità delle scelte compiute dal Parlamento e, indirettamente, dal Governo. Si attenuerebbe, così, grazie allo «strumento» della responsabilità politico-elettorale, la lacuna costituita dall'inapplicabilità del principio collaborativo alla funzione legislativa, pur preservando l'intrinseca libertà delle scelte politiche sottesa quest'ultima⁷¹.

Alla proposta che qui si sostiene potrebbe, forse, obiettarsi che la Commissione bicamerale per le questioni regionali, pur dopo che se ne fosse integrata la composizione o ri-disciplinato il funzionamento, sarebbe destinata ad avere un'incidenza limitata sulla vita pubblica, e ciò anzitutto per effetto del peso ormai acquisito dall'Esecutivo nell'ambito dei rapporti sottesi alla forma di governo, a scapito del Parlamento tutto. Ciò è probabilmente vero ma, oltre ad integrare una mera situazione di fatto, che nulla toglie alla perdurante centralità delle Camere sul piano giuridico, può ribadirsi che essa pare l'unica soluzione praticabile nell'immediato, senza attendere, cioè, il tempo necessario all'approvazione di modifiche legislative o, vieppiù, costituzionali. Modifiche che allo stato – deve, soprattutto, evidenziarsi – neppure figurano nell'agenda parlamentare.

8. *SEGUE*. SULL'OPPORTUNITÀ DI RIPENSARE I CRITERI DI NOMINA E FUNZIONAMENTO DEL COMITATO TECNICO-SCIENTIFICO.

Infine, attesa la notevole incidenza assunta, nel corso della pandemia, dal Comitato tecnico-scientifico quale organo di consulenza del Governo, per il futuro potrebbe essere utile ripensarne la composizione consentendo, ad esempio, la designazione di taluni membri agli enti territoriali, ovvero prevedendo occasioni di confronto obbligatorio con i Comitati regionali e provinciali (ove presenti). In tal modo, oltre ad agevolarsi il sindacato del giudice amministrativo sulle singole misure, potrebbe accrescersi la credibilità ed il grado di accettazione di quest'ultime nella percezione delle singole popolazioni.

A parte si porrebbe, poi, l'opportunità di affidarne la nomina a soggetti che, seppur inquadrabili nello Stato-apparato, siano istituzionalmente *super partes*, come p. es. i Presidenti delle Camere, analogamente a quanto sperimen-

⁷¹ V. *supra*, § 5, e cfr. l'insoddisfazione manifestata, al riguardo, da BIN (2018, 17) e CANDIDO (2016, 5).

tato per il *Comité de scientifiques* francese e già previsto, in Italia, per le Autorità indipendenti⁷². Del resto, se da un canto l'integrale trasformazione del Comitato in *Authority* sarebbe eccessiva, stante l'intrinseca «politicità» dei bilanciamenti sottesi alle scelte regolatorie da compiersi in tempo di crisi, dall'altro potrebbe auspicarsi, almeno, un avvicinamento dell'organo ai metodi e alle procedure decisionali propri di tale categoria di enti (pubblicità degli atti e di tutte le informazioni raccolte, consultazioni pubbliche)⁷³, affinché gli spazi di regolazione sottratti alle Regioni in nome della «profilassi internazionale» non ricadano neppure nell'assoluta disponibilità del decisore politico statale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AMBROSI, A. (2021). La partecipazione delle Regioni ai procedimenti legislativi statali, a quattro anni dalla sent. n. 251 del 2016. *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 63-82.
- BARTOLE, S. (2021). Una politica per l'ordinamento regionale. *Le Regioni*, 1-2, 19-24.
- BELLETTI, M. (2021). La riforma del Titolo V «sotto attacco». Dall'entusiasmo regionalista alle torsioni centraliste. *Le Regioni*, 1-2, 25-39.
- BIN, R. (2018). Intervento. In AA. VV., *Il principio della leale collaborazione tra Stato e Regioni* (16-26). Giappichelli. Torino.
- (2021). Regioni dopo la pandemia: riforma o ripensamento? *Le Regioni*, 3, 493-500.
- BOGGERO, G. (2021). In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al «regionalismo della separazione». *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 102-129.
- CALAMO SPECCHIA, M. (2021). Riflessioni di sintesi. Le fonti del «diritto della pandemia» tra forma e sostanza. *DPCE online*, 1855-1876.
- CANDIDO, A. (2016). La leale collaborazione tra intese deboli e forti: una contrapposizione sbiadita. *Rivista AIC*, 3, 1-9.
- CARAVITA DI TORITTO, B. (2021). La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali. *Federalismi.it*, aprile, 1-5.
- CARAVITA DI TORITTO, B.; FABRIZZI, F.; STERPA, A. (2019). *Lineamenti di diritto costituzionale delle Regioni e degli Enti locali*. Giappichelli. Torino.
- CARIDÀ, R. (2018). *Leale collaborazione e sistema delle Conferenze*. Wolters Kluwer. Milano.
- CARUSO, C. (2021). La leale collaborazione ai tempi del *judicial regionalism*. Da metodo di governo a criterio di giudizio. *Quaderni costituzionali*, 4, 909-930.

⁷² Cfr. puntualmente CIANCIO (1996, 405 ss.).

⁷³ Cfr. la legittimazione delle *Authorities* quali attori di democrazia «procedimentale» secondo CASESE (1999, 42).

- CASSESE S. (1999). Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti (37 ss.). In AA. VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*. Giappichelli. Torino.
- CAVALERI, P. (2005). La definizione e la delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione. In www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- CECERE, A. M. (2021). Ruoli e competenze dei diversi livelli istituzionali nella gestione della pandemia Covid-19 in Italia tra distonie sistemiche e carenze strutturali. *Rivista AIC*, 3, 358-378.
- CERRUTI, T. (2020). *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale*. ESI – Università di Torino. Napoli – Torino.
- CIANCIO, A. (1996). Riforma elettorale e ruolo garantistico del Presidente di Assemblée parlamentare: un modello in crisi? *Diritto e società*, 3, 405-430.
- COSULICH, M. (2021). Il governo della salute ai tempi della pandemia da Covid-19: più Stato, meno Regioni? *Le Regioni*, 3, 553-581.
- COVINO, F. (2018). *Leale collaborazione e funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*. Jovene. Napoli.
- CUOCOLO, L.; GALLARATI, F. (2021). La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale. *Corti supreme e salute*, 1, 1-18.
- D'ATENA, A. (2021). L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni. *Italian Papers on Federalism*, 1, 1-16.
- DE DONNO, M. (2022). La sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 2021 e la legge Delrio: quale futuro per gli enti di area vasta? *Federalismi.it*, 3, 92-113.
- DE PETRIS, A. (2020). Un approccio diverso: l'emergenza «collaborativa» del federalismo tedesco. *Osservatorio costituzionale*, 3, 429-446.
- DE VERGOTTINI, G. (2017). *Diritto costituzionale* (9 ed.). Wolters Kluwer. Milano.
- DEFFENU, A.; PAJNO, S. (2021). Il regionalismo italiano a vent'anni dalla riforma del Titolo V: prime riflessioni. *Le Regioni*, 1-2, 81-94.
- DI COSIMO, G.; MENEGUS, G. (2020). L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione. *BioLaw Journal*, 1, 183-199.
- DI GIGLIO, R. (2020). Il principio di leale collaborazione come canone di legittimità dell'azione amministrativa nella dialettica tra Stato e Regione. *Foro amministrativo*, 10, 1959-1978.
- FONZI, A. (2020). Aspetti problematici delle linee guida Covid con particolare riferimento ai rapporti fra Stato e regioni. Principio autonomistico *versus* accentramento delle funzioni nel «regionalismo dell'emergenza». *Corti supreme e salute*, 3, 671-685.
- FURLAN, F. (2020). Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi del Covid19. *Federalismi.it*, 26, 67-93.
- FURNO, E. (2021). Costituzione, fonti del diritto ed ordinanze emergenziali. *Rivista AIC*, 4, 286-307.

- GIARDINO, E. (2021), Il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 89-115.
- GUZZETTA, G. (2022). DPCM e Costituzione anche alla luce della sent. 198/2021 della Corte costituzionale. In D. MORANA, S. MABELLINI (cur.), *L'emergenza pandemica e l'impatto sul diritto pubblico: innovazione e prospettive future* (3-17). Wolters Kluwer. Milano.
- HALMAI, G.; MÉSZÁROS, G.; SCHEPPELE, K. (2020). From emergency to disaster. *Verfassungsblog*.
- LAMARQUE, E. (2021). Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4). *Giustizia Insieme*.
- MANGIA, A. (2021). La legge regionale nel sistema delle norme d'ordinanza. *Le Regioni*, 3, 501-522.
- MAZZAROLLI, L. (2020). «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. *Federalismi.it*, marzo, 2-20.
- MENEGUS, G. (2021). Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ord. n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021). *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 87-110.
- MILANI, G. (2020). L'emergenza sanitaria nel diritto pubblico comparato: la risposta del Belgio al Covid-19. *DPCE online*, 2, 1671-1689.
- MORANA, D. (2021). Ma è davvero tutta profilassi internazionale? *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 10-18.
- MORELLI, A. (2021). Quale futuro per il regionalismo italiano? *Le Regioni*, 1-2, 155-167.
- NAPOLITANO, C. (2020). Regioni, scuola e COVID-19: il Giudice Amministrativo tra diritto allo studio e tutela della salute (Nota Cons. Stato 6453/2020). *Giustizia Insieme*.
- PAPA, A. (2020). Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso paradigmatico della tutela del diritto alla salute (47-62). In L. CARPENTIERI – D. CONTE (curr.), *Dal federalismo al regionalismo. Prospettive nazionali ed esperienze europee*. Giappichelli. Torino.
- PIGNATELLI, N. (2020a). Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non «chiude» lo stretto di Messina. *Diritti regionali*, 1, 567-581.
- (2020b). Brevi note sul regionalismo nell'emergenza sanitaria. *P. A.*, 2, 99-106.
- PINELLI, C. (2021). Autonomia e decentramento. I due principi incontestati di un controverso regionalismo. *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 1459-1473.
- PROZZO, A. (2020). Il principio di leale collaborazione quale «bussola» nell'emergenza. *Diritti regionali*, 3, 347-382.
- RAFFIOTTA, E. (2019). *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*. Bononia University Press. Bologna.
- (2020). Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus. *BioLaw Journal*, 1 spec., 95-103.
- ROLLA, G. (2015). Profili costituzionali dell'emergenza. *Rivista AIC*, 2, 1-26.

- RUTYNOWSKA, E.; TATAŁA, M.; WACHOWIEC, P. (2020). *Rule of law in Poland 2020: the rule of law crisis in the time of the Covid-19 pandemic*. Fondazione FOR. Varsavia.
- SALAZAR, C. (2021). La sent. n. 37/2021 completa il dittico valdostano: la legge regionale «anti-DPCM» è (parzialmente) incostituzionale. *Quaderni costituzionali*, 3, 688-691.
- SAVASTANO, F. (2020). Il Governo come attore principale della leale collaborazione: il ruolo nelle sedi di raccordo con le autonomie e la perdurante necessità di un cambio di rotta. *Federalismi.it*, 28, 24-46.
- SPADARO, I. (2020). Comunicazione politica e democrazia digitale. *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 1, 1-31.
- (2021). *Green pass* in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta. *Federalismi.it*, 29, 51-88.
- TARLI BARBIERI, G. (2021). I nodi irrisolti del regionalismo italiano, a venti anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione. *Le Regioni*, 1-2, 211-240.
- TERŠEK, A.; DRAGAN, J.; PAVLIN, D.; NASTRAN, B.; VRAŽIČ, N. (2021). On the Legality and Constitutionality of the Measures by which the Slovenian Government Restricted Constitutional Rights and Freedoms Before and After the 2020 Coronavirus Pandemic: Part 1. *Open Political Sciences*, 4, 147-173.
- TONDI DELLA MURA, V. (2020). L'«eccezionale provvisorietà» della regionalizzazione italiana. *Le Regioni*, 1-2, 241-252.
- TORRETTA, P. (2022). La legge di bilancio 2022 e l'assistenza sociale: qualche LEPS e tante 'buone intenzioni'. *Federalismi.it*, 11, 187-199.
- VERNILE, S. (2021). L'adeguamento dei principi e dei metodi della legislazione alle esigenze del decentramento. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/2021, 49-88.
- VIOLINI, L. (2021a). 50 anni di vita delle Regioni: un percorso a fasi alterne per la crescita del Paese. *Le Regioni*, 1-2, 253-270.
- (2021b). *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.* Giappichelli. Torino.

LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE MELILLA

ANTONIO PÉREZ MIRAS
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. *A modo de introducción: Melilla, crisol de culturas.*—2. *La diversidad cultural como elemento transversal en el Estatuto de Melilla.*—3. *La cuestión lingüística: el tamazight.*—4. *A modo de conclusión: una propuesta de reforma estatutaria.*—5. *Referencias utilizadas.*

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: MELILLA, CRISOL DE CULTURAS

Melilla es un enclave único que, a lo largo de toda su historia, ha sido testigo del paso de los diferentes pueblos que han tenido en el Mediterráneo su gran ágora, su gran zoco y su gran plaza en los que se han superpuesto y entremezclado, haciendo de este lugar del Cabo de Tres Forcas, bañado por el Mar de Alborán, un auténtico crisol de culturas que, indubitadamente, afecta a su idiosincrasia contemporánea. La realidad demográfica y socio-cultural de la actual Ciudad Autónoma de Melilla la convierten en uno de los lugares de España que mejor expresa un espacio multicultural en el que el pluralismo religioso, étnico, lingüístico, social e ideológico convive en un marco de autonomía política de conformidad con el Estatuto de 1995¹.

¹ El Estatuto de Autonomía de Melilla fue aprobado por la Ley Orgánica 2/1995 de 13 de marzo y publicado en el BOE n.º 62, del 14 de marzo, entrando en vigor al día siguiente. Sobre la especial naturaleza de este Estatuto nos remitimos al imprescindible y coetáneo trabajo de HERNÁNDEZ LAFUENTE

Los datos del INE señalan que en 2023 Melilla cuenta con una población oficial de 85.491 personas. Los orígenes de estas personas se clasifican en cuatro grupos: dos mayoritarios, los cristianos (de origen peninsular/hispano) y los musulmanes (de origen bereber y marroquíes); y dos más reducidos de judíos e hindúes. En cualquier caso, cuatro culturas cuantitativamente mayoritarias que se reparten en los distintos barrios, creando dinámicas comunitarias en torno a la mayoría étnica en cada uno de ellos, lo que también ha llevado a plantearse una posible guetoización (Fernández, 2015, 110). Dado que esta polémica escapa del propósito de este trabajo y de su aproximación metodológica, nos basta con subrayar esta realidad multicultural que efectivamente se da en Melilla y los problemas y tensiones que la misma puede provocar. Sea como fuere, la realidad melillense es compleja, y no sólo por este pluralismo cultural; debe tenerse en cuenta la peculiar posición geográfica de esta ciudad española, en el norte de África, rodeada de un Estado que reclama la soberanía de esa plaza y que, por tanto, tiene un interés político nacional que debe conllevarse con el ejercicio de la autonomía territorial reconocida en la Constitución española². Las difíciles relaciones con el vecino Reino de Marruecos marcan sin lugar a dudas algunas de las más controvertidas cuestiones que afectan tanto a Ceuta como a Melilla y explican la mayoría de las decisiones y políticas que allí se ejecutan.

Todo lo anterior nos sirve de premisa para tratar de comprender el elemento de la diversidad cultural tal y como viene expresado en el actual Estatuto de Autonomía de Melilla. Nuestro interés reside, empero, en el análisis descriptivo-normativo del texto estatutario en el objeto del pluralismo cultural y la proyección de su significado en el entramado sociopolítico de la ciudad (epígrafe 2). Este estudio debe completarse en el caso melillense con la obligada referencia a la cuestión lingüística, auténtica especialidad del Estatuto de

(1995); y a los trabajos posteriores de LÓPEZ MIRA (1998); REQUEJO RODRÍGUEZ (1998); F. BALAGUER CALLEJÓN (1998); MONTILLA MARTOS (1999); CARBONELL PORRAS (2001); LÓPEZ RODRÍGUEZ (2005).

² Este dato es, a mi entender, relevante para comprender por qué la aprobación del Estatuto de Autonomía se realizó por aplicación del art. 144 b) CE (Las Cortes podrán autorizar o acordar un Estatuto para territorios que no estén integrados en la organización provincial) en vez de dar actuación a las previsiones de la DT 5.^a CE sobre la posibilidad de que las ciudades de Ceuta y Melilla se convirtieran en Comunidades Autónomas. Al crear un *tertium genus*, las ciudades autónomas se rebaja en cierta medida las aspiraciones y potencialidades de la autonomía, creando una paradoja de que, estos dos territorios con notables hechos diferenciales, no gocen de las mismas consecuencias que la adopción del modelo asimétrico sobre el reconocimiento de aquellos implica para otros territorios peninsulares o insulares. Sobre esta particular concepción de la asimetría de las ciudades autónomas me remito *in toto* a MONTILLA MARTOS (1999).

Melilla en relación con su mellizo ceutí³, para preguntarnos sobre su inclusión en el Estatuto, el estatus del tamazight y su posible cooficialidad (epígrafe 3). Ello nos llevará a unas conclusiones en las que nos aventuraremos a realizar una propuesta de reforma estatutaria para cohonestar nuestra visión del Derecho constitucional, centrado en las personas, frente a visiones institucionalistas basadas solamente en equilibrios de poder, que empodera a la razón política frente a la dignidad humana (epígrafe 4).

2. LA DIVERSIDAD CULTURAL COMO ELEMENTO TRANSVERSAL EN EL ESTATUTO DE MELILLA

La diversidad cultural es un elemento transversal en el Estatuto de Melilla, lo cual es coherente con ese crisol de culturas que hemos esbozado en el epígrafe anterior, y sin duda una muestra del derecho constitucional como ciencia de la cultura en sentido häberliano. Por ello no es extraño que ya en el Preámbulo⁴ se afirme con rotundidad que el nuevo Estatuto, que inicia un nuevo tiempo histórico en la relación de la Ciudad de Melilla con el resto de España, debe posibilitar que sus valores y objetivos básicos calen en la ciudadanía mediante, entre otras cosas, la estimulación de la pluralidad cultural de su población. En concreto aspira a que esa pluralidad sea respetada, comprendida y apreciada de tal manera que se ponga en valor la idiosincrasia cultural de la ciudad. Este reconocimiento a la pluralidad cultural se integra dentro de una visión sistémica en la que el Estatuto debe ser una norma transformadora que coadyuve al progreso social y económico y a la mejora de las condiciones de vida y de trabajo al tiempo que asienta los elementos para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas⁵. Sin duda esta es una de las aspiraciones básicas de la autonomía territorial y quizá una de las razones más elementales de su necesidad.

³ Así oportunamente lo resalta MONTILLA MARTOS (1999, 70).

⁴ Los preámbulos tienen una importancia crucial para mantener un enfoque científico cultural. De acuerdo con HÄBERLE (2017): «Los preámbulos, antes de nada, dan forma a un texto cultural [...]. Son musicales y hemos de tomarlos en serio en cuanto que formato de la narrativa europea [...]. Los preámbulos profundizan en la historia, esbozan el presente y ofrecen expectativas de futuro, son cercanos al ciudadano en virtud del lenguaje ceremonioso que utilizan.»

⁵ «Melilla, consciente de su significado histórico, aspira a que el proceso que se inicia con el presente Estatuto posibilite que sus ciudadanos compartan y promocionen los objetivos básicos y valores que en el mismo se contemplan, mejorando las condiciones de vida y de trabajo, facilitando las condiciones adecuadas para que la libertad y la igualdad de los melillenses sean reales y efectivas, promoviendo el progreso económico y social de la Ciudad y estimulando el respeto, comprensión y aprecio de la pluralidad cultural de su población.»

Este desiderátum previo va a encontrar en el articulado del Estatuto una honesta correspondencia en los objetivos básicos que se recogen en el art. 5.2⁶. Aquí es donde mejor se puede observar ese carácter transversal de la cultura y una auténtica vocación del legislador estatutario en impregnar la vida jurídico-política de la ciudad. De ocho apartados, en siete se hace referencia a la cultura, intercalándolo dentro del conjunto holístico que se anunciaba en el Preámbulo.

De esta manera observamos cómo claramente el Estatuto de Melilla apuesta por la cultura como un elemento transversal de la política local y para ello manda a las instituciones melillenses que cumplan una serie de objetivos en el desarrollo de las competencias estatutarias. De este modo se pretende conseguir ese respeto, comprensión y aprecio de la pluralidad y la diversidad cultural característica de Melilla.

En primer lugar (letra a), liga la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a la elevación del nivel cultural de todos los melillenses. Efectivamente, no se puede entender que las condiciones de vida no vayan aparejadas de un determinado nivel cultural que haga posible que aquellas no sean meros datos económicos sino realmente un conjunto de elementos materiales que ayuden al libre desarrollo de la personalidad, que no podría alcanzar su potencialidad sin la cultura. Esto debe ponerse directamente en relación con la letra e) sobre el fomento de la calidad de vida; no se puede mejorar unas condiciones de vida sin un elemento cualitativo. En este apartado el legislador estatutario señala que tal fomento debe procurarse mediante el acceso de todas las capas de la población a los bienes de la cultura, así como la protección de la naturaleza y

⁶ Artículo 5.2: «Las instituciones de la ciudad de Melilla, dentro del marco de sus competencias, ejercerán sus poderes con los siguientes objetivos básicos:

- a) La mejora de las condiciones de vida, elevación del nivel cultural y de trabajo de todos los melillenses.
- b) Promover las condiciones adecuadas para que la libertad y la igualdad de los melillenses sean reales y efectivas; facilitar la participación de los melillenses en la vida política, económica, cultural y social de Melilla.
- c) Adoptar las medidas que promuevan la inversión y fomenten el progreso económico y social de Melilla, facilitando el empleo y la mejora de las condiciones de trabajo.
- d) La superación de las condiciones económicas, sociales y culturales que determinan el desarraigo de colectivos de población melillense.
- e) El fomento de la calidad de vida, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, el desarrollo de los equipamientos sociales y el acceso de todas las capas de la población a los bienes de la cultura.
- f) La protección y realce del paisaje y del patrimonio histórico-artístico de Melilla.
- g) La realización de un eficaz sistema de comunicaciones que potencie los intercambios humanos, culturales y económicos.
- h) La promoción y estímulo de los valores de comprensión, respeto y aprecio de la pluralidad cultural y lingüística de la población melillense.»

del medio ambiente y del desarrollo de los equipamientos sociales. Junto a esta protección de la naturaleza el Estatuto también apunta como objetivo la protección y realce del paisaje y del patrimonio histórico-artístico de Melilla (letra f), lo cual entronca con uno de los elementos estructurales clásicos de la cultura. Al fin y al cabo la tutela del patrimonio histórico, artístico y cultural es un mandato a los Poderes Públicos en el art. 46 CE.

En segundo lugar, el objetivo b) del art. 5.2. EAMel recoge el mandato constitucional contenido en el art. 9.2 CE. Así, el Estatuto reitera que se deben promover las condiciones adecuadas para que la libertad y la igualdad de los melillenses sean reales y efectivas y se debe facilitar la participación de los melillenses en la vida política, económica, cultural y social de Melilla. Me parece adecuado que el mandato constitucional se especifique para el contexto local como un objetivo estatutario porque estamos en la cláusula más determinante para entender el sentido y finalidad del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). La libertad y la igualdad sólo serán reales si el individuo puede participar de manera efectiva en la vida cultural de su comunidad, porque esta será la única manera de que realmente puede, nuevamente, desarrollar libremente su personalidad.

En relación con esta perspectiva material del bienestar, y consciente de la realidad sociológica de la Ciudad, la letra d) pretende la superación de las condiciones económicas, sociales y culturales que determinan el desarraigo de colectivos de población melillense. Sin duda este es un punto clave para esa visión transversal de la diversidad cultural. La composición de la población de Melilla, en torno a las cuatro religiones que hemos mencionado *supra*, determina que existe una posición dominante de la población hispana/cristiana y una importante capa de población musulmana, compuesta por autóctonos de origen bereber o procedentes de la emigración marroquí. Si bien los otros dos colectivos –hindúes y judíos– pueden entrar en este mandato estatutario, resulta evidente que su mayor alcance y repercusión recae sobre la comunidad musulmana dado que los datos muestran que se encuentran en una posición de desventaja respecto de las condiciones económicas, sociales y culturales⁷. De hecho, González Enríquez (2008, 142) considera que la di-

⁷ Al respecto, *vid.* GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (2008) especialmente cuando habla de una consolidación de una minoría etnocultural en Melilla (pp. 139-143) y de la percepción de riesgos e interacción entre la mayoría y la minoría (pp. 143-151). Un momento determinante de esta interacción tuvo lugar en los años 80 con la entrada en vigor de la entonces Ley de Extranjería (LO 7/1985) que produjo el desconcierto entre la población musulmana local al pasar a ser considerados extranjeros en su propia ciudad. El resultado de sus movilizaciones fue que a 14.000 melillenses de origen marroquí se les reconociera la nacionalidad española (p. 148). FERNÁNDEZ GARCÍA (2015, 110), sobre este momento histórico, cifra esa cantidad en 5.710 habitantes, entre 1987 y 1990.

ferencia de las condiciones de vida y de trabajo entre los musulmanes y el resto de población era tan visibles en los años 90 que este apartado responde directamente a las demandas que la población musulmana de la época clamaba ante la marginación de este colectivo.

Otro objetivo también nos merece la atención y es el relativo al sistema de comunicaciones. De acuerdo con el art. 22.1.7.^a) EAMel corresponde a la ciudad de Melilla la ejecución de la legislación del Estado en lo referente a prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social. Así cobra todo el sentido el art. 5.2.g) EAMel cuando apunta como objetivo la realización de un eficaz sistema de comunicaciones que potencie los intercambios humanos, culturales y económicos. Por tanto, la ejecución de esa competencia debe realizarse con el objetivo de facilitar esos intercambios, y dada la diversidad cultural intrínseca de Melilla, los medios de comunicación social son el espacio idóneo para hacer efectivo ese respeto, comprensión y aprecio de que habla el Preámbulo. En este sentido, creemos que el Estatuto tiene entonces especial incidencia en los medios audiovisuales locales y en la sección de RTVE.

El último de los objetivos, y quizá el más relevante para este trabajo, es el recogido en la letra h) sobre la promoción y estímulo de los valores de comprensión, respeto y aprecio de la pluralidad cultural y lingüística de la población melillense. En este apartado encontramos la única diferencia entre los Estatutos de Ceuta y Melilla en tanto que, junto a la pluralidad cultural, el Estatuto melillense especifica también la pluralidad lingüística de la Ciudad. Sin lugar a dudas quedan inexorablemente unidas las ideas de cultura y lengua en este apartado, como no podía ser de otra manera puesto que la lengua es siempre fuente y expresión de manifestaciones culturales. Es en este objetivo en el que observamos con mayor nitidez y claridad la relación y conexión entre el preámbulo y el texto articulado. Si bien hemos defendido que lo dicho hasta el momento era una pormenorización del espíritu de la norma estatutaria en forma de objetivos concretos y específicos –por muy etéreos que pudieran parecernos, este art. 5.2.h) EAMel materializa las ideas de respeto, comprensión y aprecio del preámbulo en unos valores homónimos cuya consecución debe ser una meta para las instituciones locales en el ejercicio de sus competencias. Las autoridades de la Ciudad Autónoma deben estimular y promover esa tríada de valores, lo que implica que deben propugnar el conocimiento, respeto y aprecio de las culturas propias de Melilla, de todas ellas sin excepción y, en tal sentido, ello es inescindible de la existencia de cuatro comunidades poblacionales diferenciadas. En particular, creemos que lo apuntado en este apartado tiene un especial significado para la comunidad musulmana, de origen bereber o marroquí, puesto que su peso en el conjunto de la sociedad

melillense no es precisamente menor. De hecho esta cuestión habría que conectarlo con lo sostenido al referenciar la letra d) sobre el desarraigo de determinados colectivos. Ya entonces hemos apuntado que las condiciones culturales eran un síntoma de esa falta de arraigo. Por tanto, la puesta en valor de la cultura y la lengua de ese colectivo mediante su conocimiento, respeto y aprecio es una necesidad imperante para una sociedad plural marcada de manera tan evidente por la diversidad.

Como vamos a dedicar un epígrafe específico al tema lingüístico, no profundizaremos ahora más en este apartado y pasamos a comentar el tema competencial. Este resulta de especial interés también en este análisis porque los Estatutos de Autonomía son básicamente normas competenciales y, a pesar de las especialidades señaladas al principio sobre la naturaleza de los Estatutos de las Ciudades Autónomas, el tema competencial sigue aquí siendo de interés. Aunque es cierto que el alcance y recorrido de los ámbitos competenciales tiene unas limitaciones derivadas de la falta de la potestad legislativa y de la inevitable conmixción con el ámbito competencial municipal. En cualquier caso, recordemos que los objetivos apenas expuestos tienen sentido precisamente en el ejercicio y desarrollo de las competencias que la Ciudad de Melilla tiene reconocidas.

El Título II (arts. 20 –27) recoge el régimen competencial de la Ciudad. En concreto, tras reconocer su capacidad de autoorganización y funcionamiento, se prevén dos elencos competenciales, el art. 21 con las competencias propias y el art. 22 con las competencias ejecutivas de la legislación estatal, además del reconocimiento en el art. 25 de las competencias que en las CCAA corresponden a los municipios y provincias. Por tanto, se debe entender que todas estas competencias deben orientarse al cumplimiento de los objetivos del art. 5 EAMel.

En lo referente de manera más concreta a las competencias que de modo directo incidan en el tema de la cultura y el reconocimiento de su diversidad, estas son realmente pocas. A nuestro entender, aquella que guarda una conexión más directa y palpable sería la competencia prevista en el art. 21.1.15: promoción y fomento de la cultura en todas sus manifestaciones y expresiones. Aquí debe entenderse, en especial por su lectura sistemática con el art. 5.2.h) que esa promoción y fomento deben procurar ante todo el respeto, conocimiento y aprecio de la diversidad cultural, entendiendo en particular el de las comunidades minoritarias y especialmente las relacionadas con la población musulmana.

La otra competencia que podríamos mencionar es la prevista en el art. 21.1.14 sobre patrimonio cultural, histórico y arqueológico, monumental, arquitectónico y científico de interés para la Ciudad. Se trata en verdad de una

competencia muy limitada pero tiene el potencial de poder ser una herramienta útil también para ese conocimiento, respeto y aprecio del patrimonio cultural de las distintas comunidades y, en especial, de la cultura autóctona relacionada con el tamazight. Es verdad que hubiera sido deseable que en esta competencia se incluyera también el patrimonio lingüístico.

Para acabar este epígrafe, queremos terminar este análisis normativo apuntando que también hay referencias a la cultura melillense cuando el Estatuto habla en el art. 4.3 de las comunidades melillenses asentadas fuera de la ciudad de Melilla. Estas podrán colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo melillense y por tanto se habrá de articular fórmulas para que esas comunidades sigan pudiendo mantenerse y expresarse fuera de Melilla. El problema de este artículo es que expresamente no se refiere al carácter plural de esa cultura, que nosotros debemos dar por descontado. Cuando se trata de una sociedad compuesta por diversas tendencias tan marcadas surge el problema de articular desde un solo lugar esta diversidad cultural. Se corre el riesgo aquí que se tutele sólo la visión cultural dominante, dado que, si ya es difícil el reconocimiento de las particularidades musulmanas a nivel local, ello aumenta al tratar de articularlo también en comunidades fuera de la ciudad, que, podemos intuir, no se encontrarán en mejor condición socioeconómica.

3. LA CUESTIÓN LINGÜÍSTICA: EL TAMAZIGHT

El tamazight es la lengua bereber propia de Melilla, que con milenios de historia encuentra en este enclave un lugar en el que se ha mantenido por tradición oral en las familias de origen bereber que han poblado Melilla desde siglos. El tamazight no tiene en la actualidad ningún tipo de reconocimiento jurídico en la Ciudad de Melilla. Acabamos de ver que en su Estatuto de Autonomía se hace una referencia al pluralismo lingüístico, como nota diferenciadora de este Estatuto con el de Ceuta. Es evidente y casi huelga decirlo que esa referencia al pluralismo lingüístico es una clara referencia al tamazight –aunque tampoco podemos olvidar que en la comunidad judía el sefardí también se encuentra presente–.

Nosotros vamos a centrarnos en el tamazight por suponer cuantitativamente una cuestión relevante sobre la que merece una reflexión desde el Derecho constitucional. Lo primero que debemos hacer es llamar la atención de que en todo el Texto estatutario no se hace ni una sola mención expresa a este idioma, siquiera en el Preámbulo. Por tanto, estamos lejos de poder hablar de una mínima regulación estatutaria y por ende muy lejos de poder hablar de una cooficia-

lidad. De hecho, el Estatuto no se preocupa de este tema y, como hemos visto, lo enmarca dentro de los valores de conocimiento, respeto y aprecio del pluralismo cultural y lingüístico que deben propugnarse como objetivo de la Ciudad.

La realidad del trato y reconocimiento del tamazight entronca directamente con el grupo poblacional que lo practica, especialmente en un ámbito doméstico ante la falta de uso en ámbitos institucionales. Pero ello no obsta para que sea común y frecuente que en la vida cotidiana de la Ciudad esta lengua conviva naturalmente con el castellano. El problema lo encontramos precisamente a la hora de cohonestar el contenido estatutario del art. 5.2.h), con ese objetivo claro de promoción y fomento con las dificultades para accionar cambios políticos que traten de hacer factible que los ciudadanos puedan expresarse en su lengua en todos los ámbitos, incluido el momento escolar, donde la enseñanza de la lengua tamazight está fuera del currículo educativo, que en el caso melillense depende directamente del Ministerio. Como señala Fernández García (2015, 123): «La pluralidad de las lenguas es ampliamente aceptada en Melilla pero sin demasiado interés manifestado en lo referente a su mantenimiento y a su valoración.»

El tema lingüístico es siempre polémico y en España carece, a pesar de su intrínseco pluralismo, de un debate sosegado y de una política de consenso sobre uso y reconocimiento de lenguas y dialectos. Las cuestiones catalanas y vascas, paradójicamente han supuesto un freno, en vez de un impulso, a la normalización de las distintas hablas que en todo el territorio peninsular, insular y africano se dan efectivamente; y cuando se hace referencias a las variadas modalidades lingüísticas que existen en nuestro país no deja de tener un punto de folclore y cierto tratamiento de superioridad por parte de una visión del castellano normalizado (o de la lengua oficial autonómica). Esta realidad sociológica por la que las lenguas no reconocidas de manera oficial quedan circunscritas geográficamente a grupos poblaciones concretos tiende a relacionar el uso de una determinada habla con la pertenencia a una comunidad concreta, normalmente con un estatus o reputación social escasos, lo que hace que esa lengua sea percibida de manera subalterna frente al dominio de la lengua oficial (castellano o cooficial autonómica). Esto es lo que ocurre con el tamazight en Melilla, que su uso se encuentra extendido en la normalidad del ámbito doméstico de los habitantes de origen bereber, con condiciones de vida cualitativamente peores que los castellanohablantes.

A esto hay que unir un problema no menor y es el hecho de que Melilla es un enclave de un marcado interés nacional por las difíciles relaciones diplomáticas que el Estado español mantiene con el Reino alauita. Al tratarse de un territorio de frontera y cuya soberanía es reclamada por nuestro vecino marro-

quí esto dificulta el reconocimiento del pluralismo lingüístico, en tanto que los hablantes de tamazight son asociados a la comunidad musulmana, que también está compuesta por emigrantes marroquíes⁸.

Sin embargo, creemos que el punto de partida para considerar las posibilidades reales de que el tamazight alcance un cierto estatus institucional pasa, en primer lugar, por una apuesta política. En este sentido, en la prensa local recurrentemente se hace referencias al estado e impulso del tamazight⁹ pero más recientemente se publicaba una noticia en la que se leía que el Gobierno local se estaba planteando su inclusión en el Estatuto de Autonomía¹⁰, siguiendo el modelo del bable en Asturias, en cuyo Estatuto no se establece la cooficialidad de la lengua propia, pero en su art. 4 se le reconoce protección al tiempo que se promueve su uso, su difusión en los medios de comunicación y su enseñanza, remitiendo a una Ley del Principado su regulación. Al momento de escribir estas líneas no nos consta ninguna acción de propuesta de modificación de Estatuto ni ningún tipo de pronunciamiento de la Asamblea al respecto.

En cualquier caso, y sea como fuere la propuesta, esta necesita ajustarse a la Constitución, que expresamente señala en el famoso art. 3 CE que «Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.» (apdo. 2) y que «La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.» (apdo. 3). Aquí la cuestión importante es que la Constitución marca claramente que las lenguas deben ser españolas y que sus distintas modalidades lingüísticas son patrimonio cultural objeto de protección. En consecuencia, se debe determinar antes que nada si el tamazight es una lengua española.

En este sentido, hay que empezar calificando el tamazight como una lengua minoritaria de acuerdo con la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, del Consejo de Europa, hecha en Estrasburgo el 5 de noviembre

⁸ Como apunta el estudio de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (2008, 157) Melilla es un ejemplo en el que existen frenos al reconocimiento del pluralismo cultural por la cuestión de la soberanía de la plaza. Sería así «un ejemplo de los incentivos negativos a los que se enfrentan las mayorías nacionales para aplicar políticas propias del pluralismo cultural en territorios en los que esa mayoría tiene razones para temer que un aumento de la presencia de la minoría pueda traducirse en una modificación de la soberanía del territorio y/o cuando esa mayoría teme convertirse en minoría. En esos casos la mayoría tiene motivos, basados en su temor a la extinción, para intentar la asimilación de la minoría y por tanto para negar sus derechos culturales.»

⁹ Por ejemplo el artículo de la Agencia EFE «El tamazight pide la palabra» fue recogido por el Faro de Melilla el 2 de enero de 2017 y por La Vanguardia el mismo día.

¹⁰ Paqui Sánchez T. «El Gobierno local quiere «protección» para el tamazight en el Estatuto de Autonomía», Melilla Hoy, 22 de febrero de 2022.

de 1992 y ratificada en España por Instrumento publicado en el BOE de 15 de septiembre de 2001. De acuerdo con su art. 1 se entiende por lengua minoritaria las tradicionalmente practicadas dentro del territorio de un Estado formando un grupo numéricamente más reducido que el resto de la población del Estado y que sean distintas de la lengua oficial del Estado. Excluye expresamente los dialectos de las lenguas oficiales y las lenguas de emigrantes. De acuerdo con las previsiones del art. 2 de la Carta, el Instrumento de ratificación señala que en España tienen la consideración de lenguas regionales o minoritarias, las lenguas reconocidas como oficiales en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Illes Balears, Galicia, Valenciana y Navarra, así como aquellas que los Estatutos de Autonomía protegen y amparan en los territorios donde tradicionalmente se hablan.

Esto último es clave. Así, hay una remisión posible a lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía. Por tanto, aunque expresamente no se ha incluido el tamazight dentro del listado, se ha abierto una vía para reconocerle la protección que otorga la Carta, siempre que se realice una reforma estatutaria. Como no puede ponerse en duda que los Estatutos de Autonomía de Melilla y Ceuta tengan tal condición, aunque no hayan creado Comunidades Autónomas sino Ciudades Autónomas, nada obsta para una lectura que integre éstos dentro de los Estatutos a los que se refiere el Instrumento de ratificación. Por tanto, de acuerdo con la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, el tamazight puede considerarse una lengua minoritaria cuyo ámbito geográfico se reduce a la Ciudad Autónoma de Melilla, pues cumple todos los requisitos. Para poder gozar de las previsiones de protección y entenderse implícitamente incluida en el Instrumento de ratificación debe ser incluida en el Estatuto.

Esto supone también que el tamazight tiene la consideración de lengua española, dado que la Carta excluye las lenguas de emigración. En este punto no creemos que haya dificultad alguna porque el tamazight siempre ha estado presente en la zona, de hecho en la actualidad, Melilla es uno de los reductos de lo que en el pasado fue una lengua común en todo el norte africano (e incluso Canarias) que ha ido sobreviviendo a las distintas olas de pobladores extranjeros, ya desde la época clásica, que ha ido conviviendo con la llegada del latín, del árabe, del castellano, etc. Es verdad que el tamazight es una lengua bereber pero ello no significa que no sea también una lengua española, pues en los más de 500 años que Melilla pertenece al Reino de España nunca ha desaparecido de la ciudad como lengua de los pobladores autóctonos. Si no ponemos en duda la españolidad de Melilla, no podemos excluir un elemento propio y característico de la Ciudad como parte integrante de esa españolidad misma, que por esencia tiene un valor plural, como se extrae con facilidad de

todos los preceptos constitucionales que entroncan siempre con la cuestión cultural y territorial. Las lenguas no conocen de fronteras, sino de personas. En la Península se sabe bien cómo sus lenguas romances no encajan en el puzzle político del mapa autonómico —aunque nos quieran hacer creer lo contrario—: por ejemplo, el catalán es lengua oficial de Andorra y se habla en zonas de Cerdeña o en La Franja aragonesa, el vasco se extiende por el País Vasco francés, el gallego está presente en el Bierzo y el portugués penetra en Extremadura. Además, el tamazight no tiene estatus oficial en ningún territorio y en consecuencia no puede considerarse una lengua extranjera que también se habla en Melilla. Insistimos en la idea: el tamazight es una lengua bereber propia de Melilla y como tal forma parte del pluralismo cultural y de la idiosincrasia de la Ciudad. Que sea una lengua que se extiende también, lógicamente, por toda la zona bereber no la excluye de ser lengua propia y por tanto elemento característico de la diversidad cultural melillense, como ya se reconoce implícitamente en el Estatuto en el art. 5.2.h), que ya hemos estudiado.

En resumen, el tamazight es una lengua española que se habla en la Ciudad de Melilla y que entra en la denominación de lengua minoritaria conforme a la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias. El Estatuto de Autonomía de Melilla no la nombra expresamente pero tiene como objetivo el conocimiento, respeto y aprecio de su pluralidad lingüística, es decir, implícitamente pone en valor el tamazight. No obstante, este objetivo tiene que tener una traducción en políticas públicas concretas, que normalicen su presencia más allá del ámbito doméstico.

Ahora bien, no hace falta llegar a la cooficialidad para que una lengua minoritaria goce de una total protección y pueda usarse con normalidad. Hay distintos grados en los que se puede articular una cierta presencia institucional de la lengua minoritaria, de tal modo que pueda existir señalética institucional en ese idioma, haya espacios en los medios de comunicación social o que sus hablantes puedan usarla en sus relaciones con distintos agentes públicos. Pero lo realmente importante para una lengua es que pueda ser transmitida y enseñada de manera reglada, es decir, que en las escuelas al menos los nativos puedan aprender bien su propio idioma. En un tiempo en que la uniformidad que traen consigo las redes sociales y la globalización, las lenguas minoritarias corren el riesgo de la desaparición porque normalmente su nivel reputacional no puede enfrentarse al predominio de la lengua dominante. ¿Qué sentido tienen que una niña melillense reciba clases en inglés y no pueda hacerlo en la lengua que luego habla en su casa? Estamos en un mundo en el que, aquello que no se aprenda en las escuelas seguramente se mal aprenderá a través de las redes sociales, distorsionando todo un acervo cultural, y en consecuencia em-

pobreciendo la riqueza de, en este caso, una ciudad que en su ADN lleva la de ser un puerto donde las culturas se mezclan y conviven.

Con las herramientas actuales, y con voluntad política, se puede como mínimo hacer cumplir el mandato estatutario. Una lengua se conoce, se respeta y se aprecia si desde el nivel institucional se le da el trato digno que sus mismos hablantes se merecen. Por ello, hay aún un amplio recorrido para poner en valor el tamazight sin necesidad de forzar tampoco posiciones de impostura por un mero oportunismo electoral y, sobre todo, sin pretender ir más allá de lo que la realidad social de la población demanda y desea.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA DE REFORMA ESTATUTARIA

La diversidad cultural es un elemento transversal en el Estatuto de Autonomía de Melilla. El análisis normativo realizado ha demostrado que el elemento cultural conforma un pilar estructural de la organización jurídico-política de la Ciudad de Melilla. Ya desde el Preámbulo se apuntan los valores que son protegidos en forma de objetivos, donde se comparte además una visión holística de la necesidad de protección y fomento del pluralismo cultural intrínseco de la sociedad melillense, conformada por cuatro grandes comunidades ligadas a las religiones cristiana, musulmana, judía e hindú. Asimismo en las competencias se dan herramientas para la protección del pluralismo cultural.

La única diferencia entre el Estatuto de Melilla y el de Ceuta radica precisamente en el hecho de que el pluralismo lingüístico aparece en el Texto melillense. Y ello es debido a la presencia ancestral en la ciudad del tamazight, lengua de origen bereber que pertenece ineludiblemente a la idiosincrasia de Melilla y, en consecuencia, debe ser considerada como parte de la riqueza del patrimonio lingüístico español. En este sentido, encontraría un reconocimiento constitucional conforme al art. 3.3 CE. Así, tanto de la Constitución como del Estatuto, el tamazight encuentra el impulso normativo del más alto nivel para que puedan llevarse a cabo políticas públicas que cumplan con el objetivo estatutario de conocimiento, respeto y aprecio que debe despacharse a la diversidad cultural y lingüística de Melilla. Una lengua es quizá la máxima expresión de una cultura luego toda tutela cultural debe ir acompañada de una especial protección de la lengua.

El tamazight cumple con todos los parámetros para ser considerada lengua minoritaria conforme a la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias, que en 2001 fue ratificada por España. En este Instrumento se abre la vía

para que el tamazight pueda acogerse a la protección prevista en la Carta si se incluye una referencia en el Estatuto. Efectivamente, consideramos que la referencia implícita no es suficiente y por ello abogamos por una reforma estatutaria que incluya expresamente el tamazight como lengua propia de Melilla.

En este sentido, habría que plantearse sobre el alcance de la reforma estatutaria. La máxima aspiración podría ser incluirlo como lengua cooficial, buscando un régimen similar al previsto en el art. 3.2 CE. Sin embargo, no creemos que sea necesario dar este paso, siquiera lo consideramos oportuno, porque pueden surgir dudas constitucionales al respecto. Al fin y al cabo la Constitución expresamente se refiere en este artículo a los Estatutos de las Comunidades Autónomas y bien sabemos que el Estatuto no crea una Comunidad Autónoma sino una Ciudad Autónoma y, en nuestra opinión, esto hace que no pueda hacerse cooficial, salvo por reforma constitucional.

Cuestión distinta es que el Estatuto de Autonomía sí pueda ser equiparable, con sus especialidades, al resto de Estatutos que conforman el mapa autonómico. El propio Preámbulo de los Estatutos africanos expresamente los enmarca en el proceso autonómico. Así, creemos que el Estatuto de Melilla sí entraría en el concepto de Estatuto de Autonomía al que hace referencia el Instrumento de ratificación de 2001 de la Carta de las Lenguas, máxime cuando previamente ha expresado el elenco de lenguas regionales ya reconocidas de manera oficial en sus respectivas Comunidades. Este *numerus apertus* debe interpretarse de manera favorable a la inclusión del tamazight como lengua minoritaria conforme a los criterios de la Carta, siempre que se encuentre recogido de manera expresa en el Estatuto.

Este reconocimiento estatutario puede llevarse a cabo de diversas maneras, en función del grado de introducción en la vida institucional que se quiera para el tamazight. Podría ir desde una expresa mención en el actual art. 5.2.h) EAMel hasta una inclusión en un artículo o apartado propio en el que se reconociera su particularidad como lengua minoritaria y se le otorgara un nivel de protección deseable de acuerdo con el número de habitantes que en su entorno doméstico lo usan. Siguiendo esta senda, el gran cambio sería que el propio Estatuto obligara a su enseñanza en las escuelas para protegerlo, precisamente, de la desaparición. Como la educación es competencia estatal, aquí se observaría una verdadera voluntad de respeto de la Autonomía concedida a la Ciudad si las Cortes Generales votasen a favor de esta reforma.

Es verdad que el tema de la enseñanza podría realizarse ya con el marco normativo actual, dado que una interpretación del art. 23 EAMel¹¹ al menos otorgaría a la Ciudad la capacidad de solicitar al Ministerio que en la programación de la enseñanza en Melilla se incluyera la enseñanza del tamazight al menos para los nativos. Sin embargo, si el propio Estatuto lo recogiera se evitaría depender de la voluntad política de la mayoría gubernativa de turno. Y se conseguiría, además, la que consideramos que es la cuestión más importante para una lengua: que pueda ser aprendida de manera reglada. Una lengua minoritaria tendría el más alto grado de protección si puede ser enseñada. En consecuencia, mucho más importante es a nuestro entender el que el tamazight entre en las escuelas, al menos para los nativos, que abanderar una lucha por la cooficialidad, que se enfrentaría a unas variables que seguro frenarían ese propósito aparentemente menor.

Como hemos podido comprobar, la especial situación territorial de Melilla convierte a este enclave en una posición de interés nacional que marca la estrategia diplomática de todo el Estado. El ser un territorio de soberanía discutida afecta a su propia configuración estatutaria y ha supuesto un freno a la actuación de la DT 5.^a CE sobre la conversión de Ceuta y Melilla en Comunidades Autónomas. Estos frenos afectan también a las políticas de integración cultural y no podemos esquivar el hecho de que la protección del tamazight en un Estado como el español daría un estatus a esta lengua que no tendría en ningún otro territorio del mundo. Por ello su regulación estatutaria debe hacerse con inteligencia política y de modo que se piense en la realidad de los habitantes melillenses, sus aspiraciones y anhelos. Solo con esta ponderación se puede justificar el posible conflicto diplomático que podría suponer el convertir el tamazight en una lengua normalizada a nivel institucional.

En cualquier caso, la regulación estatutaria no debe pecar de exceso ni pretender agotar en su dicción todos los aspectos relativos al tamazight. Debe ser una norma abierta que permita un desarrollo tranquilo, un impulso que no pueda obviarse por la mayoría gobernante, un texto que se limite a reconocer la realidad de la existencia del tamazight y la necesidad de su protección. Nuestra apuesta, pues, iría por la creación de un artículo específico, con naturaleza de mandato, que recogiendo el guante del art. 3.3 CE y teniendo en cuenta la finalidad de la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias, reconociera el tamazight como lengua propia de Melilla, que el Estado y

¹¹ Artículo 23: «En el marco de la programación general de la enseñanza, la ciudad de Melilla pondrá a la Administración del Estado las peculiaridades docentes a impartir en los centros, atendiendo a las necesidades que se estimen prioritarias para la comunidad melillense.»

la Ciudad se comprometen a proteger mediante su conocimiento, respeto y aprecio de acuerdo con una política local que ponga en valor la cultura que sustenta. Ello debería ir aparejado, en nuestra opinión, de una reforma del Preámbulo en el que con prosa solemne se reconociera el tamazight como parte clave de ese crisol de culturas que es nuestra Ciudad de Melilla. De este modo, la diversidad cultural se vería realmente reforzada en la norma institucional básica de Melilla.

5. REFERENCIAS UTILIZADAS

- BALAGUER CALLEJÓN, F. (1998)– «Naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía de la ciudad autónoma de Melilla», en M. J. Fernández Pavés, *Estatuto de Autonomía y régimen fiscal de Melilla*, Cedecs, Barcelona-
- CARBONELL PORRAS, E. (2001). «La naturaleza jurídica de Ceuta y Melilla y su encuadramiento en la estructura territorial del Estado», *Revista española de derecho administrativo*, n.º 110, pp. 251-268.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2015). «Repensar las fronteras lingüísticas del territorio español: Melilla entre mosaico sociológico y paradigma lingüístico», *ELUA*, n.º 29, pp. 105-126.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (2008). «Los frenos al pluralismo cultural en territorios de soberanía discutida: los casos de Ceuta y Melilla», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 140, pp. 135-161.
- HÄBERLE, P. (2017). «La ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 27, en línea: https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/04_HABERLE.htm
- HERNÁNDEZ LAFUENTE, A. (1995). *Estatutos de Autonomía para Ceuta y Melilla*, Algazara, Málaga.
- LÓPEZ MIRA, Á. X. (1998). «Ceuta y Melilla: ¿Comunidades Autónomas o peculiares entidades locales?», *Revista de Derecho Político*, n.º 43, pp. 147-156.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. J. (2005). «Naturaleza jurídica de las Ciudad Autónoma de Melilla», *Revista de Derecho Político*, n.º 62, pp. 269-274.
- MONTILLA MARTOS, J. A. (1999). «La asimetría de las Ciudades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 57, pp. 65-86.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (1998). «Ceuta y Melilla, ¿Ciudades con Estatuto de Autonomía o Comunidades Autónomas con Estatuto de heteroorganización?», *REALyA*, n.º 277.

Artículos de prensa:

- AGENCIA EFE, «El tamazight pide la palabra», 2 de enero de 2017.
- PAQUI SÁNCHEZ, T. «El Gobierno local quiere «protección» para el tamazight en el Estatuto de Autonomía», *Melilla Hoy*, 22 de febrero de 2022.

Constitución económica y finanzas

DEMATERIALIZZAZIONE DELLA RICCHEZZA E NUOVE SFIDE PER LE FINALITÀ REDISTRIBUTIVE: L'IMPATTO PANDEMICO E LE PROSPETTIVE EUROPEE

ALESSIA TOMO¹
University of Antwerp

SOMMARIO: 1. *Costituzionalismo?*–2. *Un fatto: i dati come nuova «controprestazione»*–3. *Giustizia fiscale e finalità redistributive: le problematiche create dal mondo dell'economia digitale*–4. *L'impatto pandemico: Next Generation EU, solidarietà e nuove entrate proprie per finanziare il bilancio dell'Unione europea*–5. *Governance europea e no taxation without representation*–6. *Entrate proprie e finalità redistributive: un volano per un costituzionalismo europeo*.

1. COSTITUZIONALISMO?²

In letteratura è stato coniato il neologismo *Onlife*, che lucidamente individua come, oggi, la realtà fisica e la realtà digitale siano ormai inevitabilmente e irreversibilmente interconnesse (Floridi, 2017; Papa, 2020)³. Produciamo una «incalcola-

¹ Postdoctoral Researcher presso l'Università di Anversa (Belgio) e dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope, in cotutela con l'Università Complutense di Madrid.

² Appare doveroso segnalare che le riflessioni di cui al presente contributo derivano dal suggestivo titolo della VI edizione del Convegno internazionale «Seminario Italo-Spagnolo», *¿Constitucionalismo?*, che ha indotto l'autrice a svolgere una riflessione su una tematica che appare cruciale nel definire, in un futuro ormai imminente, le sorti del costituzionalismo nazionale ed europeo.

³ In particolare si veda PAPA (2020), la quale autorevolmente osserva come «L'affermarsi delle tecnologie digitali ha, come è noto, intensificato in modo esponenziale la formazione, la circolazione e l'aggregazione di dati e informazioni che, aspetto questo di particolare rilievo, sono oggi nella maggior parte dei casi il risultato dell'interazione tra gli utenti del web e della profilazione, che dalla stessa scaturisce».

bile» quantità di dati in ogni secondo della nostra vita; dati che sono raccolti, aggregati e utilizzati per «allenare» l'adozione di decisioni algoritmiche. È, infatti, noto che proprio grazie alla sempre più ingente mole di dati prodotta a far data dal 1992, ovvero dalla creazione del *world wide web* (www), si è reso possibile l'attuale sviluppo di quella definita come «nuova stagione» dell'intelligenza artificiale⁴. Del resto, oggi, questa produzione di dati è aumentata esponenzialmente, principalmente poiché viviamo in una realtà «perennemente connessa», ove produciamo – spesso inconsapevolmente – dati mediante l'utilizzo di quasi tutti gli «oggetti» della nostra quotidianità, grazie allo sviluppo della c.d. *Internet of things*⁵, così producendo dati anche quando non «materialmente» connessi alla rete internet.

Appare allora rilevante effettuare una riflessione per delineare le motivazioni per le quali oggi proprio i dati e, in particolare, l'agglomerato di dati, i c.d. big data, sono stati definiti come il «nuovo petrolio» del mondo digitale (Rotella, 2012; Newman, 2014)⁶ nonché per individuare quali categorie di dati sono alla base del funzionamento delle decisioni «algoritmiche» che, soprattutto in ambito privatistico, si sono rivelate utili ad assumere decisioni sempre più efficaci, efficienti e idonee a garantire un significativo arricchimento delle imprese operanti nell'ambito della c.d. economia digitale (Messina, 2019)⁷, ove, dunque, i

risce, e danno la misura di quanto sia incessante la creazione e lo scambio di informazioni nella Internet society e di come, accanto ad una realtà fisica, si sia ormai formata una realtà digitale, in costante evoluzione e diversificazione».

⁴ In dottrina è stato difatti attentamente evidenziato che attentamente evidenziato «tanto più ampia, infatti, sarà la mole di dati messa a disposizione per alimentare il sistema di *machine learning*, tanto maggiore risulterà la capacità di apprendimento del sistema, e tanto più precisa ed efficace sarà la risposta data dall'algoritmo al problema posto», così ZUDDAS (2020).

⁵ Secondo la definizione fornita dall'International Telecommunication Union nel 2013, con il termine «Internet of things (IoT)» ci si riferisce alla «*global infrastructure for the information society, enabling advanced services by interconnecting (physical and virtual) things based on existing and evolving interoperable information and communication technologies*». Si ricorda che Big Data, Cloud computing e Internet of Things costituiscono i tre elementi fondanti la strategia europea denominata Digital Single Market – COM(2015) 192 final, Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions, A Digital Single Market Strategy for Europe, 2015.

⁶ Per ulteriori approfondimenti si vedano ROTELLA (2012) e NEWMAN (2014), il quale argomenta «*The increasing mass control of consumer data by providers of online search, social media, advertising-supported websites, and apps is an additional factor complicating the neoclassical economic story. In the rise of «big data», the «new oil». A of the information economy, control of information has been skewed towards a few players with both the concentrated data processing power and supply of user data to dominate a particular sector*». Si vedano anche Fortune, Why Data is the New Oil, Luglio 2016; The Economist, The world's most valuable resource is no longer oil, but data, Maggio 2017.

⁷ In particolare MESSINA (2019) ha evidenziato che «*Data has been becoming a key asset for the economy and our society, along with traditional factors of production (labor, land, capital). A strategic resource and a driver for the general growth and cultural wealth, which put the individual at the center of digital society. In a more and more connected world, in fact, everything (or almost) turns around the individual and the related data experiences. Therefore, the extraordinary capacity provided by platforms to collect, aggregate and reorganize enormous amount of data has enabled the rise of business models based on big data*».

dati sono diventati la porzione più remunerativa della relativa catena del valore (Porter, 1985), così garantendo a queste ultime – con specifico riferimento ai c.d. «giganti della rete» – un importante vantaggio competitivo nell’ambito di un mercato digitale e «senza frontiere», che può godere della caratteristica a-territorialità della rete (Ghedini, Ghiglioni, 2016; Mayer-Scönberger, K. Cukier, 2013).

Questo fenomeno sta conseguentemente ponendo in crisi i meccanismi di funzionamento dei rapporti tra governanti e governati, nella forma di stato democratico-pluralista, poiché sembra che l’unica «certezza» dell’odierno mercato globale – che non è più sottoposto alle scelte politiche nazionali, ma tende, piuttosto, ad influenzarle – sia quella dell’estremo «valore» dei dati, secondo quanto individuato della dottrina costituzionale, privatistica, commerciale, nonché tributaria. È difatti comprensibile che, nello specifico ambito tributario, tale circostanza era già stata sollevata anni fa dall’OCSE che aveva evidenziato il rilievo economico delle possibili esternalità intangibili (principalmente dati personali) derivanti dall’offerta di prodotti asseritamente «gratuiti».

Si tratta ormai di una circostanza pacifica anche in giurisprudenza (principalmente amministrativa) e più recentemente riconosciuta anche dal legislatore europeo che, come si approfondirà *infra*, ha espressamente individuato che i dati personali possano oggi costituire una forma di «controprestazione».

Ciò premesso, il presente contributo mira ad evidenziare, mediante un’analisi dottrina e normativa del fenomeno, nonché in una prospettiva *de iure condendo*, come, a fronte di tale «certezza», risiede tuttavia la consapevolezza dell’inadeguatezza dei tradizionali sistemi di tassazione a fronteggiare le nuove manifestazioni di ricchezza, principalmente intangibile, che, dunque, rappresentano la sfida di questa nuova fase storica: nel mondo dell’economia digitale entrano in crisi quelli definibili come i «capisaldi» dell’imposizione tributaria, quali la territorialità e la misurazione della ricchezza prodotta e risulta dunque difficile «colpire» queste nuove «manifestazioni di capacità contributiva», che stravolgono l’ordinaria configurazione dei presupposti impositivi (si pensi ai tradizionali indici di capacità contributiva, quali reddito, patrimonio e consumo).

La questione ha, evidentemente, ad oggetto un problema di giustizia fiscale: all’arricchimento dei «giganti del web» non si sta accompagnando una «giusta» contribuzione e una connessa e necessaria redistribuzione della ricchezza. Tale circostanza appare la causa di una crisi della tradizionale capacità redistributiva degli Stati nazionali, cui è conseguita una minore tutela dei diritti sociali e un contestuale aumento delle diseguaglianze.

Queste problematiche, già attenzionate in dottrina da alcuni anni, sono emerse in maniera dirompente nel corso dell’emergenza pandemica, durante la

quale sono soprattutto le grandi imprese multinazionali ad aver visto un aumento dei propri profitti, a fronte di una grave crisi del mondo dell'economia «reale».

Non è dunque un caso se la tematica della imposizione tributaria di tali nuove manifestazioni di capacità contributiva abbia ripreso peculiare vigore, soprattutto nell'ambito dell'ordinamento europeo, nel più generale contesto volto alla previsione di potenziali nuove entrate proprie dell'Unione, volte a «ristorare» il bilancio europeo a fronte dell'imponente piano di investimenti varato con il *Next Generation EU*. Difatti è stata conseguentemente prevista non solo la possibilità di innalzare il massimale delle preesistenti risorse proprie, ma anche di introdurre nuove entrate proprie per il bilancio dell'UE, tra le quali, oltre specifiche entrate volte a perseguire finalità ambientali, trovano sede – per quanto attiene la presente analisi – anche la previsione di un'imposta sugli «extra-profitti» delle imprese – sulla scia delle c.d. *windfall taxes* di epoca bellica – e, ancora, viene ribadita la necessità di introdurre un'imposta europea sui servizi digitali.

Orbene, il presente lavoro si propone di analizzare la fattibilità di tali proposte, pur dovendosi a tal fine soffermare su una, seppur breve, riflessione sul sistema delle fonti e sulla tematica della rappresentatività in ambito europeo, chiedendocisi se e come l'istituzione di simili prelievi possa conciliarsi con i limiti imposti dalle costituzioni democratiche degli Stati membri in tema di adozione di nuovi tributi. Tuttavia, si anticipa sin d'ora, questa circostanza, anziché essere letta come limite, potrebbe oggi costituire l'occasione per ripensare e, magari, procedere ad una revisione dell'attuale sistema di *governance* europea, nella consapevolezza che trattasi di una tematica che coinvolge anche un possibile contrasto tra sovranità e globalizzazione e nell'ambito del quale si presenta come necessaria la identificazione di una «soluzione» che, dinanzi ad un fenomeno globale, non dovrebbe trovare sede in (mere) – adottate ed adottande – previsioni nazionali e unilaterali. L'obiettivo è di porre in evidenza il fondamentale ruolo che la fiscalità può giocare nell'evoluzione di un ricercato costituzionalismo europeo.

2. UN FATTO: I DATI PERSONALI COME NUOVA «CONTROPRESTAZIONE»

Secondo quanto evidenziato principalmente in ambito privatistico, i dati assunto valore soprattutto quando aggregati nella forma dei c.d. *big data*. Sebbene di tale nota terminologia non esista una definizione giuridicamente vincolante, è apparsa particolarmente esaustiva la definizione fornita dall'Agcom,

per la quale con tale termine «si fa riferimento (...) alla raccolta, all'analisi e all'accumulo di ingenti quantità di dati (...) provenienti anche da fonti diverse» (AGCOM, 2018)⁸. Si tratta, in ogni caso, di un fenomeno ampiamente analizzato in dottrina, alla quale si deve la formulazione delle originarie «3V» dei big data (Laney, 2001): volume, velocità, varietà, alle quali sono state «pacificamente» aggiunte le ulteriori due «V» di veracità e valore.

Come anticipato, i dati sono stati definiti come il «nuovo petrolio» del mondo digitale. Tuttavia, altri autori hanno sostenuto che, in realtà, i dati non sono come il petrolio⁹, in quanto non sono beni deperibili, ma viceversa possono avere un valore anche superiore a quello del petrolio, poiché possono – potenzialmente – essere utilizzati illimitatamente. Difatti, in letteratura si parla di «*data-driven economy*», come termine che rimanda a tutti i possibili usi «economici» dei dati degli utenti¹⁰.

Si tratta di un fenomeno ormai irreversibile. È stata difatti lucidamente evidenziata l'essenzialità dei big data affermando che «*much of modern economy activity simply couldn't take place without it*» (McKinsey Global Institute, 2011) motivo per il quale, di contro, la soluzione prospettata in dottrina sia stata quella di «reinventare il capitalismo» (Mayer-Schönberger, Ramge, 2018)¹¹.

Si tratta di una circostanza ormai pacifica anche in giurisprudenza. In particolare, anche sulla scia di quanto accaduto nell'ordinamento tedesco¹², in ambito italiano grande clamore, anche mediatico, hanno suscitato alcune pronunce dapprima dell'AGCM e successivamente della giurisprudenza amministrativa nei confronti della piattaforma *Facebook*, nelle quali è stato espressamente rilevato il «fenomeno della «patrimonializzazione» del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali»¹³.

⁸ AGCOM, Big data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS, Giugno 2018

⁹ Per un approfondimento si vedano MAYER-SCÖNBERGER, CUKIER (2018), OREFICE (2018), MANDEL (2017).

¹⁰ Per un approfondimento si veda nuovamente AGCOM, *Big data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, cit

¹¹ Per un approfondimento si veda MAYER-SCÖNBERGER, RAMGE (2018), p. 3.

¹² Un primo caso si è svolto in Germania ove Facebook è stata condannata per abuso di posizione dominante dal Bundeskartellamt (Autorità tedesca per la concorrenza) ed oggi pendente dinanzi all'Autorità giudiziaria tedesca ove il provvedimento è stato impugnato. Per un approfondimento si rinvia a ZENO-ZENCOVICH, 2019; THOBANI, 2019; GOBBATO, 2019.

¹³ Anche in ambito nazionale italiano i principali casi oggetto di attenzione giurisprudenziale hanno visto come protagonista la piattaforma Facebook che è stata condannata dall'AGCM nel 2018, in quanto è stato rilevato che la piattaforma aveva posto in essere pratiche commerciali scorrette derivanti dall'utilizzo dei dati dei propri utenti per finalità commerciali. Tale provvedimento è stato impugnato dinanzi al Tar Lazio che, con sentenze n.ri 260 e 261 del 2020 ha parzialmente confermato il provvedimento dell'*Authority*, enfatizzando il rilievo del «fenomeno della «patrimonializzazione» del dato personale, ti-

Da ultimo, conseguentemente, i dati personali sono stati ormai riconosciuti come «controprestazione» anche da recenti interventi del legislatore europeo. Il riferimento è rivolto alla Direttiva (Ue) 2019/770, nella quale, all'art. 3, il dato personale «fornito» dall'utente di una piattaforma, viene espressamente riconosciuto come «controprestazione contrattuale». In particolare, al relativo paragrafo 1, si legge che «La presente direttiva si applica a qualsiasi contratto in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo. La presente direttiva si applica altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico (...)»¹⁴.

Del resto, come anticipato, in ambito tributario tale circostanza era già stata sollevata dall'OCSE che nel 2015 aveva rilevato che «*The digital economy is characterised by an unparalleled reliance on intangibles, the massive use of data (notably personal data), the widespread adoption of multi-sided business models capturing value from externalities generated by free products, and the difficulty of determining the jurisdiction in which value creation occurs*» (OCSE, 2015)¹⁵.

3. GIUSTIZIA FISCALE E FINALITÀ REDISTRIBUTIVE: LE PROBLEMATICHE CREATE DAL MONDO DELL'ECONOMIA DIGITALE

Appurato il valore dei dati personali, grazie ai quali si stanno diffondendo sempre più dei modelli di *business* fortemente basati sulla partecipazione degli utenti (*rectius* dei dati degli utenti¹⁶) e, dunque, su asset intangibili, appare conseguentemente necessario evidenziare l'inadeguatezza dei tradizionali sistemi di tassazione a fronteggiare le nuove manifestazioni di ricchezza, principalmente intangibile. Questo in quanto, come anticipato, si può considerare che nel mondo

pico delle nuove economie dei mercati digitali». Tale sentenza è stata recentemente confermata anche dal Consiglio di Stato con sentenza 29 marzo 2021, n. 2631. Per un approfondimento si vedano GOBBATO (2020), MIDIRI (202), FONSI (2021).

¹⁴ Si veda, Direttiva (Ue) 2019/770 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 «relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali». Tale direttiva è stata recepita in Italia con d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173.

¹⁵ Per un approfondimento si veda OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1, 2015 Final Report*.

¹⁶ Sembra difatti necessario enfatizzare come la digitalizzazione ha cambiato il ruolo degli utenti, consentendo loro di essere sempre più, spesso inconsapevolmente, coinvolti nel processo di creazione del valore.

dell'economia digitale «entrino in crisi» quelli definibili come i «capisaldi» dell'imposizione, quali la territorialità e la misurazione della ricchezza prodotta.

In merito all'elemento della territorialità, le problematiche nello specifico campo di indagine¹⁷ attengono l'impossibilità di adottare i «tradizionali» strumenti del diritto tributario internazionale volti a colpire i redditi prodotti dalle imprese internazionali (quali il concetto di stabile organizzazione), in quanto ormai inidonei a fronteggiare l'immaterialità che connota il mondo digitale; si tratta di disposizioni – attualmente ancora in vigore – che, tuttavia, sono state ideate all'inizio del XX secolo e nate per regolare l'imposizione sui redditi prodotti delle «tradizionali» imprese fisiche, caratterizzate dalla «materialità» della produzione e, pertanto, volte a individuare la potestà impositiva del luogo in cui veniva prodotto il valore. Questo criterio è ontologicamente inadeguato a fronteggiare la creazione di valore nel mondo digitale, ove possono mancare tanto la «fisicità» dei beni, quanto la «fisicità» delle medesime aziende¹⁸. E, difatti, anche la Commissione europea, già nel 2017, ha affermato che «Le norme fiscali internazionali, essendo state inizialmente concepite per le imprese «fisiche», presentano lacune e sono ormai superate»¹⁹. Come anticipato, viceversa, grazie alla caratteristica a-territorialità della rete, le *digital companies* possono raggiungere un mercato potenzialmente globale a prescindere dalla loro (eventuale) collocazione «fisica». Questa circostanza ha dunque dimostrato che i sistemi fiscali tradizionali non sono più efficienti nel risolvere due tipi di problemi. In primo luogo, nella consapevolezza delle asimmetrie presenti nelle diverse legislazioni nazionali – c.d. concorrenza fiscale dannosa²⁰ –, viene

¹⁷ Per quanto la tematica non è volutamente oggetto della presente analisi, ci si limita ad evidenziare che è noto che, in termini più generali, il concetto di «territorio», quale elemento costitutivo dello Stato, è entrato in crisi a causa della globalizzazione e della diffusione del *web*, dunque non solo nell'ambito d'indagine prescelto nel presente contributo. Per un approfondimento si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività a ANTONINI (2017), SALAZAR (2017), SCACCIA (2017), D'ALOIA (2021).

¹⁸ Si precisa, in ogni caso, che, condivisibilmente, in dottrina sono state autorevolmente poste in luce le differenze tra attività connotate da un elevato grado di dematerializzazione, e quelle che, mantenendo un contatto con il mondo «fisico», utilizzano la rete per il processo distributivo. Si vedano in merito le autorevoli considerazioni di GIOVANNINI (2022), il quale ha evidenziato che «Per le attività prive di contatto materiale con luoghi e persone, infatti, la rete non è solo «strumento», ma anche «luogo» di produzione della ricchezza. Ecco perché sono queste le attività che compromettono o sembrano compromettere la sovranità territoriale e dunque la capacità contributiva come espressione dei doveri politici di chi ricade in una giurisdizione territoriale data». Mentre «Nelle attività che mantengono collegamenti con i luoghi tangibili, la digitalizzazione è solo uno degli strumenti di svolgimento dell'attività o di dislocazione della ricchezza, non è anche il luogo o tutto il luogo della sua produzione».

¹⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM(2017) 547 *final*, del 21 settembre 2017.

²⁰ Per un approfondimento si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività, le autorevoli considerazioni di PERRONE (2019), il quale evidenzia che «L'Europa ha cercato di fronteggiare questo fenomeno, ma sembra che fino ad oggi sia stata spinta principalmente dall'obiettivo di garantire il mercato unico, ravvivando nella concorrenza fiscale dannosa un fattore di distorsione che si frappone al raggiungimento di

«offerta» alle *web companies* la possibilità di trasferire la propria sede legale in Paesi con livelli impositivi più favorevoli, così consentendo alle stesse di «spostare» i profitti derivanti dalle attività digitali al fine di evitare o, quantomeno, ridurre l'assoggettamento all'imposizione fiscale, pur potendo continuare a beneficiare di un mercato globale²¹. Si tratta di una circostanza che ha indotto la dottrina a elaborare il concetto di «*disappearing taxpayer*»²²: soggetto in grado di produrre un reddito «apolide» e ottenere una c.d. «doppia non imposizione»²³.

In relazione alla «quantificazione della ricchezza» prodotta dalle *digital companies* si evidenzia che, pacificamente, questa derivi, in virtù delle considerazioni di cui al precedente paragrafo, anche dai «dati personali» che i singoli utenti forniscono – spesso inconsapevolmente – nel corso della navigazione in Rete²⁴. Pertanto, sono gli utenti che creano nuova ricchezza immateriale, che costituisce una possibile nuova «materia imponibile».

Il nucleo «centrale» della nuova ricchezza deriva, dunque, da elementi caratterizzati da un grado elevato di immaterialità, ovvero dallo scambio di dati, immateriali, intangibili e, inevitabilmente, difficili da quantificare, individuare e assoggettare ad imposizione, poiché per «calcolarne» il relativo valore non è possibile utilizzare gli ordinari parametri reddituali. Siamo dunque dinanzi alla creazione di un «maggior valore» che deriva da nuove e ancora quasi inesplorate «manifestazioni di capacità contributiva», che stravolgono l'ordinaria concezione delle forme di tassazione dei tradizionali indici di capacità contributiva, quali il reddito, il patrimonio e il consumo.

quell'obiettivo. Non sembra, invece, che sia stata adeguatamente valutata l'incidenza che la riduzione del gettito può avere sulla tutela dei diritti sociali all'interno dell'Unione».

²¹ Questa problematica si presenta, dunque, per entrambe le tipologie di attività in rete delineate nella precedente nota n. 15, sia quelle connotate da una totale dematerializzazione, che quelle che sfruttano la rete per la sola fase di commercializzazione dei propri prodotti o servizi. Per un approfondimento si veda SELICATO (2021), il quale rileva che «è stato calcolato che, per circa la metà, l'utile ante imposte delle prime multinazionali al mondo del web e del software (con fatturato superiore agli 8 miliardi di euro), è tassato in nazioni a fiscalità privilegiata, con un risparmio fiscale cumulato nel periodo 2014-2018 di oltre 49 miliardi di euro. Nel 2018, le 14 filiali delle multinazionali del web-soft presenti in Italia e di cui sono disponibili i bilanci, hanno ottenuto un fatturato complessivo di 2,4 miliardi di euro e hanno pagato tasse per 64 milioni. Il tax rate effettivo medio di queste multinazionali è del 33%, ma il loro giro d'affari in Italia è ben più ampio poiché la sua gran parte è localizzata all'estero. In Italia, secondo la stessa ricerca, rimane solo il 14% della liquidità totale delle società considerate, mentre attraverso il sistema di cash pooling (che consente di trasferire risorse da una società all'altra all'interno del medesimo gruppo) l'84,7% va a confluire in altri Paesi europei a fiscalità agevolata: Paesi Bassi, Lussemburgo e Irlanda sono tra le principali destinazioni».

²² Cfr. The Economist, *The disappearing taxpayer*, 1997. Questo concetto è stato richiamato in dottrina da DEL FEDERICO (2019), p. 487, HINNEKENS (2004), pp. 798 ss.

²³ Cfr., per tutti, PISTONE (2021).

²⁴ Questa circostanza si presenta sia per le imprese digitali caratterizzate da un elevato o totale grado di dematerializzazione, sia per le imprese che, pur essendo caratterizzate dalla materialità dei propri prodotti, utilizzano la rete per la fase di commercializzazione, «arricchendosi» comunque dei dati dei propri utenti.

Tale situazione genera un problema di giustizia fiscale: le grandi multinazionali del *web* si stanno arricchendo sconvolgendo il mondo dell'economia reale grazie all'utilizzo dei dati degli utenti e, a tale arricchimento, non si sta accompagnando una «giusta» contribuzione, ed una connessa e necessaria redistribuzione di tale ricchezza.

È evidente che la questione ha rilevanti implicazioni costituzionali. Difatti, non solo, a monte, ha chiare ricadute sulla sovranità statale²⁵, ma, per quanto attiene il presente contributo, la problematica implica che vengano poste conseguentemente «in crisi» le finalità solidaristiche sulle quali si basano gli ordinamenti democratici occidentali. La digitalizzazione e globalizzazione dell'economia sono causa di una crisi della tradizionale capacità redistributiva che conduce ad una sempre minore tutela dei diritti sociali e ad un contestuale aumento delle disuguaglianze²⁶: quel *web* creato nel 1992 ad opera di due scienziati del Cern di Ginevra e mai brevettato, proprio per garantire libertà di navigazione e «uguaglianza» degli utenti, è tuttavia diventato oggi la fonte di grandi discriminazioni.

Dal punto di vista fiscale, la consapevolezza dell'esistenza di tali discriminazioni è mutata nel tempo, senza, tuttavia, riuscire a stare al passo con la rapida e inarrestabile espansione della rete internet. Già nel 1997, nel contesto del mondiale entusiasmo per la diffusione del *web*, la Commissione europea aveva difatti espresso la «futuristica» consapevolezza che «la velocità, la non rintracciabilità e l'anonimato che potenzialmente caratterizzano le transazioni elettroniche possono creare nuove opportunità di evasione e di frode fiscale»²⁷.

4. L'IMPATTO PANDEMICO: *NEXT GENERATION EU*, SOLIDARIETÀ E NUOVE ENTRATE PROPRIE PER FINANZIARE IL BILANCIO DELL'UNIONE EUROPEA.

Le menzionate problematiche redistributive relative ai profitti delle multinazionali del *web*, e le conseguenti disuguaglianze, già evidenti antecedentemente all'anno 2020, sono poi emerse in maniera ancora più dirompente all'esito delle necessarie misure di *lockdown* adottate dai governi nazionali

²⁵ In dottrina è stato autorevolmente evidenziato che «la rete sembra capace di svuotare la sovranità», così GIOVANNINI (2022). Si vedano anche, senza alcuna pretesa di esaustività, ZAGREBELSKY (1992), BALDASSARRE (2002); CASSESE (2003); GALLO (2019).

²⁶ Basti pensare che è stato stimato che le imprese dell'economia reale contribuiscono al gettito fiscale di almeno 14 punti percentuali in più rispetto ai pochi giganti dell'economia digitale.

²⁷ Comunicazione della Commissione, Commissione delle Comunità Europee, COM(97) 157, del 16 aprile 1997.

per fronteggiare l'emergenza pandemica²⁸. In tale contesto, si è avvertita la necessità di evitare una compressione dei diritti sociali, nonché un aumento della pressione fiscale, diversamente da quanto accaduto all'esito della precedente crisi di matrice economico-finanziaria iniziata nel 2008 che, come noto, aveva avuto importanti ripercussioni sui bilanci nazionali europei e all'esito della quale si era difatti assistito all'adozione di interventi legislativi, soprattutto attinenti la materia fiscale, volti sia ad «eliminare» quelle distorsioni che potevano aver contribuito alla diffusione di tale crisi²⁹, che a prevedere «una contrazione della spesa pubblica e (...) un aumento della pressione fiscale» (Bilancia, 2014)³⁰ che, in particolare, si era sostanziato in un aumento dell'aliquota IVA e in un «inasprimento di imposte patrimoniali, immobiliari, finanziarie» (Melis, Raisi, 2020)³¹.

Tuttavia, oggi, le riflessioni in merito ad un necessario inasprimento della pressione fiscale devono tenere in considerazione anche il ruolo rivestito dall'ordinamento europeo, in merito alla previsione di potenziali nuove entrate proprie volte a «ristorare» il bilancio europeo³² a fronte dell'imponente investimento varato con il piano di finanziamenti noto come *Next Generation EU*³³. È per tale motivo che, in realtà, in dottrina è stato rilevato il rischio che

²⁸ In dottrina è stato condivisibilmente evidenziato che: «Ogni epoca è stata attraversata dalla diffusione di agenti patogeni che hanno generato significative trasformazioni sugli assetti economici, sociali e giuridici in corso. Rimosse generalmente dal racconto storico tradizionale – ma non dalla letteratura che ci ha regalato capolavori le cui narrazioni hanno sullo sfondo appunto il contagio – le pandemie hanno sempre rappresentato un fattore di svelamento di tendenze già presenti e latenti nel tessuto sociale e un potente motore di innovazione scientifica», così ABBONDANTE (2020).

²⁹ In tal senso MELIS, RAISI (2020), pp. 1371 e ss.. Si vedano altresì le autorevoli considerazioni di PISTONE (2021) pag. 9, il quale ha condivisibilmente evidenziato che «Le politiche extrafiscali assumono una particolare rilevanza nel contesto di riattivazione dell'economia dopo la pandemia COVID19 e postulano questioni di difficile soluzione nella prospettiva del diritto tributario internazionale. In particolare, ciò emerge per effetto della necessità di lottare contro i vari regimi fiscali privilegiati che favoriscono la concorrenza fiscale dannosa».

³⁰ Si vedano in merito le autorevoli considerazioni di BILANCIA (2014).

³¹ Per un approfondimento si vedano ancora le considerazioni MELIS, RAISI (2020) pag. 1375.

³² In dottrina è stato autorevolmente evidenziato che «*The role of taxation within the European Union has risen (and is rising) over the years due to the establishment of the Economic and Monetary Union and the economic/financial and COVID crisis*», così BIZIOLI (2022a). La medesima autorevole dottrina, Bizioli (2022b), ha altresì evidenziato che «la crisi economica del 2007/2008 e l'attuale crisi economica prodotta dal COVID19 hanno evidenziato, conformemente ai paradigmi propri del federalismo (fiscale), che l'Unione deve necessariamente assumere una funzione di stabilizzazione dell'economia e di redistribuzione delle risorse fra gli Stati membri. In questo caso (...) non solo la dimensione qualitativa del bilancio richiede una modifica dell'attuale sistema di finanziamento della spesa pubblica dell'Unione, ma anche quella quantitativa, per consentire di realizzare adeguatamente le funzioni citate».

³³ Cfr. COM(2020) 442 final – *The EU budget powering the recovery plan for Europe*, presentato al Parlamento europeo in data 27 maggio 2020. In particolare, il programma di finanziamento prevede la potenziale introduzione di nuove entrate proprie dell'Unione europea per il relativo bilancio, nonché mediante l'innalzamento dei massimali delle preesistenti risorse proprie del bilancio UE, secondo quanto previsto nella proposta COM(2020) 445 final – *On the system of Own Resources of the European Union*.

l'accesso ai fondi predisposti dall'UE possa rivelarsi un «boomerang», poiché, con specifico riferimento agli investimenti a «fondo perduto» «si ritiene, impropriamente, che proprio in quanto a 'fondo perduto' non debba essere restituita. Una convinzione errata, perché anche queste somme saranno recuperate dall'Ue attraverso la partita di giro delle risorse proprie: innalzamento dei massimali e introduzione di nuove risorse proprie sono gli strumenti che l'Unione utilizzerà per rientrare di questi denari» (Salmoni, 2021)³⁴. Questa considerazione è in linea con quanto rilevato anche in ambito internazionale, poiché «*since the funds borrowed will have to be reimbursed, other measures to strengthen the financial capacity of EU institutions, such as a reform of the own resources system, need to take place*» (Traversa, 2021)³⁵.

Pertanto, come intuibile, la tematica è di attuale interesse poiché, nell'ambito del contesto pandemico, il citato piano di finanziamento dell'Unione europea ha previsto la possibilità di innalzare il massimale delle preesistenti risorse proprie, nonché di introdurre nuove entrate proprie per il bilancio dell'UE, quali tributi «verdi» e, per quanto più specificamente interessa il presente contributo, un'imposta straordinaria sugli «extra-profitti» delle imprese e un'imposta europea sui servizi digitali.

In dottrina è stato autorevolmente evidenziato che «la soluzione proposta dalla Commissione è del tutto inedita, poiché va oltre l'attribuzione all'Unione Europea dei consueti poteri di armonizzazione e ravvicinamento dei tributi istituiti dagli Stati membri istituendo in capo all'Unione una potestà tributaria diretta sui singoli cittadini europei» (Selicato, 2021)³⁶, ma, del resto, si tratta di una proposta salutata con favore «poiché ha come effetto immediato l'aumento della capacità dell'Unione Europea di finanziarsi ottenendo nuove risorse proprie con prelievi da porre direttamente a carico dei cittadini europei» (Selicato, 2021)³⁷. In particolare, le misure proposte risulterebbero effettivamente volte al perseguimento di spiccate finalità solidaristiche, poiché l'aumento della pressione fiscale graverebbe su presupposti impositivi connessi all'esercizio di attività che hanno condotto ad un «inaspettato» arricchimento di determinate categorie di soggetti.

³⁴ Per un approfondimento si vedano le considerazioni di SALMONI (2021).

³⁵ Si vedano le autorevoli considerazioni di TRAVERSA (2021), il quale ha difatti evidenziato «*So why should one discuss the reform of tax-based own resources now? A first reason is conjectural. The Next Generation EU (NGEU) program was politically approved, together with the new Multiannual Financial Framework 2021-2027, after a marathon of negotiations in July 2020, and finally adopted on 17 December 2020. To finance this program, the EU Commission will issue bonds up to 750 billion euros. The repayment of NGEU will require additional own resources to the EU budget*».

³⁶ Così SELICATO (2021).

³⁷ Si vedano ancora le autorevoli considerazioni di SELICATO (2021).

In particolare, l'imposta straordinaria sugli extra-profitti, sulla scia delle note *windfall taxes* di epoca bellica³⁸, graverebbe, appunto, sui «soli» extra-profitti generati da determinate imprese di grandi dimensioni che hanno tratto un beneficio economico dall'emergenza pandemica. Come rilevato sul punto dalla Commissione: «*Companies that draw huge benefits from the EU single market and will survive the crisis, also thanks to direct and indirect EU and national support could contribute to rebuilding in the recovery phase. This could include an own resource based on operations of enterprises which, depending on its design, could yield around EUR 10 billion annually*»³⁹.

Questo prelievo potrebbe gravare anche sugli extra-profitti realizzati dalle imprese del mondo digitale proprio durante il *lockdown*. Ad ogni modo le stesse sarebbero comunque soggette all'imposizione di cui alla c.d. *digital tax europea*. Si tratta di una proposta di tributo in realtà già avanzata dalla Commissione nel 2018 e che, come anticipato, ha ricevuto una nuova spinta proprio dalle esigenze, anche solidaristiche e redistributive, emerse all'esito dell'emergenza pandemica. In particolare, già nel 2018 la Commissione – pur nell'attesa di un'auspicabile soluzione «unica e globale» da adottarsi in ambito internazionale – aveva adottato una duplice proposta di direttiva, ove, con particolare riferimento alla seconda proposta⁴⁰, è stata prospettata la creazione di un'imposta, da applicarsi temporaneamente in tutti gli Stati membri e volta a colpire quelli individuati come maggiori fattori di «remunerabilità» delle *web companies* (quali, principalmente, big data e pubblicità in rete). L'obiettivo di tale direttiva era l'introduzione di un prelievo volto a colpire tutte quelle attività delle *web companies* nelle quali risulti rilevante il valore derivante dal contributo dell'attività degli utenti. Ciò in quanto, come evidenziato, il valore delle piattaforme digitali dipende dal ruolo attivo degli utenti, motivo per il quale, nella proposta di direttiva veniva menzionato il concetto di «*monetisation of user input*». Ed è, difatti, proprio la partecipazione dell'utente nella creazione del valore della piattaforma a giustificare la tassazione di quei ricavi nel Paese dove lo stesso è localizzato. Per tale motivo, la proposta di direttiva prevedeva, nel dettaglio, le modalità di indivi-

³⁸ Per un approfondimento sulla tematica delle c.d. *windfall taxes* si vedano le autorevoli considerazioni di URICCHIO (2018), nonché degli autorevoli esponenti della c.d. «Scuola pavese» che avevano evidenziato che il ricorso ad un inasprimento della pressione fiscale nei periodi bellici, mediante l'adozione di imposte straordinarie, era volta a colpire quelle «straordinarie» manifestazioni di capacità contributiva di cui poteva risultare «arricchita» una parte della società (si vedano GRIZIOTTI (1917); GRIZIOTTI (1953), GIARDINA (2007)).

³⁹ Si veda nuovamente COM(2020) 442 *final*.

⁴⁰ Cfr. COM(2018) 148 *final* – *Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*.

duazione del «luogo di imposizione», identificandolo nel luogo in cui è localizzato l'utente, riconosciuto come «creatore del valore». In particolare, l'imposta sarebbe di tipo proporzionale, con l'applicazione di un'aliquota unica, pari al 3%.

Nelle more dell'adozione di tale imposta, alcuni Stati membri, tra i quali l'Italia e la Francia, hanno istituito delle proprie imposte sui servizi digitali⁴¹.

Questa proposta europea, non ancora approvata quando è iniziata la diffusione della pandemia, ha dunque ripreso vigore con la Comunicazione della Commissione del 2020, ove si legge che tale imposta, auspicabilmente «globale», seguirebbe il modello delineato in sede internazionale, in particolare secondo il modello OCSE. Questa è difatti la strada oggi perseguita mediante l'adesione dell'Unione ai lavori svolti in sede OCSE/G20 in merito al noto progetto *Base Erosion and Profit Shiftings* (BEPS).

E difatti, la Commissione, nell'ambito dell'ultima proposta di direttiva adottata nel 2021 «stabilisce norme volte a garantire un livello minimo di tassazione effettiva delle imprese, per i grandi gruppi multinazionali e i gruppi puramente nazionali su larga scala che operano nel mercato unico, che siano coerenti con l'accordo raggiunto dal quadro inclusivo l'8 ottobre 2021 e che si attengano rigorosamente alle norme tipo dell'OCSE concordate dal quadro inclusivo e pubblicate il 20 dicembre 2021», rilevando che «il quadro inclusivo ha lavorato a una soluzione per affrontare le sfide fiscali derivanti dalla digitalizzazione dell'economia». In particolare, il «secondo pilastro» (c.d. «*pillar two*») di tale iniziativa è espressamente volto a proporre «l'introduzione di una tassazione minima effettiva per i grandi gruppi multinazionali», c.d. *global minimum tax*⁴².

⁴¹ Con particolare riferimento alla c.d. web tax italiana, la stessa, nelle forme attualmente in vigore, è stata introdotta legge di bilancio 2020, art. 1, comma 678, ha previsto l'introduzione di alcune modifiche alla disciplina «previgente», nonché l'entrata in vigore dell'imposta a far data dal 1° gennaio 2020, senza necessità di alcun ulteriore provvedimento ministeriale. In particolare, la nuova legge di bilancio, in merito alla localizzazione dell'utente, ha previsto espressamente che «Il dispositivo si considera localizzato nel territorio dello Stato con riferimento principale all'indirizzo di protocollo internet (IP) del dispositivo stesso o ad altro sistema di geolocalizzazione, nel rispetto delle regole relative al trattamento dei dati personali». Infine, la legge di bilancio 2020 ha introdotto una c.d. *sunset clause* in virtù della quale l'imposta in esame sarà «automaticamente» abrogata a far data dalla eventuale entrata in vigore di disposizioni in materia derivanti da accordi raggiunti nelle sedi internazionali in materia di tassazione dell'economia digitale.

⁴² Cfr. COM(2021) 823 *final* – Proposta di Direttiva «intesa a garantire un livello di imposizione fiscale minimo globale per i gruppi multinazionali nell'Unione» del 22 dicembre 2021. Appare interessante evidenziare che, come rilevato nella Proposta medesima, l'atto giuridico prescelto è la direttiva, in quanto questo è «il solo strumento disponibile in virtù della base giuridica dell'articolo 115 TFUE». La Commissione fa riferimento al documento intitolato *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, adottato in sede OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project in data 8 ottobre 2021 e ulteriormente implementato in data 20 dicembre 2022.

5. GOVERNANCE EUROPEA E NO TAXATION WITHOUT REPRESENTATION.

Deve tuttavia evidenziarsi che questa possibilità deve confrontarsi con il vincolo dell'unanimità vigente a livello unionale, poiché si tratterebbe dell'adozione di una misura idonea ad impegnare i bilanci dei singoli Stati membri, che dunque ricade nella disciplina legislativa di cui all'art. 311 TFUE.

In particolare, appare necessario riflettere, seppur brevemente, sul come l'istituzione di simili prelievi a livello sovranazionale possa conciliarsi con i limiti costituzionali – e non solo – relativi all'istituzione di nuovi tributi. Difatti, se, in ambito nazionale italiano, deve ritenersi che alcun *vulnus* «sostanziale» verrebbe arrecato al principio di cui al primo comma dell'art. 53 Cost., che richiede a «tutti» coloro che partecipano alla vita economica politica e sociale di contribuire alle spese pubbliche⁴³, d'altra parte deve considerarsi che, come noto, le politiche fiscali europee sono soggette alla regola dell'unanimità e al procedimento legislativo speciale, nell'ambito del quale la sola istituzione europea di diretta rappresentatività popolare, il Parlamento europeo, svolge un ruolo meramente «marginale». Di qui, i dubbi relativi ad una difficile compatibilità dell'istituzione di un «nuovo tributo» europeo con il principio di riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. e, *lato sensu*, con i connessi principi di matrice anglosassone di *no taxation without representation* e *consent* al tributo⁴⁴; dubbi pertanto derivanti dalla considerazione che solamente la Commissione e il Consiglio – rappresentativi del potere esecutivo degli Stati membri – si occuperebbero dell'istituzione e dell'applicazione di un tale tributo⁴⁵. E difatti, è

⁴³ Si ricorda brevemente il valore di quel «tutti» volutamente utilizzato dai Padri costituenti in selezionate occasioni nell'ambito del dettato costituzionale (oltre all'art. 53, si ricordano emblematicamente gli articoli 19 e 21 Cost.). In particolare nella seduta del venerdì 23 maggio 1947 l'On. Ruini affermò: «Non è necessario entrare in locuzioni vaghe: basta dire che 'tutti devono concorrere'. Quel 'tutti' riguarda anche gli stranieri, come risulta dall'intero testo costituzionale che agli altri articoli distingue quando vuole riferirsi ai cittadini, od a 'tutti' ove sono inclusi anche gli stranieri, che potranno essere assoggettati a tributi, in quanto ve ne siano le ragioni obbiettive, e lo consentano le norme internazionali». Ebbene è pacifico che oggi in quei «tutti», rientrano anche le *web companies* che si arricchiscono grazie al «lavoro» degli utenti italiani.

⁴⁴ Per un approfondimento sia consentito rinviare alle riflessioni svolte, in tema di fonti idonee a soddisfare la riserva di legge in materia tributaria, in TOMO (2021) e riferimenti bibliografici ivi riportati, con particolare riferimento alle problematiche relative all'utilizzo, in ambito nazionale, del decreto-legge per l'istituzione di nuovi tributi.

⁴⁵ Questa problematica, dunque, non attiene il solo ordinamento italiano. Per un approfondimento si veda TRAVERSA (2021), il quale ha difatti evidenziato che «*Unlike the exercise of taxing powers in Member States, there is no parliamentary involvement at the EU level in the area of tax policy. There is therefore no real link between the EU regulatory action of the European institutions – in particular the Council – in tax matters and the representative body, which is generally associated with the adoption of tax laws in domestic constitutional orders*».

proprio in virtù di tali problematiche relative alla *governance* europea, che, come anticipato, autorevole dottrina ha evidenziato che tale soluzione sia stata definita come «del tutto inedita» (Selicato, 2021)⁴⁶.

Questa circostanza fa dunque sorgere degli interrogativi sia in merito alla legittimità di una potestà tributaria in capo alle sole istituzioni dell'Unione espressione dei Governi nazionali, ma anche in merito alla medesima sovranità nazionale in tema di politiche fiscali.

Per quanto, lodevolmente, i tributi proposti sembrano perseguire le finalità redistributive cui parimenti mirano le entrate nazionali di natura tributaria, in linea con il combinato disposto di cui agli artt. 2, 3 e 53 della Carta costituzionale italiana, gli stessi presentano comunque il rischio derivante dalla considerazione che, in assenza di una adeguata modifica dei Trattati – condivisibilmente avallata da autorevole dottrina⁴⁷ – volta a superare il «difetto di rappresentatività» e conferire centralità al Parlamento europeo nell'ambito del procedimento legislativo, la proposta di creare una «fiscalità europea» – per quanto, si ribadisce, condivisibile – potrebbe, allo stato attuale, risultare in contrasto con il principio «relativo alla riserva di legge in materia tributaria, disciplinato in Italia dall'art. 23 della Costituzione, che costituisce il presupposto della legittimazione democratica dello Stato attraverso l'attribuzione della potestà legislativa in materia tributaria ad un organo elettivo costituente espressione diretta della sovranità popolare» (Selicato, 2021)⁴⁸.

Tuttavia, questa circostanza, anziché costituire un limite atto a frenare il possibile perseguimento di lodevoli finalità redistributive tramite una adeguata imposizione dei redditi prodotti dalle c.d. *big tech*, potrebbe, viceversa costituire l'occasione, non ulteriormente rinviabile, per una rivisitazione della discussa *governance* europea.

⁴⁶ SELICATO (2021) il quale evidenzia che difatti, fino ai tempi più recenti, il paventato rischio che la *governance* europea non sia in linea con il principio di matrice anglosassone di *no taxation without representation* non desta peculiari preoccupazioni proprio in quanto «la sovranità tributaria resta di competenza degli Stati membri e le Istituzioni europee si esprimono (...) unicamente per indirizzare, limitare o addirittura, impedire l'esercizio del potere impositivo nazionale».

⁴⁷ Per un approfondimento si vedano le autorevoli considerazioni di GALLO (2017), BILANCIA (2019), SELICATO (2021), MAJOCCHI (2020), FALSITTA (2020), TRAVERSA (2021). In particolare si segnala che, autorevolmente BILANCIA (2019), ha espressamente evidenziato che «i diritti sociali (...) hanno inevitabilmente dei costi (...); tali costi, per essere ragionevolmente sostenuti, dovrebbero portare alla predisposizione di una fiscalità europea (...). Si è quindi proposta una revisione dei Trattati, volta a 'costituzionalizzare' la dimensione sociale europea». In tal senso anche PETRILLO (2022), per la quale «La via coraggiosa e drastica da intraprendere a fronte di questo complesso processo dovrà essere necessariamente rappresentata da una riforma dei Trattati funzionale ad una rivendicazione di una prerogativa essenziale del Parlamento europeo: la potestà tributaria».

⁴⁸ Per un approfondimento di questo aspetto si vedano nuovamente le autorevoli considerazioni di SELICATO (2021).

6. ENTRATE PROPRIE E FINALITÀ REDISTRIBUTIVE: UN VOLANO PER UN COSTITUZIONALISMO EUROPEO

Come autorevolmente rilevato in dottrina, il noto principio del «*no taxation without representation*» dovrebbe valere anche «al contrario», dunque enfatizzando e rendendo possibile anche un «*no representation without taxation*». Questo nella condivisibile considerazione per la quale, in ambito europeo, all'unione del mercato e monetaria dovrebbe accompagnarsi anche un'unione fiscale da realizzarsi mediante l'adozione di imposte che, come quella sugli extra-profitti e sui servizi digitali, non solo mal si prestano ad applicazioni nazionali ed unilaterali (anche per il connesso rischio di generare distorsioni proprio di quel mercato unico), ma viceversa si prestano ad agevolare il perseguimento di finalità solidaristiche e redistributive a livello unionale e dovrebbero risultare complementari al quadro tributario nazionale degli Stati membri⁴⁹.

La proposta di introdurre una *global minimum tax*, che porterebbe difatti all'abbandono delle iniziative unilaterali intraprese da alcuni Stati membri⁵⁰, appare anche in linea con la corretta applicazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 TUE. La stessa Commissione ha sul punto rilevato espressamente che sia «necessaria un'azione a livello dell'UE, in quanto è indispensabile garantire un'attuazione uniforme delle norme tipo dell'OCSE nell'UE. In primo luogo, le norme tipo dell'OCSE costituiscono un «approccio comune», per cui sarebbe importante disporre di un unico insieme di norme uniformi e di un livello minimo comune di protezione nel mercato interno. Nell'UE, un mercato di economie altamente integrate, si avverte l'esigenza di approcci strategici comuni e di un'azione coordinata al fine di migliorare il funzionamento del mercato interno e massimizzare l'impatto positivo della tassazione minima effettiva degli utili d'impresa. Tale obiettivo può essere raggiunto solo se la legislazione è adottata a livello centrale e recepita in modo uniforme».

Parimenti, anche i membri del Consiglio europeo hanno dichiarato «la necessità di affrontare con urgenza le sfide fiscali derivanti dalla digitalizzazione dell'economia per assicurare che tutti gli operatori paghino la giusta quota di imposte. Ribadiamo la nostra decisa preferenza e il fermo impegno a favore di una soluzione globale per la tassazione internazionale del digitale e

⁴⁹ Queste considerazioni derivano dalla suggestiva e autorevole relazione di F. GALLO presso il convegno «Una nuova politica economica e tributaria per l'Unione Europea», svoltosi presso l'Accademia dei Lincei, Roma, in data 27 maggio 2022.

⁵⁰ Come anticipato, si ricorda in particolare che in ambito nazionale italiano la legge di bilancio 2020 ha introdotto una cd. *sunset clause* in virtù della quale l'imposta sui servizi digitali attualmente in vigore sarà «automaticamente» abrogata a far data dalla eventuale entrata in vigore di disposizioni in materia derivanti da accordi raggiunti nelle sedi internazionali in materia di tassazione dell'economia digitale.

ci adopereremo per raggiungere una soluzione consensuale (...) nel quadro dell'OCSE. Confermiamo che l'Unione europea sarà pronta a procedere qualora non si profili una soluzione globale».

Appare evidente da tali dichiarazioni che proprio la necessità di adottare una *fair taxation* del mondo dell'economia digitale, necessariamente da applicare dunque quantomeno a livello europeo, potrebbe costituire un volano per spingere verso un rafforzamento della democraticità della *governance* europea e un più concreto contrasto alle emerse situazioni di diseguaglianza⁵¹, anche alla luce delle attuali contingenze economiche che dovrebbero condurre ad un rafforzamento delle misure atte a soddisfare le finalità solidaristiche.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS / RIFERIMENTI BIBBLOGRAFICI / BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- ABBONDANTE, F. (2020), Emergenza sanitaria, stato di diritto e big data. In G. De Minico, M. Villone (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia. Consulta OnLine*.
- ALFANO, R. (2014). *Capacità contributiva e limiti europei in tema di agevolazioni fiscali per finalità ambientali*. L. Salvini, G. Melis (a cura di), *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*. Milano.
- ANTONINI, L. (2017). *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*. *Rivista AIC*, n. 2.
- (2019). Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo. *Diritto pubblico*, n. 2, pp. 319 e ss.
- BALDASSARRE, A. (2002). *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari.
- BILANCIA, P. (2014). Il governo dell'economia tra stati e processi di integrazione europea. *Rivista AIC*, n. 3, pp. 1 e ss.
- (2019). *Per uno spazio europeo dei diritti sociali*, in P. Bilancia (a cura di), *La dimensione europea dei diritti sociali*, Torino.
- BIZIOLI, G. (2022a). Building the EU Tax Sovereignty: Lessons from Federalism. *World Tax Journal*, vol. 14, n. 3.
- (2022b). *Un passo ulteriore verso un sistema federale: un tributo per l'Unione Europea*. In M. Campus, S. Dorigo, V. Federico, N. Lazzarini (edited by), *Pago, dunque sono (cittadino europeo). Il futuro dell'Ue tra responsabilità fiscale, solidarietà e nuova cittadinanza europea*, Firenze, pp. 81-95.

⁵¹ Estremamente condivisibili e, *a fortiori*, attuali anche all'indomani dell'emergenza pandemica, le autorevoli considerazioni di BILANCIA (2019), la quale ha evidenziato la necessità di predisporre «una fiscalità europea e un bilancio dell'Unione che possano supportare l'adozione di politiche sociali e redistributive in una prospettiva di contrasto alle diseguaglianze».

- BORIA, P. (2006). *Art. 53 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino.
- BUZZACCHI, C. (2011). *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano.
- (2016). La politica europea per i Big Data e la logica del single market: prospettive di maggiore concorrenza?. *Concorrenza e mercato*, n. 1, pp. 153 ss
- CARPENTIERI, L. (2018), La crisi del binomio diritto-territorio e la tassazione delle imprese multinazionali. *Rivista di diritto tributario*, n. 4, pp. 351 e ss.;
- (a cura di) (2020). *Profili fiscali dell'economia digitale*. Torino.
- CASSESE, S. (2003). *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari.
- CIPOLLINA, S. (2014), I redditi nomadi delle società multinazionali nell'economia globalizzata. *Rivista di Diritto finanziario e scienza delle finanze*, pp. 21 e ss.;
- D'ALOIA, A. (2021). Note sparse su costituzionalismo, sovranità, globalizzazione. In E. C. Raffiotta, A. Pérez Miras, G. M. Teruel Lozano, F. Vecchio (a cura di), *Sovranità e rappresentanza nell'era della globalizzazione*, Napoli.
- DEL FEDERICO, L. (2019). *Le nuove forme di tassazione della digital economy ed i limiti delle scelte legislative nazionali: la prospettiva italiana ed europea*. In C. Glendi, G. Corasaniti, C. Corrado Oliva, P. De Capitani de' Vimerate (a cura di), *Per un nuovo ordinamento tributario*. Milano.
- DEL FEDERICO, L., RICCI, C. (a cura di) (2018). *Le nuove forme di tassazione della digital economy*, Roma.
- FALSITTA, V. E. (2020). Audizione alla XIV Commissione Politiche dell'Unione europea Della Camera dei Deputati. 16 giugno 2020.
- FLORIDI, L. (2017). *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo* (Trad. M. Durante). Milano.
- FONSI, A. (2021). Commercio dei dati e tutela del consumatore: il Consiglio di Stato rigetta il ricorso di Facebook su una sanzione dell'AGCM. *MediaLaws*, 20 aprile 2021.
- FREGNI, M. C. (2017), Mercato unico digitale e tassazione: misure attuali e progetti di riforma. *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, n. 1, pp. 51 ss
- GALLO, F. (2014), Giustizia sociale e giustizia fiscale nella prospettiva dell'unificazione europea. *Diritto e Pratica tributaria*, n. 1, pp. 10001 e ss
- (2015), Regime fiscale dell'economia digitale. *Audizione presso la Commissione Finanze della Camera dei Deputati*, 24 febbraio.
- (2017), L'Europa ha bisogno di un'unione fiscale. *IlSole24Ore*, 5 giugno.
- (2019). *Il futuro non è un vicolo cieco*, Palermo.
- (2022). Relazione presso il convegno «Una nuova politica economica e tributaria per l'Unione Europea», svoltosi presso l'Accademia dei Lincei, Roma, in data 27 maggio 2022.
- GIARDINA, E. (2007). *Debito pubblico e imposta straordinaria nel pensiero di Benvenuto Griziotti*. In F. Osculati (a cura di), *La figura e l'opera di Benvenuto Griziotti*, Milano.

- GIOVANNINI, A. (2022). *Territorio invisibile e capacità contributiva nella digital economy*. *Rivista di diritto tributario*, n. 5.
- GOBBATO, S. (2019), Big data e «tutele convergenti» tra concorrenza, GDPR e Codice del consumo. *MediaLaws*, n. 3, pp. 148 e ss
- (2020). «It's free» or maybe not: the convergent enforcement of Consumer and Data Protection Laws on personal data processing. *MediaLaws*, n. 2, pp. 299 e ss.
- GREGGI, M. (2018), *La web tax e le sue radici costituzionali*. *Quaderni costituzionali*, n. 1, pp. 211 ss.
- GRIZIOTTI, B. (1917). *La diversa pressione fiscale del debito e dell'imposta*. *Giornale degli economisti*.
- (1953). *Il principio della solidarietà finanziaria*. *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, n. 1.
- HINNEKENS, L. (2004). *International tax planning and electronic commerce*. *Diritto e pratica tributaria internazionale*, pp. 798 ss
- LANEY, D. (2001), *3D data management: Controlling data volume, velocity and variety*. *META group research note 6*, n. 70, pag. 1;
- MAJOCCHI, A. (2020). *Next Generation EU: verso una fiscalità federale*. *Centro Studi sul Federalismo*, *Commento n. 180*, 29 maggio.
- MANDEL, M. (2017). *The economic impact of Data: Why Data Is Not Like Oil*. *Progressive Policy Institute*.
- MARINO, G. (2020). *L'iva nel contesto dell'economia digitale: eterogenesi di una imposta*. *Diritto e pratica tributaria*, n. 1, pp. 47 e ss.;
- MAYER-SCÖNBERGER, C., CUKIER, K. (2013). *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano.
- MAYER-SCÖNBERGER, V., RAMGE, T. (2018). *Reinventare il capitalismo nell'era dei Big Data*. Milano.
- MELIS, G. (2016). *Economia digitale e imposizione indiretta: problemi di fondo e prospettive*. *Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 3, pp. 1013 ss
- MELIS, G., RAISI, F. (2020), *Crisi e fiscalità*. In G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, Vol. II, Napoli,, pp. 1371 e ss
- MESSINA, D. (2019). *Online platforms, profiling, and artificial intelligence: new challenges for the GDPR and, in particular, for the informed and unambiguous data subject's consent*. *MediaLaws*, n. 2, pp. 161 e ss
- MIDIRI, M. (2020), *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*. *Federalismi.it*, n. 14, pp. 209 e ss.;
- NEWMAN, N. (2014), *Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data*. *Yale Journal on Regulation*, Vol. 31.
- OREFICE, M., *I Big Data. Regole e concorrenza*, cit.;

- PAPA, A. (2020), La problematica tutela del diritto all'autodeterminazione informativa nella big data society. *Consulta Online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 17 aprile.
- (2021), *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*. II Edizione. Torino.
- PERRONE, A. (2019), *Tax competition e giustizia sociale nell'Unione Europea*. Milano.
- PETRILLO, G. (2022). *Il rafforzamento del legame fra fiscalità e democrazia per la creazione di una capacità fiscale europea*. *Federalismi.it*, n. 6, pp. 86 e ss
- PISTONE, P. (2021). *Diritto tributario internazionale*, Torino.
- ROTELLA, P. (2012), *Is Data the New Oil?*. Forbes (<http://www.forbes.com/sites/perryrotella/2012/04/02/is-data-the-new-oil>)
- SALAZAR (2017), *Territorio, confini, «spazio»: coordinate per una mappatura essenziale*. *Rivista AIC*, n. 3.
- SCACCIA (2017). *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*. *Rivista AIC*, n. 3.
- SELICATO, P. (2021), Accordi europei e sovranità fiscale nazionale: le ricadute dell'emergenza COVID-19, *Federalismi.it*, n. 7, pp. 215 e ss
- THOBANI, S. (2019), Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente. *MediaLaws*, n. 3, pp. 131 e ss
- TOMO, A. (2021). Aspetti fiscali dell'economia digitale. In A. Papa, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino.
- (2021). Tra straordinarietà e contingenze economiche: la materia fiscale come parametro del «virtuoso» utilizzo del decreto-legge. *Federalismi.it*, n. 25, pp. 2 e ss.
- TRAVERSA Ed. (2021). The long and winding road towards a tax-financed EU Budget. Constraints and design proposals from a legal prospect. Solid Financing of the EU, bd. 16 – Heidelberg working papers.
- URICCHIO, A. F. (2018). Il costo dei diritti tra controllo del debito, strumenti di finanza straordinaria e windfall taxes. In *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, n. 1.
- ZAGREBELSKY, G. (1992). *Il diritto mite*, Torino.
- ZENO-ZENCOVICH, V. (2019), Do «Data Markets» Exist?. *MediaLaws*, n. 2, pp. 22 e ss.
- ZUDDAS, P. (2020). Intelligenza artificiale e discriminazioni. *Consulta Online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 16 marzo.

GLI ORDINAMENTI GIURIDICI NAZIONALI TRA CONDIZIONALITÀ E MISURE NON CONVENZIONALI DI POLITICA MONETARIA: QUALI SPAZI PER LA SOVRANITÀ COSTITUZIONALE?

ANNA CAMILLA VISCONTI
Università degli Studi di Firenze

SOMMARIO: 1. *La dimensione giuridica statale tra globalizzazione e dimensione sovranazionale: cenni introduttivi.*–2. *L'Unione europea attraverso le crisi.*–3. *Le misure europee di contrasto alla crisi.*–4. *Le non-standard monetary policy measures della Banca centrale europea.*–5. *Gli spazi residui della sovranità statale. Note conclusive.*

1. LA DIMENSIONE GIURIDICA STATUALE TRA GLOBALIZZAZIONE E DIMENSIONE SOVRANAZIONALE: CENNI INTRODUTTIVI

Il costituzionalismo e lo Stato quale centro di imputazione del potere sovrano *superiorem non recognoscens* sono al centro di forze centrifughe che, *ab interno* ed *ab externo*, intervengono a trasformarne i connotati essenziali. Una siffatta dinamica, pur caratterizzando il XXI secolo, non si presenta, a ben vedere, come un fenomeno inedito, né, d'altra parte, come l'esclusivo frutto delle tensioni e degli sconvolgimenti che le due crisi economiche hanno ingenerato in seno allo spazio giuridico europeo e nei rapporti che connotano l'interazione (giuridica ed economica) tra Unione europea e Stati membri. La rimodulazione della sovranità statale è, innanzitutto, il portato del processo di

globalizzazione¹ che, favorito dal progresso tecnologico, ha ridisegnato – in un intreccio inestricabile tra società, tecnica, diritto ed economia – la geografia del potere. In tal senso, è stato affermato che «alla internazionalizzazione dell'economia necessitano nuove forme di potere, non più legate alla geografia politica degli stati, in grado di integrare la loro azione di comando con i nuovi confini dei meccanismi economici» (G. Di Plinio, 1998, 76-77); parimenti, è stato segnalato il superamento di quei «rigidi confini geografici tra gli Stati, che servivano a recintare lo spazio in cui essi potevano legittimamente esercitare il proprio potere “sovrano”» (M. R. Ferrarese, 2011, 549). L'affermazione di una dimensione globale e, con più specifico segno all'ambito economico, dei mercati globali, riconfigura il binomio “territorio – sovranità”, in ciò registrandosi la primigenia difficoltà (da taluni definita «impotenza») degli ordinamenti giuridici nazionali e del diritto costituzionale nazionale medesimo, non più in grado di governare fenomeni che sono andati disancorandosi dalla dimensione territoriale dello Stato nazionale². Conseguentemente, lo Stato cesserebbe di essere una “istantanea” di uno spazio territorialmente definito, specificamente popolato e governato, non costituendo più (almeno non come in passato) il punto di riferimento primario del diritto costituzionale comparato³. In tal senso, discorrere oggi di sovranità e della sua riperimetrazione, in un tentativo (si potrebbe arguire) di “storicizzazione” del concetto, richiede di investigare i nuovi *modi* e *luoghi* di esercizio della sovranità, i quali parrebbero virare nella direzione di una “contrazione” della dimensione nazionale, nonché della centralità del principio democratico rappresentativo quale criterio di legittimazione del potere. Nondimeno, detto piano di indagine rappresenta un tema “di confine” e “di confini”, il quale richiede di essere analizzato alla luce sia dei rapporti interordinamentali “Ue – Stati membri”, sia dei rapporti “Stato – mercato” o, in altri termini, tra le sfere del diritto e dell'economia.

L'interrogativo all'origine delle presenti riflessioni, in particolare, evoca alcune delle questioni più care al costituzionalismo, nel loro interrelarsi con la posizione ed il ruolo dello Stato nazionale nello scenario contemporaneo. Un

¹ In tema di globalizzazione e di suoi effetti sugli ordinamenti costituzionali si vedano, tra gli altri, J. HABERMAS (1999, 103 ss.); S. SASSEN (2003); G. DE VERGOTTINI (2006, 9 ss.); A. MORRONE (2012, 829 ss.); V. FERRARI (2013, 66 ss.); G. AZZARITI (2013); G. AZZARITI; S. DELLAVALLE (2014); M. B. STEGER (2016); nonché i contributi apparsi in AA. VV. (2017) e in A. P. MIRAS; E. C. RAFFIOTTA; G. M. TERUEL LOZANO; F. VECCHIO (2021).

² Di «impotenza del diritto costituzionale nazionale» discorre P. CARROZZA (2016, 91-95), laddove associa la menzionata condizione di difficoltà alla «relazionalità tra livelli di governo», la quale richiede nuove forme di controllo democratico.

³ In tal senso P. ZUMBANSEN (2012, 32). L'A., infatti, sottolinea che «states would count less as instantiations of a territorially bounded, specifically peopled and governed space and, in turn, as natural reference points for (comparative) constitutional thought».

orizzonte connotato da fenomeni che, da plurime e sovente interconnesse direzioni, paiono mettere “sotto assedio” la sovranità ontologicamente caratterizzante gli ordinamenti giuridici nazionali. Trattasi di dinamiche innescate dall’apertura degli ordinamenti nazionali al diritto *ab extra* (*in primis*, sovrastatale) e, finanche, dall’espansione dell’economico che, alimentata dai processi di globalizzazione, contribuisce anch’essa ad un progressivo ridimensionamento del ruolo dello Stato, all’insegna di una «frammentazione e moltiplicazione crescente della sovranità quale potere» (A. Ruggeri, 2021, 17). Si spiega, dunque, cosa spinga a discorrere di un *pluriverso* che si sostituisce al precedente (e più tradizionale) *universo* normativo, laddove si afferma che «whereas the domestic legal system was formerly conceived as creating a normative universe, it is now increasingly understood as being but a part of a normative *pluriverse*» (A. von Bogdandy, 2011, 20). Di talché, è stato posto in luce che «the growing interdependence of societies, together with the growing influence of nonstate and corporate actors capable of exercising authority and engaging in political action across state borders, has meant that states no longer monopolize governance as they once did» (C. T. Borowiak, 2011, 153).

Processi evolutivi, tra loro interconnessi, che hanno condotto ad una netta rimodulazione del concetto di sovranità, oggetto di una parabola “discendente” o, quantomeno, di una netta ridefinizione e ripermetrazione nei suoi rapporti tanto con l’Unione europea, quanto con la sfera dell’economico⁴. In tal senso, già nella seconda metà del xx secolo veniva autorevolmente ventilata «la fine dell’epoca della statualità» nei termini di una imminente «detronizzazione» dello «Stato come titolare del più straordinario di tutti i monopoli, cioè del monopolio della decisione politica» (C. Schmitt, 1963/2013, 90). Pertanto, la capillarità del processo della globalizzazione, unitamente all’affermazione di una sempre crescente dimensione sovranazionale, fungerebbero da *fattori trasformativi esogeni* atti ad innescare e ad approfondire una rivisitazione del concetto di sovranità nel senso di una tendenziale sua *emancipazione* dal concetto di Stato, attraverso un duplice spostamento dei centri e dei meccanismi decisionali, dal livello nazionale a quello eurounitario, oltreché dalla sfera del politico a quella dell’economico, secondo una dinamica lucidamente rappresentata da Predieri in termini di *perdita* e *trasferimento* di potere, ove si rappresenta uno Stato (lo Stato dell’età contemporanea) che «*perde* (...) quando dismette poteri al di fuori dello stato a favore del mercato» (A. Predie-

⁴ Sulla sovranità e la sua parabola discendente nel senso della crisi del binomio «Stato-sovrannità», si vedano M. LUCIANI (1996); G. SILVESTRI (1996); E. CANNIZZARO (1996); T. E. FROSINI (1997); M. FIORAVANTI (1998, 47 ss.); G. GUARINO (1990); G. FERRARA (2006, 251 ss.); M. PATRONO (2006, 391 ss.); M. KOTZUR (2008); A. CARPARELLI (2016); G. FERRARA (2003/2020).

ri, 1998, 92) e “*trasferisce potere*” (...) ad organizzazioni metastatali regionali, le quali assumono quei poteri statali (e li esercitano) dopo quel trasferimento, sostituendosi agli stati» (A. Predieri, 1998, 94).

Nello scenario qui solo sinteticamente tratteggiato, ad essere modificati e riconfigurati sarebbero tanto la concezione dello Stato di matrice Westfaliana, quanto l’atteggiarsi medesimo dei rapporti tra Stato e mercato, ciascuno dei quali appare in certa misura “fuori contesto” e “anacronistico”. A fronte dell’alto livello di parcellizzazione del mondo contemporaneo, concetti quali lo Stato e la distinzione ottocentesca tra Stato e mercato testé menzionati sarebbero divenuti, infatti, “inadeguati” nel descrivere la frammentazione dell’oggi⁵. Si coglie, dunque, la difficoltà sovente riscontrata dagli studiosi nel tentativo di “fotografare” l’esistente, “ridisegnato” dalle dinamiche globali e dalla via via crescente pervasività del mercato e dell’economico. In tale specifica prospettiva, in particolare, la dilatazione dei confini dell’economico ha fortemente contribuito al riposizionamento dei centri di potere al di fuori dello Stato e, conseguentemente, ad una via via più incisiva influenza *ab extra*, con ciò concorrendo a “sottrarre” all’autonoma potestà decisionale degli ordinamenti nazionali il controllo ed il governo dell’economia, sempre più oggetto di decisioni “eterodirette”⁶. Ciò si ripercuote sul valore conformativo delle Costituzioni nazionali medesime, la cui «*capacità ordinante*» (G. Azzariti, 2013, 32)⁷ verrebbe compressa dal «trittico Europa, tecnica, finanza» quale «gabbia entro cui sembra si vada a definire, ormai, la politica nazionale del nostro Paese» (G. Azzariti, 2013, 48).

È alla luce delle note introduttive qui riportate che si intende indagare il citato processo di rimodulazione della sovranità statale nel contesto dell’Unione europea, con specifico segno all’Unione europea della e nella crisi. Il XXI secolo ha, difatti, segnato una fase di transizione, la quale, avviata sotto i «colpi» del contingente, va al cuore dei nodi irrisolti e delle contraddizioni che hanno storicamente caratterizzato il progetto unitario europeo.

2. L’UNIONE EUROPEA ATTRAVERSO LE CRISI

Le crisi economiche che, a distanza di poco più di un decennio, hanno investito l’Eurozona hanno rappresentato – ciascuna con le proprie specificità

⁵ Si veda P. ZUMBANSEN (2012, 32-33).

⁶ Si veda, tra gli altri, F. BALAGUER CALLEJÓN (2019, 49-50).

⁷ Sul tema, si vedano, del pari, G. AZZARITI; S. DELLAVALLE (2014, 25); nonché A. APOSTOLI (2018, 29).

– degli *stress test* di primo momento, suscettibili di disvelare alcune delle criticità proprie della costruzione europea e, parimenti, di fungere da stimolo di un’accelerazione del processo integrativo europeo. In tal senso, la condizione di “perdurante” crisi che ha visto coinvolti i Paesi europei almeno a far data dalla crisi economico-finanziaria del 2007-2008 e dalla conseguente crisi del debito sovrano impone una riflessione sulla tenuta degli ordinamenti giuridici nazionali da un punto di vista sociale, giuridico ed economico, oltreché quali enti titolari di potestà sovrana. Parimenti, la riflessione ingloba il diverso (ma interconnesso) profilo dell’integrazione europea, il cui avanzamento (o arretramento) deve essere valutato alla luce della (o meglio, delle) crisi, laddove il riferimento va, oltreché alla citata crisi dei debiti sovrani, alla crisi economica innescata dall’emergenza pandemica del 2020.

Entrambe le crisi economiche – sebbene profondamente diverse per causa scatenante e profili di vulnerabilità evidenziati – hanno, infatti, portato in emersione le (diremmo) storiche aporie del progetto unitario europeo⁸, costituendo (ciascuna per sé) un «‘sink or swim’ moment» per l’Unione europea o, quantomeno, per l’Eurozona (D. Busch, 2020, 7). Così, l’eco della crisi è stato segnalato in entrambi i frangenti emergenziali, essendosi affermato che «la crisi economica, lungi dall’esserne la causa, ha solo svelato la ben nota e strutturale debolezza dell’architettura istituzionale progettata a Maastricht», portandone in emersione i vizi di fondo, le cui radici sono da rinvenirsi «in un doppio vuoto democratico che paralizza, o perlomeno rende più difficoltosa, la capacità di (re)azione a livello europeo» (F. Saitto, 2016, 24) e, ancora, che la crisi economica da Covid-19 «sta mettendo in evidenza tutte le criticità derivanti dal mancato completamento del progetto eurounitario», inficiato dalla «intrinseca parzialità di un’unione monetaria non affiancata da un’unione politica» (E. C. Raffiotta, 2021, 346).

A ben vedere, dunque, la dialettica tra Stati membri e ordinamento Ue è andata assumendo declinazioni e sfaccettature (solo) in parte inedite e avrebbe, del pari, “portato al pettine” il nodo irrisolto dell’aver perseguito il progetto unitario europeo “al rovescio”, nel falso auspicio di utilizzare l’integrazione monetaria (ed economica) quale volano per un’autentica unione

⁸ Contraddizioni e aporie della costruzione economica europea, con speciale riferimento all’Eurosistema, sono, in particolare, rilevate da G. PITRUZZELLA (2012, 20 ss.), ove l’A. segnala: *i*) il legame tra finanze pubbliche ed economia; *ii*) l’interconnessione tra settore (e finanza) privata e settore (e finanza) pubblica; *iii*) la scissione tra una politica monetaria, esercitata a livello sovranazionale (a affidata alla BCE), ed una politica fiscale, ancora esercitata a livello domestico; *iv*) la mancanza di strumenti idonei al perseguimento di politiche «anticicliche»; nonché *v*) la carenza di meccanismi di solidarietà finanziaria tra gli Stati.

politica⁹, essendosi, parimenti, posto in luce come la magnitudo degli effetti delle crisi sia stata in parte dovuta ad un “effetto amplificatore” esercitato dall’architettura risalente a Maastricht, la quale avrebbe, in ultima istanza, amplificato i fattori di vulnerabilità specie dei Paesi già in partenza più fragili¹⁰. In tal senso, è stato affermato che gli effetti della crisi economico-finanziaria e del debito sovrano «sarebbero stati probabilmente meno dirompenti se fosse stato seguito il percorso corretto, partendo dall’integrazione politica» (F. Salmoni, 2019, 127) e che, in senso analogo, «l’architettura disegnata a Maastricht al principio degli anni novanta determina le precondizioni affinché un qualsiasi fattore scatenante produca sempre una crisi di carattere fondamentalmente asimmetrico, a detrimento dei Paesi economicamente e finanziariamente più fragili dell’area valutaria» (E. Mostacci, 2020, 2372). In ciò si rinviene la «doppia coppia concettuale che la parola “crisi” pare suscettibile di sprigionare: una prima che chiama in causa l’orizzonte della temporalità e, con essa, la storia; una seconda che avvolge la dimensione della possibilità e, conseguentemente, la politica» (M. Benvenuti, 2016, 30). Parimenti, i due orizzonti (temporalità e possibilità) convergono e, nel proiettarsi in una dimensione futura, contribuiscono al cambiamento, nella misura in cui «every cloud has a silver lining, since lessons learned from the financial crisis are the foundations for change» (G. Boccuzzi, 2011, 30). Volendo adottare l’ottica del cambiamento, le crisi hanno innescato una reazione *a trazione europea*, la quale si presta ad una duplice direttrice di analisi – tanto sovranazionale, quanto interna – al fine di individuare la conformazione attuale della *governance* multilivello dell’economia e di ipotizzare i possibili scenari futuri nella prospettiva tanto del processo di integrazione europea, quanto della perimetrazione della sovranità politica statale.

In particolare, è dato osservare un disegno di tendenziale accentramento di competenze a livello Ue, cui avrebbe corrisposto una (più o meno evidente) marginalizzazione degli organi di rappresentanza democratica. Una dinamica che, sebbene con gli opportuni e doverosi distinguo, ha in certa misura connotato entrambi i momenti di congiuntura economica avversa. In detta prospettiva, la crisi economico-finanziaria del 2007-2008 e le conseguenti risposte approntate a livello Ue avrebbero contribuito ad una ulteriore tecnicizzazione/neutralizzazione della politica economica, nell’ambito di un generale spostamento degli equilibri di potere dal livello domestico a quello sovranazionale e, con specifico (sebbene non esclusivo) segno alla politica monetaria non con-

⁹ Su tale specifico aspetto si vedano O. ROSSELLI (2004, 11 ss.); nonché F. SALMONI (2019, 127).

¹⁰ Si vedano, in particolare, F. SALMONI (2019, 127); nonché E. MOSTACCI (2020, 2372).

venzionale posta in essere dalla BCE, dalla politica alla tecnica. In tale ottica sarebbero da iscriversi tanto l'irrigidimento della disciplina di bilancio, quanto la condizionalità sottostante alle misure di assistenza finanziaria, cui si somma il ruolo esercitato dalla Banca centrale europea, con particolare riguardo alle misure non convenzionali di politica monetaria. Trattasi, come noto, di strategie di reazione alla crisi cui l'Unione europea ha variamente fatto ricorso in occasione di entrambe le crisi economiche globali e che, sebbene congegnate per la gestione del contingente, si rivelano strutturali quanto ad effetti esercitati sul processo integrativo europeo e, correlativamente, sull'estensione (se non sulla natura medesima) della sovranità degli Stati membri.

3. LE MISURE EUROPEE DI CONTRASTO ALLA CRISI

Punti di contatto e di differenziazione possono scorgersi ad una osservazione in controluce delle strategie adottate dall'Unione europea in reazione alle crisi economiche globali del XXI secolo.

Innanzitutto, la crisi economico-finanziaria ha rappresentato un fattore “accelerante” del processo di integrazione europea che, nel convergere verso il macro-obiettivo della stabilità finanziaria¹¹, avrebbe (ed ha) contribuito ad una marginalizzazione via via più manifesta della sovranità degli Stati membri, essendosi opportunamente segnalato come la crisi economico-finanziaria non abbia «lasciato indenne la dimensione giuridica interna agli Stati nazionali, intesa quale dinamica relazionale tra l'organo “sovrano” deliberativo (il Parlamento) e i vincoli finanziari di livello sovranazionale, i quali, man mano che la crisi aumentava la sua propria capacità di penetrazione, incidavano notevolmente sull'assetto e sul ruolo stesso dell'istituzione parlamentare» (C. A. Ciaralli, 2018, 108)¹². A ben vedere, tra i profili di innovatività sono da segnalarsi tanto il ruolo rivestito dalla BCE, quanto il ritorno all'interventismo pubblico, il quale, tuttavia, muta punto d'origine – da statale a sovrastatale –, per tale via contribuendo alla marginalizzazione dell'autonomia degli Stati nella sfera economica e finanziaria¹³. In tale prospettiva sarebbero da collocare tanto le misure di *crisis management*, quanto

¹¹ Così C. KREUDER-SONNEN (2016, 1352), ove afferma che «there have been major integrative changes in the European governance architecture on at least three dimensions: the build-up of fiscal capacity, fiscal surveillance and the Banking Union».

¹² Si vedano, del pari, F. SALMONI (2019, 127-128); nonché S. CALDARELLI (2019, 247 ss.).

¹³ Su tali profili si veda G. PITRUZZELLA (2012, 40-41).

di *crisis prevention*¹⁴ potendosi, tra le prime, annoverare i programmi di assistenza finanziaria, che, inizialmente temporanei (MESF e FESF), sono stati successivamente resi permanenti con l'istituzione del Meccanismo europeo di stabilità (MES) e le misure non convenzionali della Banca centrale europea. Lungo la seconda direttrice di intervento si inseriscono le misure dirette ad un più "ambizioso" ripensamento della *governance* economica europea¹⁵, mediante un processo di riforma scandito, oltreché dal c.d. Patto *EuroPlus*, dall'adozione del *Six Pack*, del *Fiscal Compact* e del *Two Pack*, destinato ad incidere sul coordinamento *ex ante* delle politiche economiche, nonché sull'irrigidimento della sorveglianza e delle sanzioni previste in caso di mancato rispetto dei vincoli sovranazionali, cui si assomma il progetto di Unione bancaria europea. Nell'ottica del ripensamento della *governance* economica europea, sintomatiche della summenzionata tendenza ad una crescente marginalizzazione degli *spazi di democrazia* nazionale sarebbero la Relazione dei quattro Presidenti «Verso un'autentica unione economica e monetaria» del 26 giugno 2012, oltreché la di poco successiva Comunicazione della Commissione, «Un piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita. Avvio del dibattito europeo» del 28 novembre 2012, ove si rimarcava come «tutte le scelte fondamentali degli Stati membri a livello di politica economica e fiscale devono essere oggetto di maggior coordinamento, approvazione e sorveglianza a livello europeo». Si coglie, dunque, come tanto la condizionalità sottostante alle misure di assistenza finanziaria, quanto l'irrigidimento della disciplina di bilancio abbiano contribuito ad un generale spostamento degli equilibri di potere dal livello domestico a quello sovranazionale ed alla connessa predeterminazione dei fini dell'azione politica «al di fuori della Costituzione e al di fuori degli organi rappresentativi» (P. Masala, 2015, 325)¹⁶, con ciò incidendo, ad un tempo, su forma di stato e forma di governo nazionali¹⁷.

Un'interferenza *ab extra* che si è, d'altra parte, resa particolarmente evidente in occasione della lettera a firma congiunta Trichet-Draghi, datata 5

¹⁴ Sulla distinzione tra misure di «*crisis prevention*» e di «*crisis management*» si vedano L. FANTACCI, A. PAPETTI (2012); nonché, in senso analogo, F. REGANATI; M. OLIVA (2016, 255-256). Una diversa categorizzazione si deve a E. PAPARELLA (2016, 289-290), la quale individua due fasi di gestione della crisi sulla base della distinzione tra misure riconducibili al c.d. «metodo comunitario» e quelle ricollegabili a dinamiche intergovernative.

¹⁵ Per un approfondimento si vedano G. NAPOLITANO (2012); E. C. RAFFIOTTA (2013, 68 ss.); G. L. CONTI (2014); S. FABBRINI (2014).

¹⁶ In tal senso, si veda, altresì, R. CABAZZI (2021, 98).

¹⁷ Per un approfondimento sugli effetti della riforma, si vedano B. CARAVITA DI TORITTO (2013, 247-248); N. LUPO (2013, 430); R. BIFULCO (2016, 53).

agosto 2011, la quale, nella sua irritualità¹⁸, avrebbe certificato «l'impovertimento (...) dell'idea della sovranità statale come espressione della potestà d'imperio degli Stati, e dello Stato italiano ancora in modo particolare» (G. Grasso, 2016, 4). Nei fatti, quello che avrebbe dovuto essere un "suggerimento" dell'Unione europea¹⁹ ha assunto la forza (complice la debolezza politica dell'ordinamento italiano) dell'autentica pressione²⁰, risolvendosi nell'approvazione della legge costituzionale n. 1/2012 di introduzione del principio del pareggio di bilancio; una riforma che si è posta in un rapporto di causa-effetto con l'esigenza di «“restore market confidence”» (T. Gropi, 2012, 6)²¹ e che, nell'assegnare un potere sovrano ad istituzioni finanziarie ed europee, assumerebbe la colorazione di una riforma *calata dall'alto*, in luoghi *altri* e avulsi dal circuito democratico-rappresentativo nazionale, in ciò condensando le criticità derivanti dal «rapporto tra tecnocrazia europea e ricette economiche neoliberiste da una parte, sovranità statale e “diritti sociali” dall'altra» (F. Di Donato, 2017, 11).

Come anticipato, profili di continuità e discontinuità quanto a modalità di reazione Ue alle crisi si rinvengono nella risposta approntata a fronte della più recente crisi economica correlata all'emergenza pandemica. In tale, nuovo, frangente emergenziale, l'Ue ha approntato una cospicua ed ambiziosa serie di misure, dirette, dapprima, all'allentamento dei vincoli di bilancio, nonché ad offrire supporto alle economie nazionali. Tra questi ultimi, particolare rilievo acquistano l'istituzione della linea di credito nell'ambito del MES – il *Pandemic Crisis Support* – il Programma SURE ed il potenziamento della BEI, cui, come noto, si somma il *Next Generation EU*, integrato nel bilancio a lungo termine dell'Ue, ed il Dispositivo per la ripresa e la resilienza – il *Recovery and Resilience Facility* (RRF) – con una dotazione complessiva (tra prestiti e sovvenzioni) di 672,5 miliardi di euro, l'accesso ai quali è tuttavia subordinato al rispetto di una serie di condizionalità, sotto forma di vincoli quanto ad obiettivi perseguibili e tempistiche da rispettare in fase di attuazione²². Parimenti, le

¹⁸ Cfr. M. STIPO (2013); E. OLIVITO (2014); nonché A. SAITTA (2017).

¹⁹ Sul punto, si veda G. GRASSO (2012, 103), ove l'A. segnala che i diversi atti, sebbene dalla diversa e crescente capacità prescrittiva (dal c.d. Patto *EuroPlus* al Trattato sul *Fiscal Compact*, passando per la lettera Trichet-Draghi), non hanno «mai indicato che ciò potesse avvenire *solo* mediante il ricorso a una riforma costituzionale».

²⁰ Di «forsennata pressione delle istituzioni europee, dei governi di alcuni Stati membri dell'UE, delle istituzioni finanziarie internazionali e dei mercati nella grave crisi di fiducia del debito pubblico italiano» discorre F. BILANCIA (2012, 2).

²¹ Sulla inedita modalità di «interferenza» UE, si veda, del pari, F. BALAGUER CALLEJÓN (2012, 343).

²² Ai sensi del Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 «che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza», l'erogazione dei fondi europei è, infatti, subordinata alla presentazione da parte degli Stati di Piani nazionali per la ripresa e la resilienza

condizioni poste ai fini dell'accesso ai fondi non esauriscono l'ingerenza delle Istituzioni Ue, la quale si estende anche alle successive fasi di monitoraggio del conseguimento soddisfacente di traguardi e obiettivi, con la possibilità per la Commissione di sospendere (in tutto o in parte) il pagamento del contributo finanziario, di ridurne l'importo sino ad integrale cancellazione e di recuperare eventuali prefinanziamenti²³, cui si aggiunge la possibilità di una sospensione totale o parziale degli impegni e dei pagamenti in caso di mancata adozione di misure efficaci di correzione del disavanzo eccessivo, secondo quanto stabilito dall'art. 10 sulla sana *governance* economica²⁴. Ne deriva una cadenzata e prolungata integrazione Ue-Stati membri beneficiari, la quale rischia di gettare un'ombra su quella «opzione di metodo che assume la centralità della selezione dei fini politici come criterio di connotazione essenziale della natura democratica di un ordinamento» (F. Bilancia, 2022, 39), ricavandone la «crisi della capacità progettuale della forze partitiche rappresentative» e, con essa, il «declino della capacità progettuale del Parlamento» (F. Bilancia, 2022, 40-41).

Al contempo, le misure citate potrebbero segnare un approfondimento del processo integrativo europeo in termini ancora maggiori rispetto al passato, nella misura di un possibile sviluppo in senso federale e politico (?). In particolare, il NGEU (e, con esso, il RRF), quale «primo vero strumento dell'Unione ispirato ad una nozione di solidarietà diversa da quella sinora dominante», si porrebbe sul punto di intersezione tra *condizionalità* e *solidarietà*, nel solco di una auspicata «discontinuità con gli schemi di intervento consolidati a livello UE fortemente ispirati, come noto, al requisito della stringente condizionalità» (C. Bergonzini, 2020, 768). In tale prospettiva, sarebbe dato scorgere un salto “qualitativo” nel processo di integrazione europea, nella misura in cui le condizionalità poste a livello Ue assumerebbero una rinnovata “valenza positiva” per la realizzazione di obiettivi strategici condivisi, a patto, però, che a livello nazionale vi sia la “forza” necessaria a rendere il coordinamento cui fa riferimento la disciplina europea sull'assegnazione dei fondi²⁵ effettivo e che questi non si risolva in un'accettazione passiva di imposizioni provenienti *ab extra*²⁶.

(PNRR), contenenti i programmi di riforme e investimenti pubblici che gli Stati membri interessati si impegnano a realizzare, prevedendosi un significativo grado di ingerenza dell'Unione nella sfera di autonomia dei singoli Stati beneficiari. I pacchetti di riforme nazionali debbono iscriversi nelle aree di intervento individuate a livello Ue – tra cui transizione verde e digitale, coesione economica, sociale e territoriale, nonché resilienza economica, sociale ed istituzionale – prevedendosi, del pari, un approccio *country specific*, che tenga conto delle sfide e priorità specifiche per Paese individuate nel Semestre europeo.

²³ Cfr. Regolamento (UE) 2021/241, Considerando nn. 52 e 53, nonché art. 24.

²⁴ Cfr. Regolamento (UE) 2021/241, art. 10.

²⁵ Cfr., in particolare, il Considerando n. 62 del Regolamento (UE) 2021/241.

²⁶ Si veda C. MARCHESE (2021, 265).

4. LE *NON-STANDARD MONETARY POLICY MEASURES* DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA

Il menzionato interventismo che avrebbe connotato la reazione Ue alla crisi si rinviene nel ruolo svolto dalla BCE, nella cui prospettiva le due crisi economiche hanno giocato da catalizzatore di un significativo ampliamento di prerogative e funzioni. Oltretutto il suo coinvolgimento nelle procedure di finanziamento agli Stati quale soggetto negoziatore delle condizioni e l'attribuzione del ruolo aggiuntivo di *banking supervisor* nell'ambito dell'Unione bancaria europea, particolare rilievo hanno acquisito le misure non convenzionali di politica monetaria²⁷, tra le quali non si può omettere di menzionare il *Outright Monetary Transactions Programme* (OMT) ed il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), nonché – con riferimento questa volta alle misure in risposta alla crisi economico-sanitaria – le *Pandemic Emergency Longer-Term Refinancing Operations* (PELTROs) ed il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP). L'adozione di tali misure sarebbe stata giustificata dalle specificità della crisi dell'Eurozona, con specifico segno allo stretto legame tra i destini dei settori bancario e sovrano²⁸. Parimenti, l'inedita strategia inaugurata dalla BCE in conseguenza della crisi del debito e sintetizzata nelle parole dell'allora Presidente Mario Draghi – «*whatever it takes to preserve the euro*»²⁹ – è stata nuovamente utilizzata nel più recente contesto di crisi economica al fine di agevolare il ricorso ai finanziamenti e sostenere i massicci interventi dei Governi nazionali a supporto dei soggetti maggiormente colpiti dalle conseguenze economiche della pandemia.

Il ruolo assunto in via di fatto dalla BCE propone, pertanto, un modello di banca centrale “interventista”, lungo la (invero sfumata) linea di demarcazione “politica monetaria – politica economica” che, sebbene necessitato dal contingente, segnerebbe un ampliamento dei confini atti a perimetrare competenze Ue, da un lato, e degli Stati membri, dall'altro, con ciò ampliando gli spazi di *de-democratizzazione*³⁰ nei settori monetario ed economico.

Nella prospettiva della riconfigurazione del ruolo della BCE, le *non-standard measures* di politica monetaria evidenzerebbero, infatti, un «un uso dell'indipendenza volto a “stirare” i suoi poteri sino al limite del suo mandato»

²⁷ Per un approfondimento, S. CAFARO (2014, 55 ss.); nonché, sia consentito, A. C. VISCONTI (2021, 307 ss.).

²⁸ Per un approfondimento, si veda E. MOSTACCI (2015, 226).

²⁹ *Speech by Mario Draghi, President of the European Central Bank at the Global Investment Conference in London*, 26 luglio 2012, reperibile sul sito istituzionale della Banca centrale europea.

³⁰ Discorre di *de-democratizzazione* con riferimento all'attribuzione delle funzioni monetaria alla BCE G. REPETTO (2005, 306).

(E. Paparella, 2016, 291), da considerarsi quali «fattori di ri-accentramento *entro* i limiti del mandato della Banca» (E. Paparella, 2016, 308), suscettibili di incidere sui rapporti tra politica monetaria ed economica, sugli equilibri inter-istituzionali in seno all'Unione europea e, finanche, sui rapporti interordinamentali Ue – Stati membri. In una simile ottica, i margini di manovra che le crisi avrebbero “concesso” alla BCE pongono al centro le questioni del grado di autonomia degli ordinamenti statali e della tenuta del principio democratico-rappresentativo, essendosi osservata l'emersione di un ruolo *tecnico-politico* dell'Istituzione di Francoforte³¹, che viene a “lambire” la sfera della politica economica.

Criticità ampiamente dibattute in sede giurisprudenziale ed oggetto di un acceso e prolungato confronto tra Corte di Giustizia e *Bundesverfassungsgericht* intorno al programma OMT ed al PSPP³², che tangono l'estensione dell'indipendenza della BCE e, con essa, il livello di *scollamento* delle decisioni di politica economica dai centri democraticamente legittimati a livello nazionale, nel segno di una tendenziale inversione dei rapporti tra *efficienza tecnica* e *principio democratico*. Parimenti, il ruolo di preminente centralità assunto dalla BCE nella gestione della crisi è stato favorito dall'assenza di «un autorevole governo centrale, dotato di poteri politici effettivi» (G. Cocco, 2020, 336)³³ da esercitarsi in un'ottica di equa redistribuzione delle risorse tra gli Stati membri; un vuoto che sarebbe stato colmato da un'Istituzione che, in forza delle proprie competenze tecniche, ha assunto un ruolo che da meramente *ausiliario* si sarebbe fatto *suppletivo*. Uno slittamento di piano e di ruoli che ha condotto taluno a discorrere di un «procedere sotto l'egida della tecnica» (F. Capriglione, 2013, 222) e di una «further technocratization of economic policy at the National level, arguably at the expense of national parliaments» (F. Amtenbrink, 2012, 144).

Quanto sin qui affermato si ripropone ad un'osservazione della strategia dell'*Eurotower* di reazione alle conseguenze economiche della crisi pandemica, dovendosi, tuttavia, portare all'attenzione un auspicabile, potenziale, cambio di passo, nel senso della rottura dell'«isolamento istituzionale nel quale si trovava la BCE, sino ad ora unica istituzione sovranazionale nell'architettura di governance economica europea» (F. Fabbrini, 2020, 786). Un elemento di

³¹ Di «anomalo ruolo politico» discorre E. C. RAFFIOTTA (2020, 346).

³² Il riferimento va ai noti casi *Gauweiler* e *Weiss e a.*, principati dai primi due rinvii pregiudiziali sollevati dal Tribunale costituzionale federale tedesco. Per un approfondimento sul caso *Gauweiler* si vedano A. HINAREJOS (2015); T. TRIDIMAS, N. XANTHOULIS (2016); F. SAITTO (2016). Sul caso *Weiss*, M. DAWSON, A. BOBIĆ (2019).

³³ Sui rapporti tra politica e mercato nella costruzione europea, si veda J. HABERMAS (2014, 4-5).

discontinuità, quest'ultimo, che si presenterebbe quale portato del diverso carattere delle misure poste in essere dall'Ue, con speciale riferimento al NGEU nel suo integrarsi con il Quadro finanziario pluriennale (QFP) 2021-2027, essendosi rilevato che «mentre le misure adottate in risposta alla crisi dell'euro si erano limitate a rafforzare i poteri di controllo delle istituzioni europee sulle politiche di bilancio degli Stati membri, le misure adottate in risposta alla pandemia hanno rafforzato i poteri di bilancio delle istituzioni europee *tout court*» (F. Fabbrini, 2020, 786).

5. GLI SPAZI RESIDUI DELLA SOVRANITÀ STATUALE. NOTE CONCLUSIVE

Come rispondere all'interrogativo da cui dipana questo scritto: Quali spazi per la sovranità costituzionale?

Il quesito evoca le tensioni cui la sovranità degli ordinamenti giuridici nazionali è doppiamente esposta – quelle derivanti dall'economia e dalla dimensione sovranazionale –, intendendosi rimarcare come le due si fondano in un'unica forza che *ab externo* metterebbe in discussione la tenuta della sovranità come tradizionalmente intesa. In tal senso, il summenzionato processo centrifugo di contestuale *perdita e trasferimento* di potere parrebbe alimentato dalla «torsione economicista» del vincolo esterno derivante dai primi Trattati europei, alla luce della quale la tendenziale marginalizzazione del principio della sovranità popolare sarebbe il risultato non tanto dell'«aumento quantitativo delle competenze cedute dagli Stati membri alle comuni istituzioni europee», bensì dell'«afferinarsi di dottrine economico-politiche antitetiche al modello keynesiano, imperniate attorno al modello della banca centrale indipendente e all'idea che sia *il mercato* il luogo migliore (o forse l'unico) in cui può realizzarsi la 'giusta' distribuzione del benessere tra le componenti della società» (A. Guazzarotti, 2017, 2-3). Nondimeno, dietro all'*emancipazione* della sovranità dalla dimensione statale si cela, oltretutto la «restrizione dei luoghi tradizionalmente concessi alla *politica*» (L. Chieffi, 2006, 11), una trasfigurazione dello Stato che «proprio con riguardo ai poteri di più diretto intervento nella economia (...) *diviene non-Stato*» (G. Guarino, 1992, 32), essendosi posto in luce come, sul piano continentale, allo stato sociale (ed ai principi che ne sono espressione) si sia sostituita l'Unione europea, la quale «canonizza come principio fondamentale una dottrina economica, catturando in norme che pretenderebbero la qualifica di 'costituzionali' tutte le scelte di indirizzo politico immaginabili, precludendo qualunque altra e ponendo una

sola come suprema e assoluta, quella dell'instaurazione, dell'affermazione, della perpetuazione dell'*economia di mercato aperta ed in libera concorrenza*» (G. Ferrara, 2006, 65-66), con annessa degradazione del ruolo delle assemblee rappresentative, della rappresentanza democratica.

Di talché, il primo nodo problematico sarebbe dato dai rapporti tra politica ed economia, che, alimentato dal processo integrativo europeo, costringe la sovranità nell'*impasse* per la quale, da un lato, «l'economia (...) non può nella realtà sostituirsi a ed assorbire la politica (e cioè il governo dell'intera società, che non è e non può essere ridotta a realtà meramente economica)» e, dall'altro, «la politica, e cioè gli Stati, non può contraddire le necessità e le esigenze della economia, che è e non può oggi che essere globale, cioè mondiale» (G. U. Rescigno, 2017, 332). È soprattutto in ambito economico, dunque, che si registra la condizione di difficoltà dello Stato nella sua capacità di esercitare il proprio potere sovrano, come parimenti sarebbe emerso nel contesto delle due crisi economiche che qui ci occupano. In tal senso, tanto la condizionalità sottostante alle misure di assistenza finanziaria, quanto l'irrigidimento della disciplina di bilancio avrebbero comportato una progressivamente più manifesta dispersione di sovranità «nei rivoli di una nuova costellazione costituzionale, popolata da diversi attori dalla natura eterogenea e dalla incerta legittimazione democratica» (A. Baraggia, 2017, 40), nonché una “derubricazione” della medesima ad una «sovranità tecnica ascendente» nella veste di una «sovranità a rime obbligate» (G. L. Conti, 2014, 397-398), giustificata sul piano della tecnica piuttosto che su di una legittimazione politica costituzionalmente fondata.

Al contempo, quanto sin qui asserito non vuole tendere all'affermazione di un'avvenuta definitiva eclissi della sovranità, quanto, piuttosto, ad una sua rimodulazione e ridefinizione in chiave attualizzata, quale «fenomeno fluido, che rifugge dai paradigmi ingessati in elementi tassativi e la articola su più piani e la distribuisce tra più centri autoritativi» (G. De Minico, 2021, 116-117), venendo, in tal senso, in rilievo il tema della condizionalità nel suo rapporto *ossimorico* con la sovranità³⁴. In tale prospettiva, trattasi, dunque, di prendere atto delle trasformazioni che, intervenute sul piano fattuale (economico e sociale), si trasferiscono sul piano giuridico, costringendo ad un'opera di relativizzazione, a fronte della quale si apre il varco a nuove concettualizzazioni della nozione di sovranità, quali «sovranità ripartita» che, mutuata dalle esperienze federali, è stata applicata al rapporto fra Stati membri e Comunità euro-

³⁴ Di «relazione ossimorica» tra condizionalità e sovranità ha trattato, sebbene con riferimento alla “stretta condizionalità” caratterizzante la *governance* economica post crisi economico-finanziaria del 2007-2008, A. BARAGGIA (2017, 39).

pea (E. Cannizzaro, 1996, 119 ss.)³⁵, di «sovranità solidale», fondata su di un esercizio inclusivo dei poteri da parte di ciascun livello ordinamentale, quali espressione di un'unica esperienza giuridica (E. Cannizzaro, 1996, 119 ss.) e, ancora di «sovranità condivisa» (A. Patroni Griffi, 2015, 99 ss.), nel quadro di un passaggio «from sovereignty to participation», a fronte del quale la precedente «*'sovereign' sovereignty*» verrebbe sostituita da una nuova «*'participatory' sovereignty*» (R. Toniatti, 2013, 55), entro cui la sovranità degli Stati si vedrebbe soggetta a «new conditions of existence and manifestation» (R. Toniatti, 2013, 56), perdendo, al contempo, il connotato dell'esclusività.

L'analisi delle strategie di reazione alle crisi ripropone il tema della sovranità statale, *condizionata* o, quantomeno, *compressa* tra il necessitato intervento della BCE e le condizionalità sottostanti ai finanziamenti europei, come previste, da ultimo, nell'ambito del NGEU e del RRF. In particolare, la scelta di incanalare le risorse finanziarie Ue su di obiettivi strategici condivisi se, per un verso, esercita un *effetto escludente e preclusivo* nei confronti delle Assemblee rappresentative, nella misura di una predeterminazione (in via esclusiva) dei fini dell'azione politica, per l'altro, potrebbe aprire la strada ad un «salto di livello», che, veicolato (anche) da un rafforzamento dei poteri di bilancio europei, possa direzionarsi verso un rapporto maggiormente bilanciato tra tecnica e politica, nell'auspicabile direzione di una rinnovata centralità della sovranità politica.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. (2017), *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità Rappresentanza Territorio*, Napoli: Jovene.
- AMTENBRINK, F. (2012). Legal Developments. *Journal of Common Market Studies*, 50(Annual Review), 132-146.
- APOSTOLI, A. (2018). A proposito delle più recenti pubblicazioni sull'uso della Costituzione. *Costituzionalismo.it*, 2, 27-74.
- AZZARITI, G. (2013). *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari: Laterza.
- AZZARITI, G.; DELLAVALLE, S. (2014). *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

³⁵ L'A., nell'indagare la ripartizione fra poteri statali e comunitari, sottolinea come l'idea di sovranità ripartita si ponga «nell'ottica di un superamento del presupposto storico della categoria della sovranità, concepita tradizionalmente come pienezza di potere e, quindi, strutturalmente indivisibile».

- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2012). *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*. In B. Andò, F. Vecchio (a cura di), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea* (333 ss.), Padova: Cedam.
- (2019). Costituzione economica e globalizzazione. *Federalismi.it*, spec. 5, 43-54.
- BARAGGIA, A. (2017). *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi. La condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Torino: Giappichelli.
- BENVENUTI, M. (2016). *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- BERGONZINI, C. (2020). L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio. *Quaderni costituzionali*, 4, 761-778.
- BIFULCO, R. (2016). *Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo*. In A. M. Nico (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, tomo I (53 ss.), Bari: Cacucci.
- BILANCIA, F. (2012). Note critiche sul c.d. «pareggio di bilancio». *Rivista AIC*, 2, 1-6.
- (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.
- BOCCUZZI, G. (2011). *Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the italian model*. In Banca d'Italia. Eurosistema, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, 71, 1 ss.
- BOROWIAK, C. T. (2011). *Disorienting Cosmopolitanism: Accountability and the Politics of Insurgence*. In Id (a cura di), *Accountability and Democracy: The Pitfalls and Promise of Popular Control* (150-174), Oxford: Oxford University Press.
- BUSCH, D. (2020). *Is the European Union going to help us overcome the COVID-19 crisis?*. In C. V. Gortsos; W.-G. Ringe (a cura di), *Pandemic Crisis and Financial Stability* (3-42), Frankfurt AM: EBI.
- CABAZZI, R. (2021). *La tecnocrazia in luogo della politica. Tra crisi economico-finanziaria e pandemia*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- CAFARO, S. (2014). *L'azione della BCE nella crisi dell'area dell'euro alla luce del diritto dell'Unione europea*. In G. Adinolfi, M. Vellano (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro. Profili giuridici* (49 ss.), Torino: Giappichelli.
- CALDARELLI, S. (2019). La sovranità statale alla prova della crisi economica e finanziaria. *Rivista AIC*, 2, 245-269.
- CANNIZZARO, E. (1996). Esercizio di competenze e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea. *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1, 75 ss.
- CAPRIGLIONE, F. (2013). *Mercato regole democrazia. L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*, Milano: Utet.
- CARAVITA DI TORITTO, B. (2013). *Trasformazioni costituzionali nel federalizing process europeo*. In Aa. Vv., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità* (241 ss.), Milano: Giuffrè.

- CARPARELLI, A. (2016). *Cessione di sovranità e democrazia nella gestione della crisi dell'economia*. In P. Marsocci (a cura di), *Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo* (223 ss.), Napoli: Editoriale Scientifica.
- CARROZZA, P. (2016). *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*. In G. Grasso (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica* (81 ss.), Napoli: Editoriale Scientifica.
- CHIEFFI, L. (2006). *I paradossi del costituzionalismo contemporaneo e le «promesse non mantenute» dalle democrazie occidentali*. In Id. (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere* (11 ss.), Torino: Giappichelli.
- CIARALLI, C. A. (2018). Il bilancio quale «bene pubblico» e l'esercizio «condizionato» del mandato elettivo. Riflessioni sulla nuova fase della democrazia rappresentativa. *Costituzionalismo.it*, 2, 107-144.
- COCCO, G. (2020). Itinerario di un'Europa incompiuta: dalle crisi alla rinascita. *Politica del diritto*, 3, 313-384.
- CONTI, G. L. (2014). *L'unione del coraggio con l'ardimento: il progredire mutante dell'espressione governance*. In Aa. Vv., *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana* (383 ss.), Napoli: Jovene.
- DAWSON, M.; BOBIĆ, A. (2019). Quantitative Easing at the Court of Justice – Doing whatever it takes to save the euro: Weiss and Others. *Common Market Law Review*, 56(4), 1005-1040.
- DE MINICO, G. (2021). Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa. *Costituzionalismo.it*, 2, 113-160.
- DE VERGOTTINI, G. (2006). *Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione*. In C. Amato, G. Ponzanelli (a cura di), *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica* (6 ss.), Torino: Giappichelli.
- DI DONATO, F. (2017). Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberismo europeo. *Osservatorio costituzionale AIC*, 1, 1-31.
- DI PLINIO, G. (1998). *Diritto pubblico dell'economia*, Milano: Giuffrè.
- FABBRINI, F. (2020). La nuova governance economica europea post-pandemia. *Il diritto dell'Unione europea*, 4, 771-794.
- FABBRINI, S. (2014). *Beyond Intergovernmentalism: The puzzle of European Economic Governance*. In M. J. Rodrigues, E. Xiarchogiannopoulou (a cura di), *The Eurozone Crisis and the Transformation of EU Governance. Internal and External Implications* (59 ss.), Farnham: Routledge.
- FANTACCI, L.; PAPETTI, A. (2013). Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi. *Costituzionalismo.it*, 2.
- FERRARA, G. (2003/2020). *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*. In Aa. Vv., *Ripensare lo Stato. Atti del Convegno di Studi di Napoli*, 22-23 marzo 2002 (657 ss.), Milano: Giuffrè, 2003, 657 ss., ora Id., *Per la democrazia costituzionale. Scritti scelti* (495 ss.), Napoli: Editoriale Scientifica.

- FERRARA, G. (2006). *Democrazia e rappresentanza politica*. In L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere* (49-68), Torino: Giappichelli.
- (2006). *La sovranità popolare e le sue forme*. In S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime democratico*, vol. 1 – *Sovranità e Costituzione*, tomo I (251 ss.), Roma-Bari: Laterza.
- FERRARESE, M. R. (2011). Globalizzazione giuridica. *Enc. Dir., Annali*, IV, 547 ss.
- FERRARI, V. (2013). *La metamorfosi delle funzioni e della struttura del diritto tra globalizzazione e crisi economica*. In R. Bifulco, O. Roselli (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale* (61 ss.), Torino: Giappichelli.
- FIORAVANTI, M. (1998). *Costituzione e popolo sovrano: la Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna: il Mulino.
- FROSINI, T. E. (1998). *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano: Giuffrè.
- GRASSO, G. (2012). *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e della sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- (2016). Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria. *Osservatorio costituzionale AIC*, 1-14.
- GROPPI, T. (2012). The Impact of the Financial Crisis on the Italian Written Constitution. *Italian Journal of Public Law*, 4(1), 1-14.
- GUARINO, G. (1992). Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie. *Quaderni costituzionali*, 1, 21 ss.
- (1999). *La sovranità e le sue mutazioni*. In Aa. Vv., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, tomo I (1707 ss.), Milano: Giuffrè.
- GUAZZAROTTI, G. (2017). Sovranità e integrazione europea. *Rivista AIC*, 3, 1-12.
- HABERMAS, J. (1999). *Lo stato nazionale europeo sotto il peso della globalizzazione*. In Id., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia* (103 ss.), Milano: Feltrinelli.
- (2014). *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Roma-Bari: Laterza.
- HINAREJOS, A. (2015). Gauweiler and the Outright Monetary Transactions Programme: The Mandate of the European Central Bank and the Changing Nature of Economic and Monetary Union. *European Constitutional Law Review*, 11(3), 563-576.
- KOTZUR, M. (2008). Sovranità dello Stato e Costituzione federale europea. Nuove prospettive sulla sovranità in uno schema di costituzionalismo multilivello. *Il Federalista*, II, 129 ss.
- KREUDER-SONNEN, C. (2016). Beyond Integration Theory: The (Anti-)Constitutional Dimension of European Crisis Governance. *Journal of Common Markets Studies*, 54(6), 1350-1366.

- LUCIANI, M. (1996), L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1, 124 ss.
- LUPO, N. (2013). *Il nuovo articolo 81 della Costituzione e la legge «rinforzata» o «organica»*. In Aa. Vv., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità* (425 ss.), Milano: Giuffrè.
- 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, 232-367.
- MASALA, P. (2015). *Ripercussioni della nuova governance europea collegata alla crisi economico-finanziaria sugli equilibri interni della democrazia parlamentare, con particolare riferimento all'esercizio della funzione legislativa: il caso italiano*. In F. Lanchester (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello* (323 ss.), Milano: Giuffrè, Milano.
- MIRAS, A. P.; RAFFIOTTA, E. C.; TERUEL LOZANO, G. M.; VECCHIO, F. (2021). *Sovranità e rappresentanza nell'era della globalizzazione*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- MORRONE, A. (2012). Teologia politica v. Teologia economica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale». *Quaderni costituzionali*, 4, 829-856.
- MOSTACCI, E. (2015). Alla maniera di Asghar Farhadi. Le operazioni straordinarie della BCE nelle dinamiche della separazione. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 221-246.
- (2020). La terza onda. L'Unione europea di fronte alle conseguenze economiche della pandemia. *DPCE online*, 2, 2369-2391.
- NAPOLITANO, G. (2012). *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica*. In Id. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali* (383 ss.), Bologna: il Mulino.
- OLIVITO, E. (2014). Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al governo italiano. *Rivista AIC*, 1, 1-18.
- PAPARELLA, E. (2016). La Bce e l'ambivalente uso dell'indipendenza nella crisi della zona euro. *Osservatorio costituzionale AIC*, 2, 1-19.
- (2016). *La Bce e l'ambivalente uso dell'indipendenza nella crisi della zona euro*. In P. Marsocci (a cura di), *Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo. Atti degli incontri del Progetto EU-Polis*, vol. II (283-310), Napoli: Editoriale Scientifica.
- (2015). L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo. *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 1, 99 ss.
- PATRONO, M. (2006). *Cessioni di sovranità e unificazione europea*, In S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime democratico*, vol. 1 – *Sovranità e Costituzione*, tomo I (373 ss.), Roma-Bari: Laterza.
- PITRUZZELLA, G. (2012). Chi governa la finanza pubblica in Europa?. *Quaderni costituzionali*, 1, 9-50.

- PREDIERI, A. (1998). *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino: Giappichelli.
- RAFFIOTTA, E. C. (2013). *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna: Bononia University Press.
- (2020). La banca centrale europea a dieci anni dal Trattato di Lisbona tra emergenze e la ricerca di un'identità. *Federalismi.it*, 19, 345-360.
- REGANATI, F.; OLIVA, M. (2016). *Integrazione monetaria e sovranità fiscale nell'Uem*. In P. Marsocci (a cura di), *Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo. Atti degli incontri del Progetto EUPolis*, vol. II (253-267), Napoli: Editoriale Scientifica.
- REPETTO, G. (2005). *Responsabilità politica e governo della moneta: il caso BCE*. In G. Azzariti, *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità* (283 ss.), Torino: Giappichelli.
- RESCIGNO, G. U. (2017). Moneta e Stato. *Diritto Pubblico*, 2, 309-336.
- ROSELLI, O. (2004). *Profili costituzionali dell'integrazione monetaria europea*. In Id. (a cura di), *Europa e Banche centrali*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- RUGGERI, A. (2021). *Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica*. In A. P. Miras, E. C. Raffiotta, G. M. Teruel Lozano, F. Vecchio (a cura di), *Sovranità e rappresentanza nell'era della globalizzazione* (15 ss.), Napoli: Editoriale Scientifica.
- SAITTA, A. (2017). *Fiscal Compact* tra Costituzione, trattati e politica. *Rivista AIC*, 4, 1-10.
- SAITTO, F. (2016). Il *Bundesverfassungsgericht* e l'Europa: istanze «controdemocratiche», principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT. *Costituzionalismo.it*, 3, 23-78.
- SALMONI, F. (2019). *Stabilità finanziaria, Unione bancaria europea e Costituzione*, Milano: Wolters Kluwer-Cedam.
- SASSEN, S. (2003). Globalization or Denationalization?. *Review of International Political Economy*, 10(1), 1-22.
- SCHMITT, C. (2013). *Il concetto di 'politico'* (Premessa del 1963). In Id., *Le categorie del 'politico'* (89 ss.), Bologna: il Mulino.
- SILVESTRI, G. (1996). La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto. *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1, 3 ss.
- STEGE, M. B. (2016). *La globalizzazione*, Bologna: il Mulino.
- STIPO, M. (2013). *Una lettera «anomala» (la lettera Trichet-Draghi indirizzata al Primo Ministro italiano – Frankfurt/Rome, 5 August 2011)*. In Aa. Vv., *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. IV (2391 ss.), Napoli: Jovene.
- TONIATTI, R. (2013). *Sovereignty Lost, Constitutional Identity Regained*. In A. Saiz Arnaiz, C. Alcoberto Llivina (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration* (49 ss.), Cambridge: Intersentia.

- TRIDIMAS, T.; XANTHOULIS, N. (2016). A Legal Analysis of the Gauweiler Case. Between Monetary Policy and Constitutional Conflict. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(1), 17-39.
- VISCONTI, A. C. (2021). *La BCE e le sue potenzialità: da custode della stabilità dei prezzi a prestatore di ultima istanza?*. In M. Cecili; A. Chiappetta; G. Vosa (a cura di), *Oltre le crisi. L'Unione europea al bivio. Next Generation UE e MES gli strumenti per uscirne?* (293-322), Napoli: Editoriale Scientifica.
- VON BOGDANDY, A. (2011). *Positioning German Scholarship in the Global Arena: The Transformative Project of the German Law Journal*. In R. A. Miller; P. C. Zumbansen (a cura di), *Comparative Law as Transnational Law: A Decade of the German Law Journal* (19-24), Oxford: Oxford University Press.
- ZUMBANSEN, P. C (2012). Comparative, global and transnational constitutionalism: The emergence of a transnational legal-pluralist order. *Global Constitutionalism*, 1, 1, 16-52.

¿CÓMO GARANTIZAR LA EFICACIA DE LOS DERECHOS PROCEDIMENTALES TRIBUTARIOS? EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

RAFAEL SANZ GÓMEZ

*Universidad Nacional de Educación a Distancia*¹

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el principio de buena administración.*–3. *El principio de buena administración en el ámbito de la recaudación ejecutiva.*–4. *¿Constitucionalismo? Algunas reflexiones y propuestas a modo de cierre.*

1. INTRODUCCIÓN

La buena administración integra un conjunto de derechos procedimentales, en su mayor parte vinculados con derechos de defensa (Barnes, 2019, 79), como el derecho a ser oído o a recibir una resolución motivada. En todo caso, más allá de codificaciones concretas (entre las que destaca el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en lo sucesivo CDFUE) estamos ante un concepto de contenido relativamente difuso ya que, en buena medida, se trata de una construcción jurisprudencial². Precisamente, este contenido difuso es un

¹ Este trabajo se adscribe al Proyecto de investigación Talento Joven UNED 2022 «La codificación del principio de buena administración en los procedimientos tributarios», financiado por el Vicerrectorado de Investigación, Transferencia del Conocimiento y Divulgación Científica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

² Incluso el art. 41 CDFUE tendría carácter «declarativo», puesto que codificó el principio jurisprudencial ya existente (PISTONE, 2020, 17).

criterio para definir la buena administración, más que como derecho, como principio (Álvarez Martínez, 2022) o incluso como «meta-principio» (Hofmann y Mihaescu, 2013, 84). En el Derecho tributario español, el Tribunal Supremo hace referencia a un *principio* de buena administración, basado en los principios de los arts. 103 y 9.3 de la Constitución española (CE), que sirve para la interpretación de los derechos y reglas procedimentales previstos en la legislación y como parámetro para el control de potestades administrativas discrecionales.

El objeto del presente trabajo es esta jurisprudencia del Tribunal Supremo³; la cual, desde 2018, ha cobrado una importancia inaudita en el ámbito de los procedimientos tributarios. La valoración que merece es ambivalente. En lo positivo, parece ayudar a garantizar de manera sustantiva algunos derechos y garantías de los contribuyentes, al obligar a que la Administración actúe de manera proactiva para su defensa. En palabras de Litago Lladó (2021), «la verdadera fuerza innovadora del principio de buena administración comienza por la exigencia de actividad, actuación, administrativa y la proscripción de la inactividad en cuanto obstáculo para la consecución de los objetivos del Estado social y democrático de Derecho».

Para ello, el Tribunal Supremo se embarca en una actividad creadora de normas para crear un marco que incentive a la Administración a actuar de un modo determinado. Más allá del rechazo que pueda generar un juez creador de Derecho, nos preocupa que, al hacerlo, sus sentencias tienden a emborronar diferencias expresamente introducidas por el legislador (como las consecuencias procedimentales si se pide un aplazamiento en período voluntario o si se hace en período ejecutivo: STS de 15 de octubre de 2020, rec. 1652/2019) o categorías jurídicas ampliamente consolidadas (como la ejecutoriedad de los actos administrativos si no se solicita y concede la suspensión: STS de 28 de mayo de 2020, rec. 5751/2017). Como consecuencia, el ordenamiento experimenta tensiones poco deseables. Otras veces, el desacuerdo del legislador (o del binomio Administración-legislador, en la medida en que muchas propuestas de reforma proceden en última instancia de la Administración) le lleva a modificar la redacción de la Ley General Tributaria para excluir expresamente la interpretación jurisprudencial.

Este trabajo pretende reflexionar sobre la función estabilizadora que la Constitución puede tener en este conflicto, desde al menos tres perspectivas. La primera, la acotación de las funciones de cada uno de los sujetos en el marco constitucional, ya que se ha acusado al Tribunal Supremo de adoptar el

³ Por motivos de extensión, nos centraremos solo en supuestos seleccionados vinculados con el inicio del procedimiento de apremio (para la ejecución forzosa de la deuda tributaria).

papel del legislador o al legislador de actuar de manera poco eficiente en la orientación de la conducta administrativa. La segunda, el uso de la Constitución como expresión del «deber ser» del Derecho para poner determinar cuáles son las posturas jurídicamente preferibles en el conflicto existente⁴. La tercera y última, la posibilidad de intervención del Tribunal Constitucional para fijar dichas posturas en un nivel que evite la constante modificación de la legislación que regula los procedimientos tributarios.

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Según la STS de 15 de octubre de 2020, el principio de buena administración constituye «un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente y [...] no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones Públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene –debe tener– plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigible por el ciudadano». Para invocar el principio de buena administración, deben reunirse determinados requisitos.

En primer lugar, la Administración deberá haber actuado de manera negligente («el principio de buena administración [...] excluye la gestión negligente»). Los particulares solo están obligados a soportar determinadas restricciones de derechos (aquellas que sean estrictamente necesarias) y el principio de buena administración sirve para fijar unos parámetros de actuación administrativa a la hora de determinar cuáles son las restricciones que no deben soportarse. El principio tiene como consecuencia, además, reforzar el nivel de diligencia exigible a la Administración. La negligencia puede derivarse, por ejemplo, del incumplimiento de una norma (por ejemplo, el deber de motivación), de la falta de coherencia interna de la conducta administrativa o de la inactividad o retraso injustificado en el actuar. Cabe apuntar que, para determinar la existencia de una actuación incoherente o un retraso injustificado, el Tribunal Supremo analiza el comportamiento de la Administración actuante. En este sentido, la AEAT se

⁴ En este sentido, FERRAJOLI (2011, 25) afirma que «el constitucionalismo positivista o garantista es una teoría que tematiza la divergencia entre deber ser (constitucional) y ser (legislativo) del Derecho» y «se caracteriza por la distinción y la virtual divergencia entre *validez* y *vigencia*». Sin que acojamos plenamente una visión concreta del constitucionalismo, nos parece una distinción oportuna.

considera una única entidad (STS de 26 de julio de 2022, rec. 3470/2020), diferente a su vez de los órganos de revisión (tribunales económico-administrativos).

En segundo lugar, deberá haberse producido una quiebra de la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal o constitucionalmente al contribuyente. Creemos que debería identificarse expresamente el derecho o garantía afectado, aunque la jurisprudencia a veces se limita a hacer referencia a un perjuicio genérico que se habría generado al interesado por no haberse realizado las actuaciones administrativas de la manera más ágil y eficiente posible. En este sentido, son relevantes el art 13.e) LPAC, que reconoce el derecho a que las autoridades y empleados públicos faciliten a los particulares «el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones» (Orena Domínguez, 2020); y el art. 34.1.k) LGT («Derecho a que las actuaciones de la Administración tributaria que requieran su intervención se lleven a cabo en la forma que le resulte menos gravosa»).

Adicionalmente, el particular deberá haber actuado de buena fe. Son varias las sentencias donde se pone de manifiesto que la actuación maliciosa del obligado tributario (aunque no necesariamente la actuación negligente) excluye la aplicación del principio de buena administración.

Potencialmente, el principio de buena administración opera como parámetro valorativo de cualquier actuación administrativa. En un buen número de ocasiones, sirve para determinar si la Administración ha ejercido correctamente sus potestades discrecionales (por ejemplo, al fijar la extensión de un plazo de alegaciones: STS de 30 de septiembre de 2019, rec. 6276/2017). Cuando sea el caso, consideraremos incluidas en el ámbito de las potestades discrecionales la decisión de iniciar o no un procedimiento⁵ o de cuándo hacerlo (así, el principio permite valorar la inactividad de la Administración, o una demora injustificada).

3. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA RECAUDACIÓN EJECUTIVA

Una breve referencia a la regulación de la recaudación tributaria nos parece útil para dotar de contexto a este apartado. La ejecución forzosa de la deuda se realiza por la propia Administración (autotutela ejecutiva) a través del procedimiento de apremio. Tras la notificación de una liquidación admi-

⁵ En algunos casos, la iniciación del procedimiento será una obligación (por ejemplo, nos parece que es evidentemente así en el caso del procedimiento de apremio), pero no en otros casos (procedimientos de control, procedimiento sancionador, procedimientos extraordinarios de revisión).

nistrativa (que cuantifica la deuda no ingresada por el contribuyente) se abre un plazo de pago (el art. 62.2 LGT lo califica de «período voluntario») durante el cual el obligado puede, entre otras acciones, pagar (la deuda quedaría saldada), recurrir la liquidación, o solicitar un aplazamiento (o fraccionamiento). Por el contrario, si el obligado no actúa, una vez acabado dicho plazo de pago (período voluntario) se inicia el período ejecutivo, con dos consecuencias principales: el devengo automático de recargos sobre el principal de la deuda, denominados recargos del período ejecutivo (art. 28 LGT) y la posibilidad de que la Administración inicie el procedimiento de apremio [arts. 160.2.a) y 167.1 LGT].

De acuerdo con la normativa aplicable, la solicitud de aplazamiento en período voluntario impide el inicio del período ejecutivo hasta que no se resuelva dicha solicitud. Por otra parte, si se impugna la liquidación, podrá solicitarse la suspensión del acto administrativo. La impugnación puede hacerse mediante recurso de reposición (potestativo en el ámbito del Estado central) o mediante reclamación económico-administrativa (obligatoria para poner fin a la vía administrativa) ante unos órganos administrativos específicos de revisión (los tribunales económico-administrativos) que dependen orgánicamente (aunque no funcionalmente) del Ministerio de Hacienda⁶. Si la Administración notifica la providencia de apremio cuando está pendiente de resolverse una solicitud de aplazamiento presentada en el período voluntario o una solicitud de suspensión, el obligado podrá impugnar la providencia con éxito (art. 167.3 LGT).

La jurisprudencia analizada pone de manifiesto dos tendencias administrativas que pueden resultar disfuncionales. La primera es que, cuando no está expresamente prohibido, la Administración tiende a iniciar el procedimiento de apremio, aunque existan cuestiones pendientes que pudieran afectar a la pertinencia de la ejecución forzosa. La segunda es que la falta de respuesta expresa y temporal a los recursos de reposición parece ser la norma. La Memoria del Consejo para la Defensa del Contribuyente de 2011 menciona un «sistemático incumplimiento del plazo de un mes que la normativa establece para la resolución»⁷.

La primera sentencia que vamos a tratar es la STS de 28 de mayo de 2020 (rec. 5751/2017). Un contribuyente había recibido una liquidación y la recu-

⁶ Nos referimos al ámbito estatal: es decir, a la impugnación de actos de aplicación de los tributos dictados por la AEAT. La independencia funcional de los tribunales económico-administrativos, en todo caso, es relativa. Según la jurisprudencia más reciente del TJUE, no cumplen con los criterios de independencia que caracterizarían a los órganos jurisdiccionales, por lo que no pueden plantear cuestiones prejudiciales (sentencia de 21 de enero de 2020, *Banco de Santander S. A.*, asunto C-274/14, ECLI: EU: C:2020:17). En esta sentencia, el TJUE se separó de su jurisprudencia anterior, que sí reconocía tal posibilidad.

⁷ Consejo para la Defensa del Contribuyente. Memoria 2011, 69.

rrió en plazo mediante recurso de reposición, pero no solicitó la suspensión de la liquidación. Pasado el plazo de un mes sin resolver expresamente el recurso, la AEAT notificó providencia de apremio.

Como es sabido, los actos administrativos son ejecutivos –es decir, despliegan sus efectos jurídicos– desde que se dicten o, de ser el caso, desde que se notifiquen (arts. 39.2 y 40 LPAC), como consecuencia de la autotutela declarativa. Además, los actos son ejecutorios (como consecuencia de la autotutela ejecutiva), lo que permite a la Administración ejecutar por sí misma sus propios actos (art. 98 LPAC), salvo que se solicite y conceda la suspensión (117.1 LPAC; en el ámbito del recurso de reposición, de acuerdo con el art. 224 LGT). Aunque la LPAC hable, respectivamente, de ejecutividad y ejecutoriedad, es frecuente referirse a ambos principios con el término «ejecutividad» (como hace la propia STS que comentamos). Atendiendo a la regulación vigente, y al no haberse solicitado la suspensión del acto, era posible considerar desestimado el recurso de reposición por silencio y proceder a la ejecución forzosa (aunque se mantenía el deber de la Administración de resolver de manera expresa).

Sin embargo, el Tribunal Supremo afirmó que el incumplimiento del deber de resolver en plazo el recurso de reposición «arrastra también el quebrantamiento del principio de buena administración, que [...] exige que la Administración cumpla sus deberes y mandatos legales estrictos y no se ampare en su infracción –como aquí ha sucedido– para causar un innecesario perjuicio al interesado». Vemos reflejada la idea de que el mal funcionamiento de la Administración genera daños al obligado tributario que no debería soportar.

La sentencia del Tribunal Supremo señala que la falta de respuesta expresa al recurso de reposición es una práctica «extendida» y «aberrante». Considera además que existe una «presunción nacida de los malos hábitos o costumbres administrativos [...] de que el recurso sólo tiene la salida posible de su desestimación», algo que califica de «intolerable». Creemos que no se puede comprender del todo la sentencia que estamos analizando sin ser conscientes de la influencia que tiene en ella esta valoración tan negativa de la práctica administrativa y la necesidad que percibe el TS de buscar mecanismos para atajarla.

Estos mecanismos se pueden valorar desde la perspectiva del análisis económico del derecho que, según Doménech Pascual (2014, 103), analiza cómo influyen las normas en la conducta humana. El modelo sobre el que se explica dicha influencia es el de la elección racional, que no nos parece el más adecuado para explicar la conducta de personas físicas pero que puede ser relativamente útil para aplicarlo a una organización como la AEAT.

La Agencia considera que el retraso en resolver los recursos de reposición no puede calificarse como «torpeza» —como hace el TS—, sino como consecuencia de «la carga de trabajo que pesa sobre la Administración»⁸. Aunque el Tribunal Supremo afirma que la AEAT podría dedicar «el mismo esfuerzo [...] que se necesita para que la Administración dicte la providencia de apremio» a la resolución del recurso de reposición, los órganos que resuelven son distintos (aunque la Administración sea la misma), por lo que no se trata simplemente de que el mismo órgano dé prioridad a un procedimiento concreto. El recurso de reposición debe resolverse por el órgano de gestión o inspección que dictó la liquidación, mientras que el procedimiento de apremio es competencia de los órganos de recaudación. Dicho esto, es clara la asimetría de las consecuencias de incumplir el plazo de un recurso de reposición (silencio negativo) y de incumplir el plazo de la mayoría de procedimientos de gestión (terminación por caducidad) o el procedimiento inspector (el procedimiento no finaliza, pero el resto de los efectos son equivalentes a los de la caducidad). Por tanto, la normativa incentiva a los órganos de gestión e inspección a centrar sus recursos en resolver los procedimientos de control iniciados de oficio antes que dar respuesta a los recursos de reposición. La preterición es lógica, y ello podría explicar el incumplimiento sistemático del plazo de un mes.

Según la doctrina, «hoy por hoy, aún no se ha encontrado remedio más funcional que acudir a la ficción del silencio» ante un incumplimiento administrativo como este (Fernández Farreres, 2020). Sin embargo, el principio de buena administración rechaza la inactividad administrativa, incluso aunque tenga cierto amparo legal (o, en otras palabras, una regulación expresa de sus consecuencias, como el silencio o la caducidad). Es más: el principio exige una actuación diligente y directamente inspirada en los principios del art. 103 CE (Litago Lladó, 2021). Ahora bien, el remedio que ofrece la STS de 28 de mayo de 2020 pasa por alto el principio de ejecutividad/ejecutoriedad de los actos administrativos, ya que el obligado no había solicitado la suspensión del acto. El Supremo afirma expresamente que este hecho no excluye que se haya producido un incumplimiento del deber de resolver sobre el fondo. Cabe señalar que, al contrario que el TS en esta sentencia, la jurisprudencia constitucional sostiene que no cabe apreciar indefensión por consecuencias imputables al «desinterés, pasividad, negligencia o a la estrategia procesal que haya elegido el recurrente» (STC 275/2005).

⁸ Punto 6 de las alegaciones del Director del Departamento de Recaudación de la AEAT, recogidas en el apartado tercero de la resolución del TEAC de 16 de marzo de 2021, recurso núm. 00-06715-2020.

El TS argumenta que «la ejecutividad no es un valor absoluto, y uno de sus elementos de relativización es la existencia de acciones impugnatorias de las que la Administración no puede desentenderse». Esta polémica afirmación ha recibido tanto críticas (García Ross, 2021) como valoraciones positivas (Martín Queralt, 2020). Es cierto que el principio de ejecutividad, por su carácter genérico, es relativamente moldeable (vía ponderación), pero el principal problema para nosotros es que la sentencia del Tribunal Supremo va en contra de la voluntad expresa del legislador, que afirma que la suspensión del acto recurrido no es la regla general (119.1 LPAC) y que ha regulado de manera muy detallada en qué casos se suspenderá la ejecución de un acto recurrido en reposición (art. 224 LGT).

Hay otras sentencias parecidas, donde lo que se había presentado no era un recurso de reposición, sino una solicitud de aplazamiento de la deuda y, pese a ello (y, de nuevo, de conformidad con la literalidad de la ley) la Administración inició el procedimiento de apremio. La LGT, en la actualidad, diferencia tres momentos en que se podría pedir dicho aplazamiento:

El primer momento es el plazo de pago que se abre con la notificación de la liquidación (período voluntario). Como ya anticipamos, de acuerdo con los arts. 65.5 y 161.2.1.º LGT, la presentación de la solicitud impide el inicio del período ejecutivo durante la tramitación del expediente. Si la resolución es favorable, el obligado deberá pagar la deuda en los plazos acordados (con los correspondientes intereses de demora). Si la resolución es desfavorable, se notificará al obligado, que tendrá un nuevo plazo de pago (período voluntario) para pagar.

El segundo momento es este plazo de pago abierto tras la denegación de una primera solicitud. La STS de 28 de octubre de 2021 (rec. 4743/2020) afirmó que la reiteración de la petición de aplazamiento impedía la apertura del período ejecutivo, siempre que se hubieran introducido modificaciones substanciales respecto de la primera solicitud (ya que la reiteración de solicitudes puede ocultar una intención fraudulenta o dilatoria). Cuando el legislador reaccionó e introdujo expresamente la regla de que la segunda solicitud no impide el inicio del período ejecutivo (actual art. 161.2.2.º LGT, en la redacción dada por la Ley 11/2021), el Supremo tuvo que matizar su doctrina. La STS de 14 de octubre de 2021 (rec. 1293/2020) ha señalado que, aunque esta segunda solicitud no impida el inicio del período ejecutivo, sí que debe resolverse antes de dictar providencia de apremio. Las consecuencias son relevantes: el inicio del período ejecutivo supone el devengo de un recargo del 5 por 100 de la deuda tributaria, mientras que el ingreso ya durante el procedimiento de apremio implica un recargo del 10 o del 20 por 100.

Finalmente, el tercer momento en que se puede solicitar el aplazamiento es ya iniciado el período ejecutivo. El art. 65.5.2.º LGT afirma que el obligado podrá solicitarlo hasta que se le notifique el acuerdo de enajenación de los bienes embargados y que «la Administración tributaria podrá iniciar o, en su caso, continuar el procedimiento de apremio durante la tramitación del aplazamiento». Aunque parece, por tanto, que la Administración está habilitada por la Ley para ejecutar la deuda, la STS de 15 de octubre de 2020 (rec. 1652/2019) afirmó algo bien distinto. Según el TS, el uso del verbo «podrá» identifica una potestad discrecional que debe ejercitarse según las exigencias del principio de buena administración. Permitir el inicio del procedimiento de apremio no sería respetuoso con los principios de igualdad y de proporcionalidad, porque se trataría del mismo modo a quien no paga pero muestra su disposición a hacerlo –ese es el sentido que se le da a la petición de aplazamiento, siempre que no se aprecie mala fe o pretensión fraudulenta– y a quien niega expresa o tácitamente el pago.

De nuevo, el principio de buena administración –en la interpretación del Tribunal Supremo– obliga a la Administración a seguir un orden concreto: primero, resolver o inadmitir a trámite la solicitud de aplazamiento; segundo, en su caso, iniciar o reanudar el procedimiento de apremio. En este caso, coincide el órgano que debe impulsar ambos procedimientos.

Hay evidentes paralelismos entre estas dos líneas de jurisprudencia. Ante todo, en ambas existe un ámbito donde (ante una actuación del particular) la legislación regula criterios expresos para la actuación administrativa: la LGT da prioridad absoluta a resolver la solicitud de aplazamiento presentada en período voluntario o la petición de suspensión que acompañe a un recurso de reposición.

Por el contrario, en otros ámbitos (solicitud de aplazamiento en período ejecutivo o recurso de reposición sin petición de suspensión) no se establece expresamente qué prioridad debe darse a la tramitación de la solicitud del particular. La Administración tiende entonces a priorizar el procedimiento de apremio. Sin embargo, la interpretación del Tribunal Supremo es que, en este caso, la Administración dispone de un ámbito de discrecionalidad que debe ejercitar de acuerdo con el principio de buena administración; de ello concluye que deben resolverse en primer lugar la solicitud de aplazamiento o el recurso de reposición. Esto es así porque el principio de igualdad impide tratar del mismo modo a quien no actúa en absoluto que a quien presenta una solicitud de aplazamiento o recurso de reposición. La Administración no puede ignorar tales actuaciones de los particulares, que implican –respectivamente– un intento de abonar la deuda o la manifestación de una discrepancia. Así, según la STS de 15 de octubre de 2020, no dar trámite inmediato a la petición de apla-

zamiento presentada en período ejecutivo «haría de idéntica condición a un obligado tributario que, aunque no paga, muestra su clara disposición a hacerlo [...] que a aquel otro que niega expresa o tácitamente su abono». Por su parte, la STS de 28 de mayo de 2020 afirma que la Administración «no puede desentenderse» de la existencia de acciones impugnatorias.

Además, el principio de eficacia del art. 103 CE –según la interpretación del Supremo– obliga a desarrollar los diversos procedimientos en un orden lógico, de modo que no se inicie o prosiga con uno de ellos si, de resolverse favorablemente el otro, todo lo actuado en el primero quedaría sin efecto. Como señala la STS de 28 de mayo de 2020, «no se comprende bien que se apremie la deuda tributaria antes de resolverse de forma expresa el recurso de reposición que, teóricamente, podría dar al traste con el acto de cuya ejecución se trata».

En todo caso, si se puede determinar que el obligado tributario ha actuado de mala fe o con ánimo dilatorio (la carga de la prueba recae sobre la Administración, y así deberá hacerlo constar en el expediente), podría continuarse con el procedimiento de apremio al tiempo que se resuelve el recurso de reposición o la solicitud de aplazamiento. Aunque exista un orden de actuaciones preferente porque es el que menos perjuicios causa al interesado, la actuación de mala fe hace inaplicable el principio de buena administración. Además, la propia LGT permite simultanear actuaciones cuando pueda anticiparse la necesidad de realizar la actuación cuyo orden se adelante. Por ejemplo, el art. 168 LGT afirma que se ejecutarán las garantías de la deuda tributaria antes de proceder al embargo de bienes y derechos del deudor, pero que «la Administración tributaria podrá optar por el embargo y enajenación de otros bienes o derechos con anterioridad a la ejecución de la garantía cuando ésta no sea proporcionada a la deuda garantizada».

Sintetizando todo lo anterior, observamos que lo que busca el Tribunal Supremo es evitar que la Administración acuda al procedimiento de apremio antes de resolver cualesquiera cuestiones que pudieran afectar al transcurso de dicho procedimiento. Para ello, en el fondo, lo que hace es admitir motivos de oposición a la notificación de una providencia de apremio que no están expresamente previstos en la Ley (pese a que el art. 167.3 LGT contiene una lista cerrada: «contra la providencia de apremio *sólo serán admisibles* los siguientes motivos de oposición»). Son motivos de oposición creados jurisprudencialmente (1) la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento en período ejecutivo y (2) la mera presentación de recurso de reposición contra la liquidación (en ambos casos, salvo que haya mala fe o ánimo dilatorio).

El binomio Administración-legislador ha manifestado –por ahora– una posición diferente a la que subyace a la jurisprudencia del Supremo. Para de-

sarrollar tales posiciones, y aunque hasta ahora hemos analizado los dos problemas de manera conjunta, merece profundizar en ellos de manera separada.

Por una parte, el binomio Administración-legislador considera perfectamente posible iniciar o continuar el procedimiento de apremio antes de resolver la solicitud de apremio presentada en período ejecutivo (art. 65.5 LGT, de acuerdo con la interpretación administrativa constante). En la práctica, la principal consecuencia es el importe del período ejecutivo que se devengará, como se puede observar en la STS de 27 de marzo de 2019 (rec. 1418/2017). Esta sentencia –favorable a la iniciación o continuación del procedimiento de apremio en estos casos– afirma que de la LGT se deduce que el legislador «no quiere [...] que la solicitud de aplazamiento/fraccionamiento en periodo ejecutivo impida el inicio del procedimiento de apremio»; que, para que se devengue (solo) el recargo del 5 por 100, es necesario que se satisfaga la totalidad de la deuda tributaria antes de la notificación de la providencia de apremio; y que no son equivalentes el pago propiamente dicho y la solicitud de aplazamiento. Sin embargo, esta sentencia de 2019 (favorable a la posición del legislador y la Administración) ya contenía un voto particular que anticipó el sentido de la sentencia (que ya hemos analizado) de 15 de octubre de 2020 (con base en el principio de buena administración y en una línea jurisprudencial que sí asimila el pago y la solicitud de aplazamiento con carácter general) y puede considerarse superada a la luz de la STS de 10 de noviembre de 2021 (rec. 2486/2020).

Volvamos a las facultades de autotutela declarativa (o ejecutividad) y de autotutela ejecutiva (o ejecutoriedad). Como ha afirmado el TC, el «privilegio de autotutela atribuido a la Administración [...] engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 [CE]» (STC 78/1996). A su vez, la facultad de autotutela tiene límites. Uno de ellos, plenamente consolidado, es el derecho a la tutela judicial del art. 24.1 CE (que exige que toda decisión sobre la ejecución o suspensión de un acto administrativo pueda ser revisada, en última instancia, por un juez). Otro, incipiente en todo caso, podría ser el propio principio de buena administración (que se deriva del art. 103 CE –como la facultad de autotutela– y otros como el art. 9.3 CE).

En este sentido, y centrándonos en el impacto que la interacción de la solicitud de aplazamiento en período ejecutivo pueda tener en el procedimiento de apremio, cabe señalar que la finalidad de la autotutela ejecutiva es garantizar la eficacia en la aplicación del ordenamiento tributario de conformidad con la Ley y el Derecho. A su vez, la aplicación del ordenamiento tributario está orientada a la realización del deber de contribuir.

Pues bien, cuando un deudor de buena fe presenta una solicitud de aplazamiento en período ejecutivo, su objetivo es que se le reconozcan unos términos de

cumplimiento de la obligación tributaria que le permitan el pago de la deuda. Además, la solicitud de aplazamiento de una deuda que no se recurre lleva implícita su aceptación. De acuerdo con todo lo anterior, dar trámite a la mencionada solicitud es una manera eficaz de garantizar la realización del deber de contribuir y que puede presumirse más proporcionada (puesto que el particular es quien conoce mejor sus condiciones particulares). Por tanto, en un supuesto así, la forma de garantizar la eficacia en la aplicación del ordenamiento tributario no es proceder a toda costa a la ejecución forzosa, sino tramitar en primer lugar la solicitud de aplazamiento. Es razonable que exista una diferencia de trato que atienda al grado de diligencia ejercida por el deudor (es decir, según se solicite el aplazamiento en el plazo previsto –período voluntario– o fuera de este). La jurisprudencia del Tribunal Supremo garantiza tal diferencia, ya que si se solicita el aplazamiento en período ejecutivo, se habrá devengado el recargo ejecutivo del 5 por 100.

Pasando al otro caso de estudio, el art. 244 LGT ha regulado expresamente en qué supuestos se exceptúa la ejecutividad en favor de la suspensión del acto cuando se presenta recurso de reposición, y fija además una serie de cargas (como la prestación de garantía por parte del obligado tributario) en determinados casos. Ya dictada la STS de 28 de mayo de 2020, la AEAT (a través del Director de Departamento de Recaudación) presentó un recurso de alzada para la unificación de criterio en un caso equivalente, con la intención de que el TEAC confirmara la doctrina anterior. Sin embargo, el TEAC inadmitió el recurso a trámite (resolución de 16 de marzo de 2021, recurso núm. 00-06715-2020) porque consideró que debe aplicarse la doctrina dictada por el Tribunal Supremo en tanto no se modifique.

La AEAT planteó una serie de argumentos en dicho recurso ante el TEAC, que merece la pena recoger aquí, aunque consideramos que ninguno de ellos es determinante. De acuerdo con el Director del Departamento de Recaudación, la autotutela ejecutiva es una facultad que la Administración está *obligada* a ejercer. Concretamente, iniciado el período ejecutivo, «la Administración está obligada [...] si no se ha solicitado y concedido el aplazamiento o fraccionamiento, a exigir su cumplimiento [de la liquidación] por vía ejecutiva» (STS de 18 de junio de 2004, rec. 6809/1999). Compartimos con la Administración que la decisión de iniciar el procedimiento de apremio no es, en sí misma, una potestad discrecional: si se conoce la existencia de un crédito –indisponible para la Administración *ex art. 18 LGT*– y no existe un derecho a la suspensión, la AEAT deberá iniciar el procedimiento de apremio en todo caso (en esto se diferencia de la decisión de iniciar un procedimiento de control, por ejemplo). Sin embargo, la decisión de *cuándo* iniciar el procedimiento de apremio sí constituye un elemento discrecional en el sentido tradicional, ya que la Administración puede elegir

entre diversos momentos, igualmente válidos, para iniciarlo. Afirmado esto, si la decisión sobre cuándo iniciar el procedimiento de apremio es discrecional, está sujeta a escrutinio a la luz del principio de buena administración. En síntesis, la sujeción de la Administración a la Ley y el Derecho (art. 103 CE) la obliga a iniciar el procedimiento de apremio, pero no determina cuándo.

El Director insiste en que «desde el mismo momento en que pueda considerarse como desestimado el recurso por silencio negativo, corre contra la Administración la prescripción de la acción de cobro». De aquí parece extraerse que, contrariamente a lo que estamos argumentando, es necesario iniciar el procedimiento de apremio lo antes posible. Sin embargo, cualquier actuación realizada por la Administración, con conocimiento formal del obligado, en el curso de dicho recurso, interrumpe la prescripción [art. 67.2.b) LGT]. Por tanto, si la AEAT hiciera como pretende el TS y procediera a resolver el recurso de reposición antes de iniciar el procedimiento de apremio, ello no tendría que perjudicar al ejercicio de su potestad de cobro (el plazo de cuatro años volvería a contarse desde su inicio). Es decir: el legislador ha previsto la posible simultaneidad de los procedimientos de recaudación y revisión y ha introducido mecanismos para que el primero no se vea afectado negativamente por el segundo. Es más, el hecho de que la propia interposición del recurso interrumpa el plazo de prescripción de la acción de cobro es un dato que opera, más bien, en contra del argumento de la AEAT.

Finalmente, la AEAT insiste en la plena compatibilidad de la autotutela ejecutiva con la tutela judicial efectiva (STC 78/1996), pero hemos visto que el Tribunal Supremo parece considerar que no es el único límite del principio de ejecutividad. El propio principio de buena administración podría ser también otro límite, que además –como señalamos antes– tiene la misma raíz constitucional: el art. 103 CE. Como señala la STS de 28 de mayo de 2020, «no puede descartarse *a priori* la posibilidad de que, examinado tal recurso, que conlleva *per se* una pretensión de anulación del acto, fuera atendible lo que él se pide». En estos casos, todo lo realizado en el procedimiento de apremio habría resultado inútil, lo cual nos parece *prima facie* contrario al principio de eficacia que la prerrogativa de ejecutividad pretende garantizar.

Como en el caso de solicitud de aplazamiento en período ejecutivo, existen diferencias si se presenta recurso de reposición con solicitud de suspensión o sin ella. Si se pide la suspensión (en período voluntario) y esta se deniega, se dará un plazo de pago y, si se cumple este, se entenderá abonada la deuda en período voluntario (art. 25.10 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general en materia de revisión en vía administrativa; en lo sucesivo, RGREV). Si se resuelve sobre el fondo y el acto se

confirma, la notificación de la resolución iniciará un plazo de ingreso que se considerará también parte del período voluntario (véase el 66.6 RGREV, que se refiere a la ejecución de reclamaciones económico-administrativas). Por tanto, en ningún caso se devengará un recargo del período ejecutivo. Si, por el contrario, no se solicita la suspensión, una vez finalizado el plazo de pago se iniciará el período ejecutivo y será exigible el recargo del 5 por 100.

Aunque el equilibrio que podría alcanzarse si se siguiera la sentencia del Tribunal Supremo nos parece razonable (como nos parece razonable que se resuelva un recurso de reposición antes de iniciar la vía de apremio), existe una cuestión insoslayable. El art. 117.1 LPAC afirma que «la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado» y la interpretación jurisprudencial es abiertamente contraria a dicho precepto (Fernández Farreres, 2020; García Ross, 2021; curiosamente, el Director del Departamento de Recaudación no invocó este artículo en su recurso ante el TEAC). La jurisprudencia del Supremo ha afirmado que es necesario interpretar la normativa tributaria de conformidad con la administrativa general, salvo que el legislador tributario haya mostrado signos inequívocos de querer distanciarse de la regla general (STS de 17 de junio de 2019, rec. 3269/2017). No es el caso.

Con todo, es oportuno apuntar que (atendiendo al propio ámbito de aplicación del principio de buena administración), no nos parece que lo que afirma la STS de 28 de mayo de 2020 sea aplicable a las reclamaciones económico-administrativas, puesto que son diferentes la Administración que debe resolver la reclamación (el tribunal económico-administrativo) y la que debe iniciar el procedimiento de apremio (la AEAT). Por tanto, en la práctica (y para la materia tributaria), se podría defender que se está acotando el ámbito de aplicación del art. 117.1 LPAC, y no vaciándolo de contenido. Este argumento, sin embargo, no siempre será extrapolable a otros ámbitos administrativos no tributarios.

Llegados este punto, podemos ofrecer una panorámica (relativamente pesimista) sobre el resultado de la interacción entre los diversos agentes. Por una parte, existe una tensión constante entre el binomio Administración-legislador y el Tribunal Supremo. Los fallos del TS intentan crear un marco que obligue a la Administración a actuar de una determinada manera que, a su entender, garantice un mayor respeto por los derechos y garantías de los contribuyentes. Sin embargo, el papel que está adoptando el Supremo va (en ocasiones) más allá del que, en puridad, le corresponde. Es perfectamente razonable que el Tribunal Supremo afirme que, en un supuesto que la propia AEAT ha declarado especialmente complejo, esta deba conceder el plazo de alegaciones lo más amplio posible dentro del margen que permite la ley, para que el obligado tri-

butario pueda ejercer de manera efectiva su derecho de defensa (STS de 30 de septiembre de 2019, rec. 6276/2017). Considerar que la Administración debe resolver la solicitud de aplazamiento presentada en el período ejecutivo (pero de buena fe) antes de iniciar o continuar el procedimiento de apremio también nos parece razonable: es una interpretación de la norma que encaja en su literalidad. Por el contrario, la interpretación sostenida en la STS de 28 de mayo de 2020 es abiertamente contraria al principio de ejecutividad/ejecutoriedad de los actos administrativos e implica vaciar de contenido el art. 119 LPAC. El objetivo del Tribunal Supremo nos parece encomiable, pero no es aceptable que se persiga ignorando deliberadamente normas establecidas por el legislador y plenamente vigentes (no declaradas inconstitucionales).

Por su parte, el binomio Administración-legislador tiende a reaccionar frente a estos pronunciamientos judiciales impulsando reformas de la LGT, lo cual crea una inestabilidad normativa perjudicial para el principio de seguridad jurídica y para la construcción de relaciones entre la Administración y los obligados tributarios basadas en la buena fe y la confianza mutua. Además, consideramos que –a veces– la reacción legislativa va más allá de lo razonable y se basa en una presunción generalizada de mala fe en los contribuyentes. En este sentido, el art. 233.9 LGT, introducido por la Ley 11/2021, prevé la adopción de medidas en materia recaudatoria aunque se haya presentado una solicitud de suspensión del acto recurrido (cuando sea necesario un tiempo para analizar la solicitud), asumiendo que luego pueda ser necesario anular dichas actuaciones si se concede la suspensión. Ello podría considerarse contrario al principio de eficacia del art. 103 CE y, además, merma la eficacia práctica de los derechos que se reconoce a los obligados tributarios en el marco del procedimiento. Según la exposición de motivos de la Ley 11/2021, la norma pretende «evitar prácticas fraudulentas consistentes en el aprovechamiento de la dificultad existente para la tramitación de ciertas solicitudes de suspensión». Es decir: se adoptan medidas que afectan al patrimonio del obligado tributario, a sabiendas de que es posible que se acaben anulando si se acepta la suspensión, sobre la base de una presunción general de que la petición es fraudulenta.

4. ¿CONSTITUCIONALISMO? ALGUNAS REFLEXIONES Y PROPUESTAS A MODO DE CIERRE

De todo lo anterior se concluye que el equilibrio más adecuado de los intereses en juego no coincide plenamente con la postura del Tribunal Supremo, pero tampoco con la postura del binomio Administración-legislador. Se

concluye también que sería deseable una mayor estabilidad normativa. ¿Puede ser de alguna utilidad aquí el constitucionalismo jurídico, entendido en sentido amplio como un conjunto de límites y vínculos, formales y sustanciales, impuestos por la Constitución a todas las fuentes normativas? (Ferrajoli, 2011, 16).

La Constitución nos sirve como referencia que expresa un «deber ser» del Derecho, a partir del cual podríamos determinar cuáles son las posturas jurídicamente preferibles en los debates que hemos analizado. La escasa proyección de los derechos fundamentales sobre el procedimiento administrativo obliga a acudir a los principios generales que se aplican sobre la actuación de la Administración (especialmente, el art. 103 CE) y usarlos como canon de constitucionalidad. Sin embargo, los principios de este art. 103 CE no tienen un desarrollo jurisprudencial excesivamente amplio en España. La doctrina ha afirmado que el principio de eficacia, allá donde la Administración es realizadora de la efectividad del Derecho (como es el caso de la AEAT en su labor de aplicación de los tributos), está gobernado por la «necesidad jurídica de cumplimiento del fin», donde se debe buscar una «plena eficacia» en la materialización del interés general (Parejo Alfonso, 1989, 60-61), que en el ámbito tributario está vinculado con la realización del deber de contribuir. A su vez, en la planificación está implícita (*ex art. 9.3 CE*) la interdicción de la arbitrariedad, que incluye una regla de proporcionalidad entre medios y fines, que «excluye la consecución de la eficacia a cualquier precio» e «impone la ponderación de aquella en relación con los otros bienes jurídicos que se hagan presentes» (ídem., 64-65).

En esta ponderación, el meta-principio de buena administración aporta una serie de ideas de interés. Por una parte, contiene un conjunto de bienes jurídicos (como la plena eficacia de los derechos de los particulares) que operan como contrapeso al valor de la mera eficacia administrativa. Pero, además, en la medida en que el propio principio de buena administración contiene el valor *eficacia*, se pone de manifiesto que no siempre habrá una contradicción entre la eficacia administrativa y la protección de los intereses de los particulares. En ocasiones, ambos valores estarán alineados. Consideramos, por los motivos ya expuestos, que la tramitación prioritaria de una solicitud de aplazamiento presentada en período ejecutivo sería un ejemplo de ello.

El Tribunal Constitucional podría tener en cuenta, en la aplicación del juicio de proporcionalidad en estos contextos, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) sobre el llamado principio de buena gobernanza (equivalente *grosso modo* a un principio de buena administración). Es también un principio plurifacético que permite al TEDH controlar si la Administración ha ponderado correctamente los intereses concurrentes

(Andrijauskaitė, 2018, 12). Al fijar criterios de actuación administrativa, el principio ayuda a clarificar qué grado de lesión de un derecho es proporcionada y, por tanto, admisible. Si su aplicación llevase a reforzar las exigencias de proporcionalidad, sería posible combatir aquellas reglas procedimentales basadas en presunciones indiscriminadas de que la conducta de los particulares es fraudulenta. Nos parece que esta especie de presunciones, absolutas aunque tácitas, van más allá de lo que es estrictamente necesario. El TC podría anularlas o imponer una interpretación conforme que permitiera a la Administración aplicarlas, exclusivamente, cuando existan indicios de que el particular está actuando de mala fe.

En la sentencia analizada sobre el recurso de reposición, hay un elemento adicional, que es la imposibilidad de soslayar la doctrina sobre ejecutividad/ejecutoriedad de los actos administrativos. El Tribunal Constitucional tiene establecido que «el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia» del art. 103 CE (STC 22/1984); tampoco la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos puede estimarse como incompatible con el art. 24.1 CE (STC 66/1984) ni –se trata de un elemento relacionado– resulta inconstitucional la vía administrativa previa al acceso a la jurisdicción (SSTC 21/1986 y 275/2005).

La STC 21/1986 afirmó que «el texto constitucional encomienda a la Administración Pública un conjunto de tareas y funciones que requieren una especial regulación, correspondiendo a la Ley la fijación de las condiciones que hagan posible tanto el cumplimiento de tales tareas como la garantía de los derechos de los ciudadanos». El equilibrio es complejo, porque el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de prestación y de configuración legal (STC 99/1985), de modo que «el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia» (STC 206/1987). Ahora bien, los límites que se impongan deberán «obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos» y deberán «guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables» (STC 158/1987).

Existe una línea doctrinal que considera que el recurso obligatorio sin efecto suspensivo supone un obstáculo desproporcionado al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE (Checa González, 2004; Baño León, 2016), pero la jurisprudencia constitucional no ha acogido esta tesis. El TC sí ha afirmado –en materia de sanciones administrativas– que es necesario que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que, hasta entonces,

no puede ejecutarse el acto (STC 78/1996). Como consecuencia, el legislador modificó la regulación de la ejecución de sanciones administrativas: de acuerdo con el actual art. 98.1.b) LPAC, no serán inmediatamente ejecutivas si no son firmes en vía administrativa. Fernández Farreres (2020) apunta que podría generalizarse esta doctrina constitucional y así «extenderse a cualesquiera otros actos desfavorables o de gravamen no sancionadores», aunque no nos parece probable en un futuro próximo.

Un elemento de la doctrina del TC que se ha criticado frecuentemente es la debilidad de los fines que se oponen al art. 24 CE para justificar la regulación actual de la revisión administrativa. La referencia de la STC 21/1986 a que la Constitución encomienda a la Administración «un conjunto de tareas y funciones que requieren una especial regulación» es particularmente vaga. La STC 275/2005 tiene un voto particular (el del magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel) que señala que —contrariamente a lo que afirma el fallo mayoritario— «la vía administrativa se establece fundamentalmente en favor de la Administración», algo que según el voto particular es patente a la luz del bajo número de estimaciones. Por ejemplo, según los datos ofrecidos por Martínez Sánchez (2022, 80-81) las estimaciones —totales o parciales— de los TEAR y TEAL representan en torno al 40 por 100 del total de asuntos, y poco más del 20 por 100 en el caso del TEAC. Si la carga procesal de agotar la vía administrativa tiene el objetivo de dar a la Administración la oportunidad de resolver antes de llegar a los Tribunales, pero los órganos de revisión incumplen sistemáticamente los plazos de resolución legalmente establecidos (Martínez Sánchez, 2022, 76), habrá que convenir que la Administración no está haciendo un uso diligente de esta prerrogativa. Clemente Checa (2004, 24) afirma que «la vía administrativa previa solo tiene sentido si constituye una forma de garantía de los derechos e intereses legítimos de los particulares que sea sencilla y efectiva»; de no ser así, estaríamos ante una «mera cortapisa para acudir a los tribunales». En todo caso, insistimos, no es esta —en absoluto— la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional.

Más allá de una modificación integral del régimen de suspensión u obligatoriedad de los recursos administrativos, podrían solucionarse los problemas de aplicación que hemos identificado mediante una reforma legal más limitada. Concretamente, sería suficiente la modificación del art. 65 LGT (solicitud de aplazamientos y fraccionamientos) y del 167.3 LGT (motivos de oposición a la providencia de apremio) para regular tres niveles diferentes de actuaciones. En primer lugar, se regularían las acciones del particular que impiden la iniciación del período ejecutivo (la solicitud de aplazamiento en período ejecutivo y el recurso de reposición presentado de manera temporánea junto con

la petición de suspensión). En segundo lugar, se regularían las acciones del particular que no impiden la iniciación del período ejecutivo, pero tampoco permiten que la Administración inicie o continúe con el procedimiento de apremio. Serían la solicitud de aplazamiento en período ejecutivo (se devengará el recargo del período ejecutivo que corresponda, según se haya iniciado o no el procedimiento de apremio) y el recurso de reposición presentado de manera temporánea sin petición de suspensión (se devengará, por definición, el recargo ejecutivo del 5 por 100). Finalmente, quedarían en un tercer grupo las acciones que no impiden que la Administración actúe libremente: inactividad del obligado tributario, presentación extemporánea de recurso (el acto sería firme) o solicitud presentada con mala fe o ánimo dilatorio (apreciada por la Administración). Sin embargo, hemos visto que el legislador está introduciendo reformas en sentido contrario al que entendemos deseable y que están inspiradas en una presunción de ánimo fraudulento en los obligados tributarios (generando un efecto desproporcionado).

La intervención del Tribunal Supremo (sobre todo en la sentencia de 28 de mayo de 2020) también ha sido cuestionada. En general, la idea de que los jueces estén habilitados para crear normas a través de la ponderación de principios ha recibido importantes críticas. Para Ferrajoli (2011, 44), desde una postura de constitucionalismo positivista o garantista, esta tesis genera importantes riesgos a la vista de una «creciente tensión entre poder político y poder judicial y de falta de tolerancia del primero a los controles del segundo». Aunque nosotros sí consideramos que los agentes jurídicos son *creadores* de derecho, es evidente que la Constitución asigna una serie de roles a cada uno de los poderes del Estado, lo cual nos permite esbozar ciertas relaciones de jerarquía entre la producción jurídica de cada uno. Así, aunque los jueces puedan crear normas (mediante ponderación o interpretación), les está vetado actuar de manera abiertamente contraria a lo establecido por el legislador (como hace la STS de 28 de mayo de 2020), ya que una Ley solo puede derogarse por el propio legislador o bien por el Tribunal Constitucional, si la considera contraria a la Carta Magna. Nos parece razonable que un juez interprete la legislación incluso de manera aparentemente contraria a la voluntad implícita del legislador (dicha voluntad no deja de ser una ficción) pero no es aceptable que la vacíe de contenido o que construya una interpretación contraria a la voluntad explícita del legislador (incluida la claramente expresada a través de la exposición de motivos).

No consideramos que el problema de la STS de 28 de mayo de 2020 sea la aplicación del principio de buena administración al caso concreto; su error es que, al hacerlo, ignora la regla general de ejecutoriedad de los actos admi-

nistrativos. La aplicación del derecho es una labor argumentativa que obliga a tener en consideración todos los elementos pertinentes y, evidentemente, es incorrecto ignorar algunos de ellos. Para que así pudiera hacerse, existen cauces que pasan (por ejemplo) por promover una declaración de inconstitucionalidad de la norma. En este sentido, Fernández Farreres (2020) considera que en este caso «no resulta descartable la viabilidad de un recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías debidas (art. 24.2 CE), al resolver la sentencia dejando de aplicar, [sin] plantear previa cuestión de inconstitucionalidad, la Ley aplicable al caso».

A modo de cierre, subrayemos pues que la jurisprudencia del TS debe respetar los límites de la función que le es propia. Sin embargo, su doctrina sobre el principio de buena administración presenta elementos de gran interés para promover una Administración eficaz, diligente y comprometida con los derechos de los particulares. El Tribunal Constitucional podría incorporar los elementos básicos de esta doctrina –y de la del TEDH– para realizar un control más intenso sobre la regulación legislativa de los procedimientos administrativos, fortaleciendo las garantías individuales y desincentivando actuaciones automatizadas que no atienden a las circunstancias del caso concreto (y que la legislación, muchas veces, ampara).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. (2022), «El principio de buena administración como nuevo paradigma jurídico y su aplicación en el ámbito tributario: régimen normativo, naturaleza jurídica y contenido». *Nueva fiscalidad*, núm. 1, pp. 23-66.
- ANDRIJAUSKAITĖ, A. (2018). «Good Governance in the Case Law of the ECtHR: A (Patch)Work in Progress», Presented Paper in *ICON-S Conference: Identity, Security, Democracy: Challenges for Public Law*, Hong Kong, 25-27 June 2018.
- BAÑO LEÓN, J. M. (2016). «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho público español», en López Ramón, F. (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. INAP, pp. 647-673.
- BARNES, J. (2019). «Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo». *Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia*, núm. 21, pp. 77-123.
- CHECA GONZÁLEZ, C. (2004). «La injustificable obligatoriedad de la vía económico-administrativa previa a la contenciosa en la nueva Ley General Tributaria». *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXII, pp. 15-28.

- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2014). «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho». *Revista de administración*
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2020). «Recurso administrativo y ejecutoriedad del acto recurrido». *Actualidad administrativa*, núm. 10.
- FERRAJOLI, L. (2012). «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista». *Doxa*, núm. 34, pp. 15-53.
- GARCÍA ROSS, J. J. (2021). «La ejecutividad del acto administrativo-tributario no es un valor absoluto, su límite esta en el derecho a la tutela judicial efectiva. Sentencia del TS 586/2020, de 28 de mayo, Rec. 5751/2017». *Quincena fiscal*, núm. 4, pp. 195-220.
- HOFMANN, H. C. H. y Mihaescu, B. C. (2013). «The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case». *European Constitutional Law Review*, núm. 9, pp. 73-101.
- LITAGO LLEDÓ, R. (2021). «El derecho a la buena administración y la inactividad de la administración tributaria», en Merino Jara, I. (Dir.), *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito tributario*. Wolters Kluwer, pp. 255-290.
- MARTÍN QUERALT, J. (2020). «El declinar de los viejos mitos: se acota la ejecutividad de los actos administrativos». *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 67.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C. (2022), «Estudio empírico del funcionamiento de la vía económico-administrativa y contencioso-administrativa en materia tributaria», en AA. VV., *Informe sobre la Justicia Administrativa 2022*. CIJA-UAM, pp. 67-118.
- ORENA DOMÍNGUEZ, A. (2020). «El Principio de buena administración en el ámbito tributario: un paso más allá en los derechos y garantías de los obligados tributarios». *Quincena fiscal*, núm. 22, pp. 113-146.
- PAREJO ALFONSO, L. (1989). «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública». *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, pp. 15-65.
- PISTONE, P. (2020). «General Report», *Tax procedures. EATLP Annual Congress Madrid, 6-8 June 2019*, IBFD, Amsterdam.

Derechos y libertades

LOS MÁRGENES DE LA PROPORCIONALIDAD

PABLO RIQUELME VÁZQUEZ ¹
Universidad de Vigo

SUMARIO: 1. *Introducción.* 1.1. El canon de la proporcionalidad como problema. 1.2. El Tribunal Constitucional en la encrucijada.–2. *Los márgenes de la proporcionalidad.* 2.1. La determinación del ámbito de protección de un derecho fundamental. 2.1.1. ¿«Derechos absolutos» y «derechos relativos»... 2.1.2. ... o «casos claros» y «casos dudosos»? 2.2. Los fines de la intervención en el ámbito de protección de un derecho fundamental. 2.2.1. El deber de motivar expresamente las restricciones de un derecho fundamental. 2.2.2. La identificación de los fines mediatos perseguidos con las restricciones legislativas de derechos fundamentales. 2.2.3. La legitimidad de los fines mediatos perseguidos con las restricciones legislativas de derechos fundamentales. 2.3. El «peso» de los factores de la ponderación.–3. *Conclusiones.–Referencias bibliográficas.*

1. INTRODUCCIÓN

1.1 El canon de la proporcionalidad como problema

Aunque su relevancia y su significado distan de ser idénticos en los diferentes ordenamientos jurídicos a los que han migrado (Marketou, 2021: 10 y *passim*), los de «proporcionalidad» y «ponderación» se han convertido en

¹ Dirección de correo electrónico: priquelme@uvigo.es. El autor agradece a Francisco Javier Matia Portilla, Ana Aba Catoira, Carmen Montesinos Padilla y Augusto Aguilar Calahorra sus comentarios y sugerencias en relación con la primera versión de este trabajo. De los errores que la contribución pueda contener es exclusivamente responsable el autor de la misma.

«conceptos constitucionales clave» de la contemporánea teoría de los derechos fundamentales². Incluso parece que esta última en su totalidad esté atravesando la «era de la ponderación» (Aleinikoff, 1987; Barak, 2010: 14; Jackson, 2015), un fenómeno que se refleja, p. ej., en el encumbramiento científico del canon, juicio o principio de proporcionalidad a «criterio universal de constitucionalidad» (Beatty, 2004: 162), a «elemento fundacional del constitucionalismo global» (Stone Sweet y Mathews, 2008: 162) o a herramienta indispensable para la construcción de un «lenguaje constitucional global» (Klatt y Meister, 2017: 74). Tan propicias valoraciones responden a la capacidad de guiar la praxis forense que se le atribuye a tal canon. En particular –y sin perjuicio de que su utilidad pueda trascender el análisis jurídico para ofrecer un modelo de toma de decisiones políticas (Michelman, 2017)–, es en el momento de valorar una actuación estatal³ presuntamente lesiva de un derecho fundamental cuando el juicio de proporcionalidad despliega todo su potencial orientativo. Tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, el definitivo alcance de cada derecho se hace depender con frecuencia creciente de la aplicación de dicho principio⁴. Todo ello ha convertido la «proporcionalidad» y la «ponderación» en herramientas jurídicas de acreditada utilidad teórica y práctica.

Las circunstancias mencionadas no han impedido que una y otra técnica susciten reticencias de calado entre diversos especialistas⁵, y los de nuestro país –ámbito espacial al que se circunscribe este trabajo– no constituyen una excepción a este respecto. Uno de los últimos ejemplos de tales reticencias lo ha proporcionado Ferreres (2020), para quien los «casos difíciles» que los jueces deben resolver son en rigor «externos» a los mecanismos de la proporcionalidad. Los tres cánones que integran este juicio solo pueden ser correctamente utilizados, según este autor, sobre la base de una «teoría sustantiva de la justicia y los dere-

² La bibliografía en la materia es ya inabarcable. A modo de síntesis de los principales debates doctrinales pueden verse, entre muchos otros, HUSCROFT ET AL. (eds.) (2014); RANCHORDÁS & DE WAARD (eds.) (2015); JACKSON & TUSHNET (eds.) (2017); BOROWSKI, 2018; ALEX, 2019 y 2022; o KREMINTZER ET AL. (eds.), 2020. La expresión «concepto constitucional clave» procede de DENNINGER (1990: 176).

³ Salvo indicación en sentido contrario no se distinguirá aquí entre leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley (27.2 LOTC), por una parte, y las restantes disposiciones o actos jurídicos, las omisiones o la simple vía de hecho (arts. 42, 43 y 44 LOTC). El punto de vista adoptado en esta contribución autoriza a pasar por alto las diferencias –de ninguna manera irrelevantes desde una perspectiva dogmática– entre los procedimientos de inconstitucionalidad y los de amparo constitucional, así como las existentes entre un análisis abstracto y otro concreto de la restricción de un derecho fundamental.

⁴ No por azar ha reiterado el Tribunal Constitucional español que «una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales [...] viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad» [STC 172/2020 (seguridad ciudadana), FJ 4, d)]. Sobre la utilización del canon de proporcionalidad fuera de nuestras fronteras véanse JAKAB (2021: 271) o BERNAL (2022: LI).

⁵ Puede verse una síntesis de la mayoría de tales críticas en BERNAL (2005a: 159-250), PORTOCARRERO (2016a: 109-140) o KLATT y MEISTER (2017: 7 y ss.).

chos» que permita distinguir entre «derechos absolutos y derechos relativos», identificar los fines que justifican una intervención o establecer «diferencias cualitativas dentro de cada derecho». A dificultades como las enumeradas ya se habían referido previamente, si bien a través de un enfoque y una terminología no siempre coincidentes con los aquí reproducidos, otros autores nacionales (Rodríguez de Santiago, 2000: 24 y *passim*; González Beilfuss, 2015: 94-117) y extranjeros (Barak, 2012: 480; Kumm, 2017: 51 y *passim*; Urbina, 2017: 150-196).

La alusión a una «teoría sustantiva de la justicia y los derechos» no debe conducir al error consistente en creer que la problemática a la que Ferreres y otros han aludido carece de interés o relevancia prácticos. También el Tribunal Constitucional español ha indicado de una manera quizás más prosaica, pero igualmente incisiva, que:

[...] desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, *no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad*, ni cabe analizar en abstracto si una determinada actuación de un poder público o una determinada prescripción normativa resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, *debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados*: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad⁶.

Para el alto tribunal, en síntesis, el juicio de proporcionalidad no basta para enjuiciar las presuntas vulneraciones de derechos fundamentales, sino que ha de ser integrado en un *más amplio esquema de control* de las actuaciones de los poderes públicos presuntamente lesivas de aquellos. Creo que esta constatación coincide sustancialmente con la conclusión que se desprende de los escritos de Ferreres y del resto de autores citados, pero la formulación aquí utilizada (*adecuada integración del canon de la proporcionalidad en un más amplio esquema de control*) presenta algunas ventajas⁷ si se la compara con la indefinida apelación a una «teoría sustantiva de la justicia y los derechos», por lo que será preferida en lo que sigue.

⁶ STC 215/2016 (ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional), FJ 8, d (énfasis añadido). En el mismo sentido pueden verse las SSTC 55/1996 (prisión por incumplimiento de prestación social sustitutoria), FJ 3; 136/1999 (mesa de *Herri Batasuna*), FJ 22; o 60/2010 (penas accesorias), FJ 7.

⁷ Ante todo, con ella se evita la impresión de que con la solución sugerida se pretenda reducir todos los derechos fundamentales a una «tesis básica» (o «teoría de un solo punto»). En vista de otras contribuciones previas de FERRERES (2007 y 2011), parece ciertamente difícil concluir que este autor estuviese buscando reconducir cada uno de los derechos fundamentales a una tesis básica cuando abogó por una «teoría sustantiva de la justicia y los derechos», pero conviene evitar cualquier malentendido. El recurso a una nueva «teoría [de los derechos fundamentales] de un solo punto» representaría, en un Estado social y democrático de Derecho, un retroceso doctrinal sobre el que ya ha advertido *in extenso* ALEXY (2022: 30 y 506-518).

1.2 El Tribunal Constitucional en la encrucijada

El de explicitar el esquema antedicho es uno de los más apremiantes retos para la dogmática⁸ española de los derechos fundamentales. Probablemente no hay mejor prueba de este diagnóstico que el cariz de algunos de los desencuentros que se han producido en el seno del Tribunal Constitucional durante los últimos años. Me refiero, sin ánimo de exhaustividad, a desacuerdos como los reflejados en los votos particulares a las SSTC 119/2014 (reforma del mercado laboral I) y 8/2015 (reforma del mercado laboral II), 65/2015 (injurias graves con publicidad), 177/2015 (injurias a la Corona), 39/2016 (despido por grabaciones de vídeo), 99/2019 (rectificación registral del sexo), 148/2021 (COVID-19 I) o 168/2021 (COVID-19 II). En cada uno de los casos citados se puede apreciar que el disenso respecto de la decisión mayoritaria atañe, entre otros aspectos, al método seguido para fundamentar el fallo, pero –paradójicamente– tal método varía en cada resolución sin que se alcance a través del escogido el deseable consenso. Así, mientras que el canon de la proporcionalidad vertebró los fundamentos jurídicos de las SSTC 119/2014 (reforma del mercado laboral I), 8/2015 (reforma del mercado laboral II), 39/2016 (despido por grabaciones de vídeo) y 99/2019 (rectificación registral del sexo), p. ej., su estructura tripartita no se aprecia en las SSTC 65/2015 (injurias graves con publicidad), 177/2015 (injurias a la Corona), 148/2021 (COVID-19 I) y 168/2021 (COVID-19 II).

El análisis de estas resoluciones pone de manifiesto que, en nuestro país, son todavía dos las objeciones a la proporcionalidad que mantienen su vigor. Ninguna de ellas comporta el completo rechazo de la técnica de la proporcionalidad, una característica que las diferencia de las que antaño formularon de Otto (1988), Jiménez Campo (1999), Villaverde (2002) o Bastida *et al.* (2004). Ambas objeciones pueden ser vistas como una singular modalidad de la crítica que se basa en presunta la irracionalidad⁹ del juicio de proporcionalidad, si

⁸ Por dogmática se entiende aquí el intento de ofrecer un cuadro sistemático y coherente de los conceptos de la disciplina, pero también el de «guiar y dirigir su objeto» [BARNES, 2021: XXVI].

⁹ Convencionalmente, las críticas al canon de la proporcionalidad han sido agrupadas en tres grandes bloques: el de las relacionadas con la *racionalidad* del principio, el de las concernientes a su *legitimidad* y el de las que atañen a su *estructura*. Como ha explicado BERNAL (2016: 56), el «problema de la racionalidad consiste en determinar si puede o no haber un uso racional de la proporcionalidad. El problema de la legitimidad es si los tribunales tienen legitimidad constitucional para usar este criterio». Sobre los problemas de «racionalidad» y «legitimidad» de la ponderación puede verse la precisa síntesis de PORTOCARRERO (2016a: 109-140; y 2016b). Las objeciones basadas en la irracionalidad y la ilegitimidad de la proporcionalidad se entremezclan con frecuencia. Además de las réplicas pertinentes, estas críticas han animado sucesivos intentos doctrinales de depurar la estructura del modelo alexyano (entre los que se cuentan, sin ánimo de agotar los ejemplos, los de RIVERS, 2006; BRADY, 2012; KLATT y MEISTER, 2012: 109-148; Mö-

bien aquí se las calificará, siguiendo a González Beilfuss (2015: 125 y *passim*), como objeciones «dogmáticas».

Radica el núcleo de la primera discrepancia en que, a juicio de los miembros del Tribunal que formularon o se adhirieron al voto particular correspondiente, el canon de proporcionalidad resultaba «inaplicable» a algunas de las cuestiones de fondo suscitadas. Tales controversias habían surgido como consecuencia de la contraposición de pretensiones que no alcanzaban el *status* de «derechos en conflicto»¹⁰. Al derecho fundamental restringido no se oponía, como habría sido necesario para que fuese pertinente un juicio de proporcionalidad, otro derecho fundamental o «un bien constitucionalmente importante». Al recurrir de todos modos a este principio, la argumentación del alto tribunal se alejó del rigor metodológico debido en «territorio constitucional» y se aproximó al más elástico de la «zona de la legalidad ordinaria»¹¹. La ausencia de una verdadera colisión de derechos —en uno de los votos particulares se habla concretamente de una «colisión de derechos ficticia»¹²— hacía «ocioso» el principio de proporcionalidad, cuya aplicación suplantó infaustamente el «estudio detallado del contenido del derecho fundamental supuestamente infringido»¹³. Esta objeción se erige, pues, sobre el que en lo sucesivo se denominará *problema de la pertinencia del juicio de proporcionalidad*.

Por su parte, la segunda objeción se dirige contra la utilización del canon de la proporcionalidad que, aun siendo pertinente, no se articula en torno a argumentos de índole técnico-constitucional. El análisis de la proporcionalidad se realiza en tales casos sin un genuino «contraste entre dos derechos constitucionales en conflicto» porque la labor de comparación en que consiste ante todo la técnica de la ponderación reposa «única y exclusivamente sobre consideraciones extraídas de la regulación legal»¹⁴ o de escasa «consistencia constitucional». En otras palabras, con esta segunda objeción no se disputa que se pueda y se deba emitir un pronunciamiento fundamentado sobre la proporcionalidad de

LLER, 2012: 165 y s.; el propio ALEX, 2014; PORTOCARRERO, 2016a; PERJU, 2017; o PETERSEN, 2017; entre otros). Pese a su innegable rigor metodológico, dichas tentativas y los debates por ellas suscitados se pierden en una altura teórica inalcanzable —por no decir inservible (KLEMENT, 2008: 757)— para cualquier operador jurídico no familiarizado con la jerga académica al uso. Quizás ello explique la discreta acogida que el Derecho Constitucional español les ha brindado.

¹⁰ Voto particular de Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 119/2014 (reforma del mercado laboral I), II. B. A los falsos conflictos entre derechos fundamentales se había referido ya RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000: 127).

¹¹ Voto particular de Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 8/2015 (reforma del mercado laboral II), 2. Tercero. En términos muy similares se han expresado REQUEJO (2014) y GONZÁLEZ BEILFUSS (2015: 125).

¹² Voto particular de Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 39/2016 (despido por grabaciones de vídeo) II.2.

¹³ Voto particular de Encarnación Roca Trias a la STC 99/2019 (rectificación registral del sexo), 4.

¹⁴ Voto particular de Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 119/2014 (reforma del mercado laboral I), III.7.

una intervención en un derecho fundamental: se cuestiona que dicho análisis se haya llevado a cabo «desde un estudio detallado del contenido»¹⁵ de los derechos, principios o bienes jurídicos que se encuentran en «tensión o contraposición»¹⁶. Como consecuencia de dicho déficit exegético, los del Tribunal Constitucional parecen en ocasiones argumentos «dirigidos»¹⁷ que conducen inexorablemente a una «aplicación superficial o aparente del canon de proporcionalidad, insuficiente en su consideración y razonamientos desde la perspectiva de tutela de los derechos de la demandante, que de esa manera pasan a ocupar un papel marginal, cuando no nulo, en la decisión final»¹⁸ o que precipitan las «conclusiones sin extraer las razones concretas y fundadas que las justifican»¹⁹. En lo que sigue se hará referencia a este como el problema del «retroceso dogmático» (González Beilfuss, 2015: 125)²⁰.

Las objeciones y problemas sintetizados en las páginas precedentes ponen de manifiesto significativas limitaciones del canon de la proporcionalidad. La decisión acerca de la conformidad con la CE de una actuación estatal presuntamente lesiva de un derecho fundamental (ha de) resulta(r) de un «juego de argumento y contrargumento» (Alexy, 2022: 286) dentro del cual el juicio de proporcionalidad puede, sin duda, llegar a ocupar una posición decisiva, pero dicho juego *no resulta adecuada ni exhaustivamente descrito por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*. Hasta la fecha, cuando menos, las y los defensores de la proporcionalidad han enfocado su vocación racionalizadora casi exclusivamente sobre estos tres subprincipios²¹; como consecuencia de ello, los aspectos estructurales del «juego de argumento y contrargumento» situados en los márgenes de la proporcionalidad se han visto desatendidos y permanecen relativamente desformalizados²².

Con el objetivo de contribuir a contrarrestar esta deriva se esboza a continuación el más amplio esquema de control en el que debe ser adecuadamente

¹⁵ Voto particular de Encarnación Roca Trias a la STC 99/2019 (rectificación registral del sexo), 4.

¹⁶ Voto particular de Juan Antonio Xiol Ríos a la STC 183/2021 (COVID-19 II), 15.

¹⁷ Voto particular de Encarnación Roca Trias a la STC 99/2019 (rectificación registral del sexo), 4. Puede verse un argumento similar en BÖCKENFÖRDE (1974: 1.530).

¹⁸ Voto particular de Ramón Sáez Valcárcel a la STC 66/2022 (parto inducido), I.

¹⁹ Voto particular de Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera a la STC 74/2022 (sanción tributaria por obstrucción), 6 *in fine*.

²⁰ Este segundo tipo de objeción no es patrimonio exclusivo del debate doctrinal español. Fuera de nuestras fronteras también ha proliferado, si bien en términos no coincidentes con los usuales en España. En Alemania, p. ej., la han formulado, entre otros, OSSENBUHL (1995: 905), POSCHER (2003: 76-81), JES-
TAEDT (2007: 260), SCHLINK (2007: 161 y s.), KLEMENT (2008), DREIER (2013a: n. m. 79) o PIEROTH ET
AL. (2015: nn. mm. 311 y s.).

²¹ *Vid. supra*, nota al pie n.º 8.

²² Puede verse un intento de sistematización a través de 16 reglas argumentativas en BERNAL (2005a: 617-688).

integrado el canon de la proporcionalidad. Dado que la exposición exhaustiva de este «modelo de interpretación operativa» en materia de derechos fundamental no tiene cabida en los estrechos márgenes de este trabajo, a continuación únicamente se pergeñan a través de ejemplos extraídos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional los tres aspectos del modelo antedicho que en nuestros días requieren más atención doctrinal y un mayor esfuerzo de formalización: la determinación del ámbito de protección de un derecho fundamental (2.1.-), la caracterización de la intervención estatal en dicho ámbito (2.2.-) y la fundamentación de las valoraciones realizadas al hilo del análisis de la proporcionalidad en sentido estricto de dicha intervención (2.3.-).

2. LOS MÁRGENES DE LA PROPORCIONALIDAD

2.1 La determinación del ámbito de protección de un derecho fundamental

2.1.1 ¿DERECHOS ABSOLUTOS Y DERECHOS RELATIVOS...

Al primero de los problemas descritos, el de la pertinencia del examen de proporcionalidad, se le ha intentado dar respuesta a partir de la distinción entre los que se denominan «derechos absolutos» y los que, en contraposición con estos, se llaman «relativos». El examen de la proporcionalidad de la restricción de un derecho fundamental no procede en todos los casos, se ha dicho, porque solo cuando el derecho en cuestión pertenece al segundo grupo (a saber, al de los derechos relativos) puede ser lícitamente restringido (Ferrerres, 2020: 166). Como ha explicado Borowski (2021: 299), a diferencia de los derechos relativos, los derechos absolutos son «inmunes a toda limitación» y, «en consecuencia, inmunes al análisis de proporcionalidad» también. El juicio de proporcionalidad, en suma, no debe ser utilizado en todos los asuntos en los que los poderes públicos hayan restringido un derecho o libertad: la índole ilimitable de un derecho excluye la aplicación de dicho canon porque cualquier forma de restricción del mismo ha de reputarse sencillamente contraria a la Constitución.

La estrategia consistente en cualificar un conjunto de derechos como «absolutos», no obstante, adolece de una disfuncionalidad que puede ser ilustrada a través de dos consideraciones. Por un lado, en el Derecho constitucional español no son muchos los derechos fundamentales cuyo carácter «absoluto» se afirme con rotundidad. Esto ha sido subrayado por el propio Tribunal Constitucional al aclarar que, «salvo contadas excepciones como la del derecho a no ser sometido

a torturas, los derechos fundamentales no son absolutos»²³. El Derecho constitucional contemporáneo, en otras palabras, apenas conoce los «derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional»²⁴, lo cual merma drásticamente la operatividad de la distinción sugerida²⁵. Ahora bien, ni siquiera el asentimiento general respecto de la índole absoluta de un derecho —como el derecho a no ser sometido a torturas— basta para dotar de operatividad a la distinción entre derechos absolutos y derechos relativos. Los argumentos aducidos para justificar el carácter absoluto del derecho a no ser sometido a torturas no permitirían zanjar asuntos como los resueltos, entre otras, por las SSTC 89/1987 (comunicaciones íntimas) o 119/1996 (medidas de incomunicación), ya que ninguno esclarecería la principal incógnita a la que en dichas resoluciones tuvo que dar una respuesta el alto tribunal español: si la actuación impugnada en cada caso debía ser calificada como «tortura», o como «pena o trato inhumano o degradante» (Villaverde, 2018: 540).

Lo dicho significa que la distinción doctrinal entre un grupo de «derechos absolutos» y otro de «relativos» oculta de una manera poco funcional la primera dificultad a la que se enfrenta el Tribunal Constitucional al abordar los asuntos en los que se entiende vulnerado un derecho fundamental. Consiste esta en establecer, a través de la *delimitación del ámbito de protección del derecho o libertad que se reputa infringido*, si la disposición, acto, omisión o simple vía de hecho impugnada incide o no en dicho ámbito. Presentar esta comprobación como un «presupuesto» de la proporcionalidad (Bernal, 2005a: 616 y s.), como un simple prerequisite de la aplicación de dicho canon o como un ejercicio de «fundamentación externa» de sus premisas (Portocarrero, 2016a: 75) ensombrece su *autonomía estructural* para la justificación de la decisión a

²³ STC 151/1997 (sanción de tribunal de honor), FJ 5. La afirmación se reitera, entre otras, en las SSTC 133/1986 (falta de emplazamiento personal), FJ 4; 20/1990 (crítica de la organización del Campeonato del Mundo de Fútbol), FJ 3; 41/2011 (injurias a agentes policiales), FJ 3; 78/2019 (condena sin audiencia previa), FJ 5; o 5/2020 (inadmisión de recurso de amparo por falta de invocación previa), FJ 13.

²⁴ STC 227/1993 (regulación autonómica de la actividad comercial), FJ 4, e).

²⁵ La excepcional irrestringibilidad del derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes se debe a que (a) la tortura es un intolerable acto «de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la Ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho», y a que (b) la interdicción de la tortura y, correlativamente, el derecho a no sufrir torturas «se configura en la Constitución española [...] como una prohibición absoluta en el doble sentido de que *queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas*, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales» [STC 122/2022 (torturas bajo detención policial), FJ 3 (énfasis añadido)]. Tal proscripción resulta con claridad de la fórmula «en ningún caso» usada en el art. 15 CE, una fórmula que, en el Título I del texto constitucional, solo reaparece en relación con las prohibiciones de indefensión (art. 24.1 CE), de que el sistema tributario tenga alcance confiscatorio (art. 31.1 CE) y de discriminación por razón del sexo de una persona trabajadora (art. 35.1 CE).

adoptar: dicha verificación (y, singularmente, la definición doctrinal que demanda) es condición necesaria, aunque no siempre suficiente, de una adecuada fundamentación. Por esa razón, ha de ser concebida como la primera fase del esquema o modelo de interpretación operativa aquí esbozado.

2.1.2 ... O «CASOS CLAROS» Y «CASOS DUDOSOS»?

La delimitación del ámbito de protección del derecho o libertad presuntamente infringido es un ejercicio interpretativo común en las resoluciones del Tribunal Constitucional²⁶. Indudablemente, esta operación precede a un eventual análisis de la proporcionalidad de la actuación cuestionada y, comparada con él, quizás no parezca decisiva en muchos asuntos, pero ni una ni otra circunstancia deben ocultar que este inicial ejercicio interpretativo no puede ser eludido porque la pertinencia de un ulterior examen de proporcionalidad depende en rigor de que, al precisar el ámbito de protección del derecho o libertad pertinente, la licitud o ilicitud de la restricción estatal impugnada no se manifieste –como en la ya citada STC 119/1996 (medidas de incomunicación) y otras– de una forma «clara» u «obvia»²⁷. Ahora bien, ¿cuándo se puede calificar un caso como «claro» u «obvio»?

En qué circunstancias cabe considerar un caso como «claro» u «obvio» es una cuestión «pragmática» (Wróbleski, 1985: 24) para la cual no cabe ofrecer una respuesta generalmente unívoca. La delimitación del ámbito de protección del derecho o libertad que se reputa infringido reposa casi siempre sobre la exégesis del precepto en que aquel se enuncia, pero también sobre argumentos sistemáticos, valorativos e «inspirativos»²⁸. Dado que estos métodos interpretativos no se organizan jerárquicamente y desempeñan roles variables en función de las circunstancias de cada asunto (Zagrebel'sky, 2011: 134 y ss.; Jakab, 2021:

²⁶ La enumeración exhaustiva de estas resoluciones rebasa los modestos límites de esta contribución. *Vid.* a modo de ejemplo las SSTC 11/1981, FJ 9; 55/1996, FJ 3; 60/2010 (penas accesorias), FFJJ 7 y 8 b; o 99/2019, FJ 4.

²⁷ En la 119/1996 (medidas de incomunicación), FJ 2, p. ej., el alto tribunal consideró «*patentemente* inadmisibles y no necesitadas de un mayor análisis» (*énfasis añadido*) las alegaciones según las que «la privación de comunicaciones especiales y de tenencia de aparato de televisión en la celda» entrañaba un trato inhumano o degradante prohibido por el art. 15 CE. En un sentido similar pueden verse la STC 102/1983 (emplazamiento por edictos), FJ 3, o el ATC 308/1983 (huelga de estibadores), FJ 2.

²⁸ La expresión procede de JAKAB (2021: 259-263), quien incluye entre estos el «recurso a la literatura científica» y los «argumentos comparativos». Al conjunto de los argumentos sistemáticos pertenecen, según este autor (*ibid.*, 242-252), los «argumentos armonizadores», el precedente judicial, los principios generales del Derecho y los «argumentos lógico-lingüísticos tácitamente fundados». Por último, entre los argumentos valorativos sitúa JAKAB (*ibid.*, 252-259) los teleológico-objetivos, los teleológico-subjetivos y los no jurídicos.

263 y ss.)²⁹, la distinción entre uno y otro tipo de casos no puede trazarse de una vez y para siempre. Con el adjetivo «pragmático» se pretende justamente subrayar que la distinción entre «casos claros» y «casos discutibles» presenta una naturaleza social y temporalmente relativa, aunque esta relatividad no está reñida con la posibilidad de llevar a cabo algunas precisiones adicionales. La principal concierne a lo que cabe denominar *situaciones de claridad*.

Por una parte, un caso puede reputarse claro u obvio cuando resulta patente que la «posición» individual perjudicada por la actuación estatal impugnada no puede ser adscrita a una disposición de derecho fundamental³⁰. En la STC 89/1987 (comunicaciones íntimas), p. ej., el alto tribunal estableció que «el derecho de los reclusos a mantener comunicaciones íntimas» no formaba parte de su derecho a la integridad física y moral y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). Por otra parte, un caso también puede reputarse claro u obvio cuando la adscripción *definitiva* de la posición individual al precepto en el que se enuncia un derecho fundamental no requiere una fundamentación más elaborada que la consistente en delimitar el ámbito de protección del derecho o libertad pertinente porque, en vista de tal delimitación, la disposición, acto, omisión o simple vía de hecho impugnada incide en aquel ámbito «en grado suficiente» (o lo hace en aspectos tan «relevantes» del mismo) como para considerar que el derecho fundamental en cuestión ha sido *manifiestamente vulnerado*³¹. Las SSTC 108/2022 (autoliquidación de impuesto), 6/2018 (acciones judiciales de personas jurídicas) y, en general, todas aquellas en las que un «error patente con relevancia constitucional» ocasionó una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) son un buen ejemplo de este segundo grupo de situaciones.

La atribución de un rol argumentativo dentro del modelo de interpretación operativa anunciado a la distinción pragmática entre casos «claros» u «obvios» y casos «discutibles» de ningún modo representa una concesión a la «irracionalidad» o la «intuición». La claridad no autoriza a eludir la exposición ordenada de los motivos para adscribir (o no adscribir) una «posición» o «norma» a una disposición de derecho fundamental; sin embargo, tal exposición no tiene por qué ajustarse siempre a la estructura canónica de la proporcionalidad, sino que puede llevarse a cabo sobre la base de otras formas de razonamiento entre las que, por su capacidad de generar consenso, destacan la

²⁹ Lo dicho no ha impedido que los propios ZAGREBELSKY (2011: 136) y JAKAB (2021: 263), o autores como ALEXU (2014: 113; y 2022: 123) y BERNAL (2005a: 111) subrayen la importancia de agotar todas las posibilidades ofrecidas por el tenor literal de los preceptos en los que se enuncien derechos o libertades.

³⁰ «Posición» y «adscrita» se utilizan aquí en el sentido en que lo hace ALEXU (2022: 59, 173 y *passim*).

³¹ Se parafrasea aquí la formulación clásica de HART (1961: 159).

interpretación literal de los preceptos constitucionales y los argumentos sistemáticos. En la antedicha STC 89/1987 (comunicaciones íntimas), p. ej., el alto tribunal aclaró que el «derecho a tener comunicaciones especiales» no forma parte integrante del derecho fundamental a la integridad física y moral y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE) porque de la importancia de la sexualidad para la vida del hombre:

[...] no se sigue, en modo alguno, que la abstinencia sexual aceptada por decisión propia, o resultado de la privación legal de libertad, ponga en peligro la integridad física o moral del abstinente, tanto más cuanto se trata de una abstinencia temporal como aquí es el caso [...] // Por la misma razón hay que afirmar que esa negativa y la consiguiente imposibilidad de mantener relaciones sexuales no implica tampoco la sumisión a un trato inhumano o degradante, pues, como ya dijimos en nuestra STC 65/1986, recogiendo doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, para apreciar la existencia de tratos de ese género es necesario que éstos «acarreen sufrimientos de una especial intensidad, o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de la condena» (fundamento jurídico 4.^o). La privación de libertad, como preso o como penado, es, sin duda, un mal, pero de él forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual³².

Como se ve, el Tribunal Constitucional rechazó en este asunto la adscripción al art. 15 del derecho de los reclusos a mantener comunicaciones íntimas sobre la base de una interpretación literal de dicho precepto, así como de argumentos sistemáticos. La combinación de estos dos cánones interpretativos ha puesto igualmente de manifiesto su utilidad en asuntos atinentes al derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE). Una disposición legal que, p. ej., hiciese depender de una autoridad no judicial la «situación de libertad o pérdida transitoria de la misma, por parte de cualquier persona», sería inconstitucional por contravenir los arts. 17.2 CE *in fine* y 17.4 CE³³.

No hace falta subrayar la importancia de seguir profundizando en el estudio de los razonamientos utilizados por el Tribunal Constitucional para reputar un caso como «claro» u «obvio» (y, por consiguiente, para prescindir del juicio de proporcionalidad). Estos criterios, que sin duda pueden contribuir a un incremento de la seguridad jurídica, deben sin embargo ser utilizados con cautela. En caso contrario, el derecho fundamental presuntamente vulnerado podría verse arbitrariamente restringido (Alexy, 2022: 298; Bernal, 2005a: 632-639) o imponerse como un «tirano respecto de otras situaciones jurídicas constitucionalmen-

³² STC 89/1987 (comunicaciones íntimas), FJ 2.

³³ *Vid.*, por todas, la STC 71/1994 (suspensión individual de derechos), FJ 13.

te reconocidas y protegidas» (Veronesi, 2019: 75). Esta es la razón por la que, cuando albergue dudas acerca de la restricción de un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional debe presumir que tal restricción se ha producido³⁴. Naturalmente, de esta presunción no se desprende sin más la inconstitucionalidad de la actuación impugnada, «sino más bien su sujeción a un canon de control que, aunque no se agota en ellos (art. 53.1 CE), comprende la satisfacción por parte de la medida que incorpora de [...] dos presupuestos de constitucionalidad»³⁵ adicionales, a saber, *la persecución de una finalidad constitucionalmente legítima* y, ya por último, *el respeto del principio de proporcionalidad*.

2.2 Los fines de la intervención en el ámbito de protección de un derecho fundamental

En la segunda fase del más amplio esquema de control aquí bosquejado corresponde al Tribunal Constitucional identificar con la máxima precisión posible los fines perseguidos a través de la intervención en el ámbito de protección de un derecho fundamental; cuando con dicha intervención se persiga la preservación de bienes o intereses «faltos de anclaje constitucional» (Medina, 2018: 1.464), «constitucionalmente proscritos» o «socialmente irrelevantes»³⁶, no será preciso realizar examen de proporcionalidad alguno: por razones de economía argumental, la restricción del derecho o libertad deberá reputarse directamente inconstitucional. Por su parte, los fines perseguidos con la restricción que cuenten con respaldo constitucional desempeñarán un rol fundamental a la hora de valorar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto la actuación impugnada. El juicio de proporcionalidad debe su operatividad al conocimiento de estos fines, de manera que el Tribunal Constitucional no debe escatimar esfuerzos a la hora de identificarlos con la máxima escrupulosidad.

De la jurisprudencia del alto tribunal se desprende que los fines perseguidos con la intervención pueden caracterizarse como «mediatos» o como

³⁴ Esta presunción reposa tanto sobre una «concepción amplia» del ámbito de protección de un derecho o libertad (por todos, DREIER, 2013: nn. mm. 119-122) como sobre una concepción objetiva (igualmente amplia) del concepto de restricción o «intervención» en dicho ámbito. Por «intervención» se entiende una «afectación negativa» de un derecho fundamental, es decir, «todo tipo de desventajas que una norma legal pueda producir en un derecho, tales como suprimir, eliminar, impedir o dificultar el ejercicio de las posiciones iusfundamentales prima facie» (BERNAL, 2005a: 664).

³⁵ STC 60/2010 (penas accesorias), FJ 9.

³⁶ STC 111/1993 (libre prestación de servicios inmobiliarios), FJ 9.

«inmediatos»³⁷. La distinción entre unos y otros puede ilustrarse a través de un ejemplo. En la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del art. 380 del Código penal (CP), el Tribunal Constitucional aclaró que, de la rúbrica del capítulo del CP en el que se inscribe el art. 380 —«delitos contra la seguridad del tráfico»—, de la caracterización como «conductor» del sujeto que realiza la acción punible y de la naturaleza de la misma —que solo se puede realizar cuando se conduzca un vehículo a motor—, «no cabe duda de que la de protección de la *seguridad en el tráfico rodado* forma parte de las finalidades esenciales del art. 380 C. P. La propia expresión de *esta finalidad inmediata* lleva a la constatación de otra *mediata*: el riesgo que se trata de evitar —la seguridad que se trata de *proteger*— lo es fundamentalmente para ‘*la vida o la integridad de las personas*’ (art. 381)»³⁸. En sintonía con estas consideraciones, el fin inmediato de la actuación cuestionada ha sido doctrinalmente definido como un estado de cosas fáctico o jurídico, que debe alcanzarse «en razón de estar ordenado por un principio constitucional (el fin mediato)». La importancia de la distinción entre fines inmediatos y fines mediatos radica, como se explicará posteriormente, en su capacidad de vincular la actuación impugnada con algún derecho fundamental o con un bien jurídico garantizado por la CE —esto es, con un fin mediato— cuando, como sucede especialmente en aquellos asuntos especialmente complejos o en los que concurren diversas finalidades, tal vinculación y el consiguiente anclaje constitucional no se aprecian fácilmente.

2.2.1 EL DEBER DE MOTIVAR EXPRESAMENTE LAS RESTRICCIONES DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

La claridad de la exposición precedente contrasta con las notables dificultades que el Tribunal Constitucional experimenta con frecuencia cuando trata de identificar los fines perseguidos con una disposición, acto, omisión o simple vía de hecho restrictiva de un derecho fundamental. Esta operación puede verse facilitada por lo que González Beilfuss (2015: 94-97) ha denominado «dimensión formal del principio de proporcionalidad»³⁹. Consiste esta en la obligación de motivar expresamente las restricciones de un derecho fun-

³⁷ Vid., entre otras, las SSTC 55/1996 (incumplimiento de prestación social sustitutoria), FJ 7; 161/1997 (delito de desobediencia grave), FFJJ 9 y 10; 136/1999 (Mesa Nacional de Herri Batasuna), FJ 23; o 60/2010 (penas accesorias), FJ 10.

³⁸ STC 161/1997 (delito de desobediencia grave), FJ 10 (énfasis añadido).

³⁹ Vid., sobre esta «dimensión», las SSTC 62/1996 (prisión provisional incondicionada), FJ 2; u 11/2006 (revista «Kale Gorria»), FJ 4 *in fine*.

damental. Destinatarios de esta obligación, no obstante, son solamente los jueces y magistrados, por un lado, y las administraciones públicas, por otro. Los órganos legislativos están exentos de tal carga, puesto que no hay un deber de motivación las leyes y disposiciones con rango de Ley comparable a la obligación de motivar los actos administrativos (arts. 35 LPAC y 103.1 CE) y las sentencias (art. 120.3 CE)⁴⁰: el legislador no ejecuta la Constitución y, por tanto, no está obligado a motivar expresamente sus opciones legislativas «como exigencia derivada del principio de proporcionalidad» (Gavara, 2003: 9; González Beilfuss, 2015: 94; Medina, 2018: 1.464).

Con ser coherente desde el punto de vista de los respectivos roles del legislador y del Tribunal Constitucional, la circunstancia señalada no deja de suscitar algunas dificultades. Tres son, concretamente, las que serán sintetizadas a continuación. La primera de ellas tiene que ver con que el Tribunal Constitucional no siempre ha exonerado al legislador del deber de motivación derivado de la dimensión formal del principio de proporcionalidad. En su STC 48/2005 (ampliación del Parlamento de Canarias), p. ej., el alto tribunal español declaró inconstitucional la Ley autonómica impugnada porque en ella no se explicitaban «los motivos por los que los bienes cuya necesidad de ocupación se acuerda de manera directa por el legislador autonómico son más idóneos o adecuados para materializar la causa *expropriandi* que aquellos otros bienes colindantes cuya expropiación se difiere hacia el futuro»⁴¹. A la luz de esta resolución, la merma en la posibilidad de impugnar una decisión expropiatoria formalizada bajo la cobertura de una Ley debe ser vista como un criterio determinante de la exigencia de una motivación reforzada que, de otro modo, no se debería proyectar sobre el legislador.

2.2.2 LA IDENTIFICACIÓN DE LOS FINES MEDIATOS PERSEGUIDOS CON LAS RESTRICCIONES LEGISLATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La segunda de las dificultades anunciadas procede de la necesidad de identificar con precisión los fines mediatos perseguidos con las restricciones de derechos fundamentales producidas por una ley, disposición o acto con

⁴⁰ *Vid.*, por todas, la STC 60/2010 (penas accesorias), FJ 10. Al contrario que en Alemania, de hecho, el legislador español no está obligado a citar en sus productos normativos el derecho fundamental que se propone restringir ni la disposición constitucional en la que este se enuncia. Sobre el «*Zitiergebot*» (art. 19.1.2 GG) y, en general, sobre las técnicas de limitación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución alemán puede verse GAVARA (1994: 203).

⁴¹ STC 48/2005 (ampliación del Parlamento de Canarias), FJ 8.

fuerza de ley. Para identificar estos fines, el Tribunal Constitucional se sirve de la CE, de las alegaciones de la Abogacía del Estado, de las partes expositiva y dispositiva de la actuación impugnada, de los trabajos parlamentarios de elaboración de la misma, etc., aunque ninguno de estos elementos puede considerarse excluyente de otro tipo de referencias (Gavara, 2003: 19). En los asuntos especialmente complejos, es decir, cuando los elementos aludidos no bastan para despejar las dudas porque la conexión entre medios y fines se presenta como una cadena de implicaciones⁴², o cuando son varios los bienes jurídicos favorecidos por la Ley cuestionada y no cabe afirmar que uno prime sobre el otro⁴³, el Tribunal Constitucional «reconstruye» (Bernal, 2005a: 717 y ss., 729) los fines a través de los mismos métodos utilizados para la inicial adscripción de una norma o posición individual a una disposición de derecho fundamental. Entre tales métodos sobresalen nuevamente la interpretación literal del precepto impugnado, así como los argumentos sistemáticos.

En la STC 60/2010 (penas accesorias), p. ej., el alto tribunal identificó los fines del impugnado art. 57.2 CP por medio de una «integración de su régimen jurídico» o «concreta disciplina jurídica a la que la Ley ha sometido la prohibición de aproximación». Al hacerlo estableció una compleja cadena de implicaciones entre su «función asegurativo-cautelar de protección subjetiva de la víctima», su «finalidad inmediata o directa» (a saber, «proteger los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales en relación con los cuales se contempla la imposición obligatoria de la pena de alejamiento») y «otras finalidades secundarias» (como la de auspiciar un «espacio de confianza capaz de generar libertad en el disfrute de las posiciones en las que se concretan esos bienes jurídicos» o la de «eliminar la venganza privada»)⁴⁴. En qué medida este tipo de reconstrucciones pueden generar el riesgo de que se invoquen artificiosamente —como fines «mediatos»— bienes o principios constitucionales que en rigor guardan una relación bastante remota con la actuación restrictiva enjuiciada es una cuestión cuyo tratamiento no tiene cabida dentro de los límites de esta contribución⁴⁵. A efectos de la misma basta con advertir de que la precisión de los fines mediatos perseguidos por el legislador es más

⁴² SSTC 136/1999 (Mesa Nacional de Herri Batasuna), FJ 27; y 60/2010 (penas accesorias), FFJJ 9-11.

⁴³ SSTC 55/1996 (incumplimiento de prestación social sustitutoria), FFJJ 5-7; y 161/1997 (delito de desobediencia grave), FFJJ 10-12.

⁴⁴ STC 60/2010 (penas accesorias), FJ 10.

⁴⁵ Para autoras como LOPERA (2005: 394-397), p. ej., el peligro de este tipo de reconstrucciones no radica en que terminen ponderándose finalidades espuriamente constitucionales con los derechos fundamentales afectados por la intervención, sino en que se le asigne un peso abstracto indebidamente elevado en dicha operación.

significativa de lo que sugiere su caracterización como «prius lógico»⁴⁶ de la proporcionalidad.

2.2.3 LA LEGITIMIDAD DE LOS FINES MEDIATOS PERSEGUIDOS CON LAS RESTRICCIONES LEGISLATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El tercero de los problemas anunciados radica en la necesidad de especificar que fines mediatos pueden justificar la restricción de un derecho fundamental producida por una ley, disposición o acto con fuerza de ley. En nuestro país, la respuesta a esta cuestión se ha buscado en una tipología de los límites a los derechos y libertades que no puede ser íntegramente reproducida aquí. A efectos de la problemática analizada en este trabajo basta con señalar que, generalmente, las intervenciones de los poderes públicos en el ámbito de protección de un derecho o libertad únicamente estarán justificadas cuando el fin que persigan cuente con algún tipo de respaldo constitucional (Medina, 2018: 1.464)⁴⁷. Como ha recalcado el Tribunal Constitucional y se ha reiterado aquí, los «derechos fundamentales reconocidos en la Constitución solo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos»⁴⁸; no exigir este respaldo podría abocar «al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas»⁴⁹.

Los límites que derivan «de una manera mediata o indirecta» de la CE se caracterizan porque esta no los establece «por sí misma», sino que lo hacen los legisladores de los derechos fundamentales⁵⁰. Estos no ostentan una potestad omnímoda para concretar tales límites, pero el Tribunal Constitucional debe tener presente en todo momento que «las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas»⁵¹; de ahí que aquellos legisladores no se limiten a «ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, den-

⁴⁶ Vid., por todas, la reciente STC 6/2020 (denegación de entrevista periodística en centro penitenciario), FJ 3 *in fine*.

⁴⁷ Ha defendido una opinión menos tajante GONZÁLEZ BEILFUSS (2015: 100).

⁴⁸ STC 57/1994 (aislamiento en celda de centro penitenciario), FJ 6 (énfasis añadido).

⁴⁹ STC 22/1984 (desalojo de vivienda), FJ 3.

⁵⁰ Con la expresión «legisladores de los derechos fundamentales» (ABA CATOIRA, 1999: 68 y ss.) se alude a las Cortes Generales, a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, al «legislador internacional a través de los tratados internacionales» y al Gobierno en cuanto órgano habilitado para dictar decretos legislativos.

⁵¹ STC 11/1981 (regulación del derecho de huelga), FJ 7.

tro del marco que ésta traza, adopta[n] libremente las opciones políticas que en cada momento estima[n] más oportunas»⁵². Este conjunto de límites (el de los que derivan «de una manera mediata o indirecta» de la Constitución) puede subdividirse, a su vez, en el grupo de los límites «expresos» o «explícitos» y en el de los «implícitos». En lo que sigue se consideran solamente los límites del primer tipo⁵³.

Los llamados límites «expresos» o «explícitos» a los derechos fundamentales resultan del tenor literal de una disposición de derecho fundamental y se materializan a través de una reserva de ley específica. En estas se menciona el fin mediano a proteger con la restricción del derecho fundamental: el «orden público» (art. 16.1 CE) o la «función social» de la propiedad privada (art. 33.2 CE), por no poner más que dos ejemplos. Doctrinalmente se conoce a estas reservas de ley específicas como «cualificadas» (Solozábal, 2003: 465). En casos muy contados, sin embargo, las reservas de ley específicas no señalan fin alguno (art. 27.10 CE *in fine*) o se limitan a excluir ciertas finalidades (art. 19 CE *in fine*). Estas reservas de limitación han recibido la denominación doctrinal de «reservas sencillas o en blanco» (*ibid.*) y, ante tal ausencia de indicaciones, es posible adoptar dos posturas a propósito del rango normativo de los derechos, principios o bienes jurídicos que puede auspiciar por el legislador.

Por un lado, cabría sostener que el principio de supremacía constitucional impide limitar los derechos fundamentales con la finalidad de proteger bienes jurídicos no enunciados en la Constitución. Esta se conoce como «concepción positiva de la legitimidad de los fines legislativos» (Bernal, 2005a: 695). Por otro lado, se podría argumentar que esta concepción, la positiva, no es lo suficientemente respetuosa con el principio democrático, pues priva al legislador *expresamente habilitado por una reserva sencilla o en blanco* de la facultad de fijarse objetivos propios; de ahí que sea preferible asumir un «principio de libertad de fines del Legislador» (*ibid.*) con arreglo al cual se reputa legítima cualquier finalidad, a menos que esté expresamente prohibida por la CE. A mi entender, este principio de libertad de fines del legislador se aviene mejor con la concepción de la CE como un «marco de coincidencias»⁵⁴ y es, además, el que parece desprenderse de las resoluciones del Tribunal Constitucional en las que este se ocupa de *derechos sujetos a una específica reserva de ley sencilla o en blanco*. En una línea jurisprudencial que comienza con la STC 26/1987 (Ley Orgánica de Reforma Universitaria), FJ 4, a) y llega hasta la STC 74/2019

⁵² STC 55/1996 (incumplimiento de prestación social sustitutoria), FJ 6.

⁵³ Puede verse una explicación más detallada sobre los diferentes tipos de límites a los derechos en RIQUELME (2022: 231-242).

⁵⁴ STC 11/1981 (regulación del derecho de huelga), FJ 7.

(duplicidad de enseñanzas en centros universitarios), FJ 4, el alto tribunal español ha reiterado que la autonomía universitaria puede verse restringida por fines que, como la necesidad de coordinar las instancias «de un sistema universitario nacional» o los derivados de las «limitaciones propias del servicio público que [las universidades] desempeña[n] y que pone de relieve el legislador en las primeras palabras del art. 1 LRU», difícilmente pueden reconducirse al texto constitucional.

2.3 El «peso» de los factores de la ponderación

El problema del «retroceso dogmático»⁵⁵, por último, se achaca especialmente al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Este puede ser considerado desde dos perspectivas. La primera atañe a la *estructura* de la ponderación, cuya extraordinaria sofisticación científica contrasta con la aparente incapacidad del Tribunal Constitucional español de «desarrollar[la] suficientemente desde un punto de vista dogmático» (González Beilfuss, 2015: 112). De acuerdo con su versión científicamente más refinada, la estructura de la ponderación se compone de la «Ley de la ponderación», la «fórmula del peso» y las cargas de la argumentación (Alexy, 2022: 539-556; Bernal, 2006: 61). La Ley de la ponderación –«cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro» (Alexy, 2022: 539)– relaciona dos elementos que ya han sido mencionados en la exposición precedente: el derecho o libertad restringido (*i*) y el derecho fundamental o bien jurídico cuya protección se persigue con dicha restricción (*j*). La confrontación de uno con otro se produce desde las perspectivas del *grado de no satisfacción o de afectación* del primero (I_i) y del *grado de satisfacción* del segundo (I_j)⁵⁶. I_i e I_j , no son las únicas variables a considerar en la ponderación, la cual también deberá reflejar la importancia abstracta o, mejor dicho, sistémica de cada uno de los elementos enfrentados, y el grado de fiabilidad de las premisas empíricas y normativas manejadas (Alexy, 2014: 19).

⁵⁵ *Vid. supra*, pp. 6.

⁵⁶ En el voto particular de Juan Antonio Xiol Ríos y María Luisa Balaguer Callejón a la STC 89/2022 (indexación de opiniones críticas), considerando 11, se alude a ellos como «grado de sacrificio del derecho concernido» y «relevancia de la satisfacción del derecho con el que entraba en conflicto». Expresiones muy similares se utilizan en el voto particular del primero (Juan Antonio Xiol Ríos) a la STC 148/2021, considerando 27.

La segunda perspectiva desde la que puede ser considerado el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación atiende a su «justificación externa» (Portocarrero, 2016a: 141), es decir, a la *fundamentación de la graduación* a la que se ha hecho referencia al final del párrafo anterior⁵⁷. A esta fundamentación se refiere Ferreres (2020: 180) al sostener que la utilización dogmáticamente aceptable de la ponderación «requiere de una teoría que articule [cierto] tipo de juicios intuitivos con los pesos abstractos». En un sentido similar, también González Beilfuss (2015: 112) ha afirmado que «el mayor reto dogmático reside, sin duda, en el desarrollo de argumentos específicos que permitan llenar de contenido» el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Desatender este desafío podría agravar el «retroceso dogmático» aludido y provocar que, en la atribución de un valor a las variables de la ponderación, se incurra en un intuicionismo de dudosa racionalidad. En particular, la escasa formalización de dichos argumentos podría llevar a que se prioricen algunos bienes sobre otros con «excesivo apresuramiento» (Hesse, 1999: n. m. 72) y, sobre todo, de una forma por completo impredecible (Villaverde, 2018: 542).

En la literatura especializada se ha propuesto que tales graduaciones se justifiquen a través de factores como la «eficacia», la «rapidez», la «probabilidad», el «alcance» y la «duración» tanto de las restricciones de derechos fundamentales como de la realización de los fines mediatos perseguidos con ellas (Bernal, 2005a: 765-782). Al realizar dicha operación, el Tribunal Constitucional debería examinar, entre otras cosas, qué parte del ámbito de protección de un derecho fundamental se ha visto afectado por la intervención impugnada, qué función desempeña(n) la(s) facultad(es) o posición individual(es) afectada(s) dentro de ese ámbito, en qué medida se las puede considerar imprescindibles para reconocer como tal el derecho fundamental o para asegurar los intereses jurídicos protegidos a través del mismo, etc. Naturalmente, no será preciso servirse de todos estos criterios en cada ponderación; las particularidades del caso indicarán al alto tribunal cuáles de estos criterios son relevantes para justificar adecuadamente su decisión. La ponderación, así, no tendría por qué reposar en una valoración arbitraria, intuitiva o improvisada del Tribunal Constitucional.

A mi juicio, los criterios propuestos por Bernal (*ibid.*) son acertados y sugerentes, aunque su análisis pone de manifiesto algo que el autor citado pasa aparentemente por alto: la necesidad de que la justificación de la graduación efectuada por el Tribunal Constitucional sea coherente (Alexy & Pecze-

⁵⁷ Semejante pretensión de gradación ha recibido importantes críticas doctrinales que no pueden ser reproducidas aquí. Puede verse una síntesis de la mayoría de ellas en RIQUELME (2022: 324-334).

nik, 1990) con la determinación del ámbito de protección del derecho fundamental restringido y con la reconstrucción de los fines de dicha restricción, es decir, con las dos operaciones interpretativas que inevitablemente preceden a la proporcionalidad. Creo que esta vinculación del final con el inicio de la argumentación es, además, la mejor manera de asegurar que se tomen suficientemente en consideración las concretas circunstancias del caso a la hora de analizar la proporcionalidad en sentido estricto de la restricción⁵⁸. Solo a la luz de esta noción de *coherencia* pueden entenderse las valoraciones realizadas, p. ej., en el FJ 8, B –que se fundan en gran parte en las consideraciones contenidas en el apartado precedente (A)– de la STC 149/1991 (Ley de Costas), en el FJ 11 –que se basan en buena medida en las consideraciones contenidas en el FJ 6– de la STC 199/2013 (muestra de ADN tomada sin autorización judicial) o, finalmente, las incluidas en el FJ 9 –que se apoyan en las consideraciones contenidas en el FJ 5– de la STC 99/2019 (rectificación registral del sexo).

3. CONCLUSIONES

El canon de la proporcionalidad representa una decisiva contribución a la racionalización del control ejercido por el Tribunal Constitucional sobre las actuaciones estatales presuntamente lesivas de derechos fundamentales. Durante la última década, sin embargo, han aumentado la confusión y las controversias acerca del estatus metodológico de dicho canon. En este trabajo se ha defendido que ambas proceden de una insuficiente consideración del limitado alcance de dicha herramienta: en primer lugar, la pertinencia de un examen de proporcionalidad depende de que se constate y se caracterice un conflicto o colisión normativa; en segundo lugar, las graduaciones que conlleva el examen de la proporcionalidad en sentido estricto requieren de fundamentaciones sustantivas ajustadas a las circunstancias del caso. Para poner fin a la confusión y a las controversias descritas se sugiere la utilización de un esquema de control más amplio que el principio de proporcionalidad. La determinación del ámbito de protección de un derecho fundamental y la identificación de los fines perseguidos a través de la intervención en dicho ámbito constituyen la primera y segunda etapas, respectivamente, de aquel control, que concluye, solamente en algunas circunstancias, con un juicio de proporcionalidad. El rasgo principal del aludido esquema de control es su coherencia discursiva.

⁵⁸ A la necesidad de tomar suficientemente en consideración las circunstancias del caso se han referido BERNAL (2005a: 779 y s.), GONZÁLEZ BEILFUSS (2015: 116) o MEDINA (2018: 1.470).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABA CATOIRA, A. (1999): *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- ALEINIKOFF, A. (1987): «Constitutional Law in the Age of Balancing». *Yale Law Journal*, 96: 943-1.005.
- ALEXY, R. (2000): «Zur Struktur der Rechtsprinzipien». En Schilcher, B. *et al.* (eds.): *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. Verlag Österreich. Wien.
- (2011): «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad». *REDC*, 91: 11-29.
- (2014): «Principios formales». *Doxa*, 37: 15-29.
- (2019): *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Palestra Editores. Lima.
- (2022): *Teoría de los derechos fundamentales*, 3.^a ed. CEPC. Madrid.
- ALEXY, R., & PECZENIK, A. (1990): «The concept of coherence and its significance for discursive rationality». *Ratio Juris*, 3 (1): 130-147.
- BARAK, A. (2010): «Proportionality and Principled Balancing». *Law & Ethics of Human Rights*, 4 (1): 1-18.
- (2012): *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitation*. CUP. Cambridge.
- BARNES, J. (2021): «Presentación: la gramática del Derecho Administrativo». En Schmidt-Assmann, E., *La dogmática del Derecho administrativo*. Global Law Press. Sevilla.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. *et al.* (2004): *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Tecnos. Madrid.
- BEATTY, D. (2004): *The Ultimate Rule of Law*. OUP. Oxford (New York).
- BERNAL PULIDO, C. (2005a): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2.^a ed. CEPC. Madrid.
- (2005b): «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera». *REDC*, 74: 381-410.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. (1974): «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation». *NJW*, 35: 1.529-1.538.
- BOROWSKI, M. (2018): *Grundrechte als Prinzipien*, 3.^a ed. Nomos. Baden-Baden.
- (2021): «Derechos absolutos y proporcionalidad». *Revista de Derecho del Estado*, 48: 297-339.
- DREIER, H. (2013): «Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG». En Dreier, H. (ed.). *Grundgesetz-Kommentar* (42-153), 3.^a ed. Beck. München.
- DENNINGER, E. (1990): «Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe». En *Der gebändigte Leviathan*. Nomos. Baden-Baden.

- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2021): «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19». *InDret*, 4: 345-411.
- FERRERES COMELLA, V. (2007): *Justicia constitucional y democracia*, 2.^a ed. CEPC. Madrid.
- (2011): *Una defensa del modelo europeo del control de la constitucionalidad*. Marcial Pons. Madrid.
- (2020): «Más allá del principio de proporcionalidad». *Revista de Derecho del Estado*, 46: 161-188.
- GAVARA DE CARA, J. C. (1994): *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. CEC. Madrid.
- (2003): «El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales». *RATC*, 16: 1.803-1.830.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2015): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2.^a ed. Aranzadi-Thomson. Navarra.
- HESSE, K. (1999): *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschlands*, 20.^a ed. C. F. Müller. Heidelberg.
- HUSCROFT, G., MILLER, B. & WEBBER, G. (eds.) (2014): *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. CUP. New York.
- JACKSON, V. (2015): «Constitutional Law in an Age of Proportionality». *The Yale Law Journal*, 124 (8): 3.094-3.196.
- JACKSON, V. Y TUSHNET, M. (eds.) (2017): *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. CUP. Cambridge (New York).
- JESTAEDT, M. (2007): «Die Abwägungslehre – ihre Stärke und ihre Schwäche». En Depenheuer, O. et al. *Festschrift für Josef Isensee*. C. F. Müller. Heidelberg.
- KAHL, W. (2006): «Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik: Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas». *AöR*, 131 (4): 579-620.
- KLATT, M. Y MEISTER, M. (2017): *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. UNAM. México.
- KLEMENT, J. H. (2008): «Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt: Robert Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik». *JuristenZeitung*, 63 (15/16): 756-763.
- KREMNIETZ, M., STEINER, T. Y LANG, A. (eds.) (2020): *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*. Cambridge University Press. Cambridge.
- KHOSLA, M. (2010): «Proportionality: An Assault on Human Rights? A Reply». *I·CON*, 8 (2): 298-306.
- KUMM, M. (2004): (2017): «Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution». En Jackson & Tushnet (2017: 51-74).

- LOPERA MESA, G. M. (2005): «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo». *REDC*, 73: 381-410.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2022), «El Tribunal Constitucional frente a la emergencia pandémica (SSTC 148/2021, 168/2021 y 183/2021)». *REDC*, 125: 237-282.
- MARKETOU, A. (2021): *Local Meanings of Proportionality*. CUP. Cambridge.
- MEDINA GUERRERO, M. (2018): «Artículo 53.1». En Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. & Casas Baamonde, M. E. *Comentarios a la Constitución española. Vol. 1, Tomo 1* (1.456-1.472). BOE. Madrid.
- MICHELMAN, F. (2017): «Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism». En Jackson & Tushnet (2017: 30-50).
- OSSENBÜHL, F. (1995): «Abwägung im Verfassungsrecht». *DVBl*, 110: 904-912.
- OTTO, I. de (1988): «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución». En Martín-Retortillo Baquer, L. & De Otto, I. *Derechos fundamentales y Constitución* (142-151). Civitas. Madrid.
- PIEROTH, B. et al. (2015): *Grundrechte. Staatsrecht II*, 31.^a ed. C. F. Müller. Heidelberg.
- POSCHER, R. (2003): *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- (2020): «Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle». *RJ*, 33 (2): 134-149.
- PORTOCARRERO QUISPE, J. A. (2016a): *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Marcial Pons. Madrid.
- (2016b): «¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales». *Vox Juris*, 31 (1): 81-96.
- RANCHORDÁS, S. & DE WAARD, B. W. N (eds.) (2015): *The Judge and the Proportionate Use of Discretion: A Comparative Study*. Routledge. New York.
- REQUEJO, P. (2015): «El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014». *TRC*, 36: 417-440.
- RIQUELME VÁZQUEZ, P. (2022): *El contenido esencial de los derechos y libertades: una reinterpretación doctrinal*. Aranzadi: Cizur Menor.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Marcial Pons. Madrid.
- SCHLINK, B (2007): «Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel». *JuristenZeitung*, 62 (4): 157-162.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J. (2003): «Los límites de los derechos y el sistema normativo». *DPC*, 17: 449-478.
- STONE SWEET, A. & MATHEWS, J. (2008): «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism». *Columbia Journal of Transnational Law*, 47: 72-164.

- TERUEL LOZANO, G. M. (2022a). «Estado de alarma y derechos fundamentales ante la pandemia de la COVID-19. Presupuestos teóricos para el enjuiciamiento constitucional». En Carmona Contreras, A. y Rodríguez Ruiz, B. (eds.). *Constitución y Pandemia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2022b). «La legitimidad constitucional del marco jurídico para responder a la COVID-19 en cuestión: cronología comentada a la luz de la jurisprudencia constitucional». *AIJC*, 26(2), 551-586.
- VERONESI, P. (2019): «La incierta y lábil frontera de los derechos fundamentales». En Chueca, R. (dir). *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa* (53-128). CEPC. Madrid.
- VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. (2002): «Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales». En VV. AA. *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente. Vol. 1* (317-364). Congreso de los Diputados. Madrid.
- (2018): «El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI». *Revista da AJURIS*, 45 (144): 529-555.

LA EXIGENCIA DE VERDAD EN LA LEY 20/2022, DE 19 DE OCTUBRE, DE MEMORIA DEMOCRÁTICA¹

JOSÉ ANTONIO SENDÍN MATEOS²
Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. *Introducción. Sobre memoria e historia.*—2. *Una visión singular sobre la Segunda República y la Transición democrática.*—3. *El tratamiento de la verdad en la Ley de Memoria Democrática.* 3.1. Localización de enterramientos y búsqueda de personas desaparecidas. 3.2. Investigación judicial de los hechos. 3.3. Políticas de divulgación. 3.4. Lugares de memoria democrática. 3.5. Fomento de la investigación histórica.—4. *Coda: sobre el reconocimiento de la condición de víctima.*—Referencias bibliográficas.—Legislación.

1. INTRODUCCIÓN. SOBRE MEMORIA E HISTORIA

La distinción entre memoria e historia se refiere, en un nivel elemental, a dos maneras diversas de aproximarse a los hechos del pasado reciente en procesos históricos que suelen ser de justicia transicional en situaciones de superación de conflictos armados —v. gr. el reciente proceso colombiano, por mencionar uno— o de transición desde sistemas políticos autocráticos a sistemas democráticos, como fue el caso español. La diferencia principal entre memoria

¹ Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2022-136352NB-I00, «La dimensión performativa del razonamiento jurídico» (PERLEG), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y FEDER «Una manera de hacer Europa».

² Profesor permanente laboral y director académico del Máster en Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica de la Universidad de Salamanca.

e historia es que la primera procede haciendo uso de la transmisión oral de recuerdos y vivencias sobre acontecimientos pasados, mientras que la segunda, que en mi opinión aporta un mayor grado de objetividad, consiste en investigar los hechos a pie de archivo, retrospectivamente y uniendo piezas como quien construye un rompecabezas que no llegará a completarse del todo. De lo que se trata es de reconstruir lo sucedido de la forma más fidedigna y respetuosa posible con los medios de que se dispone, que generalmente son fuentes documentales.

En la recopilación de testimonios del pasado, la discusión es sobre si la transmisión oral de esos fragmentos de memoria puede alcanzar estándares de objetividad asimilables a los que se logran en los trabajos de archivo. Esta cuestión ha sido objeto de debate entre especialistas y ha dado pie a una interesante polémica acerca del valor epistémico atribuible a la memoria. La discusión ha trascendido el ámbito estricto de la metodología historiográfica. Los partidarios de la recuperación de la denominada «memoria histórica» defienden que los testimonios orales son fuentes de conocimiento de primer orden en procesos de justicia transicional, al entender que los acontecimientos de un traumático pasado reciente podrían reconstruirse a partir de los testimonios de quienes han sido objeto de represalias, persecución y abusos (Escudero Alday, 2013, 328). Los hechos relatados se reconocen de vital importancia para obtener una reparación por lo padecido, y por este motivo suele insistirse en que la historia necesita del auxilio de la memoria, a la que desde esta óptica se le asigna un valor cognitivo pleno (Escudero Alday, Campelo, Pérez González, Silva, 2013, 37).

Frente a esta visión, quienes recelan de la perspectiva y métodos afines a las posiciones memorialistas hacen hincapié en la superioridad de la historia y sus métodos de investigación. Ésta es una disciplina académica o científica comprometida con la indagación de la verdad, y cuya aspiración y valor epistémico es la objetividad: sus resultados son susceptibles de obtener una validación universal. En cambio, se piensa que la memoria, por su carácter fragmentario y su parcialidad característica, es permeable a pretensiones ideologizantes y a todo tipo de sesgos subjetivos (Fernández Sebastián, 2021, 113). Por esa razón, difícilmente podrá proporcionar un verdadero conocimiento que dé cuenta de la realidad de lo acontecido.

A ello hay que añadir que la perspectiva memorialista tiende, más que al conocimiento del pasado, a formular juicios sobre el mismo, valiéndose de una retórica de tono moralizante y autocomplaciente en su supuesta superioridad axiológica autoatribuida, sometiendo al pasado a revisión desde posiciones ideológicas caracterizadas por su parcialidad. Desgraciadamente, esta visión y

actitud ha ido ganando correligionarios poco a poco, y aunque hay historiadores recelosos a admitirla, muchos otros se alinean con sus tesis, y un sector de la historiografía de nuestro país la observa con simpatía. Como sostiene Fernández Sebastián (2021, 109-110), desde los años ochenta la historia viene siendo paulatinamente desplazada por la memoria, hasta el extremo de que puede hablarse de un «giro de la historia a la memoria».

Teniendo esto en cuenta, es un contrasentido y una ironía que desde posicionamientos memorialistas se censure admitir la memoria como fuente de conocimiento «por ser una opción más ideológica que científica» (Escudero Alday, 2013, 330), al tiempo que se reconoce valor a la memoria histórica por servir como un «referente ideológico que sirva de fundamento a la sociedad» (Escudero Alday, 2013, 329). A continuación, explicaré por qué, en mi opinión, las visiones memorialistas son más proclives a cargarse ideológicamente, repasando –aunque sólo podré hacerlo *grosso modo*– su visión de la historia reciente española desde la Segunda República hasta el periodo de la Transición democrática, a fin de mostrar su parcialidad y falta de objetividad.

2. UNA VISIÓN SINGULAR SOBRE LA SEGUNDA REPÚBLICA Y LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

Desde las filas memorialistas se ha tendido a ofrecer una visión del periodo republicano instaurado en 1931 con una clara intención de legitimarlo y sublimarlo, mientras que, por otro lado, se ha buscado la manera de desacreditar la Transición desde la Dictadura, cuya más alta cima fue la aprobación de la Constitución española de 1978³. Así, suele hablarse con desprecio del «Régimen del 78» y se rebaja la nueva democracia descalificándola como «post-franquista» o «de baja intensidad» (Escudero Alday, Campelo, Pérez González, Silva, 2013, 9). Todo a la vez que la Segunda República es presentada con gran indulgencia, a pesar de su inoperancia y sus profundas carencias políticas, sociales y materiales⁴. Asimismo, suele relativizarse la gran violencia que desató el bando republicano durante la Guerra Civil, alegando que, si se compara con la que desplegaron los sublevados, «nunca se puede establecer una simetría por la cantidad de víctimas, ni, sobre todo, por la duración de las atrocidades en el tiempo» (Lacasta Zabala, 2011, 117).

³ FERNÁNDEZ SEBASTIÁN (2021, 129-130) califica la memoria histórica como una «ideología política de combate» dirigida a reprobar la Transición.

⁴ En tal sentido se pronuncia ESCUDERO ALDAY (2013, 331).

Lo cierto es que ambos bandos cruzaron líneas sin retorno, y las atrocidades que tuvieron lugar fueron tan abominables y de tal crueldad, que no tiene sentido enredarse en una discusión vana sobre quiénes asesinaron o torturaron más, o se condujeron con mayor inmoralidad. No puede negarse que las mismas conductas se reprodujeron en el bando republicano. Aunque, en su caso, éstas pueden ser reprobadas por una circunstancia que, en este relato terrorífico, sólo a dicho bando puede ser imputada, a saber: que el Gobierno republicano estaba materialmente vinculado por una Constitución, la de 1931, que quienes la admiran con nostalgia no dudarían en calificar como genuinamente democrática. Franco y sus seguidores en modo alguno podrían sentirse concernidos por un ordenamiento constitucional que pretendían derrocar.

Por otro lado, como es bien conocido, fue por mandato de un Gobierno republicano –el conservador de la CEDA– que se ordenó a Franco reprimir salvajemente la Revolución minera de Asturias en 1934. En dicha empresa le asistió Juan Yagüe, uno de sus camaradas *africanistas* de recuerdo más infausto. La represión, los abusos y los crímenes que se cometieron fueron de una crueldad insólita. ¿Acaso la Constitución vigente entonces no era la republicana, con todos sus derechos, principios y valores democráticos reconocidos?

Ni la República fue una Arcadia feliz ni la democracia nacida de la Transición fue tan «formal» como algunos han pretendido reflejar. Seguramente la Constitución de 1978, surgida de aquel proceso cívico, no es perfecta, y algunas cosas podrían haberse mejorado. Aunque, a mi modo de ver, no puede negarse su gran valor como el proyecto político de mayor éxito en el que se ha visto implicada la sociedad española hasta día de hoy (Fernández Sebastián, 2021, 129). Su mérito es haber dado acogida a todo el mundo, sin excluir a nadie.

Sin embargo, desde el final de la Dictadura franquista han transcurrido cincuenta años sin que aún hayan obtenido la debida satisfacción las demandas de reconocimiento y reparación de las víctimas de la Guerra Civil, de la represión posterior, las prisiones del régimen y el exilio. Para evitar la repetición de lo sucedido y para que la Constitución de 1978 siga siendo acreedora del apego ciudadano con la misma intensidad que en los años que siguieron a la Transición, es una exigencia moral reparar a las víctimas. A tal objeto, su memoria debe mantenerse viva, y por eso, ahora más que nunca, se requiere una aproximación a los hechos de la historia lo más ajustada posible a la realidad (Fernández Sebastián, 2021, 109). A ello apenas contribuyen las memorias parciales, sino que lo que se necesita es una concienzuda investigación histórica cuyos resultados se apoyen en vestigios documentales custodiados en los archivos y registros españoles. Por desgracia, como explicaré –aunque brevemente– en la parte final del trabajo, a ello no contribuye nuestra legislación

sobre secretos oficiales. La reciente Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática⁵, tampoco aporta soluciones, más allá de alguna promesa vaga que dudo pueda contentar al colectivo de los historiadores.

A mi parecer, la mejor apuesta es investigar la historia, como empresa comprometida con los ideales de objetividad y científicidad (García Amado, 2008, 61). Puesto que –como ha advertido Jörg Luther (2010, 75)– en los Estados constitucionales cualquier «política de la historia» es susceptible de tornarse en una política de parte, los partidos democráticos, para evitar tentaciones, deberían renunciar a imponer memorias selectivas y unilaterales, pues están entreveradas de ideología partidista. En su lugar, debería optarse por memorias reconciliadoras, que conecten con lo mejor que ha dejado el espíritu de nuestra Transición política (Fernández Sebastián, 2021, 135).

En las páginas que siguen examinaré críticamente las medidas que se prevén en la Ley de Memoria Democrática para avanzar en el objetivo de esclarecer la verdad sobre los hechos de la Guerra Civil y la Dictadura, que es la exigencia primera y básica para afrontar y satisfacer otras dos que se invocan en procesos transicionales y son bien conocidas: justicia y reparación, que junto a aquella coadyuban en obtener garantías de no repetición. Con esos objetivos, la Ley define un conjunto de políticas públicas que operan en ámbitos diversos y cuya oportunidad e idoneidad serán objeto de valoración en este trabajo.

3. EL TRATAMIENTO DE LA VERDAD EN LA LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA

El conocimiento de la verdad sobre los hechos de la Guerra Civil española y la Dictadura franquista se presenta como una prioridad en la Ley de Memoria Democrática. La exposición de motivos subraya que lograr ese objetivo es fundamental, pues, entre otras cosas, implica

«[...] fomentar el conocimiento de las etapas democráticas de nuestra historia y de todas aquellas figuras individuales y movimientos colectivos que, con grandes sacrificios, fueron construyendo progresivamente los nexos de cultura democrática que permitieron llegar a los acuerdos de la Constitución de 1978, y al actual Estado Social y Democrático de Derecho para defender los derechos de los españoles, sus nacionalidades y regiones.»

⁵ BOE de 20 de octubre de 2022.

Aunque, a modo de ver, se impone una exigencia normativa de verdad, el texto enfatiza que al mismo tiempo se está afirmando un derecho:

«La ciudadanía tiene actualmente el derecho inalienable al conocimiento de la verdad histórica sobre el proceso de violencia y terror impuesto por el régimen franquista, así como sobre los valores y los actos de resistencia democrática que llevaron a cabo quienes cayeron víctimas de su represión.»

Esta disposición declaratoria, que enuncia los objetivos principales que persigue la Ley, adquiere forma jurídica en el art. 15.1, que reconoce ese derecho y define su contenido:

«A efectos de esta ley, se reconoce el derecho de las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, a la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de los motivos y circunstancias en que se cometieron las violaciones del Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de los derechos humanos ocurridas con ocasión de la Guerra y la Dictadura y, en caso de fallecimiento y desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima, y al esclarecimiento de su paradero.»

La Ley dedica el capítulo I en su integridad a reconocer el derecho de las víctimas a la verdad y a anunciar políticas públicas para recuperar la memoria que se concretan en medidas que aparecen dispersas a lo largo de todo el articulado. Así, el art. 15.2 establece que

«Con la finalidad de fomentar el conocimiento científico imprescindible para el desarrollo de la memoria democrática en los términos definidos en esta ley, la Administración General del Estado impulsará la investigación de todos los aspectos relativos a la Guerra y la Dictadura, así como de los procesos memoriales que han tenido lugar en el país. Se impulsarán investigaciones comparadas que conecten el caso español con procesos europeos y globales afines.»

Y, con la intención de promover la investigación histórica, el legislador, consciente de su importancia para lograr los objetivos de memoria, añade, en el art. 15.3 –que fue incorporado al texto tras el trámite de enmiendas–, lo siguiente:

«En el fomento de la investigación histórica sobre los aspectos señalados en el apartado anterior, en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 44.2 de la Constitución, se tendrá en cuenta el papel esencial que desempeña el debate histórico para la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática y la contribución al mismo de las conclusiones que sean resultado de la aplicación en la verificación e interpretación de los hechos de los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica. Ello se entenderá sin perjuicio de la incertidumbre sustancial al citado debate que deriva del hecho de referirse a sucesos del pasado

sobre los que el investigador puede formular hipótesis o conjeturas al amparo de la libertad de creación científica reconocida en el artículo 20.1.b) del Texto Fundamental.»

Es decir, que la Ley asume que la vía para obtener un conocimiento fiable de los hechos de la Guerra Civil y la Dictadura es creando las condiciones para que la investigación histórica pueda desarrollarse libremente y sin injerencias, evitando asumir posicionamientos ideológicos previos que pudieran comprometer una aproximación imparcial a los acontecimientos.

Como antes he mencionado, las medidas y políticas encaminadas al discernimiento de la verdad aparecen diseminadas por el todo el texto: no sólo en el capítulo I, sino también en el tratamiento de las exigencias de justicia (capítulo II), de reparación (capítulo III), así como del deber de memoria democrática (capítulo IV) y en la definición de políticas públicas. Aunque se evidencia cierta falta de sistematicidad —una sensación que se acrecienta tras las enmiendas al Proyecto—, opino que esto no debería verse como un defecto de la Ley. Seguramente habría sido difícil organizar los contenidos de otra manera, pues la verdad, la justicia y la reparación, que el movimiento memorialista asocia con los procesos de justicia transicional —y que, en mi opinión, son verdaderas exigencias normativas antes que derechos subjetivos, colectivos o de cualquier otra índole— se encuentran estrechamente imbricadas entre sí y no operan ni pueden concebirse de forma independiente. Todas confluyen en un objetivo común, a saber: asegurar la no repetición de lo sucedido.

A continuación, explicaré cuáles son las políticas públicas que desarrolla el legislador, que son de cinco tipos:

- (i) Políticas dirigidas a localizar enterramientos y fosas y buscar personas desaparecidas.
- (ii) Medidas que atañen a la investigación judicial y a los procesos penales.
- (iii) Políticas de divulgación, cuya finalidad es hacer pedagogía.
- (iv) Creación de lugares de memoria democrática.
- (v) Políticas de fomento de la investigación histórica.

3.1 Localización de enterramientos y búsqueda de personas desaparecidas

Éste es, a mi parecer, uno de los aspectos más interesantes de la Ley, pues se incorporan importantes novedades en comparación con la anterior Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia

durante la guerra civil y la dictadura⁶, que fue popularmente conocida como «Ley de memoria histórica». La nueva Ley pone fin a la política de «privatizaciones» en la recuperación de restos de las personas desaparecidas, llamada así porque la tarea se dejó en manos de las asociaciones de memoria histórica, que costeaban las exhumaciones con cargo a fondos públicos previstos para esa finalidad. El problema era que para ello debía incluirse una partida específica en la normativa presupuestaria, algo que algunas administraciones omitieron hacer. De ahora en adelante, *ex art. 16.1*, se establece que

«Corresponderá a la Administración General del Estado la búsqueda de personas desaparecidas durante la Guerra y la Dictadura, sin perjuicio de las competencias de otras administraciones públicas relacionadas con dicha actividad.»

Además, se prevé –aunque esto ya lo hacía el art. 12.2 de la Ley 52/2007– la elaboración de mapas de localización para ayudar a encontrar los restos de los desaparecidos (art. 16.2), así como la confección de un mapa integrado que comprende toda la geografía nacional (art. 17.1). Las zonas incluidas en los mapas de localización gozarán de una preservación especial, para lo cual se establecerán reglamentariamente las medidas oportunas (art. 17.3). Por último, los datos anuales sobre exhumaciones serán publicados en un portal de Internet, incluyendo la cifra de peticiones registradas, el número de fosas y restos de personas localizadas y de prospecciones sin resultado positivo (art. 16.3).

Finalmente, otro avance, muy celebrado, ha sido la creación del Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y la Dictadura, en el que se almacenarán los perfiles de ADN para su cotejo (art. 23.1). Las aportaciones de muestras biológicas de los familiares serán voluntarias y gratuitas (art. 23.2). Y, para ayudar a encontrar niños sustraídos, tras las enmiendas al Proyecto de Ley se añadió el art. 23.4, según el cual

«Las personas afectadas por una posible sustracción de un niño o niña cuya denuncia haya sido admitida por los hechos objeto de esta ley, podrán solicitar que les sean tomadas muestras para secuenciar su ADN y compararlas con los datos que se almacenen en la Base de datos. En la Base de datos de ADN también se conservarán las muestras de restos óseos de las distintas exhumaciones llevadas a cabo, con su secuencia de ADN, y los perfiles genéticos de las personas afectadas por la sustracción de recién nacidos: familiares, fundamentalmente madres y padres biológicos, que buscan a sus hijas e hijos, así como hijos e hijas adoptivos que buscan a sus familiares biológicos.»

⁶ BOE de 27 de diciembre de 2022. Fue derogada por la disposición derogatoria única.2.a) de la Ley de Memoria Democrática.

Para definir los procedimientos que aseguren los aspectos éticos y de bioseguridad, y el régimen de organización y funcionamiento del Banco Estatal de ADN, se establece una reserva reglamentaria (art. 23.5).

3.2 Investigación judicial de los hechos

Indagar los hechos de la Guerra Civil y la Dictadura es algo que no compete únicamente a los historiadores, sino también, a su manera, a los órganos de justicia. Hay, empero, notables diferencias en la forma como se conducen las investigaciones. Por un lado, los jueces buscan subsumir los hechos objeto del proceso bajo una norma aplicable al caso. Los historiadores, en cambio, tratan de interpretarlos a la luz de perspectivas diversas. Por otro lado, la pretensión de los jueces es conocer toda la verdad sobre lo sucedido –aun sabiendo que sólo podrán reunir unas cuantas piezas–, para luego dictar el fallo que les permita cerrar el caso definitivamente. Mientras que los historiadores, que no tienen esa pretensión de exhaustividad, son conscientes de las limitaciones de sus pesquisas, y de que a buen seguro no serán ellos quienes pronuncien la última palabra sobre los acontecimientos objeto de su estudio. La aproximación a los hechos es en ambos casos retrospectiva, aunque, como apunta Fernández Sebastián (2021, 101-102), la verdad histórica, a diferencia de la verdad judicial, es provisional y está sujeta a revisiones continuas⁷.

Sobre las investigaciones judiciales, la Ley establece medidas para el esclarecimiento de los hechos, fundamentalmente en procesos penales. Con ese fin se crea un Fiscal de Sala de Derechos Humanos y Memoria Democrática (art. 28.1), con competencia para conocer sobre violaciones de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, «incluyendo los que tuvieron lugar con ocasión del golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura». También se garantiza el derecho a la investigación de las violaciones de esos derechos (art. 29.1), aunque esto es pura retórica, pues no hay duda de que éste ya se incluye en el contenido del proteico derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el derecho a la investigación judicial en este campo verá mermada su eficacia mientras siga en vigor la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía⁸, cuya derogación no se contempla en la nueva Ley. Únicamente se prevé una regla de interpretación que su-

⁷ Véase también FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, TAJADURA TEJADA (2021, 23-24).

⁸ BOE de 17 de octubre de 1977.

pone una nueva redundancia con el texto constitucional, en esta ocasión con el art. 10.2 CE, al que remite el art. 2.2 de la Ley. Dicha regla, añadida mediante enmienda en el art. 2.3, establece que

«Todas las leyes del Estado español, incluida la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, se interpretarán y aplicarán de conformidad con el Derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el Derecho Internacional Humanitario, según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiables.»

Si su inclusión se ha justificado porque algunos jueces tienden a hacer una interpretación conservadora de la regla interpretativa de la Constitución, nada hace pensar que su actitud vaya a modificarse tras incorporar una regla redundante en la Ley de Memoria Democrática. A mi modo de ver, se ha perdido una ocasión muy propicia para derogar la Ley de Amnistía, que, de momento, pervive en nuestro ordenamiento jurídico como norma cuasi fundacional, debido a su importante papel en el afianzamiento del proceso de Transición.

Finalmente, en la Ley hay una notable ausencia que repercute de forma negativa en las posibilidades de investigar las violaciones de derechos humanos y que a muchos puede parecer grosera: no se menciona una palabra sobre la creación de una comisión de la verdad, que es una vieja reivindicación de los partidarios más voluntariosos del memorialismo. Estas comisiones tienen aplicación en procesos de justicia transicional por su utilidad como complemento de las investigaciones en procesos penales (Escudero Alday, 2017, 104). Ambas son perfectamente compatibles. Ahora bien, esta omisión no debería sorprender a nadie y no cabría esperar otra cosa, pues la comisión de la verdad tampoco se incluyó en la Ley 52/2007, lo que fue duramente criticado⁹. Si no se creó entonces, ¿Por qué habría de hacerse ahora? Después de cincuenta años desde el fin de la Dictadura apenas quedan piezas que añadir al rompecabezas de la memoria. Cada vez son menos las personas que pueden prestar testimonios oralmente. Es hora de que los defensores más convencidos de las comisiones de la verdad asuman que hoy en día las pruebas más eficaces son las documentales (Fernández Sebastián, 2021, 123), que aguardan en los archivos. Crear una comisión de la verdad hoy no tendría otro propósito que servir como medida simbólica de reparación. Aunque algunos podrían dar por bueno este objetivo, parece claro que la comisión apenas sería útil para cumplir su cometido principal: contribuir a la averiguación de la verdad.

⁹ Véase ESCUDERO ALDAY (2013, 335) y ESCUDERO ALDAY, CAMPELO, PÉREZ GONZÁLEZ, SILVA (2013, 40).

3.3 Políticas de divulgación

Bajo el título «Políticas de conocimiento y divulgación», la Ley incluye un conjunto de medidas que se ocupan más bien de lo segundo que de lo primero. Aunque se aplican a ámbitos diferentes, ambas políticas tienen en común la pretensión de fomentar los valores democráticos y de convivencia (art. 43), haciendo uso de la pedagogía.

Un primer grupo de medidas son educativas y de formación del profesorado. El art. 44.1 prevé la actualización de los contenidos curriculares de la educación secundaria obligatoria, la formación profesional y el bachillerato. También se dispone que en los planes de formación del profesorado se reservará un espacio a la actualización científica, didáctica y pedagógica sobre memoria democrática (art. 44.2).

Este afán pedagógico se extiende además a la enseñanza universitaria. Aunque el art. 45 alude a medidas en materia de investigación, su intención real es influir en la formación del profesorado y en la impartición de su docencia de forma parecida a como se prevé hacer en los niveles educativos inferiores. Parece que con ello se pretende inocular la memoria democrática *ad nauseam*. Estas medidas de pedagogía pueden despertar desconfianza y recelos, pues es bien sabido que en nuestro país se tiende a pensar —con más o menos fundamento— que el propósito que se persigue con la adopción de medidas de este tipo es aleccionador y de adoctrinamiento. Baste recordar la polémica en torno a la asignatura «Educación para la ciudadanía».

El art. 46 contiene medidas para promocionar la investigación y difusión sobre el exilio español, la resistencia en el exterior y la deportación de españoles a campos de concentración nazis. Asimismo, se quiere dar a conocer la contribución de los exiliados al restablecimiento de la democracia en España y al desarrollo de los países donde fueron acogidos. En particular, se está pensando en académicos y artistas. Entre las medidas de divulgación que se prevén, el art. 48.2 menciona el reconocimiento público de la condición de víctima, actos de conmemoración y homenaje, la creación de lugares de memoria y el impulso del conocimiento del exilio. Y el art. 48.4 dispone que

«Las administraciones competentes en materia de memoria democrática articularán todos los mecanismos, procedimientos y recursos necesarios para realizar una evaluación exhaustiva y profunda de la represión y persecución cultural y lingüística del franquismo, así como de sus efectos sobre la realidad sociolingüística del Estado, cuyos contenidos y conclusiones serán divulgados a través de acciones específicas.»

Una última demostración de la ambición de las políticas pedagógico-memorialistas nos lleva al art. 47, que dispone incluir la promoción de la memoria democrática en los planes de formación continua de la Administración General del Estado y en las actividades formativas de procesos selectivos. Aunque se hace mención especial al personal que desempeñe funciones que impliquen relacionarse con víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura, no se descarta que la medida pueda extenderse a otros sectores.

La voluntad de impulsar la difusión de los valores de la memoria democrática es, pues, firme e inequívoca. Para ello se contempla recurrir a medios muy diversos. El art. 48.3 alude a proyectos de investigación, recursos cinematográficos y artes escénicas y visuales. Todo cabe en el mismo paquete. La realización de este monumental proyecto pedagógico no estaría mal si se contara con fondos ilimitados. Por eso es pertinente preguntarse cuál será el acompañamiento presupuestario de la Ley, y si sus costes de ejecución pueden ser asumidos. Sostener esta cadena de montaje de producción industrial de memoria no puede salir barato.

3.4 Lugares de memoria democrática

El art. 49 contiene una amplia definición de lo que se considera un «lugar de memoria democrática». Como tal se entiende

«[...] aquel espacio, inmueble, paraje o patrimonio cultural inmaterial o intangible en el que se han desarrollado hechos de singular relevancia por su significación histórica, simbólica o por su repercusión en la memoria colectiva, vinculados a la memoria democrática, la lucha de la ciudadanía española por sus derechos y libertades, la memoria de las mujeres, así como la represión y violencia sobre la población como consecuencia de la resistencia al golpe de Estado de julio de 1936, la Guerra, la Dictadura, el exilio y la lucha por la recuperación y profundización de los valores democráticos.»

El art. 50 regula el procedimiento para declarar lugares de memoria democrática, que puede iniciarse de oficio o a instancia de entidades que promuevan la memoria democrática. La incoación del procedimiento conllevará la anotación del bien en el Inventario Estatal de Lugares de Memoria Democrática, cuya creación se dispone *ex art.* 51. Al inventario podrán añadirse otros lugares de memoria, declarados por comunidades autónomas o entidades locales haciendo uso de su normativa (art. 51.3). Cada lugar contará con una ficha registral propia, en la que deberá figurar su delimitación cartográfica (art. 51.4).

Finalmente, el Inventario también podrá identificar bienes inmateriales o intangibles, recogiendo la información más completa posible sobre los mismos.

La declaración de lugares de memoria se justifica por «una función conmemorativa, de homenaje, didáctica y reparadora» (art. 53.1). Si en ellos se hubieran cometido crímenes de lesa humanidad o contrarios a los derechos humanos, o si se hubieran realizado trabajos forzados, se señalará un punto de reconocimiento de las víctimas, indicando todos los datos de interés para que los hechos sean de conocimiento público (art. 53.2).

Los lugares de memoria podrán contar con la participación y colaboración de entidades locales de su entorno, universidades públicas, organismos públicos de investigación, entidades memorialistas y asociaciones del exilio. Es decir, instituciones privadas en su mayoría, siempre que sean no universitarias o de investigación. Las universidades y centros privados se excluyen sin alegar una razón que lo justifique, lo cual es cuestionable y discriminatorio.

Para favorecer que se conozcan los lugares de memoria más emblemáticos, se incluirá su geolocalización en un portal web (art. 53.3). También se promocionarán lugares e itinerarios de memoria democrática (art. 53.5) y se desarrollarán mecanismos institucionales para que se puedan insertar en circuitos internacionales, especialmente si se trata de campos de exterminio o de trabajo para exiliados o disidentes (art. 53.6).

De especial interés es la resignificación de nuestro lugar de memoria democrática más conocido y emblemático: el Valle de los Caídos¹⁰. El art. 54.1 cambia su denominación por la de «Valle de Cuelgamuros». Se dispone que mediante real decreto se regulará un nuevo estatuto jurídico (art. 54.6). El Valle de Cuelgamuros sólo podrá servir como lugar de enterramiento de personas fallecidas a causa de la Guerra Civil (art. 54.4), por lo que se procederá a la reubicación de los restos mortales de cualquier personaje de significación singular. Al aprobarse la Ley se estaba pensando en los restos de José Antonio Primo de Rivera, que actualmente reposan en el Cementerio Sacramental de San Isidro. Asimismo, se declara extinta *ope legis* la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos (art. 54.5).

Por último, también se resignifica y se cambia la denominación del Panteón de Hombres Ilustres, que en adelante será conocido como «Panteón de España» (art. 55.1). Quizás debería haberse repensado el nombre, para que nadie suspicaz piense que lo que se pretende insinuar es que España está muer-

¹⁰ En este apartado la Ley de Memoria Democrática va mucho más lejos de lo que disponía la Ley 52/2007, cuya disposición adicional 6.^a se limitaba a asignar a la fundación gestora del Valle de los Caídos la función de honrar y rehabilitar la memoria de todas las personas fallecidas a causa de la Guerra Civil y de la represión política posterior. No se realizó ninguna resignificación.

ta y enterrada. En este mausoleo se encuentran los restos de políticos del siglo XIX como Canalejas, Cánovas del Castillo, Mendizábal o Sagasta. Ninguno tiene relación con la Guerra Civil. Se dispone que el Panteón será un lugar de memoria para recordar a los representantes de la historia de la democracia española y de personas que hayan destacado por sus excepcionales servicios a España en la garantía de la convivencia democrática, la defensa de la paz y los derechos humanos y el progreso de la ciencia o la cultura (art. 55.2).

3.5 Fomento de la investigación histórica

Me ocupo por fin de las políticas cuya meta es avanzar verdaderamente en la dirección de fomentar el conocimiento histórico –v. gr. científico– de nuestro pasado reciente. El art. 25 tiene por objeto regular el Centro Documental de la Memoria Histórica, cuya sede se encuentra en Salamanca. Es de titularidad estatal, y, de acuerdo con el art. 49 antes mencionado, tiene la consideración de un lugar de memoria democrática.

Entre sus funciones figura la custodia de fondos documentales y bibliográficos fechados entre 1937 y 1977, incluyendo el Archivo General de la Guerra Civil y otros de incorporación más tardía e integrados en él (art. 25.2). También recuperar y reunir testimonios orales sobre el periodo comprendido entre 1936 y 1978 (art. 25.3). El Centro se ocupa del fomento, difusión y divulgación de sus fondos a nivel nacional e internacional (art. 25.7). Esos fondos se pueden ampliar mediante programas de convenios para la adquisición de documentos que versen sobre el golpe de Estado, la Guerra Civil o la represión posterior, y que obren en archivos públicos o privados, nacionales o extranjeros¹¹ (art. 26.1).

La Ley también prevé medidas para custodiar y proteger documentos de la Guerra Civil y la Dictadura (art. 26.3) y para su catalogación y digitalización (art. 26.4). Todos ellos, tanto si se encuentran en archivos públicos como privados, se declaran constitutivos del patrimonio documental, de conformidad con el art. 49.5 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español¹² (art. 26.2). Cuando se trate de documentos de la Administración de Justicia o de archivos judiciales, estos pasarán a integrar el patrimonio documental del Estado una vez finalizados los procedimientos en los que fueron utilizados (art. 27.4).

¹¹ Esto ya aparecía previsto en la Ley 52/2007 (art. 21.1).

¹² BOE de 29 de junio de 1985.

Para acceder a los documentos y facilitar su consulta, al legislador le pareció necesario reconocer, *ex art. 27.1*, un derecho aplicable en este ámbito:

«A los efectos de lo previsto en esta ley, se garantiza el derecho al libre acceso a los archivos públicos y la consulta de documentos históricos integrantes de series documentales o de colecciones de bienes del Patrimonio Documental sobre el golpe de Estado, la Guerra, la dictadura franquista, la resistencia guerrillera antifranquista, el exilio, el internamiento de españoles en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial y sobre la transición hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, con independencia del tipo de archivo en que se custodien.»

Formulado de forma más abreviada, este derecho de acceso se reconocía ya en la Ley 52/2007 (art. 22.1). Sin embargo, ese reconocimiento tenía entonces más sentido, pues España no contaba todavía con una Ley de transparencia. Una vez fue aprobada la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹³, se reconoció que «Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el art. 105.b) de la Constitución española, desarrollados por esta Ley» (art. 12). En mi opinión, una vez vigente la Ley de transparencia (LTBG), ya no tiene mucho sentido que la Ley de Memoria Democrática reconozca un derecho de acceso que es redundante y superfluo, y que, además, tampoco permitiría sortear las limitaciones al acceso a la información impuestas tanto por la propia LTBG (arts. 14 y 15) como por la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales¹⁴ (LSO) a la que haré mención más adelante.

Pero todavía habría algo que añadir a lo anterior: de acuerdo con el art. 27.2 de la Ley de Memoria Democrática

«Cualquier persona tendrá derecho a consultar íntegramente la información existente en los documentos que acrediten o puedan acreditar su condición de víctimas, pudiendo consultar también los datos personales de terceros que puedan aparecer en dichos documentos *con independencia de la fecha de los mismos*.»

En algunas situaciones este artículo podría entrar en contradicción con lo dispuesto en el art. 57.2.c) de la Ley del Patrimonio Histórico Español (LPHE), que, sobre el tratamiento de los datos personales, dispone que

«Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento

¹³ BOE de 10 de diciembre de 2013.

¹⁴ BOE de 6 de abril de 1968.

expreso de los afectados *o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos*».

La colisión que podría producirse respecto de la regulación de la materia y plazos entre estos dos preceptos sería, a mi modo de ver, un caso típico de antinomia parcial-parcial, en el sentido en el que el iusfilósofo danés Alf Ross categoriza estas disfuncionalidades (1997, 164-168). Ambas normas podrían aplicarse en casos en los que no habría conflicto, pero en otros –v. gr. en consultas cuyo objeto sea la verificación de la condición de víctimas de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 de la propia Ley de Memoria Democrática– sus supuestos de hecho podrían solaparse, con lo que la antinomia estaría servida. Sería entonces cuando, en aplicación del criterio interpretativo «*lex specialis derogar generali*», se impondría –o así lo pienso yo–, por razón de la materia, el art. 27.2 de la Ley de Memoria Democrática.

Ahora bien, a continuación, el art. 27.3 indica que

«La consulta de los documentos sobre el golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura generados por los diferentes departamentos ministeriales de la Administración General del Estado y demás entidades del sector público estatal, con independencia de la administración pública o de la institución que los gestionen, *se rige por lo establecido en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio*, y las normas reglamentarias que regulan el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso».

Pero entonces, cuando se consulten documentos como los referidos en este artículo, y si se produce una antinomia como la descrita más arriba, ¿se aplica la norma especial o la general? En conjunto, estas disposiciones dan lugar a problemas interpretativos, como resultado de su deficiente técnica legislativa.

Por último, el art. 27.5 hace extensible el derecho de acceso y consulta a los archivos privados que estén sostenidos, total o parcialmente, con fondos públicos. Y el art. 27.7 prevé la creación, en el plazo de un año desde que se aprobó la Ley, de un Censo de fondos documentales sobre memoria democrática. Su mantenimiento conllevará poner a disposición *online* toda la información sobre esos archivos (art. 27.8). Esta herramienta ya se encuentra actualmente en funcionamiento¹⁵, aunque la información de utilidad se va volcando progresivamente.

¹⁵ <https://www.mpr.gob.es/memoriademocratica/archivos-estatales/Paginas/index.aspx>

Como he mencionado antes, un importante obstáculo para que los historiadores puedan desarrollar sus investigaciones —en particular sobre los acontecimientos de la Guerra Civil y la Dictadura— es la legislación vigente sobre secretos de Estado, cuyas normas de referencia son la LSO de 1968 y su Reglamento de desarrollo, aprobado un año después¹⁶. La disposición final 6.^a de la Ley de Memoria Democrática se limita a establecer un plazo de un año, a contar desde su entrada en vigor, para reformar la LSO. Desgraciadamente, aún no se ha dado cumplimiento a esta disposición. El final anticipado de la XIV Legislatura complicó las cosas. Aunque existe un Anteproyecto de Ley de Información Clasificada¹⁷, el texto aún no ha sido registrado como proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados. Si en el futuro llegara a aprobarse como ley, sería una oportunidad que abriría la puerta a ampliar el conocimiento sobre la historia española reciente. Los historiadores encontrarían menos obstáculos para acceder a los archivos y fondos documentales en busca de las fuentes necesarias para llevar a término sus investigaciones, sin verse obligados —como lamentablemente sucede a veces— a buscarlos en archivos de terceros países.

La problemática que rodea la regulación española de los secretos de Estado es hoy una cuestión de gran actualidad. En las últimas legislaturas —desde la X a la actual XV, incluida— el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso de los Diputados viene presentando una Proposición de Ley de Reforma de la Ley de secretos oficiales. Aunque no se ha aprobado —y cada vez parece menos probable después de que el Gobierno tiene su Anteproyecto de Ley de Información Clasificada— se trata del intento más consistente, hasta la fecha, de reformar la caduca normativa española sobre los secretos de Estado. Entre las medidas propuestas figura la fijación de un sistema de plazos para la desclasificación automática de materias al transcurrir cierto número de años. Algo que, si se aprobara, produciría el efecto beneficioso de homologar, por fin, la regulación española de los secretos de Estado a las que se aplican en países cercanos. En este trabajo, sin embargo, no podré dedicar más espacio a atender esta cuestión¹⁸.

¹⁶ Aprobado por Decreto 242/1969, de 20 de febrero, por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (BOE de 24 de febrero de 1969).

¹⁷ <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/APL%20Informacio%CC%81n%20Clasificada.pdf>

¹⁸ Me remito a otras publicaciones de mi autoría: SENDÍN MATEOS (2019) y SENDÍN MATEOS (2020).

4. CODA: SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA

Para concluir, me referiré al que quizás es uno de los aspectos más discutibles de la Ley: el periodo temporal que se fija como referencia para obtener el reconocimiento de la condición de víctima. Según el art. 1.2

«[...] es objeto de la Ley el reconocimiento de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e identidad sexual, durante el período comprendido entre el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, así como promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal, familiar y colectiva, adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre la ciudadanía y promover lazos de unión en torno a los valores, principios y derechos constitucionales.»

En mi opinión, la elección de estas fechas es arbitraria y lesiva, pues el estatus de víctima queda vedado a personas que con justicia deberían obtener ese reconocimiento. Tal es el caso, desde luego, de las víctimas de la represión republicana que se desencadenó con anterioridad al golpe de 1936, como la que se padeció en Asturias.

Asimismo, también se excluye a víctimas de la violencia posterior a 1978, pues, como es bien sabido, el periodo de la Transición no finalizó con la aprobación de la Constitución. En este caso son perjudicados, por mentar sólo a un colectivo, las víctimas del terrorismo de ETA y de lo que los miembros de esa banda criminal han llamado eufemísticamente «lucha armada». La injustificada discriminación de estas víctimas es tanto más incomprensible habida cuenta de que la propia exposición de motivos de la Ley advierte que

«[...] las políticas públicas de memoria democrática deben recoger y canalizar las aspiraciones de la sociedad civil, incentivar la participación ciudadana y la reflexión social y *reparar y reconocer la dignidad de las víctimas de toda forma de violencia intolerante y fanática.*»

La misma restricción temporal se reproduce en el art. 3.1, que aporta la definición legal del concepto de «víctima»:

«A los efectos de esta Ley se considera víctima a toda persona, con independencia de su nacionalidad, que haya sufrido, individual o colectivamente, daño físico, moral o psicológico, daños patrimoniales, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario durante el periodo que abarca el golpe de Estado de 18 de

julio de 1936, la posterior Guerra y la Dictadura, incluyendo el transcurrido hasta la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, y en particular a: [...]»

A continuación, se despliega un amplio listado victimológico que no voy a reproducir, pero que contiene una amplia gama de tipologías victimales, incluyendo víctimas vicarias (art. 3.3), al extender esta consideración

«[...] a los familiares de las personas que padecieron algunas de las circunstancias recogidas en el apartado 1, entendiéndose por tales a la persona que haya sido cónyuge de la víctima o persona ligada por análoga relación de afectividad, sus descendientes, sus ascendientes y sus colaterales hasta el cuarto grado.»

Además, según el art. 3.2

«Una persona será considerada víctima con independencia de que exista o no autoría conocida de la violación de sus derechos.»

Es decir, que la condición de víctima aparece dissociada de la circunstancia subjetiva y anímica de padecer dolor por una pérdida, pues se admite que aquélla puede ser reconocida aun cuando la pérdida *objetivamente* no se ha producido, pues no se tenía noticia, por ejemplo, del fusilamiento de un familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad en una cuneta o en la tapia de un cementerio. ¿Cómo se puede ser víctima si no se ha sufrido una pérdida? Es un misterio.

Con todo, lo más discutible –incluso desde un punto de vista jurídico– se añadió en el art. 3.6 mediante enmienda, al establecerse que

«Se consideran víctimas las comunidades, las lenguas y las culturas vasca, catalana y gallega en sus ámbitos territoriales lingüísticos, cuyos hablantes fueron perseguidos por hacer uso de estas.»

Podrían considerarse justificadamente víctimas las personas represaliadas por hablar en esas lenguas o por manifestar algún aspecto de su cultura, pero no esas lenguas o culturas como tales. Esta personificación o mistificación de fenómenos lingüísticos y culturales es un ejemplo del estropicio que se puede hacer a un texto legislativo a golpe de «enmiendas políticas» o con un contenido puramente declaratorio, que se incluye para lograr la aquiescencia a la aprobación del texto de ciertas fuerzas políticas. En el mismo sentido, el art. 3.5 reconoce como víctimas a «las instituciones de autogobierno catalanas y vasca», y el art. 4.4 declara que

«Se reconoce la política de persecución y represión contra las lenguas y culturas catalana, gallega, vasca, aragonesa, occitana y asturiana perpetradas por el régimen dictatorial franquista durante el periodo de guerra, así como en las décadas posteriores de dictadura.»

En definitiva, la desmedida amplitud que concede la Ley a la consideración de víctima es uno de sus aspectos menos convincentes y que merece ser examinado más críticamente. En mi opinión, esto podría explicarse por la pretensión de un sector del memorialismo de ajustar cuentas con el pasado antes que de restañar heridas. Para ello se sirve de una lógica victimista. Éste es el riesgo que entraña aplicar políticas propias de memorias selectivas, que promueven la revancha y buscan perpetuar desencuentros en lugar de amparar la concordia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ESCUDERO ALDAY, R. (2013). «Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica». *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX. Pp. 319-340.
- (2017). «Debatiendo sobre justicia transicional: memoria, perdón y castigo». *Entre la libertad y la igualdad: ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, vol. 1. UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. Pp. 99-115.
- ESCUDERO ALDAY, R.; CAMPELO, P.; PÉREZ GONZÁLEZ, C.; SILVA, E. (2013). *Qué hacemos para reparar a las víctimas, hacer justicia, acabar con la impunidad y por la construcción de la memoria histórica*. Akal. Madrid.
- FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, J. (2021). «Pasado irreversible, pasado irrevocable. De Historia, anacronismos, crímenes, memoria y olvido». *Tiempos de la Historia, tiempos del Derecho*. Marcial Pons. Madrid. Pp. 93-144.
- FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, J.; TAJADURA TEJADA, J. (2021). «La problemática de la temporalidad en la historia y en el Derecho. Consideraciones preliminares». *Tiempos de la Historia, tiempos del Derecho*. Marcial Pons. Madrid. Pp. 11-32.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2008). «Usos de la historia y legitimidad constitucional». *Derecho y memoria histórica*. Trotta. Madrid. Pp. 47-71.
- LACASTA ZABALA, J. I. (2011). «La memoria arrinconada en la Filosofía del Derecho española» *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXVII. Pp. 111-136.
- LUTHER, J. (2020). «El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 89. Pp. 45-76.
- ROSS, A. (1997). *Sobre el Derecho y la justicia*. Eudeba. Buenos Aires.
- SENDÍN MATEOS, J. A. (2019). «El conflicto entre publicidad y secretos de Estado: la proposición de Ley de reforma de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales». *Conflictos de derechos. Problemas teóricos y supuestos prácticos*. Tirant lo Blanch. Valencia. Pp. 177-205.
- (2020). «Secreto de Estado». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18. Pp. 258-273.

LEGISLACIÓN

Decreto 242/1969, de 20 de febrero, por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (BOE de 24 de febrero de 1969).

Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (BOE de 6 de abril de 1968).

Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía (BOE de 17 de octubre de 1977).

Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE de 29 de junio de 1985).

Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (BOE de 27 de diciembre de 2007).

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE de 10 de diciembre de 2013).

Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (BOE de 22 de octubre de 2022).

LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEL MINORE NATO TRAMITE SURROGAZIONE DI MATERNITÀ

MATTEO CALDIRONI¹

Università di Modena e Reggio Emilia

SOMMARIO: 1. *Introduzione.*–2. *L'ordinanza interlocutoria della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione.*–3. *Le tutele minime per il nato tramite surrogazione di maternità secondo la Corte di Giustizia dell'Unione europea.*–4. *Alcune riflessioni a margine di una recente proposta della Commissione europea.*

1. INTRODUZIONE

Con la nascita di nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita, gli Stati hanno adottato regolamentazioni particolarmente differenziate le une dalle altre. Non fa eccezione la c.d. surrogazione di maternità, che anche per le sue peculiarità, è vista con un certo disvalore in diversi ordinamenti. Per questo, coloro i quali hanno la necessità di accedere a questa particolare pratica per soddisfare il proprio «sogno di genitorialità» sono costretti a recarsi in quei pochi paesi in cui questa è permessa, dando così luogo al c.d. turismo procreativo².

Uno dei problemi principali che riguarda questo fenomeno interessa la trascrivibilità dei provvedimenti stranieri che riconoscono la genitorialità del

¹ Il presente contributo costituisce il risultato degli studi condotti nell'ambito del progetto «*JUST PARENT. Legal Protection for Social Parenthood*», finanziato dall'Unione Europea. Il contenuto di questo scritto rappresenta solo il punto di vista dell'autore ed è di sua esclusiva responsabilità.

² In Europa la pratica è permessa soltanto in Grecia e Portogallo (ma comunque con forti limitazioni), pertanto le mete privilegiate per il turismo procreativo sono al di fuori del territorio dell'UE.

genitore d'intenzione laddove la surrogazione sia vietata. Problema questo che inciderebbe direttamente sulla sfera giuridica del minore, dal momento in cui in determinati ordinamenti egli sarebbe garantito nei rapporti con entrambi i genitori, mentre in altri, non avrebbe un pieno riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale per l'esistenza di limiti di ordine pubblico impeditivi alla trascrizione³.

Tuttavia, il diritto europeo sembrerebbe imporre agli Stati l'obbligo di riconoscere il rapporto genitoriale acquisito all'estero, nella misura in cui tale disconoscimento comporti la perdita dello *status* e limiti la sua libertà di circolazione e di esplicazione dei suoi legami familiari nel territorio dell'Unione.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea⁴ ha, infatti, riconosciuto l'interesse del minore alla tutela dei suoi diritti all'identità personale e alla vita privata e familiare, della conservazione degli *status* personali e della libertà di circolazione e soggiorno, affermando che l'atto di nascita rilasciato dallo Stato membro ospitante, in cui siano riconosciuti come genitori due persone dello stesso sesso, deve essere riconosciuto dallo Stato Membro di cui tale soggetto sia cittadino, consentendogli di esercitare, con ciascuno di essi, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente.

Non pare un caso, quindi, che con l'ordinanza interlocutoria 21 gennaio 2022, n. 1842, la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione si sia interrogata sulla necessità di una nuova pronuncia delle Sezioni Unite a seguito della sentenza 9 marzo 2021 n. 33, della Corte costituzionale, e della sentenza della Corte di Giustizia sopra ricordata, essendo venuto meno il punto di equilibrio tra la tutela del minore e i limiti di ordine pubblico⁵ nel riconoscimento dei rapporti di filiazione con il c.d. genitore di intenzione con particolare riguardo alla c.d. surrogazione di maternità⁶.

³ Su tale problematica si veda anche la recente pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, 22 novembre 2022, ricorso n. 58817/15-58252/15 – D. B. e altri c. Svizzera (con nota di PERRINO, [2023]), nella quale ha riconosciuto una violazione dell'art. 8 Cedu dalla richiesta di riconoscimento dello *status filiationis* fino alla data in cui è stata pronunciata l'adozione, a seguito della riforma del Codice civile svizzero che consentiva l'adozione del minore figlio del partner dell'unione registrata. Ma anche Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, sentenza 6 dicembre 2022, ricorso n. 25212/21 – K. K. e altri c. Danimarca, nella quale ha ritenuto che le autorità danesi non abbiano adeguatamente bilanciato il diritto dei minori a vedere riconosciuto il loro legame con la madre intenzionale e gli interessi della società a limitare il fenomeno della maternità surrogata commerciale.

⁴ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 14 dicembre 2021 (causa C-490/2020).

⁵ Sul tema v. almeno ANGELINI (2017); TRIPODINA (2017); J. LONG (2017); SASSI, STEFANELLI (2018); BARBA (2018); ANGELINI (2020); SALANITRO (2019); TESCARO (2020); TRESCARO (2021); MANNETTI (2021); TRESCO (2020).

⁶ Così come individuato dalla Cassazione a Sezioni Unite, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193.

2. L'ORDINANZA INTERLOCUTORIA DELLA PRIMA SEZIONE CIVILE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

La Corte di Cassazione concentra la prima parte delle sue riflessioni sugli istituti della delibazione delle sentenze straniere e della trascrizione degli atti di stato civile. Infatti, come già evidenziato anche dalla Corte costituzionale⁷, le procedure di riconoscimento dei rapporti genitoriali con il genitore d'intenzione previste (*i.e.*, l'adozione in casi particolari⁸) sono sostanzialmente inadeguate. La Prima Sezione sottolinea che con la delibazione e la trascrizione si recepisca soltanto l'atto di assunzione della responsabilità genitoriale del genitore intenzionale e, ovviamente, non sia recepito l'accordo di maternità surrogata⁹. In tal modo, non si mette in discussione l'illiceità della pratica della gestazione per altri, ma si tratta, piuttosto, di riconoscere al minore la continuità del suo *status* già riconosciuto da un altro ordinamento.

L'aspetto più problematico risiederebbe, però, nella tendenziale automaticità che avrebbero acquisito tali strumenti per l'accresciuta mutualità del riconoscimento tra gli Stati¹⁰. Al contrario, proprio la natura degli interessi in gioco richiederebbe soluzioni ritagliate su ciascun singolo caso. Più nello specifico, la verifica sulla compatibilità con il limite di ordine pubblico dovrebbe essere compiuta «in concreto»¹¹, seppur secondo i criteri (generali) di proporzionalità e ragionevolezza¹². Il bilanciamento non sarebbe definibile, a priori, in astratto, ma dovrebbe tener conto di tutti i valori in potenziale conflitto, avendo però particolare riguardo per gli interessi del minore¹³.

Il più importante dei valori tutelati dal divieto penale di surrogazione di maternità¹⁴ individuato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità è essenzialmente la dignità della gestante¹⁵. Secondo la Cassazione è legittimo presumere che la dignità della gestante sia lesa, a meno che la sua scelta di intraprendere una gravidanza per altri sia stata libera, consapevo-

⁷ Corte cost., sent. 9 marzo 2021, n. 33, § 5.8.

⁸ Sull'istituto dell'adozione in casi particolari v. almeno IORIO (2022), spec. 498-511.

⁹ Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ BIN (2021), 146-147.

¹² Critico BUZI (2022).

¹³ BIN (2021), 146-147.

¹⁴ Sul punto v. almeno VALLINI (2012), spec. 139-156.

¹⁵ Seguito dalla preservazione dell'istituto dell'adozione.

le, revocabile fino alla nascita del bambino e indipendente da controprestazioni economiche.

Nel caso di mancanza di tali condizioni nel paese di origine, e quindi per la concreta lesione della dignità della donna, è legittimo che il nostro ordinamento impedisca la delibazione e la trascrizione per la garanzia di valori fondamentali ¹⁶.

A contrario, qualora queste garanzie fossero presenti sembrerebbe illegittimo un automatico diniego del riconoscimento del provvedimento straniero, in quanto non vi sarebbe alcuna automatica lesione della dignità della gestante (già garantita dalla normativa del paese d'origine).

Un'aprioristica definizione di prevalenza di un interesse sull'altro, impeditiva di qualsiasi possibilità di riconoscimento «finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata» ¹⁷.

Ma vi è di più: la Corte di Cassazione si chiede se «derivi anche dal diritto dell'Unione Europea un limite alla possibilità di non riconoscere lo status filiationis acquisito all'estero da un minore cittadino italiano nato dalla gestazione per altri legalmente praticata nello Stato di nascita nella misura in cui tale disconoscimento comporti la perdita dello status e limiti la sua libertà di circolazione e di esplicazione dei suoi legami familiari nel territorio dell'Unione» ¹⁸. Anche nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea l'interesse del minore alla tutela dei suoi diritti inviolabili all'identità personale e alla vita privata e familiare assume importanza maggiore con riferimento allo specifico rilievo nel diritto euro-unitario ¹⁹ della conservazione degli status personali e della libertà di circolazione e soggiorno e della stretta correlazione di tali principi con l'esplicazione della vita familiare come è stato di recente affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ²⁰.

¹⁶ Sul punto, per un'analisi più approfondita, si consenta di rimandare a CALDIRONI (2022), 317-327.

¹⁷ Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022. Su questo profilo, ed in particolare sul parallelismo con il caso dei 'figli incestuosi', v. BIN (2022), 120: «Come si concilia allora il sacrificio di diritti fondamentali, chiaramente riconosciuti ai minori dalla stessa Corte, in nome dello 'scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore'? Il rischio è chiaro alla Corte ('ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento... finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata'); non può non venire in mente (e in effetti la Corte la richiama) la sentenza sui figli incestuosi, ricordata in precedenza: davvero la maternità surrogata, che in diversi ordinamenti è lecita, costituisce un 'disvalore' sociale più grave dell'incesto, che credo sia ovunque vietato?».

¹⁸ Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022.

¹⁹ Art. 4 § 2 del TUE, artt. 20 e 21 del TFUE, artt. 7, 24 e 25 delle Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

²⁰ VMA c./Stolichna obshtina, rayon Pancharevo (sentenza 14 dicembre 2021 causa C-490/2020).

3. LE TUTELE MINIME PER IL NATO TRAMITE SURROGAZIONE DI MATERNITÀ SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Nella sua sentenza, pronunciata in Grande Sezione, la Corte ha infatti interpretato l'art. 4 § 2 del TUE, artt. 20 e 21 del TFUE, artt. 7, 24 e 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nel senso che, nel caso di un minore, cittadino dell'Unione, il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro di cui tale minore è cittadino è tenuto, da un lato, a rilasciargli una carta d'identità o un passaporto, senza esigere la previa emissione di un atto di nascita da parte delle sue autorità nazionali e, dall'altro, a riconoscere, come ogni altro Stato membro, il documento promanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (al di là quindi dell'esplicito riconoscimento del rapporto genitoriale con entrambi i genitori)²¹.

²¹ La vicenda riguardava:

V. M. A., cittadina bulgara, e K. D. K. risiedono dal 2015 in Spagna e si sono sposate nel 2018. La loro figlia, S. D. K. A., è nata nel 2019 in Spagna. L'atto di nascita di detta figlia, rilasciato dalle autorità spagnole, menziona le due madri come genitori della medesima.

V.M.A. ha chiesto al comune di Sofia di rilasciarle un atto di nascita per S. D. K. A., dal momento che tale atto rilasciato dalle autorità bulgare era necessario per ottenere un documento d'identità bulgaro. A sostegno della sua domanda, V. M. A. ha presentato una traduzione in lingua bulgara, legalizzata ed autenticata, dell'estratto del registro dello stato civile spagnolo relativo all'atto di nascita di S. D. K. A.

Il Comune di Sofia ha invitato V. M. A. a fornire prove relative alla filiazione di S. D. K. A., in relazione all'identità della madre biologica. Infatti, il modello di atto di nascita vigente in Bulgaria prevede una sola casella per la «madre», e un'altra per il «padre», e solo un nome può apparire in ciascuna di tali caselle.

Poiché V. M. A. riteneva di non essere obbligata a fornire l'informazione richiesta, il Comune di Sofia ha rifiutato di rilasciare l'atto di nascita alla luce della mancanza di informazioni riguardanti l'identità della madre biologica del minore interessato e in considerazione del fatto che la menzione in un atto di nascita di due genitori di sesso femminile era contraria all'ordine pubblico bulgaro, che non autorizza il matrimonio tra due persone dello stesso sesso. V. M. A. ha proposto ricorso avverso tale decisione di rigetto dinanzi all'Administrativen sad Sofia-grad (Tribunale amministrativo di Sofia, Bulgaria), il giudice del rinvio. Quest'ultimo si chiede se il rifiuto, da parte delle autorità bulgare, di registrare la nascita di un cittadino bulgaro, avvenuta in un altro Stato membro e attestata da un atto di nascita che designa due madri, rilasciato in quest'ultimo Stato membro, violi i diritti conferiti a detto cittadino dagli articoli 20 e 21 TFUE, nonché dagli articoli 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Infatti, tale rifiuto potrebbe rendere più difficile il rilascio di un documento d'identità bulgaro e, di conseguenza, ostacolare l'esercizio da parte del minore del diritto alla libera circolazione e quindi il pieno godimento dei suoi diritti di cittadino dell'Unione. Pertanto, tale giudice ha deciso di interrogare la Corte in merito all'interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, degli articoli 20 e 21 TFUE, nonché dagli articoli 7, 24 e 45 della Carta. Lo stesso chiede, in sostanza, se tali disposizioni obblighino uno Stato membro a rilasciare un atto di nascita, al fine di ottenere un documento d'identità, per un minore, cittadino di tale Stato

Per giungere a tale conclusione, la Corte ricorda innanzitutto che, per permettere ai cittadini degli Stati membri di esercitare il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, riconosciuto ad ogni cittadino dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, la direttiva 2004/38 7 impone agli Stati membri, conformemente alla loro legislazione, di rilasciare ai loro cittadini una carta d'identità o un passaporto che indichi la loro cittadinanza.

Pertanto, poiché nel caso di specie il minore ha la cittadinanza bulgara, le autorità bulgare sono obbligate a rilasciarle una carta d'identità o un passaporto bulgaro, che indichi il suo cognome come risulta dall'atto di nascita emesso dalle autorità spagnole (dove era avvenuta la pma), indipendentemente dall'emissione di un nuovo atto di nascita.

Tale documento, da solo o in combinazione con un documento rilasciato dallo Stato membro ospitante, deve permettere al minore di esercitare il proprio diritto alla libera circolazione, con ciascun genitore (nel caso di specie, con ciascuna delle sue due madri), il cui status di genitore sia stato accertato dallo Stato membro ospitante nel corso di un soggiorno conforme alla direttiva 2004/38. Infatti, i diritti riconosciuti ai cittadini degli Stati membri all'articolo 21, paragrafo 1, TFUE includono il diritto di condurre una normale vita familiare sia nello Stato membro ospitante sia nello Stato membro del quale essi possiedono la cittadinanza, al ritorno in tale Stato membro, ivi beneficiando della presenza, al loro fianco, dei loro familiari. Dal momento che le autorità spagnole hanno accertato legalmente l'esistenza di un rapporto di filiazione, biologica o giuridica, tra il minore e i suoi due genitori, attestato nell'atto di nascita rilasciato per il minore, entrambi, in quanto genitori di un cittadino dell'Unione minorenne di cui hanno la custodia effettiva, devono quindi vedersi riconosciuto da tutti gli Stati membri, in applicazione dell'articolo 21 TFUE e della direttiva 2004/38, il diritto di accompagnare quest'ultimo nell'esercizio dei suoi diritti.

Ne risulta che gli Stati membri sono tenuti a riconoscere tale rapporto di filiazione al fine di consentire al minore di esercitare, insieme a ciascuno dei suoi due genitori, il proprio diritto alla libera circolazione²².

membro, la cui nascita in un altro Stato membro è attestata da un atto di nascita redatto dalle autorità di tale altro Stato membro, conformemente al diritto nazionale del medesimo, e che designa, quali madri di tale minore, una cittadina del primo di tali Stati membri e sua moglie, senza precisare quale delle due donne abbia dato alla luce la bambina.

²² Una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera circolazione delle persone potrebbe essere giustificata solo se fosse conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta.

4. ALCUNE RIFLESSIONI A MARGINE DI UNA RECENTE PROPOSTA DELLA COMMISSIONE EUROPEA

Quello che emerge è che lo *status* giuridico del minore deve avere necessariamente un riconoscimento minimo in tutti gli Stati membri che perlomeno gli consenta di esercitare quei diritti garantiti dal diritto dell'Unione: se si parla della sua libertà di circolazione e soggiorno, il minore deve veder riconosciuto il suo rapporto genitoriale con coloro i quali sono stati già riconosciuti come genitori da un altro Stato Membro, indipendentemente dall'esistenza di limiti di ordine pubblico esistenti in ciascun singolo Stato. Infatti, la Corte ha dichiarato in più occasioni²³ che la nozione di 'ordine pubblico', in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, dev'essere intesa in senso restrittivo, e quindi che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Come sottolineato anche dall'avvocato generale Kokott²⁴, ciò non viola l'identità nazionale né minaccia l'ordine pubblico di tale Stato membro, in quanto tale obbligo (di riconoscimento) non impone allo Stato membro di cui il minore interessato ha la cittadinanza di prevedere nel suo diritto interno la genitorialità di persone dello stesso sesso o di riconoscere, a fini diversi dall'esercizio dei diritti che a tale minore derivano dal diritto dell'Unione, il rapporto di filiazione tra tale minore e le persone indicate come genitori di quest'ultimo nell'atto di nascita emesso dalle autorità dello Stato membro ospitante. Sembra così che i rapporti derivanti da progetti genitoriali basati non (soltanto) su legami biologici o genetici siano da considerarsi esistenti e «validi», anche se ai soli fini del diritto UE.

Tuttavia, sebbene si possa vedere con favore questo ampliamento di tutele, ciò non sembra sufficiente per affermare che, ad oggi, sia effettivamente garantita una tutela piena ed effettiva (quindi omogenea) per i minori in tutto il territorio dell'UE. Rimangono infatti numerosi gli ambiti fuori dal campo di diretta applicazione del diritto dell'Unione, nei quali il fenomeno del *downgrading* è ancora presente. Questo vale in particolare per tutto il diritto di famiglia, da sempre considerato di competenza esclusiva dei singoli Stati.

I migliori strumenti per garantire lo *status* giuridico dei nati attraverso pma potrebbero essere, allora, quelli classici del diritto internazionale e cioè la

²³ Sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU: C:2018:385, punto 44.

²⁴ Paragrafi 150 e 151 delle sue conclusioni.

negoziiazione a livello multilaterale di convenzioni che avvicinino la legislazione degli Stati su questa materia²⁵.

Tuttavia, almeno a livello dell'Unione europea sarebbe auspicabile una soluzione condivisa che consentisse il godimento pieno dei diritti fondamentali (e non solo della libertà di circolazione e soggiorno) a tutti i cittadini dell'Unione, compresi i minori nati tramite pma. Quantomeno a livello teorico, si era ipotizzato di poter utilizzare a questi fini (seppur con gli inevitabili adeguamenti del caso)²⁶ uno strumento giuridico già esistente: il «*Regolamento (UE) 2016/1191 che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea*»²⁷. Attraverso il regolamento si poteva immaginare la creazione di un quadro comune europeo di stato civile, per garantire uno *status* giuridico unitario per tutti i cittadini con eguali garanzie rispetto a tutti i rapporti parentali già riconosciuti da (almeno) uno Stato membro.

A tale riflessione astratta ed ipotetica oggi sono seguiti, in concreto, importanti passi in avanti.

Infatti, il 7 dicembre 2022 la Commissione europea ha adottato una proposta di regolamento volta ad armonizzare a livello comunitario le norme di diritto internazionale privato in materia di genitorialità²⁸.

Mantenendo sempre il fuoco sull'interesse e sui diritti del minore, il Regolamento si pone l'obiettivo di fornire una maggiore 'chiarezza giuridica' a tutti i tipi di famiglie²⁹ che si trovano in una situazione transfrontaliera all'interno dell'UE, anche qualora si spostino da uno Stato membro all'altro per viaggiare o risiedere³⁰.

²⁵ Così anche Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022.

²⁶ Infatti, ad oggi il Regolamento include nel suo ambito di applicazione i documenti pubblici sulla nascita, sulla filiazione e sull'adozione, ma riguarda l'autenticità e la lingua di tali documenti, non già il riconoscimento del loro contenuto o dei loro effetti in un altro Stato membro.

²⁷ Questa ipotesi era stata da me discussa nell'ambito del convegno «*Identities on the move – Documents Crossborders*» organizzato a Castel San Pietro Terme il 23-24 giugno 2022 (i cui atti verranno raccolti prossimamente in un apposito numero della rivista *Papers di diritto europeo*).

²⁸ «*Proposal for a COUNCIL REGULATION on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood*», da qui in avanti semplicemente COM/2022/695 (consultabile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A695%3AFIN&qid=1670511556992>).

²⁹ La proposta riguarda il riconoscimento della filiazione indipendentemente dal modo in cui il figlio è nato o è stato concepito (compreso quindi il figlio concepito con tecniche di riproduzione assistita) e indipendentemente dal tipo di famiglia da cui proviene, compreso quindi il figlio con due genitori dello stesso sesso, con un genitore unico o adottato a livello nazionale in uno Stato membro da uno o due genitori.

³⁰ Si noti che la proposta non si applica all'accertamento della filiazione in un contesto nazionale privo di elementi transfrontalieri, come l'adozione nazionale in uno Stato membro, sebbene si applichi al riconoscimento della filiazione accertata in tale contesto nazionale in uno Stato membro. Inoltre, la proposta dovrebbe lasciare impregiudicato il regolamento (UE) 2016/1191 del Parlamen-

Uno degli aspetti chiave della proposta è che la genitorialità stabilita in uno Stato membro dell'UE debba essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri senza alcuna procedura speciale³¹. In concreto, si consentirebbe così ai minori di beneficiare automaticamente dei diritti derivanti dal rapporto genitoriale previsti dal diritto nazionale, in materie quali la successione, il diritto al mantenimento, l'affidamento o il diritto dei genitori di agire come rappresentanti legali del minore per questioni scolastiche o sanitarie. Non si modificherebbero così le normative nazionali nell'ambito del diritto di famiglia che rimarrebbe di competenza dei singoli Stati³², ma si estenderebbe la loro applicabilità ai minori il cui rapporto con i genitori sia stato riconosciuto in qualsiasi altro Stato membro³³.

In questo modo, si avrebbe una tutela dei diritti fondamentali dei minori, ma anche una maggiore garanzia della certezza del diritto per le famiglie, oltre

to europeo e del Consiglio per quanto riguarda i documenti pubblici relativi alla nascita, alla filiazione e all'adozione, in particolare la presentazione da parte dei cittadini di copie autentiche e l'uso da parte delle autorità degli Stati membri del sistema di informazione del mercato interno qualora abbiano ragionevoli dubbi circa l'autenticità di un documento pubblico relativo alla nascita, alla filiazione o all'adozione o della copia autentica di tale documento, loro presentati. (v. art. 2, COM/2022/695).

³¹ Già nel 2020, La Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, nel suo discorso sullo stato dell'Unione ha affermato che «If you are parent in one country, you are parent in every country» (https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2020_en).

Con questa affermazione, la Presidente ha fatto riferimento alla necessità di garantire che la genitorialità stabilita in uno Stato membro sia riconosciuta in tutti gli altri Stati membri a tutti gli effetti. Infatti, il mancato riconoscimento della genitorialità mette a rischio i diritti fondamentali dei bambini, tra cui il diritto a un'identità, alla non discriminazione e alla vita privata e familiare.

³² «Under the Union Treaties, substantive law on family matters, including the legal status of persons, falls within the competence of Member States, which means that the substantive rules for the establishment of the parenthood of a person are laid down in national law. However, the Union can adopt measures concerning family law with cross-border implications pursuant to Article 81(3) TFEU, such as measures to facilitate that, once parenthood has been established in a Member State, it is recognised in other Member States. These measures can include the adoption of common rules on international jurisdiction, applicable law and procedures for the recognition of parenthood in another Member State. These measures will not lead to the harmonisation of the Member States' substantive law on the definition of family or on the establishment of parenthood in domestic situations. Like other Union instruments on family law, the proposal aims to facilitate the recognition of court decisions and authentic instruments on parenthood through the adoption of common rules on international jurisdiction and applicable law. The proposal aims to require the recognition of parenthood established in another Member State for the purposes, in particular, of the rights derived from parenthood under national law. Article 81(3) TFEU is therefore the appropriate legal basis» (§ 2. *Legal basis, subsidiarity and proportionality*, nell'*Explanatory memorandum*, ma più nel dettaglio v. art. 5, COM/2022/695).

³³ «All children should have the same rights irrespective of how they were conceived or born and of their type of family. Today's proposal aims to guarantee that the fundamental rights of children are not put at risk in cross-border situations within the European Union. Thanks to the new rules, all children and families would enjoy the rights derived from parenthood under national law in all the Member States, once their parenthood has been established in one Member State» (Didier Reynders, Commissioner for Justice, 7 dicembre 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7509).

che una riduzione dei costi e degli oneri legali e per i sistemi amministrativi e giudiziari degli Stati membri ³⁴.

In sintesi, gli elementi principali della proposta riguardano la giurisdizione ³⁵, l'individuazione della legge applicabile all'accertamento della filiazione ³⁶, il riconoscimento della filiazione ³⁷ e la creazione di un certificato europeo di genitorialità ³⁸, concepito specificamente per facilitare il riconoscimento dei rapporti genitoriali all'interno dell'Unione (rivolto al minore o al rappresentante legale che debba far valere il suo *status* di genitore in un altro Stato membro).

L'importanza di questo ultimo strumento risiederebbe nel fatto che non potrebbe essere rifiutato da nessuna autorità nazionale (ma, più in generale, da nessun soggetto pubblico o privato). Infatti, se da una parte le persone autorizzate a richiederlo manterranno la possibilità di presentare altri documenti ³⁹ per il riconoscimento della genitorialità in un altro Stato membro (sentenze, certificati di nascita ecc.), dall'altra nessun soggetto a cui sia stato presentato una copia del certificato (rilasciato in un altro Stato membro) avrà il diritto di richiedere atti ulteriori che attestino il rapporto genitoriale.

In conclusione, le novità che introdurrebbe questa proposta sarebbero particolarmente rilevanti per la tutela degli interessi dei minori, compreso l'interesse al riconoscimento del rapporto con entrambi i genitori che abbiano condiviso il progetto procreativo. E questo a prescindere dall'orientamento sessuale degli stessi e dall'eventuale utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Per questi motivi, e sia pure nella necessaria attesa degli eventuali futuri sviluppi che specifichino meglio i dettagli di tale proposta, non può intanto che

³⁴ «It is unthinkable that a parent in one Member State is not recognised as a parent in another Member State. This puts some children at risk, as they would not have guaranteed access to their rights, such as succession, maintenance or decisions on schooling and education. Our proposal provides a clear set of rules on the recognition of parenthood, so when a family moves from one Member State to another, they remain a family. And with this we also reduce costs and time spent in legal proceedings» (Věra Jourová, Vice-President for Values and Transparency, 7 dicembre 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7509).

³⁵ La proposta determina i tribunali degli Stati membri competenti per le questioni relative alla genitorialità, garantendo l'interesse superiore del minore (v. più dettagliatamente artt. 6-15, COM/2022/695).

³⁶ La legge applicabile all'accertamento della paternità dovrebbe essere quella dello Stato di residenza abituale della persona che partorisce. (v. più dettagliatamente artt. 16-23, COM/2022/695)

³⁷ La proposta prevede il riconoscimento delle decisioni giudiziarie e degli atti pubblici che stabiliscono o provano l'accertamento della filiazione: la genitorialità stabilita in uno Stato membro dovrebbe essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, senza alcuna procedura speciale (v. più dettagliatamente artt. 24-33, COM/2022/695).

³⁸ Artt. 46-57, COM/2022/695.

³⁹ Quindi, almeno da questo punto di vista, il certificato sarebbe facoltativo, in quanto i diretti interessati – il minore e colui il quale debba far valere il suo *status* di genitore – non sarebbero obbligati a richiederlo.

accogliersi con favore questo primo passo verso una maggior garanzia dello *status* dei nati che potrebbe così circolare almeno fra gli Stati membri, senza soggiacere più all'incognita di incorrere in una *capitis deminutio* dei loro diritti per l'esistenza di limiti o divieti di accesso a determinate pratiche previsti dai singoli ordinamenti.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ANGELINI, F. (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*. Jovene. Napoli. 31 ss.
- (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 *Rivista AIC*, n. 2/2020, 186-211.
- BARBA, V. (2018). *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, in *www.articolo29.it*, 1 ss.
- BIN, R. (2021). *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, *Rivista di Biodiritto*, n. 3/2021, 145-150.
- (2022). *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in Camardi, C. (a cura di), *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, Cedam. Padova.
- BUZI, S. (2022). *La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità*, in *Famiglia*.
- CALDIRONI, M. (2022). *Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2022, 317-327.
- IORIO, G. (2022). *Le adozioni in Italia fra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Famiglia*, n. 45/2022, 493-511.
- 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*. Jovene. Napoli. 145 ss.
- MANETTI, M. (2021). *L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, 93-101.
- PERRINO, S. P. (2023). *Il mancato riconoscimento del rapporto tra genitore «sociale» e nato da maternità surrogata*, in *Giur. It.*, n. 1/2023, in corso di pubblicazione.
- SALANITRO, U. (2019). *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 4/2019, 737-756.

- SASSI, A.; STEFANELLI, S. (2018). *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in www.articolo29.it, 1 ss.
- TESCARO, M. (2020). *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nuovo diritto civile*, n. 1/2020, 23-55.
- (2021). *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, 41-58.
- TRESCO, R. (2020). *Maternità surrogata o best interest of the child?*, in *federalismi.it*, n. 22/2020, 278-308.
- 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*. Jovene. Napoli. 119 ss.
- VALLINI, A. (2012). *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*. Giappichelli. Torino.

I DIRITTI DEL MINORE E LE NUOVE FORME DI GENITORIALITÀ

SERENELLA MIGLIORINO¹
Università degli Studi di Palermo

Sommario: 1. *Introduzione.*–2. *L'evoluzione dei modelli familiari: dal codice civile alla Cedu.* 3.–*La genitorialità sociale.*–4. *La genitorialità intenzionale: best interest of the child e maternità surrogata.*–5. *Il limite dell'ordine pubblico internazionale.*–6. *Maternità surrogata all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita.*–7. *Segue. La differenza tra il caso delle due madri e il caso dei due padri.*–8. *Le critiche della dottrina alla soluzione delle Sezioni Unite: un bilanciamento in astratto che rischia di compromettere il preminente interesse del bambino.*–9. *L'adozione in casi particolari come possibile alternativa. Gli aspetti problematici rilevati dalla Corte Costituzionale.*–10. *La nuova pronuncia delle Sezioni Unite: la dignità in senso oggettivo preclude il riconoscimento della maternità surrogata.*–11. *Conclusioni. Una proposta alternativa: dal diritto allo status al diritto ai contenuti dello status.*

1. INTRODUZIONE

Nel nostro sistema ordinamentale il minore è un soggetto di diritto che, in quanto tale, è idoneo ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive. Siffatta idoneità, definita capacità giuridica, spetta indifferentemente a tutti gli individui e si concretizza con l'acquisto automatico e necessario dei cd. diritti

¹ Dottoranda di ricerca in Diritto Costituzionale, Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali, Università degli Studi di Palermo

della personalità. Da essa si distingue la capacità d'agire, vale a dire l'idoneità a porre in essere personalmente e autonomamente atti negoziali destinati a produrre effetti nella propria sfera giuridica. Difatti, se è vero che la capacità d'agire presuppone la capacità giuridica, tuttavia non si confonde con essa: la capacità giuridica si acquista con la nascita, mentre la capacità d'agire si acquista al raggiungimento della maggiore età, vale a dire al compimento del diciottesimo anno di età.

Dunque il minore, benché privo di capacità d'agire, è senz'altro titolare della capacità giuridica, ed è quindi un soggetto titolare di diritti.

Al fine di individuare il fondamento giuridico dei diritti del minore, non si può non prendere le mosse dal dato costituzionale. Anzitutto, è d'uopo considerare che l'art. 2 Cost., laddove riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'individuo, include nel concetto stesso di individuo anche il minore, di talché quest'ultimo deve essere senz'altro riconosciuto come soggetto titolare dei diritti inviolabili della persona. Ma non solo. Lo statuto costituzionale del minore include anche l'art. 30 Cost. che, ancorché faccia espresso riferimento al dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare la prole, prevede in capo ai genitori un autentico *munus* che deve essere adempiuto nell'interesse del figlio, in quanto deve essere volto al suo pieno sviluppo e alla progressiva maturazione del suo diritto inviolabile alla realizzazione di sé. Da qui, il corrispondente diritto del minore a ricevere le cure e l'assistenza materiale e morale dei genitori. Ma vi è di più. Mediante il rinvio automatico operato dall'art. 10 Cost. alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, trovano infatti ingresso nel nostro ordinamento le norme internazionali consuetudinarie e, tra queste, per quel che più rileva in tale sede, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo adottata dall'ONU nel 1989, che riconosce non solo i diritti civili e le libertà fondamentali del minore, ma anche i diritti sociali, prevedendo strumenti di partecipazione del minore ai giudizi che sono strettamente funzionali alla migliore realizzazione del suo interesse; interesse che – ed è questo l'aspetto fondamentale – viene qualificato ripetutamente ed espressamente come «preminente» o «superiore». Del resto, una statuizione analoga si rinviene anche in ambito eurounitario nell'art. 24, comma 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Uomo che, come noto, a partire dal Trattato di Lisbona del 2007 ha assunto lo stesso valore giuridico dei trattati. La citata disposizione normativa prevede, infatti, che in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti dalle autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente.

Risulta di palmare evidenza allora come l'interesse del minore abbia assunto i connotati della preminenza e della superiorità sia in ambito sovranazionale che in ambito eurounitario, divenendo valore apicale di sistema e principio sistematico cui è improntato tutto il diritto minorile e il diritto di famiglia.

Ciò posto, si può ritenere come proprio l'esigenza di tutela dell'interesse preminente del minore abbia determinato la nascita di nuove forme di genitorialità.

Prima di analizzare i predetti istituti, occorre tuttavia sottolineare come l'istituto della famiglia abbia subito radicali mutamenti dal codice civile ad oggi, passando da un modello unico di famiglia patriarcale ad una pluralizzazione di modelli familiari, mediante diverse tappe scandite da interventi legislativi e delle Corti supreme.

2. L'EVOLUZIONE DEI MODELLI FAMILIARI: DAL CODICE CIVILE ALLA CEDU

L'istituto della famiglia ha subito, dal codice civile ad oggi, un'importante evoluzione, passando da un modello unico di famiglia (la grande famiglia patriarcale, nobiliare e contadina) ad una pluralità di modelli familiari, in un'ottica funzionalistica e personalistica, in cui la famiglia è formazione sociale strumentale alla realizzazione della personalità individuale.

A ciò si è accompagnato anche un profondo mutamento dei rapporti tra famiglia e diritto, da un ordinamento giuridico in posizione «dominante» che imponeva un unico modello familiare senza lasciare altro spazio alle aspirazioni individuali ad un ordinamento giuridico che si pone in funzione sempre meno «potestativa» e sempre più «recettiva» e servente.

A contribuire a tali trasformazioni è stato prima l'avvento della Costituzione Repubblicana e poi, in misura forse ancor più significativa, l'influsso delle fonti sovranazionali e della giurisprudenza delle relative Corti.

Vale la pena dunque di passare in rassegna le tappe di questo *iter* verso la pluralizzazione dei modelli familiari.

Il codice civile del 1942 aveva accolto un modello di famiglia patriarcale, fondato sul matrimonio eterosessuale con carattere di indissolubilità (non residuando alternative alla famiglia legittima). Si trattava di un modello di famiglia che, in coerenza con le esigenze della società preindustriale e agricola dell'epoca, era caratterizzato da un'organizzazione di tipo quasi aziendalisti-

co, quale unità economica e produttiva di grande stabilità, a struttura piramidale, con ruoli separati e diversità di poteri reali dei suoi componenti².

A prevalere era peraltro una concezione istituzionalistica della famiglia, intesa come istituzione, titolare di un interesse proprio e prioritario rispetto agli interessi che facevano capo ai suoi componenti.

Con l'avvento della Costituzione si è invece affermata una concezione funzionale e propriamente solidaristica della famiglia, considerata una *naturalis societas*, cioè una formazione sociale nel senso dell'art. 2 Cost., espressione della stessa natura umana. La famiglia in funzione della persona, quindi, e non più viceversa. Da qui, l'ordinamento delle relazioni familiari assume finalmente carattere paritetico ed egualitario.

Indubbia poi la posizione di *favor* nei confronti della famiglia legittima espressa dalla Carta costituzionale, seppur, si badi bene, ciò non equivalga a un disvalore verso altre realtà familiari. Si è opportunamente parlato infatti in dottrina di tutela costituzionale, non della famiglia, ma *delle famiglie*³.

In questa direzione si pongono i successivi interventi legislativi di settore che hanno previsto l'introduzione di un nuovo modello legale di famiglia, di tipo elettivo, derivante dall'adozione legittimante, nonché ancora la regolamentazione dei casi di scioglimento del matrimonio (l. n. 898/1970), cui è seguita la legge di riforma organica del diritto di famiglia (l. n. 151/1975).

Tuttavia, anche nel riformato diritto di famiglia, sebbene si fosse equiparata in massima parte la condizione giuridica della filiazione naturale a quella dei figli legittima, si manteneva un regime in parte connotato da gravi limitazioni e vere e proprie disparità di trattamento⁴.

Occorrerà allora attendere la legge di riforma sulla filiazione (l. n. 219/2012) affinché tali problemi trovino adeguata soluzione. L'interesse del

² Basti pensare alla potestà maritale, che poneva la donna in una condizione di inferiorità rispetto al marito e alla *patria potestas* che determinava una situazione di soggezione filiale quasi incondizionata.

³ A tal proposito interessante appare la definizione di formazione sociale di cui all'art. 2 Cost. resa dalla Corte Costituzionale come «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». Ciò non significa, è bene sottolinearlo, che si riconosce una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, giacché il vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso sarebbe in contrasto con l'art. 29 Cost. ma si lancia un monito al legislatore affinché intervenga introducendo una forma di riconoscimento alternativa per le unioni omosessuali; monito poi recepito con la legge n. 76 del 2016 (legge Cirinnà).

⁴ Si pensi a titolo esemplificativo alla disciplina dell'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima di cui all'art. 252 c.c. oppure al muro procedurale del previo giudizio di ammissibilità dell'azione ex art. 274 c.c.

minore costituisce infatti il valore fondante della nuova disciplina introdotta in materia di filiazione, che ha il pregio di statuire il principio di unicità dello status giuridico di figlio, eliminando ogni residua disparità tra figli naturali e figli legittimi e assicurando maggiore centralità e tutela all'interesse dei figli ad esempio in merito al riconoscimento e alla potestà genitoriale. E ancora, la legge Cirinnà (l. n. 76/2016) che, accanto alla precedente regolamentazione della famiglia legittima, ha introdotto la nuova disciplina delle unioni civili e la regolamentazione normativa delle coppie di fatto.

In questo contesto, risulta evidente allora come i citati interventi normativi abbiano posto le premesse per l'avvio di un processo di pluralizzazione dei modelli familiari, che ha decretato la fine del modello unico ed esclusivo di famiglia fondata sul matrimonio.

Una spinta decisiva verso il superamento dell'antico biunivoco legame tra famiglia e matrimonio è, infine, provenuta dalle fonti sovranazionali, in particolare dalla Cedu e dalla Carta di Nizza. In particolare, la Carta di Nizza – sopravanzando, con la formulazione del suo art. 9 secondo cui «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio», l'art. 12 della CEDU secondo cui «Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto» – non solo ha rotto il binomio famiglia-matrimonio tradizionalmente ritenuto inscindibile, elevando a diritto fondamentale anche quello di poter costituire una famiglia in modi differenti dal matrimonio, ma ha nel contempo disancorato quest'ultimo dal requisito della diversità di sesso, finendo così per prefigurare anche un'organizzazione familiare a costruzione prevalentemente libera e a geometria essenzialmente variabile.

L'interesse del minore diviene così il *fil rouge* di tutti gli interventi del legislatore e dell'interprete, il cui ruolo è destinato a mutare in maniera significativa a seconda della tipologia di approccio di fondo assunto dall'interprete alla questione che viene in rilievo. È infatti dall'esigenza di tutela del *best interest* del minore che nascono le nuove forme di genitorialità che ci si presta ora ad esaminare della genitorialità sociale e della genitorialità intenzionale.

3. LA GENITORIALITÀ SOCIALE

Le nuove forme di genitorialità si identificano nella cd. genitorialità sociale o di fatto e nella cd. genitorialità intenzionale. Esse nascono dal progressivo rilievo riconosciuto ai rapporti affettivi instaurati dal minore con chi si è

assunto la responsabilità di un progetto genitoriale, anche a prescindere dall'esistenza di legami biologici.

La giurisprudenza nazionale e sovranazionale ha ormai chiarito che una forma di genitorialità giuridicamente rilevante deve essere riconosciuta, al ricorrere di certe condizioni, nel caso in cui un adulto si sia assunto consapevolmente e volontariamente la responsabilità della crescita e dell'educazione del minore. E questa assunzione di doveri si riscontra sia quando il convivente more uxorio (o coniuge o unito civilmente) si comporti come genitore nei confronti del figlio del proprio partner (cd. genitorialità di fatto), sia quando la coppia condivide un progetto di genitorialità attuato con la tecnica della procreazione medicalmente assistita (cd. genitorialità intenzionale).

Ebbene, con precipuo riferimento alla genitorialità di fatto, l'interesse del minore viene in rilievo come interesse a mantenere rapporti significativi con chi si è assunto la responsabilità di un progetto genitoriale a prescindere dall'esistenza di legami biologici. Essa trova riconoscimento nel diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU, in nome del quale la tutela dell'interesse a mantenere i rapporti affettivi già instaurati dal minore assume un ruolo preminente. Ma, si badi bene, non ogni rapporto affettivo è idoneo a costituire un rapporto di filiazione. Affinchè si possa riconoscere una genitorialità non fondata su un legame biologico, ma sulla sostanza del ruolo di genitore, occorre che quest'ultimo si sia effettivamente comportato come tale. E tale valutazione, secondo la Corte di Cassazione, deve essere effettuata in base alla lunga durata della convivenza con il minore, alla *diuturnitas* delle frequentazioni, al *muttum auditorium* e quindi all'assunzione concreta da parte del genitore de facto di tutti gli oneri, i doveri e le potestà incombenti sul genitore *de iure*.

In tali casi, si è posta in giurisprudenza la questione relativa al mantenimento dei rapporti tra il minore e il genitore di fatto a seguito della disgregazione del rapporto tra quest'ultimo e il genitore biologico del minore. Sul punto, una parte della dottrina e della giurisprudenza, rinvenendo lo strumento di tutela nell'art. 337 ter c.c., che attribuisce al figlio minore il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale, ne hanno proposto un'interpretazione evolutiva e sostanzialistica.

Ed infatti, accedendo ad un'interpretazione meramente letterale, si ritiene che tale norma sia troppo limitata, prevedendo il diritto di conservare rapporti significativi esclusivamente con soggetti legati da vincoli formali parentali e trascurando invece i rapporti sviluppatasi nella consuetudine di vita con soggetti avvinti da un vincolo meramente affettivo. È proprio in ragione di tale asse-

rito vuoto di tutela e in un'ottica costituzionalmente orientata che è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 337 ter c.c. nella parte in cui non permette di includere nel suo ambito di applicazione soggettivo il cd. genitore sociale, ponendosi così in contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost, nonché con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art 8 CEDU.

La questione è stata tuttavia respinta dalla Corte Costituzionale,⁵ che se da un lato conviene con il giudice *a quo* in merito al fatto che la norma in esame può operare «solo all'interno di un contesto propriamente familiare», avendo essa esclusivo riguardo a soggetti legati al minore da un vincolo parentale, dall'altro lato non condivide la conclusione per cui esisterebbe un «vuoto di tutela» quanto all'interesse del minore a mantenere rapporti affettivi significativi con adulti di riferimento che non siano suoi parenti. Ed infatti, secondo il giudice delle leggi, la tutela del genitore di fatto non è offerta dall'art. 337 ter c.c., ma dall'art. 333 c.c., che consente al giudice, in caso di condotta del genitore «comunque pregiudizievole al figlio», di adottare «i provvedimenti convenienti» nel caso concreto. Ciò che occorre porre in evidenza è che dall'ordito motivazionale della pronuncia costituzionale viene in rilievo il ruolo preminente assunto dall'interesse del minore, laddove si afferma che l'interruzione ingiustificata da parte di uno o di entrambi i genitori di un rapporto significativo intrattenuto dal minore con soggetti che non siano parenti costituisce una condotta del genitore «comunque pregiudizievole al figlio» laddove sia in contrasto con l'interesse del minore. Ma quel che occorre porre in evidenza è che ciò può avvenire su ricorso del pubblico ministero, eventualmente a seguito della sollecitazione dell'adulto non parente coinvolto nel rapporto in esame, in quanto l'art. 336 c.c. legittima all'esercizio dell'azione l'altro genitore, i parenti o il pubblico ministero, ma non anche direttamente il genitore sociale.

Proprio per tale ragione, la soluzione offerta dalla Consulta ha sollevato reazioni prevalentemente critiche da parte della dottrina. Si è, in sintesi, evidenziato che l'art. 333 c.c., privando il genitore di fatto della legittimazione diretta all'azione, rischia di sminuirne il ruolo, potendo quest'ultimo solo sollecitare il p.m. a promuovere l'azione. Si attribuirebbe infatti a quest'ultimo il ruolo di svolgere un vaglio preventivo sulla sussistenza dell'interesse del minore a conservare un rapporto con il genitore di fatto, che non sembra coerente con il valore espresso dalla filiazione di fatto. Siffatta valutazione dovrebbe essere invece compiuta dal giudice, direttamente adito da chi assuma essere genitore di fatto.

⁵ Corte Cost. sent. n. 134/2016

Si è così proposta un'interpretazione estensiva del termine «genitore» di cui all'art. 336 c.c., volta ad includere anche il genitore sociale tra i soggetti legittimati a richiedere i «provvedimenti convenienti» di cui all'art. 333 c.c. Ciò al fine di dare attuazione all'art. 8 CEDU, diretto a garantire una tutela effettiva della vita familiare, espressione dell'interesse del minore. Esaurita la disamina della genitorialità sociale, è possibile ora spostare il fuoco d'indagine su un'altra nuova forma di genitorialità: la genitorialità intenzionale.

4. LA GENITORIALITÀ INTENZIONALE: BEST INTEREST OF THE CHILD E MATERNITÀ SURROGATA

La genitorialità intenzionale, attuata mediante l'adozione o il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (da ora in avanti P. M. A.), prevede la riconoscibilità dello status di genitore anche in capo a chi non contribuisce biologicamente alla gestazione del figlio, ma «solo» giuridicamente.

Sul punto, non si possono non prendere le mosse dalla disciplina dettata in materia dalla legge n. 40 del 2004 al fine di considerare come l'impianto normativo originario sia stato progressivamente smantellato dalla Corte Costituzionale. Rispetto alla disciplina originaria, è infatti venuto meno prima il divieto di ricorso alla fecondazione eterologa per le coppie sterili o infertili⁶ e poi anche per le coppie fertili ma portatrici di gravi patologie genetiche⁷, valorizzando il diritto all'autodeterminazione in materia procreativa. Il giudice delle leggi ha così elevato a diritto fondamentale il diritto di decidere di avere figli, anche non biologici, mediante le tecniche di P. M. A.; diritto suscettibile quindi di essere sacrificato solo al fine di tutelare altrettanti interessi costituzionalmente rilevanti.

Immutati rimangono invece i limiti relativi al divieto di ricorso alla fecondazione eterologa per le coppie omosessuali, la cui violazione è punita con l'applicazione di una sanzione amministrativa⁸ e il divieto di maternità surrogata, di condurre cioè una gravidanza e partorire un figlio non per sé, ma per conto di altri, la cui violazione costituisce reato⁹.

⁶ Cfr. Corte Cost. sent. n. 162/2014.

⁷ Cfr. Corte Cost. sent. n. 96/2015.

⁸ Cfr. art. 12, comma 2 della l. n. 40/2004

⁹ Cfr. art. 12, comma 6 della l. n. 40/2004 che sanziona con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da seicentomila a un milione di euro «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblica la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità».

Vi è da sottolineare, con riferimento a quest'ultima pratica, che il fenomeno della «gravidenza per altri» o, in francese, «gestation pour autrui»¹⁰ attiene non solo alla riproduzione *stricto sensu* intesa ma anche alla genitorialità, vale a dire al progetto volto ad accogliere un figlio, assumendosi la responsabilità di accompagnarlo sino al raggiungimento della sua autonomia personale¹¹. Viene in rilievo dunque un progetto, sia riproduttivo che genitoriale, dal quale resterà esclusa la madre gestazionale per coinvolgere invece la madre (o padre) intenzionale¹², inedita figura genitoriale¹³ che stenta tuttavia a trovare riconoscimento giuridico¹⁴.

Evidente dunque come la surrogazione di maternità costituisca un tema complesso che, intersecando profili giuridici, medici ed etici, è stato ripetutamente posto al centro di importanti decisioni giudiziarie.

Sul punto, vi è da premettere che se è vero che tali pratiche sono vietate in Italia, è altrettanto vero che sono consentite in alcuni Paesi stranieri¹⁵. Il che ha dato vita al cd. viaggio dei diritti¹⁶, attraverso il quale la coppia italiana pratica all'estero forme di trattamento vietate in Italia, ottiene un certificato di nascita che attribuisce lo status di padre e di madre del neonato ai genitori committenti, vale a dire ai genitori sociali e non biologici del bambino e pretende di ottenerne la trascrizione nei registri dello stato civile, affinché possa valere anche in Italia lo status di filiazione riconosciuto all'estero¹⁷.

Ci si chiede allora in questi casi se l'atto di nascita legittimamente formato all'estero (o il provvedimento giurisdizionale che riconosce lo *status filiationis*) possa essere riconosciuto in Italia o se, al contrario, non possa esserlo perché in contrasto con l'ordine pubblico internazionale, che funge

¹⁰ Così PEZZINI (2017a, 195 SS.).

¹¹ Cfr. PEZZINI (2017a, 218 ss.) e PEZZINI (2017b, 108 ss.) ove l'Autrice evidenzia la difficoltà di determinare le condizioni che, realisticamente, siano in grado di garantire la libertà della donna e la sua autodeterminazione quando decide di aderire ad un progetto genitoriale altrui.

¹² Sulla frammentazione dell'identità materna tra madre gestazionale, madre genetica e madre intenzionale si veda CRIVELLI (2016, 214).

¹³ Parte della dottrina preferisce definire la donna che conduce la gravidanza per conto di altri non «madre» ma «portatrice». Così GATTUSO (2019, 33).

¹⁴ Cfr. CORDIANO (2016, 739 ss.), PALMIERI (2019, 44 ss.).

¹⁵ Si segnala a tal proposito l'analisi comparata del fenomeno della surrogacy svolta nel 2013 dal Parlamento europeo. Si evince dallo studio la farraginosità della disciplina normativa, in considerazione del fatto che taluni Stati la proibiscono formalmente (Germania, Francia, Italia, Bulgaria, Malta, Spagna), altri la consentono (Regno Unito e Grecia) e altri ancora ne autorizzano espressamente né la vietano rendendola, di fatto, agevolmente realizzabile (Belgio, Paesi Bassi, Polonia, Slovenia). Cfr. A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States (2013).

¹⁶ Il fenomeno del cd. turismo procreativo provoca ripercussioni di ampia portata, che sovvertono l'idea di filiazione culturalmente radicata e giuridicamente tutelata secondo: BOILLET, ROCA I ESCODA, DE LUZE, BRUNET, COTTIER (2018, 7). Per una riflessione più generale sul fenomeno cfr. FLAMIGNI, Borini (2012, 17 ss.), D'AMICO, COSTANTINI (2014, 220 ss.), LONG, NALDINI (2015, 163).

¹⁷ Cfr. RAGNI (2016, 6 ss.).

da limite all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri nel nostro ordinamento¹⁸. È al fine di fornire risposta a tale quesito che interviene la giurisprudenza nazionale ed europea¹⁹ con decisioni che tendono a ristabilire *ex post*²⁰ i rapporti di equilibrio tra il cd. *best interest of the child*²¹ e il principio dell'ordine pubblico.

5. IL LIMITE DELL'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE

Nelle occasioni in cui la giurisprudenza si è occupata di casi di maternità surrogata realizzata all'estero, viene in rilievo il potenziale contrasto tra il preminente interesse del minore e il limite generale dell'ordine pubblico internazionale²².

Preliminarmente, nel silenzio del legislatore, è d'uopo tracciare l'*ubi consistam* di tale limite, consistente nel «*limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna; dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purchè fondamentali e (perciò) irrinunciabili*»²³. È per questo che i certificati di nascita formati all'estero a seguito di una pratica gestazionale vietata nell'ordinamento di riferimento non possono essere sempre automati-

¹⁸ In materia di ordine pubblico la letteratura giuridica è copiosa. Tra gli altri, cfr. PALADIN (1965, 130 ss.), LAVAGNA (1967, 359 ss.), ALLEGRETTI (1976, 473 ss.), CERRI (1990, 1 ss.) e, più recentemente, Angelini (2006, 3988 ss.).

¹⁹ In particolare, sulla giurisprudenza francese cfr. Cour de cassation, 6 aprile 2011, n. 09-66.484, n. 09-17.130, n. 10-19.053, Cour de cassation, 13 settembre 2013, n. 12-18.315, n. 12-30.138; sulla giurisprudenza spagnola cfr. Tribunal Supremo, 6 febbraio 2014, n. 835/2013, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 maggio 2015, n. 245/2012.

²⁰ L'analisi del fenomeno *ex post* fa riferimento all'ipotesi in cui il bambino è già nato all'estero da una madre surrogata e poi i genitori committenti o di intenzione chiedono il riconoscimento dello status filiationis nello Stato di appartenenza, a differenza dell'analisi del fenomeno *ex ante* che fa riferimento agli accordi di maternità, a titolo gratuito o a titolo oneroso. Per un approfondimento cfr. NICCOLAI (2017, 193 ss.) e Olivito (2017, 9 ss.).

²¹ La traduzione ormai consolidata della locuzione inglese «*best interest of the child*» è l'espressione «superiore, preminente interesse del minore» sebbene la traduzione letterale più fedele corrisponde ai migliori, concreti e più significativi interessi, nonché importanti esigenze e bisogni del minore che si collocano in una posizione di supremazia rispetto a tutti gli altri interessi coinvolti. Sulla effettiva portata di tale interesse si interroga la dottrina, chiedendosi se debbano essere esaminate le sole conseguenze a breve termine o anche la sua proiezione futura e quali siano i parametri etici, culturali, psicologici, medici o religiosi a cui il giudice deve fare riferimento. Sul punto cfr. Romboli (2014, 505 ss.), LAMARQUE (2016, 77 ss.) e LENTI (2016, 86 ss.).

Significato parzialmente diverso assume la categoria del «miglior interesse dei minori», inteso come parametro universale e astratto da TRIPODINA (2017, 130 ss.).

²² Sul contrasto tra la clausola dell'ordine pubblico e il contrapposto interesse del minore si rinvia a BARUFFI (2018, 247 ss.).

²³ Cass., 11 novembre 2014, n. 24001.

camente trascritti²⁴: il divieto di maternità surrogata viene espressamente qualificato dalla Suprema Corte²⁵ come principio di ordine pubblico internazionale, in quanto posto a presidio della dignità umana della gestante. A ciò si aggiunga il conflitto tra la pratica della surrogazione di maternità e la scelta legislativa di consentire la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato solo all'istituto dell'adozione, governato da regole poste a tutela di tutti gli interessati ma in primis del minore.

Infatti, è proprio al fine di tutelare il preminente interesse del minore²⁶ che si attribuisce la maternità a colei che partorisce e si affida all'istituto dell'adozione – attuata secondo le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale piuttosto che con il semplice accordo delle parti – la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. Nessuna discrezionalità spetta dunque al giudice in relazione al caso concreto, trattandosi di una valutazione operata a monte dal legislatore.

6. MATERNITÀ PER SURROGAZIONE ALL'ESTERO: LE SEZIONI UNITE DICHIARANO INAMMISSIBILE LA TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA

La *vexata quaestio* inerente la trascrivibilità dell'atto di nascita redatto all'estero a seguito di un fenomeno di «gestazione per altri» è stata recentemente affrontata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione,²⁷ che ne hanno dichiarato *apertis verbis* l'inammissibilità. L'iter argomentativo seguito dal Supremo Consesso muove dalla considerazione che il divieto di maternità surrogata costituisce principio di ordine pubblico internazionale, in quanto diretto a tutelare il valore fondamentale della dignità umana della gestante e preclude quindi il riconoscimento dell'atto di nascita o del provvedimento giu-

²⁴ Il divieto di ricorso alla surrogazione di maternità, posto a tutela della relazione materna, è riconducibile ai principi fondamentali dell'ordinamento tutelati dal limite dell'ordine pubblico «a difesa dei propri valori e della propria coerenza interna». Così ANGELINI (2017a, 37).

²⁵ Nel caso di cui si è occupata la Cass., n. 24001/2014, una coppia eterosessuale italiana aveva fatto ricorso alla maternità surrogata in Ucraina. L'atto di nascita, formato all'estero, indicava quali genitori i componenti della coppia, ma il bambino non era figlio biologico né dell'uomo né della donna italiana. Ciò costituiva, tra l'altro, una violazione anche della legge ucraina, la quale richiede, per la stipula di una convenzione di maternità surrogata, che almeno metà del materiale genetico provenga dai committenti: pertanto, uno di loro deve essere necessariamente genitore biologico.

²⁶ Secondo Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, l'interesse del minore deve essere considerato preminente «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi» ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo.

²⁷ Sezioni unite civili 8 maggio 2019, n. 12193

risidzionale straniero nel nostro ordinamento. Ne consegue quindi il mancato riconoscimento *dello status filiationis* tra il bambino e il genitore privo di legame biologico, che potrà avvalersi tuttavia dell'istituto dell'adozione non legittimante in casi particolari di cui all'art. 44 lett. d) l. 194 del 1983.

A fronte della necessità di individuare strumenti tesi a garantire la posizione del nato una volta che la coppia committente abbia fatto ricorso alla surrogazione di maternità²⁸, emerge così il riferimento all'istituto dell'adozione al quale aveva analogamente rinviato la Corte costituzionale italiana quando, nella sentenza n. 272 del 2017, aveva ritenuto che l'adozione in casi particolari garantisca al minore una tutela adeguata²⁹.

7. SEGUE. LA DIFFERENZA TRA IL CASO DELLE DUE MADRI E IL CASO DEI DUE PADRI

Per quel che maggiormente interessa, è d'uopo rilevare che ad onor del vero la pronuncia da qua distingue il caso in cui la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita derivi da due madri dal caso in cui derivi da due padri intenzionali, ammettendo il riconoscimento del rapporto di filiazione in Italia soltanto nel primo caso. Secondo le Sezioni Unite, infatti, la valutazione non può essere omogenea: se è vero che si tratta in entrambi i casi di forme di co-genitorialità nell'ambito di coppie omosessuali, è altrettanto vero che vi sono rilevanti elementi che li differenziano. La diversa soluzione, apparentemente contraddittoria, si giustifica proprio alla luce dell'eterogeneità fra i due casi: nel caso di omogenitorialità femminile, la tecnica impiegata non è riconducibile alla maternità surrogata, in quanto la gravidanza è portata avanti per sé e non per altri, sicché non si tratta di un'ipotesi riconducibile a maternità surrogata ma a fecondazione eterologa; nel caso di omogenitorialità maschile, invece, è evidente che la gravidanza è portata avanti per altri da una donna esterna alla coppia, che si obbliga a consegnare alla nascita il bambino ai committenti, di talché si verte in un'ipotesi riconducibile a maternità surrogata, senz'altro vietata nel nostro ordinamento.

La posizione della giurisprudenza nazionale può essere allora sintetizzata nei termini che seguono: il divieto di fecondazione eterologa per le coppie omosessuali non è espressione di un principio di ordine pubblico internazionale e non è quindi precluso il riconoscimento dell'atto di nascita di un figlio

²⁸ Cfr. TONOLO (2017).

²⁹ Cfr. LAMARQUE (2017), ANGELINI (2018), AGOSTA (2018, 79 ss.).

nato all'estero da due donne, in seguito a fecondazione eterologa, e ciò vale sia nel caso in cui ciascuna madre abbia un legame biologico con il minore sia nel caso in cui il legame biologico sussista solo con una delle due donne; il divieto di maternità surrogata rappresenta, invece, un principio di ordine pubblico internazionale, in quanto diretto a tutelare il valore fondamentale della dignità umana della gestante, sicchè esso non consente il riconoscimento dello *status filiationis* con il genitore privo di alcun legame biologico con il bambino, il quale potrà, a tutela del suo diritto alla genitorialità, avvalersi soltanto dell'istituto dell'adozione non legittimante (in casi particolari) di cui all'art. 44, lett d), l. n. 194 del 1983.

8. LE CRITICHE DELLA DOTTRINA ALLA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE: UN BILANCIAMENTO IN ASTRATTO CHE RISCHIA DI COMPROMETTERE IL PREMINENTE INTERESSE DEL BAMBINO

La sentenza resa dalle S. U. ha sollevato reazioni prevalentemente critiche, laddove si è posto in evidenza che il bilanciamento in astratto tra il divieto di maternità surrogata e il riconoscimento della genitorialità a favore del primo rischia di pretermettere «il preminente interesse del bambino» e far prevalere incondizionatamente l'interesse pubblico a vietare la pratica di maternità surrogata.

Dubbi di compatibilità con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali derivavano dunque dal diritto vivente espresso dalle Sezioni Unite civili. A tal proposito, deve essere richiamato il rilievo primario riconosciuto alla salvaguardia dei «migliori interessi» (*best interests*) o dell'«interesse superiore» (*intérêt supérieur*) del minore, il quale implica che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata la soluzione ottimale «in concreto» per l'interesse del minore, quella cioè che più garantistica, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior «cura della persona». Sul punto, non è revocabile in dubbio che l'interesse di un bambino accaduto sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata. E ciò quanto meno da una duplice prospettiva.

Anzitutto, vi è da dire che questi legami sono parte integrante della stessa identità del bambino, che vive e cresce in una determinata famiglia, o comun-

que nell'ambito di una determinata comunità di affetti, essa stessa dotata di riconoscimento giuridico, e certamente ormai riconducibile al novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost.³⁰

Inoltre, occorre sottolineare che viene qui in discussione non un preteso «diritto alla genitorialità» in capo a coloro che si prendono cura del bambino, ma unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio della responsabilità genitoriale e ai quali costoro non possano *ad libitum* sottrarsi.

Proprio per queste ragioni, del resto, l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte EDU³¹ afferma la necessità, al metro dell'art. 8 CEDU³², che i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del «legame di filiazione» (*lien de filiation*) con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura.

La Corte EDU riconosce in particolare che ciascun ordinamento gode di un certo margine di apprezzamento in materia³³, non essendo obbligati a consentire la trascrizione degli atti di stato civile stranieri o dei provvedimenti giudiziari che riconoscono lo status di padre o di madre al «genitore d'intenzione». Ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare poten-

³⁰ Corte Cost. sent. n. 221 del 2019

³¹ Corte Edu, *Mennesson c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11. In quest'occasione la Corte di Strasburgo si è pronunciata sul caso che ha coinvolto due coppie francesi le quali, a fronte del divieto agli accordi di maternità su commissione, codificato all'art. 16-7 del Code civil, si erano recate negli Stati Uniti dove tale operazione è ammessa. Al rientro in Francia, fu negata la trascrizione del certificato di nascita, denunciando una frode ai danni della legge francese. I coniugi ricorsero, pertanto, alla Corte Edu che, per la prima volta, applicò il richiamato principio del *best interest of the child* e condannò la Francia per violazione dell'art. 8 della Cedu. Cfr anche Corte Edu, *Labassée c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11.

³² I giudici di Strasburgo sostennero, infatti, che il rifiuto della Francia di riconoscere la filiazione paterna, qualora corrisponda alla verità biologica viola il diritto al rispetto della vita privata dei bambini ed è contrario al loro superiore interesse conducendo, peraltro, ad una ingerenza statale nel diritto dei minori al rispetto della loro vita privata non necessaria in una società democratica (cfr. Paragrafo 43).

³³ Il margine di apprezzamento è affermato dalla Corte Edu sia per un'esigenza funzionale, poiché riconosce che le autorità nazionali dispongano di una migliore conoscenza delle circostanze e delle condizioni locali di applicazione della Cedu, sia per un'esigenza ideologica volta all'uniforme protezione dei diritti. Sul punto v. RANDAZZO (2012, 85 ss.), ove si evidenzia come l'ampiezza del margine di apprezzamento riservata agli Stati vari a seconda dei diritti, del contesto e del livello di omogeneità degli ordinamenti. Il giudice convenzionale, in assenza di un consenso internazionale, prende infatti atto dei differenti livelli di tutela esistenti rimettendo, dunque, alla sfera di discrezionalità degli Stati membri la scelta di garantire o meno una determinata prestazione o, come in questo caso, una posizione soggettiva. Per una ricostruzione della nascita e dell'evoluzione giurisprudenziale della dottrina cfr. DONATI, MILAZZO (2003, 65 ss.).

zialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi. Tuttavia, la stessa Corte di Strasburgo ritiene comunque necessario che ciascun ordinamento predisponga uno strumento equipollente che garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il «genitore d'intenzione», al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati³⁴, lasciando poi alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all'adozione del minore.

Rispetto, peraltro, a quest'ultima soluzione, si sottolinea come essa possa ritenersi sufficiente a garantire la tutela dei diritti dei minori nella misura in cui sia in grado di costituire un legame di vera e propria «filiazione» tra adottante e adottato³⁵ «a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino».

Il *punctum crucis* è allora capire se l'adozione in casi particolari costituisca effettivamente una alternativa valida, come ritenuto dalle Sezioni Unite.

9. L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI COME POSSIBILE ALTERNATIVA. GLI ASPETTI PROBLEMATICI RILEVATI DALLA CORTE COSTITUZIONALE

La Corte Costituzionale³⁶ è stata di recente chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004, nella parte in cui non consente, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, il riconoscimento nell'ordinamento italiano del provvedimento giurisdizionale straniero con il quale è stato dichiarato un rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore «d'intenzione» cittadino italiano.

Secondo la tesi della sezione rimettente, in caso di nascita all'estero da madre surrogata, il superiore interesse del minore imporrebbe al legislatore di consentire il riconoscimento *ab initio* dello *status filiationis* del nato anche nei confronti del committente privo di legame biologico con esso mediante la trascrizione del provvedimento straniero di accertamento della genitorialità di entrambi i committenti.

³⁴ Corte EDU, decisione 12 dicembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia (paragrafo 42); sentenza D. contro Francia (paragrafo 67).

³⁵ Corte EDU, sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia (paragrafo 66).

³⁶ Corte Cost. sent. n. 33/2021

Tuttavia, la Corte Costituzionale, pur sottolineando l'importanza dell'interesse del minore, ha precisato che esso non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco. Gli interessi del minore dovranno essere invece bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore.

Può dirsi pertanto che la Costituzione non osta di per sé alla soluzione della non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e *a fortiori* dell'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino «il padre d'intenzione»; ma per altro verso impongono che, in tal caso, sia comunque assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia. Siffatta tutela dovrà, in questo caso, essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino.

Orbene, con riferimento allora alla soluzione dell'adozione «in casi particolari» da parte del committente privo di legame biologico, ritenuta esperibile in tali casi dalle sezioni unite civili, la Consulta ha osservato che si tratta di una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma non ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali. Dunque, una soluzione inidonea a supplire all'inaccoglibilità della richiesta di riconoscimento.

L'adozione sarebbe infatti «troppo poco» nella prospettiva di una tutela piena del generato. Diversi sono infatti i limiti di tale strumento. Oltre al fatto che l'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante, ulteriore limite è rappresentato dal fatto che per il suo perfezionamento è necessario l'assenso del genitore «biologico»³⁷, che potrebbe quindi non pervenire in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, privando così definitivamente il bambino del rapporto giuridico con la persona che si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita. Ma non solo. È d'uopo altresì sottolineare che si tratta di uno strumento di tutela che non è nella disponibilità del minore adottando, ma solo dell'adottante che potrebbe decidere anche di sottrarsi alla responsabilità genitoriale, così determinando un vulnus di tutela al minore che, pur avendo interesse alla conservazione dei rapporti con i genitori intenzionali di cui si riconosce figlio sul piano fattuale, rimarrebbe privo di una famiglia.

³⁷ Art. 46 della legge n. 184 del 1983.

Sulla scorta di tali considerazioni, può dirsi allora che se è vero che la Corte Costituzionale non ha accolto l'eccezione di legittimità costituzionale sollevata in polemica col pronunciamento delle S. U. del 2019, è altrettanto vero che quell'eccezione non è stata rigettata nel merito. La Corte si è piuttosto pronunciata per l'inammissibilità, richiamando il legislatore a farsi carico del compito «ormai indifferibile» di «porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».

Nel contesto di un difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati, si lancia dunque un monito al legislatore affinché adegui il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei nati da maternità surrogata, apprestando uno strumento normativo *ad hoc* (anche adattando l'istituto della adozione) che consenta di pervenire al risultato del riconoscimento della filiazione del genitore intenzionale che sia equivalente a quella del genitore biologico.

10. LA NUOVA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE: LA DIGNITÀ IN SENSO OGGETTIVO PRECLUDE IL RICONOSCIMENTO DELLA MATERNITÀ SURROGATA

In mancanza di un responso del legislatore al monito della Corte Costituzionale,³⁸ si avverte l'esigenza di investire nuovamente le Sezioni Unite, che per la loro natura istituzionale di vertice della funzione di nomofilachia sono le sole in grado di fissare una nuova e chiara linea interpretativa che risponda all'esigenza immediata di tutela del minore.

Al precipuo fine di offrire una soluzione interpretativa adeguata, la Sezione rimettente presta attenzione alla compatibilità della deliberazione (o della trascrì-

³⁸ Al riguardo, va preliminarmente rilevato quanto alla natura della sentenza del giudice delle leggi che, sebbene d'inammissibilità, essa va annoverata nell'ambito della tipologia delle cd. «decisioni monitorie» della Corte Costituzionale. In particolare, tale pronuncia rientra nell'ambito delle decisioni d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata che, parte della dottrina denomina anche come pronunce d'inammissibilità per «eccesso di fondatezza». Si ritiene infatti che il loro principale carattere distintivo sia rappresentato dalla presenza di una più o meno evidente discrasia tra la parte motiva della decisione, laddove la Corte riconosce chiaramente la sussistenza di profili di incostituzionalità, e la parte dispositiva, che non è di accoglimento (come sarebbe stato logico), ma di rigetto (seppure allo stato) della questione. Al riguardo, le Sezioni Unite hanno affermato che il vincolo che deriva, sia per il giudice a quo sia per tutti gli altri giudici comuni, da una sentenza interpretativa di rigetto, resa dalla Corte Costituzionale, è soltanto negativo e consiste nell'imperativo di non applicare la norma ritenuta non conforme al parametro costituzionale evocato e scrutinato dalla Corte costituzionale, così da non ledere la libertà dei giudici di interpretare ed applicare la legge (Cass., SU, n. 27986/13).

zione) con i valori sottesi al divieto di surrogazione e con l'aspirazione del nostro Stato a scoraggiare le prassi elusive poste in essere dal cd. turismo procreativo.

Condizioni preliminari perché questa compatibilità possa ipotizzarsi ed essere poi verificata sono due: *in primis* che la valutazione di coerenza all'ordine pubblico insito nella norma che sanziona il divieto di surrogazione sia compiuta non in astratto ma con riferimento ad ogni singolo caso concreto; *in secundis* che la valutazione sia guidata dal criterio dell'inerenza nell'individuazione dei valori costituzionali in potenziale condizione di conflitto e dai principi di proporzionalità e ragionevolezza nella formulazione del bilanciamento, cui deve pervenire il giudicante, senza che vi sia una aprioristica definizione di prevalenza di un interesse in gioco, neanche di quello del minore.

In questa prospettiva, l'attenzione deve essere allora rivolta al valore della dignità della donna coinvolta nel processo procreativo.

Secondo la prospettazione della Sezione rimettente non può non considerarsi che la donna, che accetta di portare a termine una gravidanza per conto di altri, si trova in una condizione di soggezione che può essere considerata non lesiva della sua dignità solo se costituisce il frutto di una scelta libera, consapevole e indipendente da contropartite economiche e solo se tale scelta è revocabile sino alla nascita del bambino. Se queste condizioni non sussistono e non sono effettive, la violazione della dignità della donna assume un rilievo talmente importante da consentire il rifiuto della delibazione (e della trascrizione) sempre però in una ottica di valutazione, caso per caso, della soluzione che rispetti anche gli interessi del minore. Al contrario, se queste condizioni vengono rispettate il bilanciamento basato sul diniego aprioristico del riconoscimento degli effetti della sentenza straniera (o dell'atto formato all'estero) assume una connotazione di non inerenza alla soluzione di un concreto e attuale conflitto, giacché inconferente rispetto all'esigenza di tutela della dignità della donna cui l'ordinamento straniero ha riconosciuto una libertà di scelta su una decisione che coinvolge la sua sfera personalissima di autonomia decisionale. Appare quindi del tutto irragionevole non considerare quale sia stata in concreto la posizione e la volontà della donna coinvolta nella gestazione.

Queste le linee di fondo della proposta interpretativa della sezione rimettente, tuttavia non seguite dalle Sezioni Unite che si sono pronunciate con sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022, escludendo la delibazione anche ove la pratica della gestazione per altri sia considerata lecita nell'ordinamento di origine in quanto frutto di una scelta libera e consapevole, revocabile sino alla nascita del bambino e indipendente da contropartite economiche.

Il legislatore italiano, infatti, nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensio-

ne oggettiva, nella considerazione che nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito. Indipendentemente da ciò e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante, la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica e contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonomia e incondizionata formazione del suo processo decisionale.

Nella maternità surrogata il bene tutelato è quindi la dignità di ogni essere umano, con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta. Ciò in quanto nel nostro sistema costituzionale la dignità ha una dimensione non solo soggettiva, ancorata alla sensibilità, alla percezione e alle aspirazioni del singolo individuo, ma anche oggettiva, riferita al valore originario, non comprimibile e non rinunciabile da ogni persona.

Si vieta pertanto ogni forma di surrogazione di maternità, sul presupposto che solo un divieto così ampio è in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento in condizioni di fragilità. Invero, punendo la surrogazione di maternità in via assoluta, da una parte si tutela in via immediata la dignità della gestante su commissione, dall'altra si tende a prevenire, secondo la logica della china scivolosa, eventuali derive estreme di manifestazione del fenomeno, espresse da deprecabili forme di sfruttamento di donne in condizioni di bisogno economico, vulnerabili e presuntivamente prive di apprezzabili margini di autonomia decisionale.

Tuttavia, l'ineludibile esigenza di garantire al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è assicurata mediante l'adozione in casi particolari, che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello status di figlio, al legame con il partner del genitore biologico che ha condiviso il progetto genitoriale e ha di fatto concorso a prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita.

Numerosi dunque gli spunti di riflessione offerti dalla giurisprudenza che contribuiscono a delineare quello che la Corte Edu ha definito il *best interest of the child*.

11. CONCLUSIONI. UNA PROPOSTA ALTERNATIVA: DAL DIRITTO ALLO STATUS AL DIRITTO AI CONTENUTI DELLO STATUS

A seguito del monito rivolto al legislatore dalla Corte costituzionale, nel presente lavoro si cerca di elaborare una proposta volta a garantire, nel rispetto delle indicazioni della giurisprudenza costituzionale e convenzionale e co-

munque nel superiore interesse del minore, la continuità dei rapporti in atto tra i nati a seguito di maternità surrogata e gli adulti che abbiano in tal modo perseguito un progetto genitoriale condiviso.

Punto di partenza condiviso sia dalla Corte costituzionale che dalla Corte di Strasburgo è rappresentato dal fatto che l'esigenza di una tutela piena del nato da madre surrogata non tollera compromessi né limitazioni di sorta e richiede in particolare che possano essergli riconosciuti tutti i diritti connessi allo *status filiationis* anche nei confronti del committente privo di legame biologico, solo però subordinatamente a una verifica in concreto di conformità al superiore interesse del minore. Del resto, la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica illecita non può consentire che lo *status* possa essere rivendicato anche dagli adulti che hanno fatto ricorso a quella pratica né che gli stessi se ne possano avvalere, salvo il caso in cui, almeno in base alla soluzione invalsa nel diritto italiano, lo *status* non competa loro in forza del legame biologico. Con ciò però al legislatore è certamente preclusa la strada più semplice e immediata del riconoscimento al minore del diritto allo *status* anche nei confronti del committente privo di legame biologico. E ciò non solo *ab initio*, attraverso la trascrizione del provvedimento straniero, ma anche «*ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice» di conformità all'interesse del minore.

Con la costituzione dello *status*, infatti, stante il carattere di reciprocità proprio di tale situazione soggettiva, si finirebbe comunque per assecondare un progetto genitoriale disapprovato dall'ordinamento e il superiore interesse del minore diverrebbe così un mezzo di riconoscimento indiretto dell'autodeterminazione riproduttiva degli adulti.

Cionondimeno il legislatore potrebbe riconoscere al minore, sempre «*ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice», tutti i diritti spettanti al figlio nei confronti del committente privo di legame biologico, senza però dar vita allo *status* genitoriale. La proposta, in altri termini, è quella di estendere anche al rapporto in questione tutte le norme del Titolo IX del Libro Primo del codice civile, ma solo su istanza del minore e solo previa accurata verifica giudiziale della conformità di un simile risultato al suo superiore interesse. La responsabilità genitoriale sarebbe così riconosciuta anche al «genitore» intenzionale, ma non in virtù dello *status*, bensì in una logica puramente rimediale, in quanto la continuità del rapporto in atto appaia in concreto la soluzione meno problematica in vista della realizzazione del superiore interesse del minore.

Sembra chiaro a questo punto che l'ordinamento che non intenda rinunciare al rigore della valutazione negativa espressa sulla pratica della surrogazione non consentire che il nato ne abbia pregiudizio, non ha che una strada da

percorrere: garantire la continuità del rapporto in atto anche col committente privo di legame biologico a seguito di una verifica giudiziale di conformità al superiore interesse del minore, riconoscendo a quest'ultimo la possibilità di far valere tutti i diritti propri del figlio anche nei confronti del primo, ma senza far discendere questo risultato dalla costituzione di uno *status* artificiale, e dunque dal riconoscimento *ab initio* di una «genitorialità» puramente intenzionale.

La soluzione proposta prevede così l'introduzione di uno strumento di tutela che sia affidato al minore stesso e non ai genitori, al fine di riconoscere al nato tutti i diritti propri del figlio a seguito di un accertamento giudiziale in concreto della conformità al superiore interesse del minore e comunque senza consentire agli adulti di rivendicare lo status genitoriale. Detto altrimenti, una sorta di azione di accertamento della filiazione nell'interesse del figlio.

Conclusivamente, risulta di palmare evidenza come i rimedi elaborati per superare l'incompatibilità della gestazione surrogata all'estero con le norme cogenti dell'ordinamento giuridico che la vietano costituiscono un osservatorio per esaminare i diritti fondamentali del minore e i principi di effettività e di garanzia che li presiedono.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AGOSTA, S. (2018). In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri. Quaderni costituzionali.
- ANGELINI, F. (2006). Ordine pubblico (voce). Cassese, S. (a cura di). Dizionario di diritto pubblico. Giuffrè. Milano.
- (2017a). Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un per corso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto». Niccolai, S.; Olivito, E. (a cura di). Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionali. Jovene. Napoli.
- (2018). Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca, [https://: www.costituzionalismo.it](https://www.costituzionalismo.it), n. 1/2018.
- BOILLET, V.; ROCA I ESCODA, M.; LUZE, E.; BRUNET, L.; COTTIER, M. (2018). La gestation pour autrui, approches juridiques internationales. Anthemis. Wavre.
- CERRI, A. (1990). Ordine pubblico (diritto costituzionale) (voce). Enciclopedia giuridica. XXII. Istituto dell'Enciclopedia Italiana. Roma.
- CORDIANO, A. (2016). La tutela dell'interesse del nato da maternità surrogata fra (in) disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali. AA. VV. Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões. Almedina. Coimbra.

- CRIVELLI, E. (2016). Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed effettività. AA. VV. Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri. ESI. Napoli.
- D'AMICO, M.; COSTANTINI, M. P. (2014). L'illegittimità costituzionale del divieto di «fecondazione eterologa». Analisi critica e materiali. FrancoAngeli. Milano.
- FLAMIGNI, C.; BORINI, A. (2012). Fecondazione e(s)terologa. L'Asino d'oro. Roma.
- GATTUSO, M. (2019). Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino, in Caielli, M.; Pezzini, B.; Schillaci, A. (a cura di). Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere, in Collana «Studi di Genere. Convegni» – Vol. 5, CIRSDDe – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere. Università degli Studi di Torino.
- LAMARQUE, E. (2016). Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale. FrancoAngeli. Milano.
- LAVAGNA, C. (1967). Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali. Democrazia e diritto.
- LENTI, L. (2016). Note critiche in tema di interesse del minore. Rivista di diritto civile, n. 1/2016.
- LONG, J.; NALDINI, M. (2015). «Turismo» matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche. GenIUS, n. 2/2015.
- NICCOLAI, S. (2017). Diamo alla maternità quel che le spetta. Niccolai, S.; Olivito, E. (a cura di). Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale. ESI. Napoli.
- OLIVITO, E. (2017). Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale. Niccolai, S.; Olivito, E. (a cura di). Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale. ESI. Napoli.
- PALADIN, L. (1965). Ordine pubblico (voce). Nuovissimo Digesto, XI. Utet. Torino.
- PALMERI, G. (2019). Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale. Caielli, M.; Pezzini, B.; Schillaci, A. (a cura di). Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere, CIRSDDe – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere dell'Università degli Studi di Torino.
- PEZZINI, B. (2017a). Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri. <https://www.-costituzionalismi.it>, n. 1/2017.
- (2017b). Riconoscere responsabilità e valore femminile: il «principio del nome della madre» nella gravidanza per altri. Niccolai, S.; Olivito, E. (a cura di), Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale. Jovene. Napoli.
- RAGNI, C. (2016). Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio. GenIus, n. 1/2016.

- ROMBOLI, S. (2014). La natura «relativa» ed il significato di «clausola generale» del principio dell'interesse superiore del minore. AA. VV. *La famiglia davanti ai suoi giudici*. ESI. Napoli.
- TONOLO, S. (2017). L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello 'status' da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore. *Rivista di diritto internazionale*, n. 4/2017.
- 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). Niccolai, S.; Olivito, E. (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*. Jovene. Napoli.

UNA RELECTURA DE LA LIBERTAD DE RECIBIR INFORMACIÓN CONFORME A LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS

ELOÍSA PÉREZ CONCHILLO¹
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *La necesaria interpretación actualizada de la libertad de información del art. 20.1.d) CE en el marco del constitucionalismo multinivel y de la sociedad de la información, a propósito del acceso a la información pública.* 2.1. La interpretación del derecho de acceso a la información pública atendiendo al constitucionalismo multinivel. 2.2. Una relectura de la libertad de información en el contexto tecnológico actual.—3. *El art. 10.2 CE en el marco de la interpretación evolutiva de los derechos y su aplicación por parte del TC en el caso del derecho de acceso a la información pública.* 3.1. Aproximación general a la función y límites del art. 10.2 CE. 3.2. El caso del derecho de acceso a la información pública y la posición ambivalente del TC en torno a la operatividad del art. 10.2 CE.—4. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo democrático de las sociedades contemporáneas se ha visto reflejado, entre otras cuestiones, en la relevancia que progresivamente ha adquirido el derecho de acceso a la información pública desde una perspectiva constitucional.

¹ Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional en la Universidad de Granada. Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2019-106118GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/.

En la actualidad existe una tendencia en la doctrina mayoritaria favorable a la naturaleza fundamental de este derecho, principalmente asociada a su vínculo con la libertad de información². No obstante: 1) El estado actual de la cuestión en España difiere notablemente de la opción iusfundamentalista. Concretamente, el derecho de acceso a la información pública se ha configurado, por mor de la vigente Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), como un derecho de carácter legal ordinario anclado en el art. 105.b) de la Constitución (CE); 2) Incluso, dentro del sector doctrinal iusfundamentalista no se comparten las vías para articular la iusfundamentalidad de este derecho³.

En este sentido, hay dos aspectos esenciales que justifican el trabajo. Por un lado, que la naturaleza iusfundamental del derecho de acceso a la información pública sea una tarea aún una pendiente. Y, por otro lado, que algunos de los presupuestos teóricos clásicos que tradicionalmente han vehiculado la protección constitucional de la libertad de información (art. 20.1.d) CE) no encajen bien en el contexto tecnológico actual y alerten sobre la necesaria actualización de este derecho. Así pues, con el fin de que su ejercicio siga siendo efectivo en el marco de la sociedad global tecnológica resulta necesario reforzar el vínculo entre la libertad de información y el acceso a la información pública.

Para ello debe atenderse al propio contexto multinivel y a la interpretación evolutiva de la libertad de información a tenor del contexto tecnológico. Como es sabido, el estudio de los derechos fundamentales no puede pasar por alto la realidad pluriordinamental a la que responde el Derecho Constitucional europeo en el contexto global (Sánchez Barrilao, 2021)⁴. Por eso, se partirá como presupuesto del análisis multinivel del derecho de acceso a la información pública y de la necesaria interpretación evolutiva de la libertad de información a tenor del contexto tecnológico.

En este sentido, el trabajo se centrará especialmente en exponer, como argumento de apoyo a la iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información, otros casos en los que el Tribunal Constitucional (TC) ha utilizado la

² Dentro del sector iusfundamentalista destacan autores referentes como ROLLNERT LIERN (2014, 351), RAMS RAMOS (2014, 1243), RAMS RAMOS (2021, 198), BLANES CLIMENT (2014, 199 y ss), COTINO HUESO (2017), COTINO HUESO (2021, 23 y ss), SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA (2022, 74 y ss), FERNÁNDEZ RAMOS (2017, 189 y ss), PIÑAR MAÑAS (2017, 116 y 125), FERNÁNDEZ RAMOS, PÉREZ MONGUIÓ (2021, 42), GUICHOT REINA (2020, 66-93), RUIZ-RICO RUIZ (2021, 71).

³ Hay autores que han justificado la iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información no por su vinculación con el art. 20.1.d) CE sino sobre la base de su carácter autónomo e independiente, *vid.* PIÑAR MAÑAS (2017, 116 y 125).

⁴ Véase recientemente sobre las relaciones entre ordenamientos y el pluralismo ordinamental la obra de SÁNCHEZ BARRILAO (2021).

interpretación evolutiva (en su mayoría, *ex art.* 10.2 CE) como recurso para desarrollar nuevas dimensiones de los derechos o, incluso, para reconocer derechos fundamentales no expresamente referidos en la Constitución. Este argumento será clave en la medida en que no ha sido desarrollado por la doctrina de forma profusa en el presente caso, salvo por lo que respecta al derecho fundamental a la protección de datos. A tal fin, primeramente, habrá que tomar como base la doctrina constitucional sobre el art. 10.2 CE y, de ahí, podrán ya analizarse casos concretos que sirvan, a modo de ejemplo, para valorar la virtualidad y la capacidad integracionista o de límite que el TC brinda al art. 10.2 CE como recurso para la interpretación evolutiva de los derechos fundamentales. La finalidad de esa visión de conjunto sobre el art. 10.2 CE será extrapolar las conclusiones obtenidas al supuesto concreto del acceso a la información pública en conexión con la libertad de información.

2. LA NECESARIA INTERPRETACIÓN ACTUALIZADA DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN DEL ART. 20.1.D) CE EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, A PROPÓSITO DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

2.1 La interpretación del derecho de acceso a la información pública atendiendo al constitucionalismo multinivel

La evolución del Derecho Constitucional en un contexto cada vez más global y abierto ha hecho imprescindible atender a otros espacios constitucionales para orientar la tutela efectiva de los derechos desde una perspectiva multinivel (Pernice, 2012; Balaguer Callejón, 2008, 134).

El análisis de cómo se interpreta, en concreto en este caso, el derecho de acceso a la información pública en los distintos espacios constitucionales permite entablar un «diálogo entre tribunales» (entre otros, De Vergottini, 2011) que enriquece el debate y la búsqueda de un denominador común para asentar las bases sobre su interpretación en el marco de la sociedad actual. En este sentido, las aportaciones brindadas por los tribunales internacionales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), son elementos claves para el debate sobre la naturaleza jurídica del derecho.

Conviene exponer brevemente la interpretación que adquiere el derecho de acceso a la información pública en los distintos espacios constitucionales.

Se adelanta en este punto que el avance existente en la materia en el ámbito internacional colisiona con la consideración del derecho de acceso a la información pública en España como un derecho reconocido más limitadamente, a expensas del art. 105 CE, que ha sido desarrollado por la LTAIBG como un derecho de configuración legal ordinario⁵.

Si nos ceñimos al ámbito regional europeo pueden distinguirse dos vías para articular la interpretación del derecho de acceso a la info *et al* rmación, una en el ámbito del Consejo de Europa y otra propia de la Unión Europea (UE). Por lo que respecta a la primera de ellas, cabe destacar que el TEDH ha desarrollado una importante labor pretoriana en pos de la interpretación evolutiva del derecho de acceso a la información pública. En este ámbito, nos encontramos con un derecho no expresamente reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁶ que, no obstante, ha sido desarrollado por la jurisprudencia del TEDH⁷.

Gracias a la doctrina evolutiva del TEDH, el derecho de acceso a la información se ha reconocido como una manifestación de la libertad de información (art. 10 CEDH), bajo una serie de presupuestos desarrollados por el TEDH que constituyen el test de iusfundamentalidad del derecho (Cotino Hueso, 2018, 269)⁸. Dicha doctrina del TEDH se construye a partir del conocido caso *Magyar Helsinki c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, bajo cuatro requisitos sobre los que gira la condición del derecho de acceso a la información como *prius* de la libertad de información, y que son: la finalidad de la solicitud, el interés público de la información, el rol de *watchdog* del solicitante y que la información esté lista y disponible. De esta forma, el derecho de acceso a la información pública se ha reconocido como una manifestación de la libertad de recibir información (art. 10 CEDH) siempre que concurren los cuatro requisitos del test de iusfundamentalidad⁹.

⁵ Pese a los notables avances y mejoras que ha supuesto la LTAIBG (al ser la primera Ley específica, de carácter transversal dedicada a regular la transparencia y el acceso a la información pública), la limitada configuración que se ha conferido al derecho de acceso a sus expensas es una de las cuestiones más criticadas.

⁶ Si bien cabría destacar normativamente el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos firmado en Tromsø en 2009. Dicho Convenio resulta relevante por la configuración amplia que efectúa en favor de un derecho de acceso general a los documentos públicos a favor de las personas sin que pueda mediar discriminación alguna. El Convenio ha entrado en vigor a fecha de 1 de diciembre de 2020 tras la ratificación por Ucrania como décimo Estado miembro. España ha dilatado la firma del Convenio hasta el 23 de noviembre de 2021.

⁷ En tal sentido, *vid.* HERNÁNDEZ RAMOS (2018, 485).

⁸ Sobre las etapas evolutivas de la jurisprudencia del TEDH en materia de acceso a la información pública pueden consultarse, *vid.* RAMS RAMOS (2013, 184-186), FERNÁNDEZ VIVAS (2015, 326 y ss), HERNÁNDEZ RAMOS (2018, 487-502), ROLLNERT LIERN (2014, 364 y ss), GUICHOT REINA (2020, 66 y ss).

⁹ Esta doctrina del TEDH ya ha tenido ocasión de ir consolidándose en sentencias posteriores que, no obstante, sería susceptible de ciertas matizaciones futuras por parte del TEDH en cuanto a la valoración de la concurrencia de los elementos del test de iusfundamentalidad del derecho. Entre las sentencias pos-

Por lo que respecta al ámbito europeo cabe destacar que la consagración del derecho de acceso a la información pública se consolida de un modo distinto respecto del Consejo de Europa. En este caso el derecho no se reconoce como una manifestación de la libertad de información sino como un derecho autónomo de acceso a los documentos públicos de las instituciones, órganos y organismos de la UE expresamente mencionado en el art. 42 CDFUE (en consonancia con el art. 15.3 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)), bajo el estatus de la ciudadanía¹⁰. En lo que respecta a la jurisprudencia del TJUE cabría subrayar que, si bien existen numerosos pronunciamientos dirigidos a la aplicación y adecuada interpretación del referido Reglamento 1049/2001, «no ha prestado particular atención» al carácter fundamental del derecho «más allá de su mera afirmación» (Pérez Conchillo, Cruz Mantilla De Los Ríos, González Moro, *et al*, 2022, 218).

2.2 Una relectura de la libertad de información en el contexto tecnológico actual

La libertad de información ocupa un papel esencial en el desarrollo del Estado social y democrático de Derecho. No solo nos encontramos frente a un derecho subjetivo ejercitable frente al Estado sino frente a una garantía institucional, cual es la formación de la opinión pública libre. Esa función democrática-institucional descansa en el hecho de que sin comunicación pública libre ni existe la auténtica libertad del individuo ni soberanía popular para el correcto desarrollo del principio democrático¹¹. De ahí que esta vertiente se sitúe

teriores al caso *Magyar* de 2016, destacan: En tal sentido destacan las sentencias del TEDH dictadas en los casos *Gîrleanu c. Rumania*, de 26 de junio de 2018; *Affaire Cangi c. Turquía*, de 29 de enero de 2019; *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019; *Studio Monitori y otros c. Georgia*, de 30 de enero de 2020 y *Centro para la Democracia y el Estado de Derecho c. Ucrania*, de 26 de marzo de 2020.

Sobre una valoración de los elementos del test del TEDH puede verse en tal sentido PÉREZ CONCHILLO, CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, GONZÁLEZ MORO, *et al* (2022, 217-218).

¹⁰ Las particularidades propias del ordenamiento europeo hacen que, en este ámbito, el derecho se considere un derecho fundamental cuya regulación a expensas del Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, adquiera virtualidad en los Estados miembros siempre que estén aplicando el Derecho de la UE (art. 51.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE)).

¹¹ En tal sentido, entre otras, *vid.* STC 6/1981, de 16 de marzo (FJ.º 3), al señalar que «El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto,

como «paso previo» (Urías Martínez, 2009, 62) para la garantía de la opinión pública libre, «indisolublemente ligada con el pluralismo político»¹².

Si nos centramos en la libertad de información (art. 20.1.d) CE) desde su aproximación tradicional podemos encontrar elementos que han estado íntimamente ligados a su protección, y que actualmente no parecen encajar con la realidad social tecnológica de la información. Este derecho se consagra en el art. 20 CE desdoblado en dos dimensiones: la libertad de comunicar y la de recibir información veraz. El primer aspecto que cabría subrayar es que este derecho fundamental se inserta en el marco del art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)¹³ pero, aunque éste último contemple una dimensión activa de búsqueda e investigación de la información, nuestro art. 20.1.d) CE atiende a una perspectiva más limitada que parece haber predeterminado una visión concreta del derecho por razón del sujeto que pretende informarse¹⁴. En este sentido, la acción de búsqueda de la información ha ido tradicionalmente asociada a una posición activa protagonista, comúnmente atribuida a los profesionales de la comunicación, frente a la ciudadanía –entendida como receptora pasiva– (Villaverde Menéndez, 2003, 133).

soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos (...)). Tal como indicó SÁNCHEZ FÉRRIZ (2004, 87) esta última vertiente institucional del derecho a la libertad de información se constituye en «parámetro de democraticidad del sistema».

¹² Por todas (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ.º 4).

Asimismo, cabe destacar que esa característica democratizadora de las libertades comunicativas ha tenido reflejo en la jurisprudencia constitucional a través de la doctrina de la posición preferente de la que inicialmente parten dichas libertades para el supuesto de colisión con otros derechos fundamentales. Entre otras muchas sentencias sobre la doctrina de la posición preferente, la (STC 104/1986, de 17 de julio, FJ.º 5) señalaba en relación al art. 20 y su finalidad de mantener la comunicación pública libre, que «otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales». No obstante, sobre la mencionada posición preferente ha destacado el TC en sentencias como la (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5) que «tal valor preferente, sin embargo, no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo a tal efecto legitimador, cuando la; libertades de expresión e información se ejerciten, de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la constitución le concede su protección preferente. De ello se deriva que la legitimidad de las intromisiones en el honor e intimidad personal requiere no solo que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere».

¹³ El art. 19 DUDH prescribe que «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

¹⁴ En este sentido FERNÁNDEZ RAMOS (2017, 194) explica respecto a la falta de adecuación entre el art. 20 CE y 19 DUDH (en lo que respecta a la dimensión activa de búsqueda de la información) que esa ausencia «tal vez explique la escasa atención que ha merecido por parte de la doctrina en relación con las libertades restantes que integran el derecho a la información».

El segundo aspecto a tener en cuenta es que el objeto protegido en la libertad de información está marcado por el límite interno de la veracidad¹⁵. Es decir, el art. 20.1.d) CE no protege cualquier información sino que ésta debe ser veraz¹⁶ y de interés público para la ciudadanía¹⁷.

Ligado a lo anterior, destaca un tercer elemento que ha podido contribuir a que tradicionalmente la libertad de información se haya visto anclada en una concepción que otorga un papel activo protagonista a favor de los profesionales de la comunicación. En este sentido, la exigencia de veracidad de la información ha podido contribuir a generar cierta confusión acerca de la titularidad del derecho. Así, pese a ser un derecho fundamental reconocido a favor de todas las personas¹⁸, ha estado especialmente vinculado a la función de los profesionales de la información¹⁹. Ello incluso queda latente en la propia sistemática del art. 20.1.d) CE, ya que tras el reconocimiento de la libertad de información consagra, consecutivamente, una serie de garantías exclusivamente predicables a favor de los profesionales de la información, esto es, la cláusula de conciencia y el secreto profesional.

Todo ello explica que la posición activa de la comunicación en la que se coloca el profesional de la información sea la que haya despertado mayor interés jurídico. Ya que, «el derecho a recibir información garantizado en el art. 20.1.d) CE se construye pasivamente como un «derecho del público a la noticia»». De esta forma, la ciudadanía queda relegada a «consumidora» de la información y receptora pasiva de la misma (Fernández Ramos, 2017, 194-195). Consecuentemente, nos encontramos con una limitada concepción de la recep-

¹⁵ Pueden verse en tal sentido entre otras muchas (STC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ2), (STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 3), (STC 29/2009, de 26 de marzo, FJ 2), (STC 50/2010, FJ.º 4).

¹⁶ Entre otros muchos autores que han tratado el elemento de la veracidad pueden consultarse, BASTIDA FREIJEDO, VILLAVARDE MENÉNDEZ (1998, 33-34 y 104), ROSADO IGLESIAS (2009, 373-383). CARRILLO (1988), SÁNCHEZ FERRIZ (2004, 166 y ss), PÉREZ ROYO (1999, 26 y ss). Más recientemente, *vid.* GALDÁMEZ MORALES (2021).

¹⁷ Así pues, el objeto protegido se conforma por «la información que, siendo veraz, ofrezca interés público para la recta conformación de una opinión pública libre» SÁNCHEZ FERRIZ (2004, 46).

¹⁸ Tal como ha señalado en TC, entre otras, en la (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ.º 4).

¹⁹ La existencia de dicha confusión se ha plasmado en la jurisprudencia, viéndose obligado el TC a aclarar la cuestión de la titularidad de la libertad de información. Al respecto, véase la STC 78/1995, de 22 de mayo, FJ.º 3, en el que aclara tajantemente que «no puede compartirse el giro efectuado por la Sentencia dictada en sede de apelación al considerar, que «la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo tuvo por objeto el conflicto existente entre el derecho del acusado a la libertad de información y el derecho de los querellantes al honor (fundamento jurídico 1.º de la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 12 de junio de 1993); ni, mucho menos, la afirmación, contenida en el fundamento jurídico 2.º de esta última resolución, de que este Tribunal Constitucional «considera que en el art. 20 se distingue entre un derecho para el común de los ciudadanos, en su apartado a), y otro para los profesionales de la comunicación, en el d)» (...).

ción de la información que parece entenderse en clave enteramente pasiva y dependiente de la del profesional que la comunica²⁰.

No obstante, el escenario en que hoy se ejercen las libertades comunicativas tiene características distintas al que tradicionalmente le ha sido propio. La sociedad tecnológica de la información ha traído consigo nuevas pautas de comportamiento, propiciadas por la dinámica de las redes sociales, como cauces principales de la comunicación en la actualidad (Teruel Lozano, 2017, 77 y ss).

Tradicionalmente, el proceso de comunicación se ha desarrollado a través de la prensa, radio y televisión, pero ahora Internet ocupa un rol estratégico y protagonista. En esta línea, hemos pasado de la verticalidad y unidireccionalidad a un proceso de comunicación regido por la multidireccionalidad, la interactividad, el anonimato y la instantaneidad, entre otras (Teruel Lozano, 2017, 76-77; Aba Catoira, 2020, 126).

Tales cambios afectan a cómo se desarrollan en la actualidad las relaciones interpersonales en el proceso de comunicación y, en definitiva, al propio modo en que se ejercen las libertades de expresión e información. Por un lado, las grandes plataformas digitales se han convertido en espacios populares, abiertos para el debate y el desarrollo del proceso comunicativo. Por otro lado, ese salto tecnológico ha supuesto también una ruptura en torno a algunos parámetros clásicos de la comunicación. Con ello, se observa que el requisito de la veracidad de la información²¹ resulta ciertamente difícil de mantener en un contexto en el que existe una tendencia subrepticia (que se aprovecha de las propias características de Internet) para imponer una carga emocional y subjetiva a la información²² (Balaguer Callejón, 2020).

²⁰ En tal sentido, *vid.* VILLAYERDE MENÉNDEZ (2003, 134).

²¹ Como indica PAPA (2020, 270), «hoy parece que no es fácil –con la excepción de que nos limitemos a usar solo los periódicos en línea registrados o dedicar especial atención a los sitios de los que se extraen las noticias–, distinguir lo que en Internet es información de lo que podría definirse como «externalización de una idea personal asumida como si fuera un hecho». Subrayan el problema de la veracidad de la información en Internet, entre otros, LÓPEZ DE LERMA GALÁN (2018, 455), ESCOBAR ROCA (2009, 834).

²² Este fenómeno se conoce como posverdad. «La posverdad nos introduce en el terreno de la percepción subjetiva de la realidad, donde las creencias y las convicciones individuales pesan más que la objetividad de los hechos demostrados. Aunque los datos pongan en evidencia el error de una creencia, el ser humano tenderá no a dudar de ella, sino de los hechos que la cuestionan» BLANCO ALFONSO (2020, 177).

Así pues, frente a la certeza que brinda la veracidad de la información, existe hoy una tendencia a desacreditarla –vía desinformación, *fake news*, control y/o filtrado de contenidos...– que resulta preocupante por la afección que genera en el pluralismo, en la democracia y en la posición de la ciudadanía frente al poder público. En tal sentido, puede subrayarse que «la dependencia de la publicidad (...), los procesos de concentración y la relación cada vez más estrecha entre información y poderes políticos están sofocando al pluralismo y, junto con éste, a la libertad de información misma» FERRAJOLI (2004, 132).

Asimismo, el escenario digital también advierte un cambio en los roles tradicionalmente atribuidos a los sujetos activos y pasivos de la comunicación. Esto es, los profesionales de la comunicación ya no absorben el rol activo de la comunicación²³, sino que la ciudadanía también actúa como informante público o *watchdog* gracias a las herramientas y la facilidad que brinda el medio digital. En este contexto resulta necesario reforzar la dimensión institucional de la libertad de información en lo relativo a hechos noticiables, para contrarrestar los desequilibrios producidos por el fenómeno desinformativo. Pero, sobre todo, para subrayar que «la democracia se asienta sobre un debate público, plural e *informado*» (Serra Cristóbal, 2021, 202). Este último aspecto, que la sociedad esté informada, difícilmente puede conseguirse en el contexto digital a partir de la visión clásica expuesta de la libertad de información. En este punto, cabe subrayar la insostenibilidad dogmática que implica seguir manteniendo la protección de las libertades comunicativas desde la posición del sujeto activo. «El modelo dogmático en este nuevo paradigma, ha de ser el que afronta aquella cuestión desde la perspectiva del sujeto pasivo del proceso comunicativo, la del receptor de ideas, opiniones e información» (Villaverde Menéndez, 2003, 125).

Todo lo dicho lleva a afirmar que la visión desde la que los operadores jurídicos han venido enfrentando durante años el estudio y análisis constitucional de la libertad de información ha seguido la lógica propia del contexto analógico y, parte de las asimetrías que encontramos hoy en este ámbito, derivan también de una falta de adecuación de dicha libertad al espacio virtual.

Actualmente nuestro ordenamiento no ampara la recepción de información como libre búsqueda de la misma (*motu proprio*), sino como el derecho a recibir aquella información que ya forma parte del proceso de comunicación por estar ya difundida por terceros. Esta dimensión receptora es la que se entiende más falta de profundización en el marco del constitucionalismo actual, pues «el modelo tradicional de industria cultural ha de convivir necesariamente con un público activo, policonsumidor de medios y que crea incesantemente nuevos espacios de generación de informaciones y opiniones (...)» (López García, Boix Palop, 2005, 89). De ahí que resulte oportuno plantear una revisión conceptual dirigida a dotar de mayor protagonismo a la posición del re-

²³ En este mismo sentido, cabe destacar que «la comprensión jurídica clásica de la libertad de información —y sus límites— ha quedado obsoleta. Aunque efectivamente, el art. 20 CE reconoce el derecho —del que son titulares todos los ciudadanos— a «emitir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», la delimitación de su contenido toma como referente a los periodistas y medios de comunicación convencionales; actores que en el escenario actual han perdido el monopolio de la construcción de la opinión pública, en la medida en que, las redes, han roto la unilateralidad del discurso informativo».

ceptor de la información. En definitiva, se trataría de favorecer un mayor paralelismo entre la comunicación y la recepción de la información ²⁴.

El cambio de paradigma apuntado sería viable en la medida en que se abriera a la interpretación constitucional del precepto la inclusión del ciudadano informante. Esto es, la posibilidad de interpretar más abierta y extensivamente la libertad de recibir información pública, no solo desde la perspectiva pasiva y limitada expuesta, sino amparando también la modalidad del receptor activo, demandante de información. Esta visión encuentra fundamento en la propia interpretación evolutiva de la libertad de información del art. 10 CEDH, a partir de la jurisprudencia del TEDH. De este modo, aunque la perspectiva asumida por la jurisprudencia constitucional en España diste de la internacional expuesta, debe ser un argumento a tener en cuenta para la interpretación evolutiva de la libertad de información en la sociedad de la información.

3 EL ART. 10.2 CE EN EL MARCO DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS Y SU APLICACIÓN POR PARTE DEL TC EN EL CASO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

3.1 Aproximación general a la función y límites del art. 10.2 CE

El estudio multinivel de los derechos confiere una posición especial al art. 10.2 CE en lo que se refiere a su interpretación *ad extra*, conforme al contexto internacional ²⁵.

Sin ánimo de profundizar sobre la conocida función hermenéutica del art. 10.2 CE debe, siquiera, recordarse su importante función de «norma puente» (Castellà Andreu, 2001, 142) para la apertura de nuestro ordenamiento jurídico al contexto internacional en la interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos. Así pues, su esencia aperturista puede situarse en la

²⁴ Esta idea se ve reforzada si se atiende al propio principio de transparencia y de legitimidad democrática en el paradigma actual ya que, en efecto, así puede apreciarse la insuficiente conceptualización que deriva de la recepción de la información, *ex art.* 20.1.d) CE, como mera obtención/recepción pasiva de la misma. Los principios de transparencia y legitimidad democrática permiten suscribir la necesaria relectura del art. 20.1.d) CE, con el objeto de garantizar una sociedad informada y una ciudadanía que participe de la labor fiscalizadora (informativa) que le es propia.

²⁵ Entre otros, sobre el vínculo entre el sistema multinivel de protección de los derechos y el art. 10.2 CE, CARRILLO (2020, 418).

«interacción como paradigma constitutivo en la edificación de un sistema europeo de protección de los derechos fundamentales» (Schillaci, 2012).

Ahora bien, la «significativa potencialidad normativa» del art. 10.2 CE (Preciado Domènech, 2016, 122) y su importante labor integracionista y conciliadora en la interpretación multinivel de los derechos encuentra una serie de limitaciones. Dichas limitaciones han sido reiteradamente expuestas en la jurisprudencia del TC y en la práctica constriñen la operatividad del precepto. De la jurisprudencia del TC encontramos dos límites esenciales al art. 10.2 CE. Por un lado, el art. 10.2 CE no permite considerar los tratados sobre derechos humanos como canon autónomo de validez de las normas internas²⁶. En todo caso, serán las normas constitucionales internas las que determinen el régimen de protección de los derechos constitucionalmente reconocidos, con independencia de que el derecho en cuestión ostente una mayor o menor protección en el ámbito internacional. Por otro lado y consecuencia de lo anterior, el art. 10.2 CE no sirve para crear nuevos derechos fundamentales que no cuenten con previo reconocimiento constitucional²⁷ (Matia Portilla, 2012, 372).

Tales limitaciones constituyen en la práctica un obstáculo para considerar el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental a partir de su interpretación internacional, al no ubicarse entre los derechos fundamentales positivados en la Constitución. Empero, aunque el precepto no sirve para crear derechos al margen de la Constitución, puede admitirse su capacidad para actualizar²⁸ el contenido de los consagrados en ella, a través del reconocimiento de nuevas dimensiones que dimanen de su evolución en forma, espacio y tiempo²⁹. Acorde con el principio *favor libertatis*, el art. 10.2 CE ayuda

²⁶ Entre otras, por todas, pueden consultarse las sentencias del TC (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ.º 5), (STC 118/2019, de 16 de octubre, FJ.º 6), (STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ.º 6); (STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ.º 8).

²⁷ Es decir, la accionabilidad del art. 10.2 CE solo despliega sus efectos respecto a derechos fundamentales existentes, que ya cuentan con previo reconocimiento constitucional en nuestro ordenamiento. El TC ha reiterado en su jurisprudencia que el art. 10.2 CE «no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución». Véanse en tal sentido, por todas, Cfr. (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ.º 5), (STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ.º 8).

²⁸ El precepto ha llegado a definirse como una «cláusula de actualización de los derechos constitucionales» SÁNCHEZ-MOLINA (2018, 82). Sin embargo también se ha cuestionado la capacidad del art. 10.2 CE para convertirse en instrumento permanente de actualización de los derechos fundamentales, *vid.* GAVARA DE CARA (2016, 41).

²⁹ Sobre la capacidad del art. 10.2 CE de ampliar el contenido de los derechos fundamentales a través del reconocimiento de nuevas dimensiones, pueden verse, entre otros, por todos, *vid.* SAIZ ARNAIZ (2018, 233), CUENCA GÓMEZ (2012), BALAGUER CALLEJÓN (2001, 100-101), ARZOS SANTISTEBAN (2014, 177 y ss).

a «elegir la interpretación más favorable a los derechos y puede ir de la mano de su interpretación evolutiva» (Canosa Usera, 2013, 145), sirviendo así para concretar el alcance y contenido esencial de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Por tal motivo, dichas limitaciones no deben impedir la instrumentalización entre el derecho de acceso a la información y la libertad de información, *ex art.* 20 CE, a partir de su interpretación evolutiva conforme al contexto internacional. Esta visión resulta lógica con un estándar de protección del derecho capaz de advertir sus matices en una sociedad democrática y tecnológica avanzada.

3.2. El caso del derecho de acceso a la información pública y la posición ambivalente del TC en torno a la operatividad del art. 10.2 CE

Vista la capacidad hermenéutica *ad extra* de los derechos que brinda el art. 10.2 CE, así como los límites que ha derivado el TC sobre dicho precepto, se expondrá a continuación: cuál es la situación actual del derecho de acceso en la jurisprudencia constitucional y, más aún, cuál debería ser a partir de las conclusiones obtenidas sobre la base de otros ejemplos en los que el TC ha recurrido a la interpretación evolutiva de los derechos (en su mayoría *ex art.* 10.2 CE).

Desde la aprobación de la LTAIBG se han suscitado hasta el momento pocos asuntos que hayan llegado al TC sobre el derecho de acceso a la información pública, y en todo caso, no han provocado el interés del TC para pronunciarse sobre su naturaleza jurídica³⁰. En parte, ello encuentra sentido si atendemos a la configuración del derecho en cuestión. Lo cierto es que al haberse regulado como un derecho de mera configuración legal se ha excluido hasta ahora la formulación y admisión de recursos de amparo por vulneración del derecho de acceso a la información³¹.

³⁰ En este sentido el TC solo ha venido a ratificar la configuración actual del derecho conforme a la regulación actual. Concretamente ha señalado que «el alcance subjetivo y objetivo sobre el que se proyecta el derecho de acceso a la información pública en la Ley estatal evidencia un extenso desarrollo del principio constitucional de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos [art. 105 b) CE] –como destaca su exposición de motivos–, al incrementar la transparencia de la actividad de todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, configurando ampliamente el derecho de acceso del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud» (STC 104/2018, de 4 de octubre, FJ.º 5).

³¹ De hecho, existe algún antecedente donde en el marco de un recurso de amparo se alegaba la vulneración del art. 105 CE junto a otros preceptos de la Constitución. No obstante, el TC limitó su argumento a la ubicación sistemática del precepto, al entender que el art. 105 es inadecuado para fundamentar una petición de amparo al no encontrarse entre los amparados en el art. 53.2 CE.

Resulta criticable que el TC aun no haya reinterpretado la libertad de información a la luz de los avances internacionales existentes. No se comparte que el TC no se inspire ni se adhiera a la doctrina del TEDH, pues ello permitiría interpretar el acceso a la información pública como *prius* de la libertad de recibir información. No obstante, si se atiende a las limitaciones que el TC ha derivado del art. 10.2 CE su postura resulta criticable, aunque no injustificada o inesperada.

Dichas limitaciones se ven reflejadas claramente en la fina línea que separa la inviabilidad de creación de nuevos derechos fundamentales y la viabilidad de actualización de aquellos que sí están garantizados en la Constitución. Así pues, en el caso del acceso a la información subyace el debate sobre si nos encontramos frente a un «nuevo derecho» (opción irreconciliable *ex art* 10.2 CE) o, por el contrario, frente una «actualización necesaria» en el marco del art. 20.1.d) CE. La cuestión que subyace de fondo en ambos supuestos es que tanto en el caso de la creación como de la adaptación de los derechos nos situamos frente a nuevas dimensiones que recaen sobre aspectos de actualidad, precisamente por referirse a nuevas necesidades sociales que, lógicamente, no pueden estar constitucionalmente reconocidas. Ésta es la razón por la que la casuística cobra especial relevancia en este aspecto hermenéutico y por la que hay que estar a las circunstancias de cada caso para ver cuál es la posición del TC. La jurisprudencia del TC en este punto podría calificarse de ambivalente, al haber supuestos donde el art. 10.2 CE le ha servido como inspiración hermenéutica para asumir en el ámbito interno la doctrina del TEDH, y otros donde por el contrario niega esta opción, al regirse por los límites expuestos.

Para justificar esta idea se mencionarán una serie de ejemplos que, además, servirán para apreciar la relevancia del derecho de acceso a la información pública como manifestación de la libertad de información, conforme al criterio de la interpretación evolutiva de los derechos. Cabría comenzar haciendo alusión al derecho fundamental a la protección de datos, inferido por el TC del art. 18.4 CE. Aquí nos encontramos frente a un supuesto en el que pese a no existir mención expresa en la Constitución, el TC ha amparado la protección de datos como un derecho fundamental *ex art*. 18.4 CE, utilizando como argumento de apoyo el art. 10.2 CE (en su paradigmática STC 292/2000, de 30 de noviembre)³².

En segundo lugar, aunque no se trate de un caso de aplicación del art. 10.2 CE es interesante destacar brevemente la iusfundamentalización que ha efectuado el TC del art. 119 CE para el supuesto de la asistencia jurídica

³² Este recurso permite en efecto al TC justificar, en base a los instrumentos internacionales aplicables que la naturaleza que corresponde al derecho es la de iusfundamental. *Vid.* (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ.º 8)

gratuita en caso de falta de medios económicos como instrumental para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE³³. Este caso guarda cierto paralelismo con el supuesto del acceso a la información pública: se trata de un derecho de carácter legal *ex art.* 119 CE que, pese a estar ubicado fuera de la Sección I del Capítulo II del Título I, ha sido reconocido por el TC como instrumental para la efectividad de un derecho fundamental, como es la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)³⁴.

En tercer lugar, podría citarse como supuesto especialmente reseñable vinculado a la interpretación integracionista del art. 10.2 CE por parte del TC, el supuesto de la protección acústica frente al ruido como manifestación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. En este caso, el TC se ha apoyado *ex art.* 10.2 CE en la jurisprudencia del TEDH, con cita en asuntos concretos en los que el TEDH ha amparado la protección frente a inmisiones de ruido excesivas en el marco del derecho al respeto al domicilio (art. 8 CDFUE)³⁵.

Los ejemplos mencionados son supuestos de clara adaptabilidad de los derechos, en su mayoría reconducibles por vía del art. 10.2 CE, a los desarrollos efectuados en sede internacional. Se trata de casos en los que el TC ha adoptado una posición integracionista y abierta al reconocimiento de nuevas perspectivas de los derechos, favoreciendo su interpretación evolutiva en el tiempo y contexto en que se aplican.

No obstante la posición del TC respecto de la capacidad de acción del art. 10.2 CE no es lineal. También existen ejemplos en los que se aprecia la visión más constreñida del TC sobre el art. 10.2 CE y apegada a los cánones internos. En este caso, el ejemplo paradigmático por excelencia es el caso del derecho a la reagrupación familiar como manifestación del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE, en el que el TC apela a las limitaciones del art. 10.2 CE. En este supuesto el TC considera que al margen de la protección dispensada en el ámbito internacional, puesto que el derecho a la reagrupación familiar se reconoce por el TEDH como una manifestación de los inmigrantes

³³ Entre otras, *vid.* (STC 180/2003, de 13 de octubre, FJ 2), (STC 183/2001, de 17 de septiembre), (STC 95/2003, de 22 de mayo), (STC 16/1994, de 20 de enero), (STC 117/1998, de 2 de junio).

³⁴ En la misma línea, sucede que el acceso a la información pública se ha configurado *ex art.* 105 CE como derecho de carácter legal, que debería instrumentalizarse como presupuesto de la libertad de recibir información (art. 20.1.d) CE en los supuestos en los que concurren los requisitos desarrollados conforme a su interpretación internacional.

³⁵ La remisión que en este sentido efectúa el TC en la (STC 16/2004, de 23 de febrero), a la jurisprudencia del TEDH basándose en el art. 10.2 CE, se recoge especialmente en las SSTEDH asunto *López Ostra c. Reino de España*, de 9 de diciembre de 1994; asunto *Guerra y otros c. Italia*, de 19 de febrero de 1998; asunto *Hatton y otros c. Reino Unido*, 8 de julio de 2003.

a desarrollar su vida en familia, en el marco del respeto a la vida privada y familiar, *ex art. 8 CEDH*, los tratados internacionales no son canon autónomo de validez de las normas internas³⁶. Así pues, al margen de lo interpretado por el TEDH, el TC forma su posición sobre la base de que en nuestra Constitución no existe tal derecho, atendiendo como único parámetro a las normas internas³⁷. –Concurre un supuesto similar en el Auto 40/2017 dictado más recientemente por el TC, en el que niega de forma expresa acogerse a la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre la vida privada en el marco del derecho a la intimidad–.

No obstante, al igual que en casos anteriores, habría sido posible realizar un paralelismo en nuestro ordenamiento interpretando el derecho a la reagrupación familiar como una manifestación encuadrable en el derecho fundamental a la intimidad familiar del art. 18.1 CE³⁸. Ello ha llevado a afirmar en el supuesto de la reagrupación familiar que «la construcción del Tribunal Constitucional soslaya la perspectiva del ordenamiento europeo, cuya eficacia no es solo interpretativa de los derechos por la vía del art. 10.2 CE, sino aplicativa (...), e imposibilita seguir manejando construcciones puramente internas sin atender a las ampliaciones del contenido de los derechos fundamentales que derivan de éste» Montilla Martos (2009, 194-195).

Si comparamos el caso de la reagrupación familiar y el acceso a la información pública nos encontramos en ambos supuestos frente a un derecho no mencionado expresamente en la Constitución³⁹, pero que guarda una clara conexión con la garantía y ejercicio efectivo de un derecho fundamental. Asimismo, en ambos casos existen importantes avances interpretativos en el contexto internacional que, no obstante, se ven obstaculizados por una jurisprudencia del TC constreñida por criterios estrictamente internos.

Los ejemplos traídos a colación tratan de impulsar el salto en pro de una interpretación evolutiva de la libertad de información (art. 20.1.d) CE) que ampare el acceso a la misma (art. 105.b) CE) como presupuesto para su efectividad en el contexto digital y multinivel, *ex art. 10.2 CE*. Esta opción permite

³⁶ *Vid.* (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ.º 11).

³⁷ Concretamente señaló en tal punto el TC que «la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contraste con la de este Tribunal, ha deducido de aquel precepto un «derecho a la vida familiar», que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (...) nuestra Constitución no reconoce un «derecho a la vida familiar» en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE».

³⁸ Este polémico pronunciamiento del TC resulta de la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

³⁹ Nótese que el art. 105.b) CE no se refiere expresamente al acceso a la información pública, sino a los «archivos y registros administrativos».

reforzar la libertad de información en un contexto difuso en el que ya no basta con la mera concepción pasiva de la libertad de recibir información.

4. CONCLUSIONES

El trabajo ha tratado de poner de manifiesto los desfases que actualmente muestra el art. 20.1.d) en base a dos elementos esenciales: Por un lado, la impronta tecnológica y de la información actual permite cuestionar los roles activos y pasivos tradicionalmente asociados al proceso de comunicación en el marco de la libertad de comunicar y recibir la información. Esta idea conecta con el segundo elemento, cual es la interpretación de la libertad de recibir información conforme al contexto internacional, gracias a la apertura que brinda el art. 10.2 CE.

La casuística analizada a propósito de la posición del TC sobre la funcionalidad integradora o de límite del art. 10.2 CE ha tratado de trasladar al supuesto concreto la posible instrumentalización entre el art. 105.b) CE y el art. 20.1.d) CE, conforme al art. 10.2 CE. Aquí se abre una opción interpretativa que conjuga el respeto por la normatividad de un consagrado derecho fundamental como es el art. 20.1.d) CE y la necesaria actualización de su contenido a la luz del art. 10.2 CE. La vinculación entre el art. 105 y el 20 CE es evidente en su esencia, igual que la que existe entre el art. 119 y 24 CE. Y no resulta posible interpretarlo de otra manera a cómo se ha hecho en el contexto multinivel.

No obstante, lo cierto es que el TC no se ha visto llamado aun a desarrollar la interpretación del derecho de acceso a la información como una manifestación de la libertad de información, en una revisión del contenido esencial de esta última. Resulta llamativo que el TC no impele la defensa del acceso a la información de conformidad con la interpretación internacional del mismo, constriñendo su aportación a la mera formalidad de que su ubicación sistemática en el art. 105.b) CE lo excluye de las garantías propias de los derechos fundamentales. Ahora bien, del ejemplo de la asistencia jurídica gratuita se ha visto que la ubicación sistemática de un derecho fuera de la Sección I del Capítulo II del Título I de la CE, por sí misma, no impide que pueda iusfundamentalizarse cuando actúe como presupuesto para el ejercicio de un derecho fundamental. Esto mismo cabría afirmarse respecto del acceso a la información pública, ubicado fuera del Título I de la Constitución, pero instrumentalizado como una necesaria dimensión actualizada de la libertad de recibir información del art. 20.1.d) CE cuando concurren los requisitos de iusfundamentalidad desarrollados por el TEDH. Esto es: la finalidad de la so-

licitud, interés público de la información, rol del solicitante y que la información esté lista y disponible.

Con todo, la jurisprudencia constitucional según la cual no pueden derivarse nuevos derechos de la apertura al contexto internacional (vía art. 10.2 CE), no impide la posible concreción por esa vía de nuevas manifestaciones de derechos fundamentales ya consagrados (como en este caso sucede con la libertad de información del art. 20.1.d) CE). No se trata de reconocer la iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información simplemente porque lo haga el TEDH sino de considerar la evolución de su contenido atendiendo a lo reconocido en un contexto multinivel. De este supuesto no se deriva un nuevo derecho fundamental sino una manifestación actualizada del art. 20.1.d) en el contexto de la sociedad de la información. Ahora bien, se puntualiza que la iusfundamentalidad del acceso a la información no le viene dada por el art. 10.2 CE, pues no es ésta su función. Dicha iusfundamentalidad vendría justificada en el vínculo ineludible existente entre el art. 105 y 20 CE interpretados conforme al art. 10.2 CE.

En todo caso, la concepción mantenida por el TC vendrá motivada por la interpretación integracionista o de límite que, en el caso concreto del acceso a la información pública y la libertad de información, otorgue al art. 10.2 CE. Por su parte, la opción integracionista deberá ir motivada por una relectura de la clásica dimensión pasiva de la libertad de información. Así las cosas, cabe esperar que el TC se adhiera a los avances internacionales, favoreciendo la interpretación del acceso a la información pública como una manifestación democrática esencial de la libertad de recibir información.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABA CATOIRA, A. (2020). «Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático», *Revista de Derecho Político*, n.º 109.
- ARZOS SANTISTEBAN, X. (2014). *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2001). «Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos», en Aparicio, M. A. (Coord.) *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona.
- (2008). «Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, Dykinson.

- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2020) «Interpretación constitucional y populismo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 33.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VILLAYERDE MENÉNDEZ, I. (1998) *Libertades de expresión e información y medios de comunicación (prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998)*, Aranzadi, Pamplona.
- BLANCO ALFONSO, I. (2020). «Posverdad, percepción de la realidad y opinión pública. Una aproximación desde la fenomenología», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 187.
- BLANES CLIMENT, M. A. (2014). *La transparencia informativa de las Administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona.
- CANOSA USERA, R. (2013). «Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales», Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- CARRILLO, M. (1988). «Derecho a la información y veracidad informativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 23.
- (2020). «Los Derechos Humanos en la jurisdicción española», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 276.
- CASTELLÀ ANDREU, J. M. (2001). «El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales», en APARICIO, M. A (Coord.) *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona.
- COTINO HUESO, L. (2017). «El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 40.
- (2021). «Los derechos fundamentales de acceso a la información pública, sus límites y la supletoriedad de la legislación general de transparencia», en COTINO HUESO, L.; BOIX PALOP, A. *Los Límites al Derecho de Acceso a la Información Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CUENCA GÓMEZ, P. (2012). «La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno: La interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española», *Revista de Estudios Jurídicos*, versión electrónica, n.º 12.
- DE VERGOTTINI, G. (2011). «El diálogo entre Tribunales», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28.
- ESCOBAR ROCA, G. (2009). «Derechos y principios constitucionales de la comunicación pública en el ciberespacio», en Torres del Moral, A. (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2017). «El derecho fundamental de acceso a la información pública», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 13.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2021). *El derecho de acceso a la información pública en España*, 2.ª edición, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona.

- FERNÁNDEZ VIVAS, Y. (2015). «Debatiendo: La influencia de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos «Claude Reyes contra Chile» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 9.
- FERRAJOLI, L. (2004). «Libertad de información y propiedad privada», en CARBONELL, M (Coord.) *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Editorial Porrúa, México.
- GALDÁMEZ MORALES, A. (2021). «Derecho a la verdad y cánones de veracidad», *Estudios de Deusto*, vol. 69, n.º 2.
- GAVARA DE CARA, J. C. (2016). «Los derechos fundamentales: valoración y posibles modificaciones», en Freixes Sanjuán, T.; Gavara De Cara, J. C. *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte Primera*, BOE, Madrid.
- GUICHOT REINA, E. (2020). «Cuestiones generales» en Guichot Reina, E.; Barrero Rodríguez, C., *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- HERNÁNDEZ RAMOS, M. (2018). «El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH: un derecho instrumental imprescindible para la eficacia del convenio desde la teoría general de los derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42.
- LÓPEZ DE LERMA GALÁN, J. (2018). «El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional. El ejercicio profesional del periodismo como garantía democrática», *Estudios de Deusto*, vol. 66, n.º 2.
- LÓPEZ GARCÍA, G.; BOIX PALOP, A. (2005). «Derecho y cuarto poder en la era digital», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n.º 130.
- MATIA PORTILLA, J. (2012). «¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 C. E», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 94.
- MONTILLA MARTOS, J. A. (2009). «El derecho a la reagrupación familiar», en AJA, E. (Dir.) *Los derechos de los inmigrantes en España*, Instituto de Derecho Público, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PAPA, A. (2020). «El derecho a ser informados en el marco de la tutela multinivel de la libertad de expresión», en Häberle, P.; Balaguer Callejón, F.; Wolfgang Sarlet, I, et al (Coords.) *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Aranzadi.
- PÉREZ CONCHILLO, E.; CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, P.; GONZÁLEZ MORO, A., et al. (2022). «Panorámica jurisprudencial sobre el derecho de acceso a la información pública en el ámbito europeo», *Revista de Derecho Político*.
- PÉREZ ROYO, J. (1999). «Derecho a la información», *Boletín de la ANABAD XLIX*, n.º 3-4.
- PERNICE, I. (2012). «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 17.

- PIÑAR MAÑAS, J. L. (2017). «El fortalecimiento de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública como objeto de la Ley 19/2013», en Troncoso Reigado, A (Dir.) *Comentario a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, Aranzadi.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2016). *Interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona.
- RAMS RAMOS, L. (2013). «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 160.
- (2014). «La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía del ciudadano hasta su (posible) consideración como derecho fundamental», en Soriano García, J. E (Dir.) Estepa Montero, M (Coord.) *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. 1, Iustel.
- (2021). «La protección de la identidad de los denunciantes en los expedientes sancionadores. Su carácter de límite ante el ejercicio del derecho de acceso a la información» en Cotino Hueso, L.; Boix Palop, A. *Los Límites al Derecho de Acceso a la Información Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ROLLNERT LIERN, G. (2014). «El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la Ley de transparencia», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 34.
- ROSADO IGLESIAS, G. (2009). «El estatuto jurídico de los profesionales de la información», en Torres Del Moral, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. (2021). «La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa», *Revista de Derecho Político*, n.º 110.
- SAIZ ARNAIZ, A. «Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», en Rodríguez-Piñero Y Bravo Ferrer, M., y Casas Baamonde, M. E (Dirs.) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo I*. Wolters Kluwer, BOE, Madrid, 2018.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (2021). *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Thomson Reuters, Aranzadi.
- SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. (2022). *El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino. O, cómo convertir la carretera de la transparencia en una autopista*, Fragua, Madrid.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2004). *Delimitación de las libertades informativas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ-MOLINA, P. (2018). «Artículo 10», en Gómez Sánchez, Y (Coord.) *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona.
- SCHILLACI, A. (2012). «Los derechos fundamentales en la interacción constitucional europea», *Revista de Derecho Constitucional Europea*, n.º 17.

- TERUEL LOZANO, G. M. (2017). «Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n.º 12.
- URÍAS MARTÍNEZ, J. (2009). *Lecciones de derecho de la información*, 2.ª edición, Tecnos, Madrid.
- VILLAYERDE MENÉNDEZ, I. (2003). «Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «procesos de comunicación pública»», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 68.

IL PNRR E LA PARITÀ DI GENERE NEL MONDO DEL LAVORO: UN'INDAGINE ALLA LUCE DELLA L. N. 162 DEL 2021

NANNEREL FIANO¹
Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. *Lavoro e fattore D nella crisi pandemica da Covid-19.*–2. *Un nuovo orizzonte «solidale» per la parità di genere? Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.*–3. *Le misure finalizzate alla parità di genere nel mondo del lavoro.*–4. *La l. n. 162 del 2021.* 4.1 *Il linguaggio rispettoso del genere nella PdR 125/2022.* 5. *Conclusioni.*

1. LAVORO E FATTORE D NELLA CRISI PANDEMICA DA COVID-19

La diffusione della pandemia ha portato le donne a soffrire di forti discriminazioni «multilivello»².

Con riferimento alla dimensione socioeconomica, le donne hanno perso il lavoro perché vittime, più degli uomini, di un contesto lavorativo fortemente precario³: se il lavoro, da intendersi quale «attiva partecipazione alla realizzazione del progetto politico costituzionale», è in grado di determinare, di fatto,

¹ Ricercatrice in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano.

² Rispetto alla condizione femminile, si è fatto riferimento a una c.d. *doppia discriminazione*. Cfr. CATELANI, D'AMICO (2020). Per uno studio su tale condizione «di fondo» cfr. D'AMICO (2020a).

Si consideri che, ad oggi, si somma alla crisi pandemica anche la crisi bellica.

³ Come noto, le donne «costituiscono quasi il 70% della forza lavoro nella sanità, pur essendo sotto-rappresentate nei processi di *leadership* e decisionali nel settore sanitario». Cfr. ALLERI, CONGEDUTI, PITTARELLO, STANGHERLIN (2020).

Per un'analisi sull'impatto del Covid-19 sull'economia (in una prospettiva di genere e considerando le misure adottate dall'Unione Europea) cfr. CIANCIO (2021, 73).

lo status del cittadino che trova la sua disciplina all'articolo 4 della Costituzione togliere»⁴, tale specifica posizione è stata compressa, non solo nella fase più acuta della pandemia, ma anche nella fase di convivenza con il virus⁵.

Le misure adottate dal Governo, nella fase più acuta della pandemia, pur avendo previsto «congedi parentali straordinari al 50% o in alternativa i bonus baby sitter»⁶, non hanno garantito una «reale parificazione di genere nella gestione delle nuove esigenze familiari»⁷, anche e soprattutto alla luce dell'assenza della previsione, in capo ai padri, di incentivi a usufruire del c.d. «congedo Covid».

Ha avuto un'incidenza fortemente negativa anche lo *smartworking* – che si è sommato al lavoro domestico (Cfr. D'Amico, 2020b, 32) – il quale, di fatto, sembrerebbe avere «sconciliato»⁸ vita lavorativa e vita privata.

In buona sostanza, la pandemia ha esercitato un impatto molto forte su chi era già discriminato: infatti, lo Stato avrebbe adottato misure uguali per tutti, così trasformando «il diritto a un'istruzione pubblica in un diritto usufruibile online». Lo *smartworking* «si è trasformato in una trappola lavorativa» (Cfr. D'Amico, 2020b, 29-30).

Eppure, come è stato autorevolmente scritto, l'uguaglianza non è mai un «insieme omogeneo»: la sua concretizzazione implica strade differenziate in relazione alla persona e al contesto di riferimento (Cfr. Silvestri, 2021, 28).

Anche la realizzazione della dignità della persona richiede politiche differenziate e mirate, considerando nel «concreto» la persona umana⁹, non solamente in astratto.

Sarebbe forse stata più coerente, dal punto di vista della «tenuta» dell'architettura costituzionale e, nello specifico, nell'ottica di attuazione del principio di solidarietà da intendersi quale risultato del combinato disposto di cui all'art. 2 Cost e 3, comma secondo, Cost., la previsione di normative che contenessero la «valutazione *ex ante* dell'impatto di genere» (Cfr. Poggi, 2021, 113), oltre che di politiche di genere strutturali e (come, peraltro, indicato e promosso nello stesso PNRR).

⁴ Così CAVINO (2018, 189), sui dei doveri inderogabili di solidarietà e l'efficacia immediata del dovere costituzionale di lavorare.

⁵ Cfr. SASO (2021), che descrive la persistenza delle disparità in campo lavorativo.

⁶ Cfr. il documento «La parità di genere per contrastare la violenza sulle donne e far ripartire l'economia. Le politiche del Governo a sostegno dell'occupazione femminile», pubblicato il 24 novembre 2020 dal MEF.

⁷ ALLERI, CONGEDUTI, PITTARELLO, STANGHERLIN (2020).

⁸ Con la diffusione del lavoro agile e della didattica a distanza, il tema della conciliazione rappresenta, a ben vedere, «un problema generale, di tutti e non solo delle donne». Cfr. F. ROSA (2021, 127).

⁹ Cfr. ancora SILVESTRI (2021, 27-28).

Lo strumento del *Recovery Plan*, come si vedrà nei paragrafi che seguono, ha reso, almeno in parte, la parità tra uomini e donne «meno ambigua»¹⁰, peraltro ri-espandendo, nella «consapevolezza che il cammino verso la parità, versolaconquistadeidiritticostituzionalièancoralungo» (D'Amico, 2020a, 329), anche la funzione connettiva del principio di solidarietà¹¹.

2. UN NUOVO ORIZZONTE «SOLIDALE» PER LA PARITÀ DI GENERE? IL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA

Come si è in parte già scritto, la contrazione subita dal genere femminile nella garanzia di diritti costituzionalmente garantiti ha conosciuto un parziale ribaltamento grazie alle politiche che hanno fondato il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

A dire il vero, però, già nel 2019 la questione «calda» dell'uguaglianza di genere è stata al centro dell'agenda delle Istituzioni europee: si pensi, in questo senso, all'impegno profuso da Ursula von der Leyen e Helena Dalli, Commissario per l'uguaglianza¹².

¹⁰ Per ragionare sul termine «parità ambigua» di D'AMICO (2020a).

¹¹ In «un contesto di forti disparità sociali ed economiche, non è pensabile, infatti, che la solidarietà possa affermarsi e diffondersi svolgendo proficuamente la sua funzione di connettore ordinamentale». Cfr. E. Rossi (2018, 30). Si veda, inoltre, con specifico riferimento alla pandemia F. BALAGUER CALLEJÓN (2020).

¹² «Equality is one of the EU's fundamental values and it is the bedrock to people's independence and freedom. Women and men deserve equal pay, treatment and opportunities.

While equal pay between men and women has been enshrined in EU treaties for more than 60 years, it is not fully implemented. Despite improvements to women's positions in social and professional life, pay differences remain wide and entrenched.

The factors behind the gender pay gap are manifold: care responsibility falls predominantly on women who consequently more often work part-time. Women often work in lower paid sectors and lower paid jobs within sectors. They face the problem of the corporate glass ceiling, and are paid less than men for performing the same work or work of equal value. This has a knock-on effect on their pensions which are also lower. Progress on narrowing the gender pay gap has been, and continues to be, slow.

Disregard for the equal pay principle remains untraced and a lack of pay transparency consistently puts women and some men at a disadvantage.

Through the proposal towards a Pay Transparency Directive earlier this year, the Commission aims to empower workers with concrete tools to assert their rights, and most importantly to strengthen the application of equal pay in companies.

Organisations that take the time to develop standards around pay transparency and compensation, are better placed to attract top talent and become tomorrow's leaders. Today's employees and young generations as well as tomorrow's workforce expect more from employers in terms of inclusion and fairness.

On this symbolic day the Commission calls upon the co-legislators to adopt the Pay Transparency Directive without undue delay.» https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_5806.

Coerentemente con la Strategia europea, il PNRR ha previsto una strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026, «contemplante cinque priorità (lavoro, reddito, competenze, tempo, potere)» (Cfr. Cerullo, 2021, 3).

Come è stato affermato, infatti, il PNRR¹³ si è posto l'obiettivo del raggiungimento della parità di genere in modo unico (poiché trasversale) attraverso investimenti in infrastrutture e servizi sociali, oltre che la garanzia all'accesso ai servizi di assistenza all'infanzia, considerando la dimensione della ricerca e dell'istruzione, soprattutto con riferimento alle materie STEM¹⁴ e della salute.

Le politiche di genere di cui si è fatto portatore il PNRR si pongono in linea con le parole di Maria Teresa Mattei in merito all'emancipazione femminile¹⁵.

E' tra le Missioni che compongono il Piano, è la quinta è dedicata alla coesione e all'inclusione e finalizzata ad investire nelle infrastrutture sociali, a rafforzare le politiche del lavoro, «il sistema duale e l'imprenditoria femminile»¹⁶, oltre che il miglioramento del sistema «di protezione per le situazioni di fragilità sociale ed economica, per le famiglie, per la genitorialità»¹⁷.

Altre Missioni promuovono strategie innovative di indagine delle politiche di genere.

La Missione 1, «si pone l'obiettivo di garantire pari opportunità sia nell'ambito della partecipazione al mercato del lavoro, sia nelle progressioni di carriera»¹⁸.

In questo senso, il Piano si propone di rompere il «soffitto di cristallo»¹⁹ promuovendo un «progetto di sostegno all'imprenditoria femminile» e un «intervento specifico di definizione di un Sistema nazionale di certificazione della parità di genere»²⁰, articolato nella definizione del sistema per la certificazione sulla parità di genere e dell'istituzione di un Tavolo di lavoro sulla certificazione,

¹³ Per una disamina sul rapporto tra parità di genere e Next Generation EU cfr. SALMONI (2020, 173-182).

¹⁴ Cfr. le politiche volte alla transizione digitale, rispetto alle quali il piano di governo «intende rafforzare l'istruzione professionale, in particolare il sistema di formazione professionale terziaria (ITS) e l'istruzione STEM, con una forte priorità sulla parità di genere».

Cfr. <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>, 18.

Con riferimento alle materie STEM e, in particolare, la carriera accademica nell'ambito medico, le donne hanno subito, secondo uno studio molto approfondito, un peggioramento dal punto di vista del quantitativo delle pubblicazioni. Cfr. ANDERSEN *et al* (2020). Per un'idea del tipo di lavoro che hanno affrontato le ricercatrici in campo scientifico cfr. SAMUK, BURCHI (2021).

¹⁵ «Nessun progresso sostanziale si produce nella vita di un popolo se esso non sia accompagnato da una piena emancipazione femminile». Cfr. PERTICI (2021, 43).

¹⁶ Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 15.

¹⁷ Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 15.

¹⁸ Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 36.

¹⁹ Si v. BONOMI ROMAGNOLI (2018). Per una panoramica generale sulle donne nelle posizioni decisionali in Europa cfr. FORNENGO, GUADAGNINI (1999).

²⁰ Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 201.

nella creazione di un «sistema informativo presso il Dipartimento con funzione di piattaforma di raccolta di dati disaggregati per genere e di informazioni sulla certificazione, nonché dell'albo degli enti accreditati» e, infine, nell'attivazione «di un sistema di certificazione sulla parità di genere a partire dal Q2 2022»²¹.

Come si vedrà, tale obiettivo interessa il presente lavoro e, in particolare, la l. n. 162 del 2021.

La Missione 4 dispone il «potenziamento dei servizi educativi dell'infanzia (3-6 anni) e l'estensione del tempo pieno a scuola, per fornire sostegno alle madri con figli piccoli e contribuire così all'occupazione femminile»²².

Infine, la Missione 6 prevede «il rafforzamento dei servizi di prossimità e di supporto all'assistenza domiciliare», così riducendo l'onere delle attività di cura²³.

Il PNRR prevede espressamente, tra gli obiettivi correlati, la parità di accesso nel reclutamento dei dipendenti pubblici²⁴.

In quest'ottica, non si può non considerare come le politiche del PNRR risentano molto di profili tipici del principio di solidarietà, da intendersi quale piena integrazione dell'individuo in un contesto che tende alla coesione sociale e che, d'altra parte, necessita di politiche differenziate in quanto diverse sono, inevitabilmente, le «premesse di fondo»²⁵.

3. LE MISURE FINALIZZATE ALLA PARITÀ DI GENERE NEL MONDO DEL LAVORO

Quando si intende ricostruire il quadro normativo italiano in tema di parità di genere nel mondo del lavoro, non è possibile non prendere le mosse dalle misure adottate nel campo della tutela della maternità²⁶.

²¹ Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 205.

²² Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 36.

²³ Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 37. Scrive di iniquo riparto del lavoro di cura ROSA (2021, 128). Sulle responsabilità di cura gravanti in capo alle donne cfr. POGGI (2021, 111).

²⁴ Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 46.

²⁵ Sull'investimento di carattere sociale come elemento importante di svolta cfr. BATTISTI (2019).

²⁶ Si segnala il decreto 31.12.2021 adottato dal Tribunale di Bologna su un ricorso proposto dalla Consiglieria Regionale di Parità per la Regione Emilia Romagna, che lamentava che la società LIS Group, appaltatrice di un servizio di movimentazione di capi di abbigliamento per la vendita on line presso un magazzino logistico di proprietà dell'impresa appaltante, avesse posto in essere un comportamento discriminatorio di carattere collettivo nei confronti in particolare di dipendenti con mansioni di «addette al magazzino», per essere state destinate ad un turno lavorativo non più con fascia oraria «centrale» dalle 8.30 alle 17.30, bensì a due turni alternanti, con fasce orarie il primo dalle 5.30 alle 13.30, il secondo dalle 14.30 alle 22.30». Cfr. CURCIO (2022).

La ragione è semplice: il processo di attuazione dell'art. 37 Cost. è stato, per lungo tempo, condizionato «dall'idea che i diritti della donna lavoratrice dovessero passare anzitutto, e soprattutto, per una legislazione speciale» (Cfr. D'Amico, 2020a, 116).

Si consideri, innanzitutto, la l. n. 860 del 1950, rubricata «Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri», seguita dalla legge n. 1204 del 1971 che ne ha ulteriormente potenziato le misure, prevedendo un periodo di astensione di natura obbligatoria dal lavoro e il divieto di attribuire alla donna lavoratrice in gravidanza mansioni che potessero rivelarsi pericolose per la gestazione (Cfr. D'Amico, 2020a, 118). Successivamente sono entrate in vigore leggi finalizzate alla tutela delle madri adottive²⁷, delle madri lavoratrici autonome²⁸ e delle lavoratrici titolari di un contratto di collaborazione coordinato e continuativo²⁹.

Nello specifico, l'istituto del congedo è stato regolamentato dalla l. n. 53 del 2000 e in seguito dal d.lgs. n. 151 del 2001 rubricato «Testo unico delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità» (D'Amico, 2020a, 118).

Si è posta in funzione apertamente antidiscriminatoria la normativa relativa alle c.d. «dimissioni in bianco», contrastate dall'art. 26 del d.lgs. n. 151 del 2015, che ha previsto come le stesse siano efficaci solamente nel caso in cui sia possibile, attraverso un sistema informatico appositamente previsto, attestare la data di trasmissione (D'Amico, 2020a, 119).

In tema di parità giuridica e retributiva³⁰ si segnala la l. n. 903 del 1977³¹ rubricata «Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro», che prevede il divieto di discriminazione fondata sul sesso nelle diverse fasi che accompagnano la carriera, cioè nell'accesso al lavoro, nell'orientamento, nella formazione, nel perfezionamento o aggiornamento professionale (Cfr. D'Amico, 2020a, 122).

²⁷ Si veda la l. n. 903 del 1977.

²⁸ Cfr. la l. n. 546 del 1987.

²⁹ Così la l. n. 449 del 1997.

³⁰ Pare interessante notare che la parità giuridica e quella retributiva vanno, in effetti, di pari passo. Come emerge da uno studio, «il salario medio per una laureata magistrale a 5 anni dalla laurea è di 1403 euro netti mensili, mentre un laureato maschio guadagna in media 1696 euro, generando una differenza di 293 euro, pari al 21 per cento del salario femminile». Cfr. BELLA (2021, 3).

³¹ In seguito approvata nel Codice delle Pari Opportunità. cfr. SCARPONI (2022).

Le prime azioni positive sono state introdotte con la l. n. 125 del 1991 e la l. n. 215 del 1992.

Con la prima, rubricata «Azioni positive per la realizzazione della parità uomo – donna nel lavoro», il legislatore è intervenuto sulla promozione delle pari opportunità per realizzare il principio di parità in senso sostanziale (contemplando, quindi, il contrasto alle discriminazioni dirette e indirette).

Con la l. n. 215 del 1992, rubricata «Azioni positive per l'imprenditoria femminile», su cui la Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi con la sent. n. 109 del 1993³², il legislatore ha introdotto un'azione positiva volta a promuovere, con l'istituzione di un fondo statale, «l'avvio di attività imprenditoriali a prevalente conduzione femminile» (D'Amico, 2020a, 123).

³² Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 1993, Cons. in dir. p.to 2.2.: «Dalla descrizione ora compiuta si desume che le disposizioni impugnate prevedono incentivazioni finanziarie a favore di imprese a prevalente partecipazione femminile ovvero a favore di istituzioni volte a promuovere l'imprenditorialità femminile, al chiaro scopo di agevolarne lo sviluppo, con riferimento ai momenti più importanti del ciclo produttivo, nei vari settori merceologici in cui operano. Si tratta, più precisamente, di interventi di carattere positivo diretti a colmare o, comunque, ad attenuare un evidente squilibrio a sfavore delle donne, che, a causa di discriminazioni accumulate nel corso della storia passata per il dominio di determinati comportamenti sociali e modelli culturali, ha portato a favorire le persone di sesso maschile nell'occupazione delle posizioni di imprenditore o di dirigente d'azienda.

In altri termini, le finalità perseguite dalle disposizioni impugnate sono svolgimento immediato del dovere fondamentale – che l'art. 3, secondo comma, della Costituzione assegna alla Repubblica – di «rimuovere gli 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». Le «azioni positive», infatti, sono il più potente strumento a disposizione del legislatore, che, nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui, tende a innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate – fondamentalmente quelle riconducibili ai divieti di discriminazione espressi nel primo comma dello stesso art. 3 (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali) – al fine di assicurare alle categorie medesime uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico.

Nel caso di specie, le «azioni positive» disciplinate dalle disposizioni impugnate sono dirette a superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino arbitrariamente in discriminazioni di destino sociale. A tal fine è prevista, in relazione a un settore di attività caratterizzato da una composizione personale che rivela un manifesto squilibrio a danno dei soggetti di sesso femminile, l'adozione di un trattamento di favore nei confronti di una categoria di persone, le donne, che, sulla base di una non irragionevole valutazione operata dal legislatore, hanno subito in passato discriminazioni di ordine sociale e culturale e, tuttora, sono soggette al pericolo di analoghe discriminazioni.

Trattandosi di misure dirette a trasformare una situazione di effettiva disparità di condizioni in una connotata da una sostanziale parità di opportunità, le «azioni positive» comportano l'adozione di discipline giuridiche differenziate a favore delle categorie sociali svantaggiate, anche in deroga al generale principio di formale parità di trattamento, stabilito nell'art. 3, primo comma, della Costituzione. Ma tali differenziazioni, proprio perchè presuppongono l'esistenza storica di discriminazioni attinenti al ruolo sociale di determinate categorie di persone e proprio perchè sono dirette a superare discriminazioni afferenti a condizioni personali (sesso) in ragione della garanzia effettiva del valore costituzionale primario della «pari dignità sociale», esigono che la loro attuazione non possa subire difformità o deroghe in relazione alle diverse aree geografiche e politiche del Paese».

Venti anni dopo l'adozione delle prime azioni positive, il legislatore è tornato sui suoi passi approvando una legge fondamentale, contenente azioni positive «molto forti e mirate» (D'Amico, 2020a, 124).

La legge Golfo-Mosca, la l. n. 120 del 2011, ha rappresentato un importante passo avanti per quanto riguarda la parità tra donne e uomini nel mondo del lavoro e, in particolare, con riferimento al mondo economico apicale:

La legge in questione ha previsto l'inserimento di figure femminili nei *board* delle società quotate e controllate delle pubbliche amministrazioni: la legge è, pertanto, molto forte perché impone la presenza di entrambi i sessi (D'Amico, 2020c, 5).

Le misure in questione sono state particolarmente incisive e sono state introdotte nell'ordinamento giuridico da parte del legislatore alla luce della bassissima partecipazione delle donne nei *boards* italiani che, nel 2009, quando in seno al Parlamento furono promosse diverse iniziative sul tema, si attestava al 4% (Cfr. Leone, 2020, 136).

La legge prevede che un terzo dei posti nei consigli di amministrazione e nei collegi sindacali delle società quotate in borsa sia di fatto riservato al genere meno rappresentato, in questo modo preludendo ad un intervento sulle liste dei candidati alle cariche sociali e configurando un'attribuzione diretta del risultato (Leone, 2020, 136).

Tuttavia, la legge (sulla scorta della ratio delle c.d. *affirmative actions*) ha carattere temporaneo, applicandosi a tre mandati consecutivi e conosce una modalità di applicazione graduale; inoltre, sono previste espressioni neutre con riferimento al profilo del genere³³.

Nel 2019 la legge ha di fatto smesso di operare; tuttavia, il Parlamento ha deciso di stabilire nella legge di bilancio approvata che la disciplina prevista nella legge n. 120 del 2011 si applicasse per sei mandati e che la proporzione di genere imposta passasse da 1/3 a 2/5 (Cfr. D'Amico, 2020c, 5).

In generale è possibile affermare che la legge Golfo-Mosca sia stata il «farmaco³⁴» giusto a fronte dell'esistenza di una patologia che permea la nostra società; tuttavia, come è stato affermato, lo «scossone al sistema D'Amico (2021, 13)» quale obiettivo non è stato raggiunto dalla legge in questione. Viene da chiedersi, oggi, se tale «nuovo orizzonte» in tema di parità di genere nel mondo del lavoro verrà raggiunto dalla l. n. 162 del 2021.

³³ Come è stato affermato, si tratta di misure finalizzate ad attenuare, di fatto, gli effetti della misura. Cfr. LEONE (2020, 136).

³⁴ Si veda M. D'Amico (2021,13).

4. LA L. N. 162 DEL 2021

Prima di approfondire la disciplina della l. n. 162 del 2021³⁵, si consideri che il PNRR ha previsto fino a 10 milioni di euro di dotazione finanziaria tra cui 2 milioni per la progettazione di un sistema di raccolta dei dati disaggregati per genere e di informazioni sulle certificazioni di genere; 5,5 milioni per i costi di certificazione e 2,5 milioni per i servizi di assistenza tecnica e di accompagnamento³⁶.

La l. n. 162 del 2021, rubricata «Modifiche al codice di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, e altre disposizioni in materia di pari opportunità tra uomo e donna in ambito lavorativo», che si applica alle aziende pubbliche e private, rappresenta una forma importante di attuazione delle politiche del PNRR.

La legge in questione interviene, come intuibile dalla stessa rubrica, sul Codice delle Pari Opportunità, modificandolo; introduce, poi, un istituto fondamentale ai fini, forse, di quello «scossone al sistema» cui faceva riferimento autorevole dottrina, ovvero la certificazione di genere, prevista all'art. 4 della legge.

L'istituto della certificazione di genere sembrerebbe aprire le porte ad una nuova strategia di promozione della parità di genere nelle organizzazioni lavorative, mai adottata prima.

All'art. 4 della legge in commento è possibile leggere che «Dopo l'articolo 46 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, è inserito il seguente: «Art. 46-bis (Certificazione della parità di genere). – 1. A decorrere dal 1° gennaio 2022 è istituita la certificazione della parità di genere al fine di attestare le politiche e le misure concrete adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere in relazione alle opportunità di crescita in azienda, alla parità salariale a parità di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità».

Il comma successivo fa riferimento a più decreti attuativi del Presidente del Consiglio, attraverso i quali occorre definire, nel dettaglio: «i parametri minimi per il conseguimento della certificazione della parità di genere da parte delle aziende di cui all'articolo 46, commi 1 e 1-bis, con particolare riferimento alla retribuzione corrisposta, alle opportunità di progressione in carriera e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, anche con riguardo ai lavoratori occupati di sesso femminile in stato di gravidanza; le modalità di acquisizione e di monitoraggio dei dati trasmessi dai datori di lavoro e resi disponibili dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali; le modalità di coinvolgimento delle rappresen-

³⁵ Sul rapporto tra la legge in questione e le azioni positive cfr. SCARPONI (2022).

³⁶ Si veda quanto ha avuto modo di segnalare CANDELA (2022) nel webinar tenutosi il 6 luglio 2022 dal titolo «Novità in materia di parità di genere, inclusione e smart working».

tanze sindacali aziendali e delle consigliere e dei consiglieri di parità regionali³⁷, delle città metropolitane e degli enti di area vasta di cui alla legge 7 aprile 2014, n. 56, nel controllo e nella verifica del rispetto dei parametri di cui alla lettera a); le forme di pubblicità della certificazione della parità di genere».

Nel secondo semestre del 2022 i decreti in questione sono stati adottati: si tratta di una considerazione di non poco conto, dal momento che l'ottenimento della certificazione è subordinata al rispetto di determinati parametri che, ai sensi dell'art. 4 della l. n. 162 del 2022, sono stati specificati dal Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Pari Opportunità del 29 aprile 2021, rubricato «Parametri per il conseguimento della certificazione della parità di genere alle imprese e coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali e delle consigliere e consiglieri territoriali e regionali di parità» (GU n. 152 del 1-7-2022), che rimanda, all'art. 1, alla prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022, pubblicata il 16 marzo 2022 da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le pari opportunità in collaborazione con UNI, l'Ente Italiano di Normazione che contiene le linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere che prevede l'adozione di specifici KPI (Key Performance Indicator – Indicatori chiave di prestazione) inerenti alle Politiche di parità di genere nelle organizzazioni.

La Prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022 non è una norma nazionale, ma è un documento pubblicato da UNI, come previsto dal Regolamento UE n. 1025/2012, che riflette gli esiti del confronto svoltosi nel Tavolo di lavoro sulla certificazione di genere delle imprese previsto dal PNRR Missione 5, coordinato dal Dipartimento per le Pari Opportunità e a cui hanno partecipato il Dipartimento per le politiche della famiglia, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, il Ministero dello Sviluppo Economico e la Consiglieria Nazionale di Parità.

In generale, le Prassi di riferimento rientrano fra i «prodotti della normazione europea», come previsto dal Regolamento UE n.1025/2012, e sono documenti che introducono prescrizioni tecniche; non sono disponibili per un periodo superiore a 5 anni, oltre il quale possono essere trasformate in un documento normativo (UNI, UNI/TS, UNI/TR) oppure devono essere ritirate³⁸.

Si consideri che, prima dell'entrata in vigore del Decreto in commento, non era agevole identificare i parametri attraverso i quali le aziende sarebbero state «esaminate» ai fini del rilascio della certificazione di genere.

³⁷ Si tratta, in effetti di un aspetto fondamentale della «rivoluzione» di cui sembra farsi portatrice la l. n. 162 del 2021.

³⁸ Cfr. la stessa UNI/PdR 125:2022.

In quel periodo di natura «transitoria», per orientarsi nell'orizzonte della certificazione, oltre alla Prassi di riferimento ci si poteva riferire, al più, al Decreto attuativo dell'art. 3 della l. n. 162 del 2021, il Decreto interministeriale del 29 marzo 2022, che, ai sensi dell'art. 2, disciplina nel dettaglio le modalità di presentazione del rapporto biennale delle aziende, prevedendo, in allegato, un modulo da compilare online e caricare sul sito del Ministero del lavoro.

L'art. 3 definisce l'obbligatorietà della redazione del rapporto biennale, segnalando la pubblicazione di un elenco delle aziende obbligate alla presentazione del rapporto³⁹.

A tal proposito, si specifica che la l. n. 162 del 2021 prevede, all'art. 3, comma 1, che sono obbligate alla redazione del rapporto biennale le aziende pubbliche o private che occupano più di 50 dipendenti; per le società che occupano un numero inferiore di dipendenti è solamente prevista la facoltà di redigere tale rapporto biennale.

Ebbene, come si accennava, i parametri da considerare al fine della redazione del rapporto biennale potevano essere considerati, prima dell'entrata in vigore il primo luglio 2022 del Decreto del 29 aprile 2022, come possibili «punti di riferimento» ai fini della previsione dei requisiti da soddisfare mediante il rapporto biennale ai fini del conseguimento della certificazione di genere.

Ancora, il Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Pari Opportunità del 29 aprile 2022, all'art. 2, disciplina il rilascio della certificazione della parità di genere alle imprese, prevedendo specifici organismi che certificano la parità di genere (si tratta degli organismi di certificazione che sono vagliati da Accredia, ente di natura governativa).

Si consideri che l'art. 5 della l. n. 162 del 2021 specifica i vantaggi fiscali derivanti dal conseguimento della certificazione di genere: è concesso, nel limite di 50 milioni di euro, un esonero dal versamento dei complessivi contributi previdenziali a carico del datore di lavoro.

Inoltre, «l'esonero di cui al comma 1 è determinato in misura non superiore all'1 per cento e nel limite massimo di 50.000 euro annui per ciascuna azienda, riparametrato e applicato su base mensile, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro delegato per le pari opportunità, da adottare entro il 31 gennaio 2022, assicurando il rispetto del limite di spesa di 50 milioni di euro di cui al comma 1».

³⁹ Le aziende che trasmettono rapporti non completi o mendaci sono sottoposte a sanzioni amministrative di rilievo, previste dalla stessa l. n. 162 del 2021 all'art. 3.

Sono inoltre previsti aiuti di Stato a cofinanziamento degli investimenti sostenuti.

E ancora, sempre all'art. 5, si specifica che «compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nei bandi di gara, negli avvisi o negli inviti relativi a procedure per l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al possesso da parte delle aziende private, alla data del 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, introdotto dall'articolo 4 della presente legge. Per le procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021, e dal regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, nonché dal Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC) resta in ogni caso fermo quanto previsto dall'articolo 47 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108».

Si consideri che la l. n. 79 del 29 giugno 2022 prevede, all'art. 34, il rafforzamento del sistema di certificazione della parità di genere con riferimento alla disciplina dei contratti pubblici.

Per quanto concerne la Uni/PdR 125:2022, che «fa corpo» con il Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Pari Opportunità del 29 aprile 2022, si consideri che essa prevede la misura, la rendicontazione e la valutazione «dei dati relativi al genere nelle organizzazioni con l'obiettivo di colmare i gap attualmente esistenti nonché incorporare il nuovo paradigma relativo alla parità di genere nel DNA delle organizzazioni e produrre un cambiamento sostenibile e durevole nel tempo».

Nel dettaglio, ai fini di una «misurazione olistica del livello di maturità delle singole organizzazioni, sono state individuate 6 Aree di indicatori attinenti alle differenti variabili che possono contraddistinguere un'organizzazione inclusiva e rispettosa della parità di genere quali: cultura e strategia; governance; processi; opportunità di crescita ed inclusione delle donne in azienda; equità remunerativa per genere; tutela della genitorialità e conciliazione vita-lavoro»⁴⁰.

⁴⁰ Come segnalato nella UNI/PdR 125:2022, al par. 5.1., è previsto il raggiungimento di uno «score minimo di sintesi complessivo del 60% per determinare l'accesso alla certificazione da parte dell'organizzazione».

Come si può vedere e come afferma attenta dottrina, i parametri in questione sono di fondamentale importanza in quanto permettono alle aziende di farsi «misurare» al fine di conseguire importanti benefici non solo fiscali ma anche reputazionali.

Ogni area considerata è contraddistinta da un peso percentuale (100 è il totale da considerare).

Come è stato specificato, la Prassi di riferimento rispetta il principio di proporzionalità con riferimento alla dimensione delle organizzazioni considerate, suddividendole in quattro classi in base al numero di addetti (micro 1-9; piccola 10-49; media 50-249; grande oltre 250) (Candela, 2022).

La PdR si applica, quindi, a prescindere dalla dimensione aziendale e dai settori produttivi: di qui, la sua peculiare flessibilità, quasi a voler significare che il raggiungimento della parità di genere, per poter essere misurata e, quindi, eventualmente premiata, deve potersi adattare «su misura» a seconda dei contesti di riferimento.

In buona sostanza, la Prassi di Riferimento intende intervenire su una transizione dell'organizzazione aziendale nel suo complesso verso una parità di genere che possa dirsi olistica. In questo senso non si può richiamare la – vicina – UNI ISO 30415 (standard internazionale) finalizzata a non promuovere l'inclusione nelle organizzazioni che intendano aderire alla stessa, non a caso richiamata proprio dalla stessa PdR 125:2022.

Un ulteriore aspetto innovativo della legge in commento, di cui nella presente sede si farà solo un cenno, è rappresentato dall'art. 2, che modifica l'art. 25 del Codice delle Pari Opportunità allargando «la gamma dei fattori discriminatori individuati da tale norma, con un approccio legislativo che si potrebbe in parte ricondurre al modello dalla dottrina definito 'a lista aperta', tipica del principio generale di uguaglianza»⁴¹.

4.1 Il linguaggio rispettoso del genere nella PdR 125/2022

Lingua e realtà sono talmente intrecciate che ad ogni modifica della seconda deve corrispondere un cambiamento della lingua secondo un rapporto che è stato definito di «biunivocità significante-significato»⁴².

⁴¹ Cfr. CURCIO (2022). Si veda anche SCARPONI (2021).

⁴² Cfr. C. ROBUSTELLI (2000). Per un'analisi sul rapporto tra linguaggio, realtà e Costituzione, cfr. D'AMICO (2023).

Ci si può chiedere se dietro le pieghe della declinazione delle parole al maschile o femminile non si nasconda una precisa istanza di classificazione sociale o, ancora, una ripartizione collettiva di ruoli, di compiti, di impegni o funzioni.

Sembra pacifico ai più che il sesso femminile, nel contesto comunicativo, sia oscurato da quello maschile: tale specificità rivela la *struttura* sociale in cui viviamo.

Non solo, un linguaggio sessuato promuove, di per sé, la parità ambigua» tra donne e uomini.

Pertanto, il linguaggio può difficilmente essere considerato un «*medium* neutro, uno strumento oggettivo con il quale trasmettere dei contenuti» (M. Borrello, 2022, 35).

In quest'ottica, la PdR 125/2022 spinge verso un utilizzo paritario del linguaggio.

Tra gli indicatori dedicati alla macro-area «Cultura e Strategia», prevista dalla Prassi di Riferimento, ve ne è uno di carattere qualitativo che richiede la «presenza di attività di comunicazione interna e di sensibilizzazione che promuovano l'utilizzo di comportamenti e di un linguaggio in grado di garantire un ambiente di lavoro inclusivo e rispettoso delle diversità di genere»⁴³.

Un altro indicatore, sempre afferente alla macro-area «Cultura e Strategia», consiste nella previsione della «realizzazione degli interventi finalizzati a promuovere le pari opportunità fuori dal proprio contesto organizzativo nell'ultimo biennio, che includano, tra le altre, attività di comunicazione e coinvolgimento dei diversi stakeholders sui temi dell'inclusione, della parità di genere e della integrazione»⁴⁴.

Inoltre, nella sezione specificamente dedicata alle politiche di parità di genere, pianificazione, attuazione e monitoraggio e sistema di gestione, è possibile leggere che: «la politica globale deve contenere riferimenti a politiche collegate relative almeno alla gestione del personale e delle carriere ed alla comunicazione (comprese le attività di marketing e pubblicità) che devono dichiarare in modo trasparente la volontà dell'organizzazione di perseguire la parità di genere, valorizzare le diversità e supportare l'empowerment femminile»⁴⁵.

⁴³ Cfr. PdR 125/2022, Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere che prevede l'adozione di specifici KPI (Key Performance Indicator – Indicatori chiave di prestazione) inerenti alle Politiche di parità di genere nelle organizzazioni, 16 marzo 2022, p. 19.

⁴⁴ Cfr. PdR 125/2022, Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere che prevede l'adozione di specifici KPI (Key Performance Indicator – Indicatori chiave di prestazione) inerenti alle Politiche di parità di genere nelle organizzazioni, 16 marzo 2022, p. 20.

⁴⁵ PdR 125/2022, Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere che prevede l'adozione di specifici KPI (Key Performance Indicator – Indicatori chiave di prestazione) inerenti alle Politiche di parità di genere nelle organizzazioni, 16 marzo 2022, p. 28.

Si specifica, inoltre, che la comunicazione deve essere il più possibile gentile e neutrale e che deve essere predisposto un piano di comunicazione relativo al proprio impegno sui temi della parità di genere⁴⁶.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, però, la neutralità, nel linguaggio, è solo apparente.

Inoltre, come è stato posto in evidenza, all'art. 4 della legge in commento si fa riferimento ad un «numero dei lavoratori di sesso femminile in stato di gravidanza» (Lendaro, 2022).

Al di là delle critiche poste in evidenza, in ogni caso, sembra che il legislatore del 2021 abbia fatto un primo passo verso la sensibilizzazione di un linguaggio rispettoso del genere (D'Amico, 2023).

5. CONCLUSIONI

In conclusione, è possibile affermare che la l. n. 162 del 2021 abbia tracciato una nuova strada se si guarda al cammino verso la parità di genere nel mondo del lavoro.

Il legislatore sembrerebbe avere intuito che l'approvazione di una legge come quella che si è cercato di commentare sia foriera di diversi benefici, non solo un – pur relevantissimo – adeguamento al principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost., ma, anche, reputazione aziendale, clima aziendale, riduzione del divario di genere all'interno dell'impresa, benefici di natura fiscale e in tema di partecipazione a gare pubbliche (V. Giannoli, 2022).

Come affermato da attenta dottrina, infatti, a portare benefici sono le strategie di diversity, che «promuovono la costituzione di organismi eterogenei nella loro composizione e non soltanto sotto il profilo del genere» (D'Amico, 2022a, 137).

La strada da percorrere, però, è ancora lunga, nonostante la posizione della donna, così come tracciata nella Carta costituzionale, sia *pienamente* garantita: si pensi all'affermazione del principio di uguaglianza fra i sessi di cui all'art. 3 Cost., del principio della parità fra i coniugi di cui all'art. 29 Cost., del principio di parità retributiva previsto all'art. 37 Cost., del suffragio universale di cui all'art. 48 Cost. e del principio relativo alla parità di accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive di cui all'art. 51 Cost. Eppure si assiste

⁴⁶ PdR 125/2022, Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere che prevede l'adozione di specifici KPI (Key Performance Indicator – Indicatori chiave di prestazione) inerenti alle Politiche di parità di genere nelle organizzazioni, 16 marzo 2022, p. 32.

alla continua esclusione delle donne nelle Istituzioni, al gender gap in ambito lavorativo, come si è visto nel presente contributo fortemente aumentato in occasione della diffusione della pandemia da Covid-19, alla costante emergenza-urgenza, della violenza di genere.

Si può parlare, in definitiva, di una «fragilità giuridica» della donna, non ancora pienamente titolare dei diritti costituzionali posti in evidenza nella loro pienezza. In ogni caso, leggi come quella che è stata oggetto del presente contributo rappresentano passi importanti verso una piena «cittadinanza costituzionale» della donna.

BIBLIOGRAFIA

- ALIBERTI, L. (2013). *Il livello di rappresentanza e i trend di sviluppo*. In M. D'Amico, A. Puccio (Eds.), *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle imprese*. Franco Angeli. Milano.
- ALLERI, M., CONGEDUTI, S., PITTARELLO, S., STANGHERLIN, F. (2020). *Quale lavoro femminile al tempo del Covid-19? Ritorno al passato*. In *Questione Giustizia*.
- ANDERSEN, J. P. et al (2020), *Meta-Research: COVID-19 medical papers have fewer women first authors than expected*. In *elifesciences.org*
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2020). *Solidarietà dimenticata: il fallimento della narrazione pubblica sul coronavirus*. In *laCostituzione.info*.
- BATTISTI, A. M. (2019), *Donne (in)visibili e disparità retributiva*. In *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, fasc. 3.
- BELLA, E. (2021), *Differenze di genere negli studi e all'entrata nel mondo del lavoro*. In *Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani*.
- BONOMI ROMAGNOLI, B. (2018). *Rompere il soffitto di cristallo in 5 mosse*. In *27esimaora.corriere.it*.
- BORRELLO, M. (2022). *Considerazioni sugli stereotipi di genere in margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2022 sull'attribuzione del cognome*. In *Stato, Chiede e pluralismo confessionale*, fasc. 15.
- CAVINO, M. (2019). *Non ossimoro, ma endiadi: il diritto-dovere al lavoro*, in F. Marone, in (Eds.), *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale? Atti del Seminario di Napoli, 19 ottobre 2018*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- CERULLO, P. (2021). *Recovery Plan, PNRR e Gender Gap*. In *lavorodirittieuropa.it*, fasc. 3.
- CIANCIO, A. (2021). *L'impatto della pandemia sull'uguaglianza di genere: le iniziative dell'Unione europea*. In (Eds.) M. D'Amico, E. Catelani, *Effetto Covid. Donne: la doppia discriminazione*. Il Mulino. Bologna.

- CURCIO, L. (2022). *Lavoratrici madri e discriminazione per genitorialità in caso di modifiche di orario lavorativo: la cura dei figli riguarda ancora soprattutto le donne....* In *Questione Giustizia*.
- D'AMICO, M. (2020a), *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*. Cortina. Milano.
- (2020b), *Emergenza, Diritti, Discriminazioni*. In *Rivista del Gruppo di Pisa*.
- (2021). *Senato Audizione sul Disegno di legge n. 1785, Norme per la promozione dell'equilibrio di genere negli organi costituzionali, nelle autorità indipendenti, negli organi delle società controllate da società a controllo pubblico e nei comitati di consulenza del Governo, Audizione presso il Senato della Repubblica*.
- (2023), *Parole che separano. Linguaggio, Costituzione, Diritti*. Cortina. Milano.
- FORNENGO, G., Guadagnini M. (1999). *Un soffitto di cristallo? Le donne nelle posizioni decisionali in Europa*. Fondazione Adriano Olivetti.
- GIANNOLI, V. (2022). *Parità di genere, solo il 28% dei manager è donna. E arriva la certificazione per le aziende più virtuose*. In www.repubblica.it.
- LENDARO, C. M. (2022). *Il linguaggio nei provvedimenti civili*. In *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*. In <https://www.osservatoriofamiglia.it/indiceanalitico/2022/3/17517392/il-linguaggio-nei-provvedimenti-civili>.
- LEONE, S. (2013). *L'equilibrio di genere negli organi politici*. Franco Angeli. Milano.
- PERTICI, A. (2021). *Gli effetti della pandemia sulla questione di genere tra disuguaglianza formale e discriminazione sostanziale*, in (Eds.) M. D'Amico, E. Catelani, *Effetto Covid*. Il Mulino. Bologna.
- POGGI, A. M. (2021). *Il Covid-19 non è cieco rispetto al genere, anzi ci vede bene*. In (Eds.) M. D'Amico, E. Catelani, *Effetto Covid*. Il Mulino. Bologna.
- ROBUSTELLI, C. (2000), *Lingua e identità di genere*, in *Studi italiani di linguistica teorica e applicata*, n. 29.
- ROSA, F. (2021). *Work-life balance e pandemia*, in (Eds.) M. D'Amico, E. Catelani, *Effetto Covid*. Il Mulino. Bologna.
- ROSSI, E., *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?* in (Eds.) F. Marone cu, *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale? Atti del Seminario di Napoli, 19 ottobre 2018*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- SALMONI, F. (2021). *Covid-19 ed emergenza economica: le misure sovranazionali e quello che le donne non dicono*, in (Eds.) M. D'Amico, E. Catelani, *Effetto Covid*. Il Mulino. Bologna.
- SAMUK, S., Burchi S. (2021). *Isolate ma connesse, ricercatrici in pandemia*. In *ingenere.it*.
- SASO, R. (2021). *Donne e lavoro: a che punto siamo?* In *L'Eurospes.it*.
- SCARPONI, S. (2021). *La legge n. 162/2021 «Modifiche al Codice di Pari Opportunità»: un tassello importante verso l'eguaglianza uomo-donna nel lavoro*. In *Labour Law Community*.
- (2022). *Parità, cosa cambia con la legge 162*. *ingenere.it*.
- SILVESTRI, G. (2021). *Covid-19 e genere: considerazioni introduttive*, in (Eds.) M. D'Amico, E. Catelani, *Effetto Covid*. Il Mulino. Bologna.

LA CIRCOLAZIONE DI BENI CULTURALI DA MINACCIA ALL'IDENTITÀ CULTURALE NAZIONALE A RISORSA PER L'IDENTITÀ CULTURALE EUROPEA

BRUNO MUNARI

Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. *Introduzione.*–2. *L'evoluzione storico-normativa della disciplina.*–3. *La nuova dimensione europea e globale beni culturali.*–4. *Il ruolo dei nuovi mecenati nel mercato internazionale dell'arte.*–5. *Conclusioni.*

1. INTRODUZIONE

Il proposito del presente contributo consiste nell'illustrare gli scenari derivanti dall'incremento della circolazione di beni culturali all'interno del territorio degli Stati membri dell'Unione Europea, concentrandosi, una volta delineato il quadro normativo pregresso e vigente, sul mutamento di sensibilità con cui porsi, ad avviso dello scrivente, rispetto a questo fenomeno.

Il tema in questione si inserisce nel filone di studi riguardante il regime giuridico circolatorio delle cose d'interesse culturale di proprietà privata aventi natura mobile e materiale, tradizionalmente caratterizzato nell'ordinamento giuridico italiano da un impianto normativo pubblicistico, rigido e strettamente territoriale, posto a presidio dell'interesse al mantenimento entro i confini dello Stato di beni potenzialmente costituenti l'identità culturale nazionale¹ nonché orientato alla repressione della circolazione di beni illegalmente immessi nel

¹ Per una diffusa e analitica trattazione di questa disciplina si veda SIMONATI, FERRAZZI (2019).

mercato nero internazionale. Con questa riflessione si intende, visto il mutato contesto storico di riferimento, suggerire, con le opportune cautele, un criterio interpretativo differente rispetto a quello prevalente in merito a queste tematiche, adottando una lettura costituzionalmente orientata delle norme vigenti in materia e conferendo alla circolazione infracomunitaria di cose di interesse culturale di titolarità privata una rappresentazione astrattamente positiva e propositiva e non esclusivamente diffidente e repressiva, anche in vista della progressiva costituzione in via integrata di una comune identità culturale europea e dei risvolti positivi ricavabili dalla dimensione globale in cui sono inseriti i beni culturali in termini di aumento della domanda e dei servizi di fruizione².

2. L'EVOLUZIONE STORICA DELLA DISCIPLINA

La rigidità interpretativa con cui tradizionalmente nel nostro ordinamento si legge la vigente disciplina circolatoria delle cose di interesse storico, artistico e culturale ricavabile dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs n. 42 del 2004) ha radici molto profonde in quanto le prime forme di regolazione di tale fenomeno risalgono agli Stati preunitari della penisola italiana, nei quali già nel XVII e XVIII secolo l'esportazione delle opere d'arte era dettagliatamente regolata in modo tale da non compromettere l'integrità e la completezza del patrimonio storico all'interno di ciascuno Stato-Nazione³. Ad eccezione del Regno di Sardegna, il cui modello di stampo liberale inavvertitamente venne preso come esempio in epoca post-unitaria, ogni Stato-Nazione della penisola in epoca moderna e contemporanea disponeva di una specifica disciplina volta ad inibire l'esportazione delle opere d'arte, di titolarità sia pubblica che privata, ritenute rappresentative dell'identità culturale nazionale.

² Per un approfondimento trasversale in merito al tema della globalizzazione dei beni culturali, si veda CASINI (2010).

³ Per un'elaborata ricostruzione delle legislazioni preunitarie operanti in tal senso si veda EMILIANI (2015), MABELLINI (2011), SPERONI (1988), GRISOLIA (1952).

A titolo esemplificativo si consideri la più rappresentativa tra queste discipline, ossia quella dettata dall'Editto del Cardinal Pacca, Vescovo di Frascati e Cardinale Camerlengo di Sacra Romana Chiesa, nel 1820. Con questo intervento normativo nello Stato Pontificio venne disposto non solo il divieto di « estrazione » all'estero degli oggetti d'arte e di antichità da Roma e dalle Province pontificie, ma anche un diritto di prelazione sul bene esportato in capo allo Stato. Il richiamato Editto ha tra l'altro il merito di aver gettato le basi dell'odierna organizzazione del sistema di tutela, delineando l'istituto della notifica, definita 'descrizione', per ogni opera d'arte anche di proprietà privata che dovesse essere assoggettata a vincoli conservativi e prediponendo un preliminare censimento dei beni e dei monumenti meritevoli di tutela. La dottrina ha correttamente messo in luce come tale disciplina si strutturasse intorno a tre fondamentali linee d'azione riferibili al principio della catalogazione, ai limiti all'esportazione e al principio della proprietà pubblica del sottosuolo archeologico cfr LEMME (2018).

Le prime legislazioni nazionali operanti in tal senso nel Regno d'Italia una volta unificato vennero emanate, ancor prima dell'avvento della Repubblica e dell'odierno Codice Civile, rispettivamente nel 1902, nel 1909 e, sotto il regime fascista, nel 1939⁴ a dimostrazione di quanto, nel contesto giuridico italiano, la funzione preposta all'interesse pubblico di mantenere entro i confini nazionali le eredità materiali storiche e artistiche fosse ritenuta essenziale e imprescindibile nell'attività amministrativa.

Il primo degli interventi normativi richiamati cercò di arginare il problema del degrado e del depauperamento del patrimonio culturale accorso a seguito dei convulsi anni successivi all'Unità del neonato Regno d'Italia, all'esito dei quali si assistette ad una tendenziale indifferenza per la tutela e la conservazione del patrimonio culturale nazionale, in quanto astrattamente confliggente con l'impostazione liberale su cui si fondava il modello proprietario delineato dallo Statuto Albertino. Nei primi anni di Unità del Regno questo tema venne a tal punto trascurato che molte opere d'arte di rilievo identitario nazionale vennero indiscriminatamente esportate all'estero, andando ad arricchire le collezioni dei musei esteri e dei privati in tutto il mondo. Con la legge Nasi del 1902, in relazione all'esportazione, si dispose una regolazione a maglie larghe che non soddisfò le esigenze di tutela riconosciute nel lungo dibattito parlamentare che la precedette.

Successivamente con la Legge Rosadi del 1909, avente ad oggetto «*le antichità e le belle arti*», si assistette al primo esempio di disciplina organica di questo settore⁵ e, con riferimento alle dinamiche circolatorie, venne disposto all'art. 8 il divieto di esportazione dal Regno delle cose aventi un interesse storico, archeologico o artistico tale che la loro esportazione costituisse un danno grave per la storia, l'archeologia o l'arte. A partire dall'entrata in vigore di tale norma si instaurò concretamente un sistema di controllo in forza del quale l'amministrazione, in sede di richiesta di esportazione di questo tipo di oggetti, doveva valutare non solo se il bene per il quale si chiedeva l'uscita dai confini potesse dirsi di interesse storico, artistico o archeologico, ma anche se la sua esportazione rappresentasse o meno un grave danno per la storia, l'archeologia o l'arte. È con questa legislazione che si instaura nell'ordinamento italiano il principio per cui è ammessa una limitazione pubblicistica alla pro-

⁴ I riferimenti riguardano rispettivamente la cd. Legge Nasi n. 185 del 1902, la legge Rosadi n. 364 del 1909 e la legge Bottai n. 1089 del 1939.

⁵ Si veda in tal senso ALIBRANDI, FERRI (2001). In particolare, gli autori sottolineano l'evoluzione tra le due normative richiamate in ragione del fatto che l'attività di tutela sotto la vigenza della legge Nasi veniva affidata al Prefetto, in dipendenza dal Ministero degli Interni, mentre alla luce della legge Rosadi tale attività venne affidata ad organi pubblici più strutturati e competenti tecnicamente, a seguito dell'istituzione delle Soprintendenze nel 1904.

prietà e al libero commercio di beni riconducibili alla storia e alla cultura della Nazione: a partire da questa legislazione viene pertanto affermata la dimensione pubblica dell'interesse alla conservazione e alla tutela all'interno dei confini nazionali del patrimonio culturale. Rispetto all'originario paradigma professato dallo Stato liberale sabaudo che prevedeva l'inviolabilità del diritto di proprietà privata, si fa strada progressivamente l'elaborazione della «*funzione sociale*» del cd. terribile diritto, affermata con la Carta costituzionale repubblicana, che infatti separa il regime della proprietà da quello dei diritti della personalità, inserendolo tra i diritti e i doveri dei cittadini con riferimento ai rapporti economici.

Sebbene la consapevolezza in merito alla preminenza dell'interesse pubblico in questa materia fosse crescente, si dovettero attendere diversi decenni per realizzare una disciplina normativa sistemica, strutturata e di moderna concezione adatta a disciplinare e organizzare la tutela e la conservazione del patrimonio culturale. La cd. Legge Bottai, l. n. 1089 del 1939, inerente alla tutela delle cose d'interesse artistico e storico, rappresenta in tal senso l'impianto normativo fondamentale del settore che rimarrà in vigore per oltre mezzo secolo anche nella Repubblica del dopoguerra. La Legge in questione, di impostazione crociana e frutto dell'iniziativa del ministro fascista per l'Educazione Nazionale Giuseppe Bottai e della penna dell'insigne giurista Santi Romano, definisce in via sistematica la tutela di quelli che in seguito verranno definiti beni culturali e che, in questo contesto, prendono il nome di «*cose di interesse storico e artistico*», in forza di un approccio più estetizzante ed etimologicamente *reale* e meno storico-culturale. Alternativamente definiti «*cose d'arte*»⁶, gli oggetti di questa specifica legislazione venivano sottoposti ad un regime tale da assicurarne la conservazione, l'integrità e la sicurezza, oltre che l'incommerciabilità all'estero attraverso strumenti vincolistici molto rigorosi ed efficaci. Tale intervento normativo va annoverato in assoluto tra le prime discipline organiche e complete di stampo pubblicistico del nostro ordinamento⁷ al pari soltanto, in quegli anni, del Testo Unico di Pubblica Sicurezza e di quello di Sanità pubblica. Il principio generale e ispiratore della legge, che ancora oggi permea l'intero settore, consiste nella prevalenza dell'interesse pubblico alla conservazione sul diritto dei proprietari dei beni e delle loro facoltà di disporre degli stessi, fondando la cd. «*eccezione del patrimonio*

⁶ In tal senso si veda PIVA (1952).

⁷ La dottrina ha definito questa legislazione come «*un raro esempio di equilibrio, completezza, stringatezza e chiarezza pur nell'utilizzazione di un linguaggio giuridico arcaico molto lontano dal giuridichese stucchevole, freddo e sgrammaticato cui siamo oggi costretti a causa delle ben note circolari sull'armonizzazione nella redazione dei testi giuridici*». In tal senso ZUCHELLI (2012), p. 148.

culturale»⁸. In questa legislazione si riscontra una visione forte dello Stato amministrativo che concentra su di sé i poteri di decisione relativi alla tutela e gestione dei beni culturali privati.

Una significativa tappa nell'evoluzione storico-normativa di questa disciplina è rappresentata dalla costituzionalizzazione del principio fondamentale di cui all'art. 9 della Costituzione del 1948⁹, per mezzo della quale la tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione diventa una funzione-mezzo teleologicamente orientata al raggiungimento del fine promozionale della cultura¹⁰. Detto altrimenti, a partire da questo momento la legislazione orientata alla conservazione del patrimonio storico e artistico della Nazione viene garantita nell'ordinamento in funzione dello sviluppo e della promozione della cultura in senso lato, in forza di una lettura combinata dei due commi della norma costituzionale¹¹. Tale concetto generale, riferito alla disciplina circolatoria delle cose d'arte di titolarità privata, ha fatto sì che il controllo sulla circolazione internazionale si ponesse non solo come strumento di difesa dell'integrità del patrimonio culturale in tutte le sue componenti, ma anche come mezzo orientato a promuovere e a sviluppare la cultura all'interno del territorio nazionale a beneficio di tutti i cittadini.

A completare in linea di continuità quest'analisi storico-normativa, vanno poi menzionati i lavori svoltisi tra il 1964 e il 1966 della celebre Commissione Franceschini, in seno alla quale è stata ufficialmente elaborata e coniata l'espressione «*bene culturale*» che ancora oggi identifica l'ambito di applicazione della disciplina di settore in ogni «*testimonianza materiale avente valore di civiltà*». Con l'utilizzo di questa espressione il concetto aristocratico ed elitario di «belle arti» viene progressivamente sostituito dal concetto di «bene culturale» che ingloba in via più democratica e inclusiva non solo i prodotti delle arti considerate in senso lato tradizionali, quali la pittura, la scultura e l'architettura, ma anche qualsiasi altra manifestazione materiale delle capacità umane aventi valore di civiltà, sancendo così la definitiva emancipazione dell'interesse culturale dalla valenza artistica di un dato bene.

⁸ In tal senso si esprime SEVERINI (2019).

⁹ Tra i molteplici commenti alla norma si veda *ex multis* SANTORO PASSARELLI (1973), MERUSI (1975), MARINI (2002), SEVERINI (2013).

¹⁰ In tal senso si esprime VOLPE (2015).

¹¹ Sulla necessità di una lettura combinata dei due commi della norma costituzionale si veda tra tutti quanto sostenuto da TARASCO (2019), p. 69, secondo il quale «*l'unilaterale esaltazione del solo secondo comma dell'art. 9, non letto in combinato disposto con il primo comma dello stesso articolato, ha portato a costituire una legislazione eccessivamente sbilanciata sugli aspetti statico-conservativi delle eredità materiali ma dimentica dell'obbligo, pure costituzionale, di promuovere nuova cultura*».

Con l'introduzione della nozione di bene culturale l'azione statale operante in questo contesto viene intesa non solo come presidio della conservazione del bene, ma anche come mezzo prodromico al godimento, quanto più ampio ed effettivo, del valore culturale custodito nella *res* materiale¹², ammettendo l'idea per cui gli aspetti della tutela, della valorizzazione e della fruizione del patrimonio culturale vanno considerati unitariamente: la priorità del legislatore non è più tesa esclusivamente a conservare il bene culturale nel suo stato originale e all'interno dei confini nazionali, ma è orientata anche a valorizzarlo e a renderlo quanto più fruibile per i cittadini. In sintesi, si può affermare, che il legislatore da questo momento, fa propria anche la funzione di valorizzazione, sempre in conformità con le esigenze proprie della tutela. A partire dalla Commissione Franceschini, pertanto, si abbraccia una visione più moderna e ideale di patrimonio culturale che ne sottolinea il ruolo di testimonianza storica: obiettivo dell'azione pubblica non consiste più soltanto nella mera conservazione dei beni culturali all'interno dei confini nazionali, ma anche nell'elevazione spirituale della Nazione e nell'accrescimento delle conoscenze umane conseguenti dall'effettiva fruizione del patrimonio, in piena attuazione del disegno costituzionale dell'art. 9¹³. Il bene culturale diventa in definitiva «*strumento di incivilimento*»¹⁴, indipendentemente dal raggiungimento dello stesso nella dimensione propria della cosa d'arte.

3. LA NUOVA DIMENSIONE EUROPEA E GLOBALE DEI BENI CULTURALI

Alla luce di questo breve *excursus* di carattere storico-normativo si ricava concretamente come secondo la tradizione giuridica italiana, essendo il patrimonio culturale nazionale mezzo orientato al superamento degli ostacoli di ordine economico e sociale limitativi del pieno sviluppo della persona umana, lo Stato nelle dinamiche circolatorie ha il ruolo di controllare rigidamente l'esportazione degli oggetti che costituiscono potenzialmente beni

¹² In tal senso si veda GIANNINI (1976).

¹³ Nel contrapporre il contenuto intrinseco delle espressioni utilizzate rispettivamente nella Legge Bottai da una parte e dalla Commissione Franceschini dall'altra, autorevole dottrina ha messo in luce come il riferirsi della legge Bottai agli oggetti o alle cose d'arte «*muove da un'accezione tradizionale di cultura e di arte dai caratteri esclusivi, classici e ristretti, di originaria e irripetibile creazione intellettuale o artistica dello spirito umano e individuale*», mentre la locuzione bene culturale poggia «*su un'accezione lata, derivativa, descrittiva e sociale delle varie attività umane proiettanti un contesto storico e la sua civiltà*» ALIBRANDI, FERRI (2001), p. 26.

¹⁴ SANTORO PASSARELLI (1973), p. 1442

culturali, in forza di una ricchezza non tanto materiale quanto storica, artistica e propriamente identitaria degli stessi¹⁵. Attraverso questa sensibilità strutturata nel tempo è stato possibile tutelare e valorizzare il patrimonio culturale nazionale declinandolo progressivamente come presidio dei tre elementi costitutivi essenziali dello Stato: identificare l'interesse pubblico alla tutela e alla valorizzazione del patrimonio culturale con il mantenimento nei confini nazionali delle eredità artistiche e storiche dello Stato, controllandone severamente la circolazione, ha alimentato e protetto l'identità del popolo italiano, ha delineato efficacemente il controllo sui beni culturali all'interno del territorio nazionale e ha esaltato la sovranità del comparto pubblico sugli interessi privati, in modo da preservare l'eredità storica del Belpaese anche in vista delle generazioni future.

Come si è cercato di evidenziare, accanto all'originario approccio statico e dirigista di questa disciplina, anche grazie all'avvento della Costituzione, si è progressivamente inserita una sensibilità che tiene sempre più conto in chiave dinamica degli effettivi risvolti dell'azione pubblica sulle dinamiche circolatorie, puntando in particolare sulla fruizione del patrimonio culturale da parte dei cittadini. All'epoca del Granducato di Toscana e dello Stato Pontificio, il fondamento giustificativo degli strumenti normativi descritti risiedeva storicamente nei continui saccheggi incorsi durante le numerose invasioni della penisola italiana ad opera dei popoli stranieri conquistatori tra il Seicento e il Settecento. Allo stesso modo, ai tempi della legge Rosadi e della Legge Bottai, la *ratio* delle discipline richiamate consisteva nella lotta allo spregiudicato commercio all'estero di opere d'arte a cui si era assistito nel corso degli anni dell'Unità del Regno d'Italia. A seguito dell'enunciazione del principio fondamentale della Repubblica di cui all'art. 9 e delle elaborazioni della Commissione Franceschini, la disciplina di tutela acquisisce un ruolo strategico diverso nell'ordinamento giuridico, dal momento che la cultura diventa elemento essenziale per la crescita e lo sviluppo economico-sociale della comunità¹⁶ e

¹⁵ Con riferimento a questa prospettiva di politica del diritto la dottrina ha significativamente adottato l'espressione evocativa ed eloquente di «*ereditare il futuro*», collegando così passato, presente e futuro. In tal senso si veda CASINI (2016).

¹⁶ È stato sostenuto a tal proposito che il principio fondamentale della Costituzione raffigura «*un cuneo attraverso il quale nel dettato costituzionale irrompe l'esigenza di assicurare il progresso culturale della comunità civile*». L'autore, molto significativamente, sostiene che «*il primo e il secondo comma dell'articolo assolvono alla medesima funzione, che è poi quella d'introdurre nel nucleo di fini-valori della Carta fondamentale il valore estetico-culturale: un valore, cioè, diverso e conflittuale rispetto ai valori dell'industria e del profitto dominanti nelle società contemporanee. Sotto tale profilo, si rivela falsa ed arbitraria la distinzione tra la parte dinamica della norma costituzionale e quella statica: entrambe le partizioni dell'articolo sono dotate al contrario di una valenza progressiva, che si comunica sia all'attività di tutela che alla valorizzazione dei fatti culturali*». AINIS (1991), pp. 10-11.

che i beni culturali vengono considerati strumenti necessari all'elevazione morale e spirituale dei cittadini ¹⁷.

Accanto a queste considerazioni non va dimenticato che i beni culturali sono sempre più proiettati e inseriti in una dimensione giuridica globale multilivello, per cui non risultano più soltanto appartenenti al patrimonio di una sola specifica Nazione, quanto piuttosto beni comuni dell'intera comunità europea e internazionale, anche per la loro naturale vocazione ad instaurare un efficace dialogo tra popoli e culture e per la loro capacità di rappresentare un'identità culturale europea in divenire.

Dalla prospettiva europea vanno tenuti in debito conto il Regolamento CEE n. 3911/1992 e la Direttiva 93/7/CEE, riguardanti rispettivamente la circolazione di beni culturali all'interno dei confini degli Stati membri e la restituzione di quelli usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro. Con la prima delle due normative si disciplina a livello comunitario l'esportazione di beni culturali verso Stati terzi della allora Comunità, garantendo che le esportazioni di cose di interesse culturale verso Paesi extra-europei siano sottoposte a controlli uniformi sulle frontiere estere dell'Unione, mentre la direttiva citata detta regole comuni in merito al recupero di beni appartenenti al patrimonio culturale di uno Stato della Comunità illecitamente usciti dal suo territorio ¹⁸. Tali interventi normativi operanti a livello europeo testimoniano il progressivo insorgere di un interesse a livello comunitario alla regolare circolazione dei beni aventi interesse storico e artistico nei territori degli Stati membri, comportando, nel contesto nazionale, una diversificazione della disciplina dell'uscita dai confini nazionali a seconda che avvenga nel contesto comunitario o propriamente internazionale ¹⁹. Accanto a tale progressivo strutturarsi della disciplina comunitaria, non va dimenticato anche l'affermarsi di un diritto internazionale pattizio sempre più orientato a garantire una circolazione legittima dei beni riconducibili al patrimonio culturale degli Stati: si consideri in tal senso, in primo luogo, la Convenzione UNESCO concernente le misure volte ad impedire l'illecita

¹⁷ La dottrina a tal proposito si è spinta nel tempo a sostenere che i beni culturali sono pubblici non in quanto beni di appartenenza pubblica, ma in quanto beni di fruizione, trovando essi il loro compimento nell'essere quanto più goduti e apprezzati dal pubblico. In questi termini si esprime GIANNINI (1975).

¹⁸ Appare opportuno rilevare come le discipline richiamate siano state recentemente oggetto di revisione a livello comunitario per mezzo rispettivamente del Regolamento 116/2009 e della Direttiva 2014/60, le cui discipline hanno anche sensibilmente mutato il quadro normativo internazional-privatistico in materia di circolazione di beni culturali al di fuori del territorio dell'Unione e di restituzione di beni culturali. Per una recente trattazione del tema dalla prospettiva privatistico-comparata si veda GRAZIADEI, PASA (2017).

¹⁹ Il Regolamento n.3911/92 in particolare ha sdoppiato questo procedimento distinguendo una fase propriamente nazionale e una comunitaria, prevedendo specifiche regole relative al procedimento di portata comunitaria.

importazione, esportazione e trasferimento di proprietà di beni culturali firmata a Parigi nel 1970, la cui autorizzazione alla ratifica è stata approvata con l. n. 873 del 30 ottobre del 1975, così come la Convenzione UNIDROIT del 1995 sugli oggetti culturali rubati o illecitamente esportati ratificata nel nostro ordinamento con l. 7 giugno 1999 n. 213²⁰.

Come ha osservato recentemente la già richiamata autorevole dottrina intervenuta al riguardo, non va trascurato il fenomeno della cd. globalizzazione dei beni culturali, che ha comportato un consistente aumento della domanda di fruizione di cultura a livello mondiale, incentivando progressivamente l'accessibilità al patrimonio culturale e intensificando fenomeni come il turismo internazionale, la realizzazione di grandi mostre ed esposizioni internazionali e l'ammodernamento delle istituzioni museali. Negare e demonizzare queste realtà, oltre a riportare entro schemi eccessivamente elitari ed escludenti il godimento del patrimonio culturale, risulta anacronistico e poco lungimirante in un contesto sociale che vede sempre più l'accesso alle eredità del passato come un'occasione di elevazione morale e formativa per il cittadino.

In definitiva, se alle origini di questo sistema di norme l'uscita dai confini nazionali di beni culturali anche di titolarità privata veniva considerata irrimediabilmente come un danno per la collettività nonché un disvalore da combattere e, parimenti, l'entrata nel territorio nazionale di beni di valore storico e artistico provenienti dall'estero veniva trattata con sospetto, un approccio più rispondente alla realtà del contesto storico e giuridico contemporaneo imporrebbe di considerare la circolazione controllata e legale di beni rappresentativi della storia e dell'arte di ciascuna Nazione come un'occasione di proficua contaminazione e arricchimento culturale, in vista della progressiva costruzione di una comune identità culturale europea, visto anche il contesto culturale globale contemporaneo. In sostanza, aggiungendo al quadro normativo nazionale anche la prospettiva derivante dalla progressiva integrazione dei beni culturali nella dimensione europea ed internazionale in chiave multilivello, si giunge alla conclusione per cui mantenere all'interno dei confini nazionali beni culturali di titolarità privata di cui non è possibile un'effettiva fruizione pubblica non risponde più né allo spirito del tempo in cui viviamo né alle coordinate normative che abbiamo finora descritto.

²⁰ Per un diffuso commento su queste discipline e sulle loro implicazioni nel nostro ordinamento si veda FRIGO (2007)

4. IL RUOLO DEI NUOVI MECENATI NEL MERCATO INTERNAZIONALE DELL'ARTE

La più significativa conseguenza di questa nuova dimensione globale dei beni culturali si registra, con riferimento alla circolazione degli oggetti di interesse culturale, per mezzo dell'aumento delle transazioni commerciali transazionali aventi ad oggetto opere d'arte di proprietà privata, dal momento che si è progressivamente affermato un settore di mercato nel quale gli oggetti d'arte vengono intesi non solo come beni di valore storico o culturale ma anche come beni rifugio, il cui acquisto e la successiva rivendita può fruttare consistenti utili e giustificare rilevanti investimenti privati da parte degli operatori economici²¹. Questo nuovo mercato internazionale dell'arte, come è noto, risulta particolarmente florido non tanto in Italia quanto all'estero, motivo per cui la procedura volta all'ottenimento dell'autorizzazione all'esportazione di cose di interesse culturale non ancora vincolate, tecnicamente definita dal Codice Urbani attestato di libera circolazione (art. 68 d.lgs n. 42 del 2004), diventa un passaggio dirimente e imprescindibile per gli operatori economici attivi in questo contesto, dal momento che il diniego di tale autorizzazione può vanificare anche consistenti investimenti, imponendo che il bene in questione rimanga all'interno dei confini nazionali e che quindi non possa essere rivenduto all'estero.

Sebbene il mercato internazionale dell'arte rappresenti un fenomeno molto complesso che ha ripercussioni anche critiche sulla tutela del patrimonio culturale, in quanto intrinsecamente poco trasparente e incline ad alimentare pratiche anche illegali, come il contrabbando di opere rubate o illegittimamente sottratte alla pubblica utilità, questa nuova propensione a investire in arte da parte di operatori economici rilevanti, attivi a livello internazionale, come fondazioni, banche, compagnie di assicurazione e fondi di investimento, può avere delle ricadute anche decisamente positive sulla collettività in termini di diffusione, promulgazione e sviluppo culturale.

Questo assunto risulta particolarmente vero nel momento in cui questi investitori sono in grado e ben disposti a farsi carico delle spese inerenti non solo alla conservazione e al restauro del bene culturale che acquistano, ma anche alla sua pubblica fruizione, godendo 'in cambio' del beneficio di associare la loro immagine a quella del bene in questione. L'attività dell'amministrazione preposta alla gestione dei beni culturali, a fronte di questa pur positiva tendenza ad investire in arte e cultura da parte di questi operatori economici, anziché sfruttare questa spinta propositiva, spesso si limita a

²¹ LIBERATI BUCCIANTI (2019), CALABI (2020).

vincolare al territorio nazionale il bene anche di modico interesse culturale, senza acquistarlo o comunque senza agire in alcun modo rispetto alla sua pubblica fruizione, condannando di fatto all'oblio gran parte del patrimonio culturale di titolarità privata e provocando quello che è stato criticamente definito un embargo culturale all'interno dei confini nazionali.

Secondo le coordinate finora descritte, questo tipo di implicazioni risulta parzialmente contrario a quanto originariamente prospettato in via molto lungimirante dal principio fondamentale ricavabile dall'art. 9 della Costituzione: come è stato più volte sostenuto, la 'tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione' di cui al co. 2, fondamento costituzionale della disciplina in oggetto, va intesa come mezzo orientato al fine ultimo enunciato dal co. 1, ossia la promozione e lo sviluppo della cultura. L'azione pubblica orientata alla tutela del patrimonio culturale, pertanto, non deve mai essere fine a sé stessa, ma deve essere idealmente orientata alla promozione e allo sviluppo della cultura. In sostanza, se l'interesse pubblico in questa materia fosse riferibile non tanto al mero ancoraggio dei beni culturali entro i confini nazionali quanto alla loro concreta fruizione da parte della collettività, come sembrerebbe suggerire una lettura unitaria dell'art. 9 della Cost., i termini della questione muterebbero sensibilmente, aprendo allo scenario –già vagliato positivamente dalla giurisprudenza²²– per cui è preferibile l'accessibilità anche all'estero del

²² In tal senso si veda la storica sentenza del TAR Lazio, Sez. II quater, 24 marzo 2011, n. 2659 confermata dal Cons. St., Sez. VI, 5 luglio 2012, n. 3930. Nel vagliare la legittimità di un diniego all'attestato di libera circolazione per una *Commode* di Luigi XV destinata ad essere ricollocata nella sua sede d'origine nella reggia di Versailles, il giudice amministrativo, accanto al vaglio delle censure sollevate dal ricorrente, eleva la propria argomentazione interrogandosi in merito all'intrinseca finalità dell'intervento pubblico nel settore in esame consistente, in conformità con l'art. 1 del Codice Urbani, nella duplice funzione di «*preservare la memoria della comunità nazionale e di promuovere lo sviluppo della cultura*». In forza di una concezione teleologicamente orientata del potere amministrativo esercitato in questo frangente, il giudice rileva come «*la causa che giustifica il trattenimento di un bene culturale all'interno del Paese non attiene alla protezione dell'opera in sé considerata, quanto alla possibilità –ipotetica ed astratta– di assicurarne in futuro la fruizione sul proprio territorio, nel caso di un eventuale futuro intervento dello Stato volto all'acquisto di tale bene, condizione che potrebbe magari mai avverarsi*». Il giudice amministrativo non manca di rilevare a tal proposito come la fruizione dell'opera non venga di per sé assicurata dalla sua mera presenza sul territorio nazionale, in quanto prevista dal Codice per i soli beni di proprietà pubblica e solo in via eccezionale per quelli di proprietà privata. Tenendo conto «*del particolare valore identitario*» che l'oggetto in questione rappresenta per la Francia e che la scelta di ricollocazione del bene in una sede museale estera non comporta alcun pregiudizio all'interesse pubblico perseguito da questa disciplina, il T. A. R. del Lazio non pare ravvisare «*alcuna giusta causa che avalli il forzoso trattenimento all'interno del paese della Commode*». In via molto significativa la pronuncia rileva inoltre che, perseguendo questa impostazione, si permette a qualsiasi visitatore anche italiano di apprezzare il pregiato pezzo di ebanisteria nel suo contesto naturale nonché suo ambiente di provenienza; tale soluzione è comunque preferibile a che la *commode* venga trattenuta forzatamente in Italia e sottratta alla pubblica fruizione. In definitiva, permettere che tale opera sia esposta al pubblico in Francia è preferibile rispetto a trattenerla in Italia «*sottratta alla pubblica fruizione e visionabile semmai solo in virtù di eventuale, e non dovuta, graziosa concessione del proprietario a studiosi di suo gradimento*». Per un

bene culturale rispetto al suo mantenimento nei confini nazionali, ma all'interno dei salotti privati o di caveaux segreti senza che nessuno possa fruirne²³.

5. CONCLUSIONI

Cercando di riassumere la questione prospettata forse banalizzandola, il bene culturale raggiunge lo scopo per cui è stato originariamente posto in essere, ragionando per funzioni, non solo quando viene acquistato e reso fruibile dallo Stato ma anche nel momento in cui, seppur nella dimensione privata, viene visto, goduto e studiato da quante più persone possibili, indipendentemente che questo avvenga in Italia o all'estero. A mio avviso ostacolare fenomeni che operano anche solo potenzialmente in questo senso risulta poco lungimirante e limitativo di nuove potenzialità di sviluppo culturale ed economico. In definitiva, se lo scopo di promozione e sviluppo culturale viene garantito con gli opportuni presidi da parte dei privati senza mercificare il bene culturale di cui sono titolari allora l'attività privata operante in tal senso è, oltre che auspicabile, anche pregevole per la collettività. È pertanto ben possibile immaginare in questo contesto un modello proprietario privato che concorra alla promozione culturale a favore di tutta la collettività e che agisca in via quanto più illuminata e inclusiva, sulla scorta di quanto avviene nel modello anglosassone efficacemente definito *cultural property*. Tale impostazione può trovare riscontro sia nella nostra tradizione storica con il noto fenomeno del mecenatismo culturale sia nella nozione civilistica di proprietà conformata²⁴.

Ovviamente queste riflessioni riguardano la sola dimensione lecita del fenomeno circolatorio di beni culturali che, come ho anticipato, soffre anche di implicazioni strettamente illegali²⁵ che danneggiano non solo la dimensione materiale del patrimonio culturale, ma anche l'eredità storico culturale di cui i singoli beni materiali costituiscono l'identità. In tal senso il legislatore italiano ha recentemente deciso di operare in chiave repressiva con la l. n. 22 del 2022, in forza della quale viene inasprito il trattamento sanzionatorio operante in

efficace commento della sentenza e per una panoramica della giurisprudenza amministrativa più significativa accorsa su questo tema negli anni si veda PIRRI VALENTINI (2020).

²³ Come risalente dottrina afferma in modo chiaro e inequivocabile «la garanzia della conservazione, da un lato, e della fruizione pubblica, dall'altro, costituiscono i due principi fondamentali che consentono di individuare la caratteristica unificante del regime giuridico della materia»: oggi come allora ad avviso di chi scrive «emerge la prelazione del momento funzionale rispetto a quello (strumentale) della regolamentazione della proprietà. La *reductio ad unitatem* della categoria giuridica dei beni culturali non può che ottenersi sulla base di una valutazione teleologica». In tal senso si veda CAPUTI JAMBRENGHI V.(1999), p. 429.

²⁴ MIGNOZZI (2018), LONGOBUCCO F. (2016).

²⁵ Rispetto a come gestire questo fenomeno si vedano le riflessioni di PIRRI VALENTINI (2021).

materia di reati contro il patrimonio culturale. Non va però dimenticato come accanto alla circolazione illecita nel mercato internazionale dell'arte vi siano anche situazioni del tutto legittime rispetto alle quali è necessario porsi in modo quanto più costruttivo e non repressivo.

Nella nuova dimensione integrata propria del contesto territoriale europeo si può pertanto guardare alla circolazione di opere di interesse storico, artistico e culturale non più soltanto come una minaccia all'integrità del patrimonio della Nazione, ma come uno strumento volto sia alla maggiore implementazione del mercato unico europeo in questo settore sia, soprattutto, alla progressiva costituzione di una nuova comune identità culturale europea, diventando così i beni culturali²⁶, anche privati, efficaci mezzi di integrazione, in quanto espressione di un'identità in continua evoluzione che trova la sua realizzazione nella partecipazione e nella condivisione da parte di ciascuno Stato membro della propria eredità storica, artistica e culturale²⁷.

Se all'origine del nostro sistema di regolazione di beni culturali vi era l'esigenza di evitare il depauperamento del patrimonio della Nazione al di fuori del territorio statale, nel contesto contemporaneo l'interesse preminente sotteso a questa materia consiste piuttosto nell'organizzare il regime dei tesori nazionali in modo tale da garantirne la pubblica fruizione²⁸ anche nella dimensione europea che, almeno per quanto attiene la libera circolazione nel territorio degli Stati membri dell'Unione, risulta di fatto ormai quasi integralmente radicata nella mentalità dei cittadini europei.

Facendo proprio il principio espresso dal filosofo tedesco Gadamer per cui la cultura è l'unico bene dell'umanità che, diviso tra tutti, anziché diminuire diventa

²⁶ Si veda in tal senso quanto sostenuto da AVANZINI (2018).

²⁷ A tal proposito sono efficaci le parole di RIMOLI (2017), p. 95 secondo cui: «L'art. 9 co. 1, letto alla luce del complessivo modello pluralista della Carta, non ammette un approccio esclusivo: in altri termini, la cultura di cui l'art. 9 impone alla Repubblica la promozione non può che essere declinata al plurale, come un insieme di culture, tra loro concorrenti e talora addirittura non compatibili, che pure contribuiscono a formare quell'identità in divenire che è sempre stata, particolarmente nell'Italia crocevia di popoli, la base di ogni sviluppo, sociale, artistico e scientifico.»

²⁸ Rilevanti a tal proposito le considerazioni di CAVALLO PERIN (2016). L'autore ragiona rispetto al diritto della persona a godere del bene culturale quale elemento essenziale d'identità e appartenenza alla propria comunità nazionale. Le riflessioni dell'autore si inseriscono nell'ampio dibattito dottrinale suscitato dalla Convenzione di Faro del Consiglio d'Europa del 2005 sul valore del *cultural heritage*, la cui autorizzazione alla ratifica è stata approvata in Italia solo con l.1° ottobre 2020 n. 133. Tra i più rilevanti interventi intercorsi al riguardo va considerato quanto sostenuto da taluni in merito al fatto che questa Convenzione può rappresentare un potenziale mezzo per rinnovare le politiche italiane per il patrimonio culturale, incentrando l'attenzione non più tanto sulle cose, ma sulle persone, per mezzo di una vera e propria rivoluzione copernicana tale da mettere più al centro l'uomo e le sue tradizioni culturali e meno le opere nella loro dimensione materiale e concreta. Sulla spinta di questo spirito innovatore si passerebbe così da un diritto *del* patrimonio culturale ad un diritto *al* patrimonio culturale, garantendo così una fruizione meno elitaria e più condivisa. Sulle problematiche che in strettamente chiave giuridica la Convenzione di Faro suscita nel nostro ordinamento si veda criticamente quanto sostenuto da CARPENTIERI (2017)..

più grande, appare auspicabile ragionare in questo contesto alla luce di quello che in passato è stato definito «*internazionalismo culturale*»²⁹, ossia a partire da una concezione valoriale che guarda ai beni culturali come ad oggetti materiali frutto della sensibilità umana universale e che, in quanto tali, non vanno necessariamente ancorati al territorio nazionale entro cui si trovano o da cui provengono, a meno che non ne siano diretta espressione. Per la maggior parte dei beni culturali mobili il luogo nel quale sono sorti o il territorio nazionale in cui si trovano (o ancora lo Stato a cui ‘appartengono’) è, all’epoca della rivoluzione digitale, forse meno caratterizzante rispetto alla loro naturale vocazione ad essere fruiti materialmente e fisicamente, in chiave non rivale e non esclusiva, dall’umanità intera anche nel contesto privato o internazionale. Questo assunto appare peraltro particolarmente vero con riferimento al patrimonio culturale italiano, caratterizzato da una sovrabbondanza tale di oggetti mobili privati a vario titolo di interesse culturale da non poter garantire la fruizione degli stessi per mezzo di risorse soltanto pubbliche.

Trattandosi pur sempre di una semplificazione non necessariamente corrispondente alla complessità della realtà, ad ogni caso concreto va adottata una diversa soluzione in conformità al principio di proporzionalità che in questa materia regna sovrano³⁰, ma sottrarsi alle sfide che il mondo contemporaneo propone rispetto alla fruizione reale e non virtuale, fisica e non digitale, ‘in presenza’ e non ‘da remoto’ del patrimonio culturale risulterebbe contrario all’impegno che solennemente la Costituzione all’art. 9 conferisce alla Repubblica di promuovere e garantire la diffusione della cultura.

In conclusione, è anche grazie alla nuova dimensione globale del patrimonio culturale, inteso non più come strettamente nazionale ma come patrimonio dell’intera umanità, funzionale al dialogo e alla pace tra tutti i popoli, che è possibile adottare una politica culturale pronta a cogliere le sfide derivanti dalle nuove frontiere europee e internazionali³¹. Ragionando in questo senso i beni culturali, almeno quelli meno fragili e meno territorialmente caratterizzati, non vanno più intesi come oggetti da conservare passivamente, ma come strumenti da utilizzare, parafrasando quanto previsto dalla Costituzione, per promuovere lo sviluppo culturale necessario all’elevazione umana e spirituale del cittadino, indipendentemente dal territorio nazionale nel quale si trovano e dal loro titolare di natura pubblica o privata, in vista del superamento degli ostacoli di ordine economico e sociale limitativi del pieno sviluppo della persona umana.

²⁹ MERRYMAN (2005).

³⁰ SEVERINI (2016).

³¹ CASINI (2019).

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AINIS, M. (1991), *Cultura e politica, il modello costituzionale*, cedam, Padova.
- AINIS, M., FIORILLO, M. (2015), *L'ordinamento della cultura Manuale di legislazione dei beni culturali*, Giuffré, Milano.
- ALIBRANDI, T., FERRI, P. G. (2001), *I beni culturali e ambientali*, Giuffré, Milano.
- AVANZINI, G. (2018), *La circolazione intracomunitaria dei beni culturali privati tra tutela del patrimonio nazionale e identità culturale europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, fasc. n. 3.
- CALABI, G., HECKER, S., SARRO, R., BUSANI, A., *Le opere d'arte e le collezioni Acquisto, gestione e trasferimento*, Wolters Kluwers.
- CAPUTI JAMBRENGHI, V. (1999), *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano Giuffré.
- CARPENTIERI, P. (2017), *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *Federalismi.it*, n. 4.
- CASINI, L., (2019), *Giochi senza frontiere: giurisprudenza amministrativa e patrimonio culturale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc. n. 3.
- (2016), *Ereditare il futuro*, il Mulino, Bologna.
- (2010), *La globalizzazione dei beni culturali*, il Mulino, Bologna.
- CAVALLO PERIN, R. (2016), *Il diritto al bene culturale*, in *Diritto Amministrativo*, Giuffré, Milano.
- CHITI, M. P (1994), *Circolazione e tutela dei beni culturali in ambito comunitario*, in *Beni culturali e comunità europea*, Milano.
- CORTESE, B. (2021) (a cura di), *Il diritto dei beni culturali*, Roma Tre press, Roma.
- EMILIANI, A. (2015), *Leggi, bandi e provvedimenti per la tutela dei beni artistici e culturali negli antichi Stati italiani 1571-1860*, Polistampa, Firenze.
- FRIGO, M. (2007), *La circolazione internazionale dei beni culturali, Diritto internazionale, Diritto comunitario e Diritto Nazionale*, Giuffré, Milano.
- GIANNINI, M. S. (1976), *I beni culturali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Vol. XXVI.
- GRAZIADEI, M., PASA, B. (2017), *Patrimoni culturali, tesori nazionali: il protezionismo degli Stati membri dell'UE nella circolazione dei beni culturali in Contratto e impresa/Europa*.
- GRISOLIA, A. (1952), *La tutela delle cose d'arte*, Società editrice del foro romano, Roma.
- LEMME, F. (2018), *Compendio di diritto dei beni culturali*, Cedam, Padova.
- LIBERATI BUCCIANI (2019), (a cura di), *L'opera d'arte nel mercato*, Giappichelli, Torino.
- LONGOBUCCO, F. (2016), *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà obbliga*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. n. 5.
- MABELLINI, S. (2016), *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, Giappichelli, Torino.
- MARINI, F. S. (2002), *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Giuffré, Milano.

- MERRYMAN, J. H. (2005), *Cultural Property Internationalism*, in *Journal of Cultural Property*, Fasc. N. 12.
- MERUSI, F., Art. 9 in *Commentario alla Costituzione, principi fondamentali* (a cura di G. Branca), Zanichelli, Bologna/Roma.
- MIGNOZZI, A. (2018), *Lo statuto giuridico dei beni culturali*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- OTRANTO, P. (2018), *Più aperto e rischioso il mercato internazionale dei beni culturali italiani*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*.
- PIRRI VALENTINI, A. (2021), *Verso una governance nella circolazione internazionale dei beni culturali: contrastare la circolazione illecita con strumenti amministrativi e meccanismi di soft law idonei a regolarne l'esportazione*, in *Aedon Rivista di arti e diritto online*, fasc. n. 2.
- (2020), *Il controllo giurisdizionale sull'esportazione di opere d'arte*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, p. 491 e ss.
- PIVA, G. (1952), voce *Cose d'arte* in *Enc. Dir.*, vol. XI, Giuffré, Milano.
- RIMOLI, F. (2017), *Profili costituzionali della tutela del patrimonio*, in *Patrimonio culturale Profili giuridici e tecniche di tutela*, Gemma A., Massaro A., Cortese B., Battelli E. (a cura di), Roma Tre Press, Roma.
- SANTORO PASSARELLI, F. (1973), *I beni della cultura secondo la Costituzione*, Cedam, Padova.
- SEVERINI, G. (2019), Artt. 1-2, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) Sandulli M. A., Giuffré, Milano.
- (2016), *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon Rivista di arti e diritto online*, fasc. n. 3.
- (2013), *La tutela costituzionale del paesaggio*, Utet, Torino.
- SIMONATI, A., FERRAZZI, C. (2019), Artt. 64 bis e ss. in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) Sandulli M. A., Giuffré, Milano.
- SPERONI, M. (1988), *La tutela dei beni culturali negli Stati italiani preunitari*, Giuffré, Milano.
- TARASCO, A. L. (2019), *Il patrimonio culturale, concetto, problemi, confini*, editoriale Scientifica, Napoli.
- VOLPE, G. (2015), *Patrimonio al futuro. Un manifesto per i beni culturali e il paesaggio*, Electa, Milano.
- ZUCCHELLI, C. (2019), Artt. 10-14, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) Sandulli M. A., Giuffré, Milano.

EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES LOCALES DEL PAÍS VASCO EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA CULTURAL

JOKIN BABAZE AIZPURUA
UPV/EHU

SUMARIO: 1. *Derechos culturales.*–2. *Entidades locales y cultura en la Constitución.*–3. *Políticas culturales y Ayuntamientos.*–4. *La cultura en la Ley de Instituciones Locales de Euskadi.* 4.1. El acceso a la cultura como derecho de los vecinos. 4.2. Régimen competencial de las instituciones locales de Euskadi.–5. *Competencia y servicio público en materia de cultura.*–6. *Bibliografía.*

1. DERECHOS CULTURALES

En el plano del derecho internacional se suele hablar sobre los derechos culturales como una parte indisociable de los Derechos Humanos (Federación Iberoamericana de Ombudsmen, 2013, p. 26). En el caso de España, el artículo 44 de la Constitución establece el derecho a la cultura que, tal y como señala Parejo Alfonso, debe ser reformulada en términos de derecho de acceso a la cultura, «pues nadie puede exigir un determinado resultado cultural, toda vez que éste depende siempre de las aptitudes y actitudes de cada uno y el Estado solo puede garantizar los medios necesarios para acceder a ese resultado.» (Parejo Alfonso, 2013, pp. 27-28). Al estar encuadrado en el Capítulo III del Título I, el derecho del acceso a la cultura es, de acuerdo con el art. 53.3 CE, un principio rector de la política social y económica.

El mandato del artículo 44, de posibilitar el acceso a la cultura y promover la ciencia y la investigación científica y técnica es un mandato de optimización que ordena su realización por todos los poderes públicos en la mayor medida posible, no solo por el Estado, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, lo cual de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional puede realizarse no solo a través del fomento de actividades culturales privadas, sino también con la intervención directa de las Administraciones públicas en la organización de actividades culturales (Nieto Garrido, 2018, pp. 1361-1362).

Este precepto resulta, en efecto, de importancia capital para el ordenamiento de las competencias en materia de cultura, puesto que, «ni del art. 149.1.18.^a CE, que atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia sobre «fomento de la cultura», como tampoco del art. 149.1.28.^a CE, que dispone la competencia del Estado sobre «defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español», puede extraerse la conclusión de que la materia de cultura sea omnímoda y excluyente. Antes al contrario, se trata de articular las competencias de modo tal que pueda ser efectivo el principio rector de garantía del acceso a la cultura del art. 44 CE, con el fomento de la misma y la preservación y enriquecimiento del patrimonio histórico, artístico y cultural español. De ahí la configuración de la cultura como una competencia concurrente entre Estado y Comunidades Autónomas» (Leña, Sieira, & Rastrollo, 2022).

Hasta la fecha no se ha producido un desarrollo de este derecho por el legislador nacional, y si bien existen Comunidades Autónomas que han desarrollado el derecho de la ciudadanía a la cultura, como es el caso de Navarra mediante Ley Foral 1/2019¹, la Comunidad Autónoma del País Vasco no ha hecho un desarrollo similar². Es por ello que se ha señalado la necesidad de desarrollar este

¹ Esta Ley responde a la demanda del sector profesional de la cultura manifestada en la II Conferencia Estatal de la Cultura, mediante la aprobación del Pacto por la Cultura, cuya recomendación n.º 23.º instaba a los gobiernos de las comunidades autónomas a la aprobación y desarrollo de leyes de derechos culturales, con el objeto de establecer los contenidos del derecho a la cultura y de participación en la vida cultural de la comunidad, sentando unas condiciones y garantías básicas comunes y afirmando el significado de los derechos culturales como derechos humanos para todos los ámbitos y sectores culturales. Así, La Ley Foral pretende poner en valor las políticas culturales y establecer obligaciones de las administraciones públicas en relación con los derechos culturales, asegurando así los derechos, reconociéndolos también ante el conjunto de artistas, creadores, gestores, promotores y profesionales de la cultura. Para ello, insta a las administraciones públicas competentes en la materia a promover políticas culturales novedosas que establezcan el valor de la cultura como bien común y sus derechos de acceso y participación como pilares necesarios para alcanzar una sociedad más igualitaria y democrática. La Ley Foral 1/2019, tiene un carácter innovador, dada la inexistencia de una norma de estas características en contextos europeos y estatales (BARCENILLA TIRAPU, GAMBOA BAZTÁN, JIMENO ARAGUREN, & URABAYEN AZPILIKUETA, 2019, pp. 112-114).

² Ello sin perjuicio de que, efectivamente, el Estatuto de Autonomía del País Vasco establece en el artículo 9.1 que «los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos del País Vasco son los establecidos en la Constitución», pero establece también en el apartado 2 del mismo art. 9 que «Los poderes públicos vascos, en el ámbito de su competencia: e) Facilitarán la participación de todos los ciudadanos en la vida

mandato constitucional, concretando los deberes de los poderes públicos en la materia (Barcenilla Tirapu, Gamboa Baztán, Jimeno Araguren, & Urabayen Azpilikueta, 2019, p. 111). A nuestro juicio, dicha concreción realizarse atendiendo al contenido de los tratados internacionales suscritos en la materia por España, entre los que destacamos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966 (PIDESC) y la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, hecha en París el 20 de octubre de 2005 (CPEC), determinantes para clarificar el contenido de las obligaciones de los poderes públicos en materia de cultura no solo porque así lo disponga el artículo 10.2 CE, si no también porque la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales ha establecido, además del principio de prevalencia de los tratados internacionales (art. 31), el de la aplicación directa de su contenido (art. 30.1) y la obligación de todos los poderes públicos de velar por el adecuado cumplimiento de los mismos (art. 29).

En el caso del PIDESC cabe destacar la importancia de las Observaciones Generales realizadas por el Comité de derechos económicos sociales y culturales que desarrollan el contenido del tratado. Así, en la Observación General n.º 21, el Comité recuerda que el derecho a participar en la vida cultural requiere, además de un marco de libertad, de la adopción por los poderes públicos de medidas positivas dirigidas a asegurarse que existan las condiciones previas para participar en la vida cultural, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos (párrafo 6). Es por ello por lo que se ha señalado, por ejemplo, por el Observatorio Vasco de la Cultura, que este es un derecho de prestación. (2019, p. 9). Entre ellas destaca los tres principales componentes que el Estado debe garantizar en relación con el derecho a participar o tomar parte en la vida cultural: a) la participa-

política, económica, cultural y social del País Vasco.» Esta remisión genérica a la Constitución conduce en efecto a concluir que no existe en el País Vasco un catálogo diferente de derechos y deberes fundamentales. Sin embargo, tal y como ha apuntado Ana Rosa GONZÁLEZ MURUA, nada impide que la Comunidad Autónoma del País Vasco pueda desarrollar derechos siempre que se trate de materias en las que no exista reserva de Ley Orgánica. (GONZÁLEZ MURUA, 1991), lo cual sucede con el derecho a la cultura.

ción en la vida cultural³; b) el acceso a la vida cultural⁴, y c) la contribución a la vida cultural⁵» (párrafo 15).

En concreto, la obligación de los estados de garantizar el acceso a la vida cultural debe materializarse aplicando criterios de *disponibilidad*, *accesibilidad*, *aceptabilidad*, *adaptabilidad* e *idoneidad*, en los términos en los que se recoge en el apartado II. B de la Observación General, siendo singularmente relevantes en tanto actividades prestacionales los principios de *disponibilidad* y *accesibilidad* que implican tanto «la presencia de bienes y servicios culturales que todo el mundo pueda disfrutar y aprovechar» (párrafo 16.1) como «la existencia de oportunidades efectivas y concretas de que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura que esté al alcance físico y financiero de todos, en las zonas urbanas y en las rurales, sin discriminación» (párrafo 16.b).

Entre las muchas formas sugeridas para cumplir estas obligaciones, que en todo caso deben entenderse a mero título ejemplificativo y nunca como una lista cerrada⁶, el Comité menciona algunas tan sugerentes como la de «adoptar políticas para la protección y promoción de la diversidad cultural y facilitar el acceso a una variedad rica y diversificada de expresiones culturales mediante, entre otras cosas, medidas que apunten a establecer y apoyar instituciones públicas y la infraestructura cultural necesaria para la aplicación de dichas políticas» (párrafo 52.a) «otorgar ayuda financiera o de otro tipo a artistas y organizaciones públicas y privadas, como academias científicas, asociaciones culturales, sindicatos y otras personas e instituciones dedicadas a actividades científicas y creativas» (párrafo 52.d) o «el acceso garantizado de todos, sin

³ La participación en la vida cultural supone, conforme al texto aprobado por el Comité, el derecho de toda persona (de forma individual o colectiva) a actuar libremente, a escoger su propia identidad, a identificarse o no con una o con varias comunidades, o a cambiar de idea, a participar en la vida política de la sociedad, a ejercer sus propias prácticas culturales y a expresarse en la lengua de su elección, así como a buscar, desarrollar y compartir con otros sus conocimientos y expresiones culturales, y a actuar con creatividad y tomar parte en actividades creativas. Este componente es, por lo tanto, un derecho de libertad.

⁴ El acceso a la vida cultural supone, conforme al texto aprobado por el Comité, el derecho de toda persona (también de forma individual o colectiva) a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información, y a recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su identidad cultural. Es, por lo tanto, un derecho de prestación.

⁵ La contribución a la vida cultural supone, de acuerdo con el Comité, al derecho de toda persona a contribuir a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad y a participar en el desarrollo de la comunidad a la que pertenece, así como en la definición, formulación y aplicación de políticas y decisiones que incidan en el ejercicio de sus derechos culturales. Este componente es, por tanto, al igual que el de la participación en la vida cultural, un derecho de libertad.

⁶ El párrafo 52 resulta claro en este sentido cuando señala que los Estados partes «están obligados a facilitar el derecho de toda persona a participar en la vida cultural tomando una gran variedad de medidas positivas, entre otras, de tipo financiero, que contribuyan a la realización de este derecho» para a continuación enumerar algunas de dichas medidas antecedidas de un «por ejemplo». Como luego se verá la obligación de los Estados es de poner medios para la realización del derecho, por lo que tiene un amplio margen en su concreción.

discriminación por motivos de posición económica o cualquier otra condición social, a museos, bibliotecas, cines y teatros, y a actividades, servicios y eventos culturales». (párrafo 54.d).

Dichos mandatos deben ponerse en conexión con el art. 2 PIDESC, analizado en la Observación General n.º3, de manera que si bien el PIDESC prevé una realización paulatina de los derechos protegidos en él, los Estados tienen en todo caso la obligación de adoptar medidas, hasta el límite de sus posibilidades, para la realización de los mismos, que «deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto»

Por otro lado, de una lectura somera del CPEC deducimos que podemos encontrar en él una contrapartida a los compromisos adquiridos en el PIDESC.

Este texto internacional, cuyo considerando es una auténtica oda a la autonomía cultural⁷, tiene como objetivos principales las de «proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales (art. 1.a) » y «crear las condiciones para que las culturas puedan prosperar y mantener interacciones libremente de forma mutuamente provechosa» (1.b), para lo cual establece una serie de derechos y deberes de los Estados.

Si bien en el considerando se reconoce «la importancia de los conocimientos tradicionales como fuente de riqueza inmaterial y material, en particular los sistemas de conocimiento de los pueblos autóctonos y su contribución positiva al desarrollo sostenible, así como la necesidad de garantizar su protección y promoción de manera adecuada», y «la necesidad de adoptar medidas para proteger la diversidad de las expresiones culturales y sus contenidos, especialmente en situaciones en las que las expresiones culturales pueden correr peligro de extinción o de grave menoscabo», lo cierto es que, si atendemos a las definiciones que da el tratado, podemos comprobar que su ámbito de aplicación va mucho más allá de los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales en peligro de extinción:

– La «diversidad cultural» se define, de acuerdo con el art. 4.1 como «la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades», que «se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de

⁷ No podemos dar otro calificativo a un texto que comienza «*Afirmando que la diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad,*»

creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados».

– Por «contenido cultural» se entiende «el sentido simbólico, la dimensión artística y los valores culturales que emanan de las identidades culturales o las expresan» (art. 4.2).

– Las «expresiones culturales» son «las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural.» (art. 4.3).

– Las «actividades, bienes y servicios culturales» se refieren a «las actividades, los bienes y los servicios que, considerados desde el punto de vista de su calidad, utilización o finalidad específicas, encarnan o transmiten expresiones culturales, independientemente del valor comercial que puedan tener. Las actividades culturales pueden constituir una finalidad de por sí, o contribuir a la producción de bienes y servicios culturales».

Resulta claro, por tanto, que cuando el art. 3 señala que la Convención «se aplicará a las políticas y medidas que adopten las Partes en relación con la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales», en el ámbito de aplicación de la Convención deben entenderse incluidas cualesquiera actividades culturales, entendiendo como tales, al menos, las propias del «núcleo básico comprensivos de los contenidos medulares del «tema cultura»» al que hacía alusión Prieto de Pedro y que incluyen, entre otros, los conceptos de arte y literatura (Prieto de Pedro, 2013, p. 206).

En relación con estas materias, los Estados parte asumen una serie de derechos y obligaciones que contiene dos elementos nucleares con el tema que nos ocupa, como son contenida en el art. 7 de procurar crear en su territorio un entorno que incite a las personas y a los grupos a crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales, y tener acceso a ella, debiendo asimismo reconocer «la importante contribución de los artistas, de todas las personas que participan en el proceso creativo, de las comunidades culturales y de las organizaciones que los apoyan en su trabajo, así como el papel fundamental que desempeñan, que es alimentar la diversidad de las expresiones culturales» y la contenida en el art. 10 de propiciar y promover el entendimiento de la importancia que revisten la protección y fomento de la diversidad de las expresiones culturales mediante, entre otros medios, programas de educación y mayor sensibilización del público y esforzarse por alentar la creatividad y fortalecer las capacidades de producción mediante el establecimiento de programas de educación, formación e intercambios en el ámbito de las industrias culturales.

Si bien tal y como señala Loredana Mura, el artículo 7 es un caso paradigmático de norma internacional de la naturaleza programática, que se limita a dar directrices generales a la política estatal del campo en que se trate, sin entrar en detalles de su contenido y en su aplicación concreta (Mura, 2016, p. 174), no podemos evitar ver cierto paralelismo entre esta Convención y el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, en el sentido de que también sería predicable, tal y como señalaba la Observación General n.º 3 del PIDESC, que los Estados parte de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales tengan la obligación de adoptar medidas «deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas» en esta.

Consecuentemente, cuando el art. 6 de la Convención dice que «las Partes podrán adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios (art. 6.1)» y que «esas medidas pueden consistir» en las que se enumeran él (art. 6.2), no debe interpretarse ese «podrán» como un precepto de naturaleza dispositiva, sino que debe ponerse en conexión con el art. 5 de la Convención, que proclama el «derecho soberano» de los Estados a adoptar ese tipo de políticas, toda vez que, tal y como han señalado Patricia Gabeiras y Jaime Leguina «alguna de las medidas introducidas en la lista son susceptibles de contradecir los principios de la Organización Mundial del Comercio» (Gabeiras & Leguina, 2016, p. 172). Es decir, que cuando la Convención establece que «las Partes podrán adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios», lo que realmente está haciendo es introducir una excepción cultural al marco general.

En cambio, la redacción del art. 7, si bien efectivamente programática es suficientemente clara e imperativa respecto a los objetivos que deben procurar los Estados, de manera que, si se realizara una interpretación diferente a la obligatoriedad de los Estados parte de perseguir la consecución de los mismos, el precepto quedaría vacío de contenido.

Por otro lado, debe mencionarse las continuas e importantes alusiones que realiza la Convención a esas entidades colaboradoras de los poderes públicos que mencionábamos antes, puesto que, además de que en virtud del art. 11 las Partes «reconocen el papel fundamental que desempeña la sociedad civil en la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales» y se comprometen a «fomentar la participación activa de la sociedad civil en sus esfuerzos por alcanzar los objetivos de la presente Convención», el art. 6 establece como medidas que los Estados parte pueden adoptar las «c) medidas encaminadas a proporcionar a las industrias culturales independientes nacio-

nales y las actividades del sector no estructurado un acceso efectivo a los medios de producción, difusión y distribución de bienes y servicios culturales; d) medidas destinadas a conceder asistencia financiera pública; e) medidas encaminadas a alentar a organizaciones sin fines de lucro, así como a entidades públicas y privadas, artistas y otros profesionales de la cultura, a impulsar y promover el libre intercambio y circulación de ideas, expresiones culturales y actividades, bienes y servicios culturales, y a estimular en sus actividades el espíritu creativo y el espíritu de empresa; g) medidas encaminadas a respaldar y apoyar a los artistas y demás personas que participan en la creación de expresiones culturales.

Por lo tanto, de la combinación de los compromisos adquiridos por España en virtud de estos dos Tratados Internacionales se deduce que los poderes públicos tienen la obligación no solo de ofertar a la ciudadanía unos servicios culturales que faciliten su acceso a las manifestaciones culturales, sino también de establecer los medios que fomenten el que los ciudadanos participen de una forma activa en la vida cultural a través de sus propias expresiones culturales, lo cual incluye acciones positivas tales como la formación en cultura y arte o el fomentar la existencia de estructuras sociales privadas que incidan en el ámbito cultural.

Esto le da un nuevo contenido al artículo 44 CE, en el que se supera la visión de una relación pasiva de la ciudadanía con la cultura para avanzar a una sociedad en el que se fomenta que cada uno de sus miembros sea un sujeto activo en la vida cultural, convirtiéndose así en la base desde la que construir una auténtica ciudadanía cultural.

2. ENTIDADES LOCALES Y CULTURA EN LA CONSTITUCIÓN

Obviamente, ni el art. 44 CE ni las obligaciones adquiridas por España en el PIDESC y el CPEC resultan ajenas al carácter descentralizado de España. Lejos de considerar dicha descentralización como algo negativo para la consecución de los objetivos marcados por la Constitución, la doctrina ha puesto de relieve la conveniencia de la misma.

En este sentido, señalaba Luciano Parejo Alfonso que el cultivo y crecimiento de la cultura demanda una ordenación social radicalmente descentralizada, en el sentido de articulada sobre la base de la libertad y en concreto de una serie de elementales derechos-libertades precisos para efectividad y plenitud de aquella, entre los cuales incluye el derecho de creación literaria, artística, científica y técnica, acompañada de los dere-

chos de propiedad instrumentales para la incentivación de la creación y vinculados a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, señalando a su vez que la efectividad de estos derechos y libertades requiere la de derechos igualmente fundamentales y más complejos que dependen de una acción interventora prestadora de los poderes públicos. (Parejo Alfonso, 2013, pp. 9-10)

Es por ello por lo que este autor defiende que la cláusula del art. 149.2 CE alcanza a todos los poderes públicos, en tanto manifestaciones del Estado de la Cultura, puesto que la cultura se ofrece «como valor y no como materia convencional idónea para servir de soporte a la definición precisa de competencias», puesto que la cultura escapa a la definición tradicional de materia para ser una competencia institucional o inherente a cualquier tipo de ente territorial en cuanto expresión inmediata de toda comunidad, «y ello porque, siendo cierto que allí donde hay una comunidad hay manifestaciones culturales, siempre es posible que los entes públicos representativos de tales comunidades adopten medidas en relación con tales manifestaciones» (Parejo Alfonso, 2013, p. 30.), opinión que compartimos dado por un lado que es la única forma de cohonestar el pluralismo territorial y el sentido étnico de la cultura, en el sentido de que, efectivamente, toda comunidad puede ostentar un sistema simbólico propio en el que el ente territorial que lo represente deba actuar.

3. POLÍTICAS CULTURALES Y AYUNTAMIENTOS

Si, del análisis de la participación de las instituciones locales francesas en la acción cultural pública se desprende una notable participación de las instituciones locales en la prestación de servicios culturales manifestada, en especial, en la creación y gestión de las *Maisons de la culture*, y una asunción por los municipios franceses de un 50,5% del gasto público en cultura (Vaquer Caballeria, 1998, pp. 145-148), parece que en el caso de España la situación es muy similar.

En efecto, y sin perjuicio de que, tal y como señalara Rubio Arostegui «los municipios son muy diversos y tienen dinámicas demográficas, sociales, culturales y económicas muy heterogéneas», que dificulta la elaboración de un discurso en torno a los «municipios españoles» (Rubio Arostegui, 2019, p. 155), no resulta difícil defender la importancia práctica de los municipios en la realización de los derechos culturales en España, toda vez que distintos autores han constatado empíricamente la relevancia de estas instituciones en la

política cultural de Aragón (Sanz Hernandez, 2012), Galicia (Lage, Losada, & Gómez, 2012), Valencia (Hernández I Martí & Albert Rodrigo, 2012), Cataluña (Rius Ulldemolins, Rodríguez Morató, & Martínez Illa, 2012), Madrid (Rubio Arostegui, 2012) y País Vasco (Martínez de Albeniz, 2012).

Iñaki López de Aguilera, por su parte, ha puesto de manifiesto la importancia de los ayuntamientos en general en relación con las demandas de los ciudadanos, calificándolo incluso de «institución de choque», como en particular con los relacionados con la cultura, señalando que «no es casualidad que los ayuntamientos sean las instituciones que asumen la mayor proporción del gasto público en cultura, por delante de Diputaciones, Gobiernos autonómicos y central» (López de Aguilera, 2000, p. 15).

El mismo autor ha subrayado que la cultura es uno de los ámbitos donde más claramente se destaca la relevancia de la ciudad, que es un marco privilegiado para el desarrollo de la cultura tanto por la capacidad de la ciudad como generadora de identidad (en tanto el municipio es donde la persona primero reconoce su propia cultura, el ámbito en el que primero se estructura la identidad colectiva) como por lo que aporta la ciudad para el ejercicio de la cultura: la posibilidad de interrelación, del cara a cara, del encuentro ciudadano en los espacios y equipamientos de uso común; en la plaza, el ágora, ese concepto parcialmente sustituido o completado hoy en día por los equipamientos socio-culturales, así como por la relevancia de la ciudad como escuela de ciudadanía, como marco donde se pueden satisfacer los derechos culturales y donde impulsar la participación, el asociacionismo y el voluntariado cultural (López de Aguilera, 2000, p. 57)

Paradójicamente, en el País Vasco, la noción de la cultura como un ámbito en el que todas las instituciones pueden actuar, ha sido interpretado en ocasiones como algo negativo desde espacios relacionados con los profesionales de la cultura, que han percibido que la concurrencia competencial ha generado un «territorio de desencuentros que imposibilita un proyecto cultural integral», puesto que las relaciones entre departamentos e instituciones es compleja y en muchas ocasiones depende de la política, ya que Gobierno Vasco y Diputaciones se han movido históricamente «en confrontación permanente». En cambio, al bajar en la escala institucional, los enfrentamientos se han atenuado, puesto que los ayuntamientos se relacionan con las diputaciones, con el que tienen una política de convenios que se va renovando anualmente prácticamente sin obstáculo alguno. (Martínez de Albéniz, 2012, pp. 157-160)

Lo anterior ha llevado a los agentes culturales a reclamar una clarificación de las competencias entre los tres niveles administrativos de la CAPV, si bien resulta bastante claro que la principal competencia de los Ayuntamientos

de Euskadi en la materia es la difusión de la cultura (Martínez de Albeniz, 2012, pp. 157-158). En efecto, está institucionalmente aceptado que se ha llegado a un acuerdo *de facto* según el cual el Gobierno Vasco se ocupa prioritariamente de la creación y la producción, las Diputaciones Forales del patrimonio cultural y los Ayuntamientos de la difusión. (Observatorio Vasco de la Cultura, 2015, p. 8).

No obstante lo anterior, y en el concreto ámbito de la música, López de Aguilera ha señalado la conveniencia de encuadrar la puesta en marcha de una escuela de música en la planificación de la política cultural local (López de Aguilera, 2000, p. 200), al igual que la Federación Española de Municipios y Provincias (Federación Española de Municipios y Provincias, 2010, p. 15)⁸.

Por otro lado, comprobar el gasto realizado en materia cultural por las distintas instituciones también nos conduce a remarcar la importancia de las políticas municipales en la materia, si bien no hay que olvidar, tal y como ha señalado el Observatorio Vasco de la Cultura, «que cada institución tiene su propia estructura de gasto, acorde a sus obligaciones competenciales y prioridades políticas» (Observatorio Vasco de la Cultura – Kulturaren Euskal Behatokia, 2020, p. 8).

Es en ese contexto en el que debe interpretarse el gasto de las distintas instituciones del País Vasco en materia de cultura, en el que, conforme a los datos de 2018, la cultura supone el 8,1% del total de los presupuestos de gasto de los Ayuntamientos frente al 2,9% en las Diputaciones Forales y un 0,6% del Gobierno Vasco, y en el mismo año, los Ayuntamientos suman un total de 1.115 empleos culturales frente a 282 de las Diputaciones Forales y 76,8 del Gobierno Vasco^{9, 10}.

⁸ En el caso del País Vasco, la existencia de estas escuelas de música municipales es un hecho constatable, además de por un repaso a las escuelas agrupadas en la Asociación de Escuelas de Música del País Vasco (<https://ehme.eu/centros-de-musica/>), por la Disposición Transitoria Séptima de la Ley 2/2016, de Instituciones Locales del País Vasco «*Régimen específico de las escuelas de música locales y euskaltegis municipales*» y la expresa mención de la aplicación de Udalhitz (marco sectorial unitario de negociación de relaciones laborales en las Instituciones Locales de la CAPV) al personal funcionario de Conservatorios y Escuelas de Música conforme al art. 3.4 del mismo, si bien con especialidades que se regulan a lo largo del mismo documento (artículos 14 a 19, 30, 101 y 166)

⁹ https://www.eustat.eus/elementos/ele0013200/empleo-cultural-publico-propio-asociado-al-capitulo-i-por-tipo-de-entidad-puestos-de-trabajo-anualizados-ca-de-euskadi/tbl0013203_c.html. Consultado el 11-08-2022.

¹⁰ Hay que advertir, no obstante, que la exigua cifra de empleos públicos culturales del Gobierno Vasco se debe a que no incluya el personal al servicio de las Entidades del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi adscritos al Departamento de Cultura y Política Lingüística conforme al Decreto 73/2021, de 23 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica y funcional de dicho Departamento que incluye estructuras tan grandes como el Ente Público de Derecho Privado Radio Televisión Vasca y EitB Media, S. A. U. de ella dependiente (art. 2.2.a.2). Sólo la Sociedad Pública Orquesta de Euskadi, S. A., también adscrito al Departamento de Política Lingüística de acuerdo con el art. 2.2.b.1. del Decreto 73/2021, cuenta según su portal de transparencia con una plantilla de 108 trabajadores: https://es.euskadikoorkestra.eus/sites/default/files/3.-_resumen_del_personal_2021_0.pdf. Esto puede explicar

Aunque, conforme a lo expuesto, resulta clara la importancia cuantitativa y cualitativa de las políticas culturales de los ayuntamientos, vemos la necesidad de remarcar la conexión de la política cultural con otras funciones que realizan los ayuntamientos para vencer la noción de la cultura como la «variable olvidada» de la que hablaba Martínez de Albéniz, en el que incluso desde las concejalías de los ayuntamientos se ve la cultura «como algo que no tiene nada que ver con su día a día» (Martínez de Albéniz, 2012, p. 159).

Así, Andrea Garrido ha recordado recientemente que, atendiendo a los parámetros de la Organización Mundial de la Salud, el concepto de «salud» incluye el bienestar físico, mental y social, motivo por el cual el art. 43 CE menciona expresamente como dimensiones de la salud, además del fomento de la educación sanitaria, la educación física y el deporte, el facilitar la adecuada utilización del ocio, en el que podemos entender también incluida la actividad cultural por ser una actividad intelectual. Además, ha señalado que, en la legislación en la materia, la «asistencia social» como actividad dirigida a satisfacer las necesidades más primarias del individuo, está siendo paulatinamente relegada por la noción de los «servicios sociales» orientados a un objetivo más amplio y complementario «el logro de mayor bienestar para el individuo y su plena integración social» (Garrido Juncal, 2021, pp. 289-291), y creemos que está fuera de toda duda que un mayor bienestar del individuo pasa también por un total ejercicio del libre desarrollo de la personalidad que encuentra uno de sus ámbitos naturales en las expresiones culturales.

4. LA CULTURA EN LA LEY DE INSTITUCIONES LOCALES DE EUSKADI

En la Ley 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi, el derecho a la cultura se encuentra protegida desde una doble vertiente como son el reconocimiento del derecho a la cultura a todas aquellas personas que ostenten la condición de vecinas y el régimen competencial de las instituciones locales de Euskadi.

4.1 El acceso a la cultura como derecho de los vecinos

el alto número de empleados (1.432) que se enumeran en el apartado de «Organismos autónomos, sociedades públicas y fundaciones», sin que hayamos sido capaces de encontrar un desglose respecto a la administración a la que pertenecen, por lo que no debe descartarse tampoco que se distribuyan entre los tres niveles institucionales de la CAPV.

Efectivamente, la Ley 2/2016, de Instituciones Locales del País Vasco establece en su art. 43.1.g que el derecho a la cultura es un derecho de todas aquellas personas que tengan la condición de vecino o vecina, de modo que no solo corresponde a los ciudadanos y ciudadanas ¹¹.

Así, la LILE viene a suplir parcialmente esa carencia de desarrollo del derecho a la cultura tanto en la legislación estatal como en la autonómica vasca estableciendo el derecho a la cultura como un derecho subjetivo de todos los residentes en la Comunidad Autónoma del País Vasco, al ser un derecho que ostentan en calidad de vecinos conforme a este artículo 43 y que los Ayuntamientos deben satisfacer. Sin embargo, no se ha realizado un desarrollo por parte del legislador autonómico sobre el contenido mínimo de este derecho a la cultura.

En este sentido y teniendo en cuenta que el art. 54.d.8 LILE establece que las entidades locales deben publicar en su cartera de servicios la información suficiente clara sobre sus servicios materia de cultura, consideramos que no existe obstáculo para que las entidades locales que así lo deseen aprueben por vía de Reglamento u Ordenanza ¹² cuáles son los concretos derechos que tienen sus vecinos en materia de cultura, lo cual obviamente ayudaría a construcción de la noción general de los derechos culturales en el ámbito local. Cabe señalar que no hemos encontrado ninguna disposición local en la materia.

Por otro lado, hay que recordar que el artículo 9.2.e del Estatuto de Autonomía del País Vasco establece que los poderes públicos en el ámbito de su competencia facilitarán la participación de todos los ciudadanos en la vida política económica cultural y social del País Vasco.

4.2 Régimen competencial de las instituciones locales de Euskadi

Sin perjuicio de que la LILE establece la cultura como una competencia propia de las instituciones locales, al fijar en el art. 17 que «1. En el marco de lo dispuesto en la presente Ley y en la legislación que sea de aplicación, los

¹¹ El art. 43.2 LILE ordena que, salvo los de naturaleza electoral, todos los derechos enumerados en el art. 43.1 serán reconocidos a las personas extranjeras empadronadas en el municipio respectivo.

¹² La LILE, en su Disposición Adicional Primera, establece que las normas dictadas por las entidades locales adoptarán la forma de a) Reglamento, b) Ordenanza, c) Decretos instrucciones de alcaldía o d) Bandos de alcaldía. Los Reglamentos son «Disposiciones de carácter general aprobadas por el pleno que regulan la organización y el funcionamiento de la entidad local y la prestación de servicios públicos.»; las Ordenanzas, por su parte, «Disposiciones de carácter general, con vocación de permanencia, que fijan derechos y obligaciones con la finalidad de ordenación social, e incluyen las normas de carácter urbanístico y de ordenación tributaria». *Prima facie*, consideramos que cualquiera de las dos figuras puede resultar apropiada para ello.

municipios podrán ejercer competencias propias en los siguientes ámbitos materiales: 20) Ordenación y promoción de la cultura y de actividades culturales y gestión de equipamientos culturales de uso público», y de que establece también en el art. 54 que los servicios relativos a la cultura deberán estar incluidos de forma «sucinta y clara» en la cartera de servicios prestados a la ciudadanía, consideramos que la principal herramienta para garantizar el derecho a la cultura por las instituciones locales radica en su régimen competencial y, en concreto, en el art. 16 LILE, denominada «Cláusula universal de competencias municipales y actividades, servicios o prestaciones que no tengan el carácter de competencias propias, transferidas o delegadas», que en principio permite extender las actividades de los municipios no expresamente conferidos por la legislación, lo cual puede resultar vital, como luego se verá, en relación a las enseñanzas musicales. Sin embargo, el contenido de dicho precepto debe asimilarse con cautela.

La Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, comienza mencionando en la exposición de motivos la Carta Europea de Autonomía Local. Ciertamente, la adhesión a este Tratado Internacional suscrito íntegramente por el Reino de España (BOE de 24 de febrero de 1985)¹³, supone, al menos desde el punto de vista formal, la adhesión a una versión amplia de la autonomía local que en su art. 4.º apartados 2 y 3, establece que «*las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad*» y que «*El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía.*»

Tal y como dijo Antonio José Sánchez Sáez, opinión que compartimos plenamente, la vinculación de la autonomía local a las leyes en España es positiva, de modo que sólo pueden hacer aquellos que éstas le permitan, mientras que en la CEAL, la autonomía local se configura vinculada negativamente, de modo que las entidades locales podrán hacer todo lo que ésta no les prohíba (Sánchez Sáez, 2008, p. 32) lo cual supone otorgar una *especie de universalidad del círculo de acción de la instancia local*, margen que se completa con la obligación de las leyes de atribuir competencias concretas a las entidades loca-

¹³ Salvo en lo relativo a la necesidad de la elección directa de los miembros que integran sus órganos; reserva realizada obviamente para salvar la elección indirecta de los miembros de las Diputaciones Provinciales de régimen común

les, y es que *«matar el mito de la tutela de las administraciones locales mediante la técnica de la garantía institucional exige crear otro mito: la libertad de decisión de la Administraciones local a partir de su competencia universal sobre los asuntos locales»* (Sánchez Sáez, 2008, p. 37).

El contenido de la Carta tiene unas consecuencias claras que autores como Ortega Álvarez han calificado como «el abandono de la teoría de los intereses propios» y «la prioridad de la gestión local». Abandono de la teoría de los intereses propios porque, en efecto, la autonomía configurada en el CEAL no se predica del concepto de intereses propios utilizado en el art. 1 LRRL y (añadimos) en el art. 137 CE, ni del círculo de sus intereses del artículo 2 de la misma LRRL, sino que se alude expresamente a la necesidad de participar de una parte importante de los asuntos públicos, por lo que se reivindica una concepción de la autonomía local con un espacio propio de poder político en todos los asuntos que afecten a los ciudadanos; y prioridad de la gestión local porque la Carta Europea modifica el enfoque del art. 2 LRRL respecto del tipo de asuntos que deben ser encomendados a la instancia local, ya que mientras que en la LRRL *«parece que debe justificarse»* (en 1993 podía efectivamente «parecer», pero hoy esta necesidad es taxativa, tras la modificación introducida por la Ley 27/2013) la capacidad del ente local para ser objeto de la atribución competencial en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión del ente local, en la Carta Europea se parte directamente del principio de proximidad a los ciudadanos como criterio de atribución competencial y lo que deben justificarse son las excepciones a esta atribución. «Por ello», dice Ortega Álvarez «la Carta Europea debe servir para interpretar nuestro artículo 2 LRRL en el sentido de que para justificar la no atribución de la competencia, lo que debe probarse es la imposibilidad de gestión del ente local, puesto que aquí el principio de máxima proximidad de la gestión a los ciudadanos como modelo administrativo se une al principio de subsidiariedad como modelo político» (Ortega Álvarez, 1993, pp. 494-495).

A nuestro juicio resulta claro que en todo caso forma parte de los intereses de la propia localidad y conforma un elemento indispensable de la autonomía municipal la posibilidad de actuar en el ámbito de la cultura sin más correpas que lo expresamente vedado, por la conexión con la noción étnica de la cultura que pueda ostentar la comunidad local y por la importancia, señalada arriba, que tienen las entidades locales en la materialización de los derechos culturales de sus ciudadanos.

Volviendo a la LILE, podemos comprobar que la Ley se proclama como una Ley con un claro espíritu municipalista como se deduce, además de las continuas referencias a la CEAL en la exposición de motivos, por el estableci-

miento como principio rector del régimen local, el que «el ejercicio de las competencias públicas incumbirá preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos y ciudadanas, de conformidad con las declaraciones de tales principios contenidas en la Carta Europea de Autonomía Local y el Tratado de la Unión Europea» (art. 4.1.a) LILE) y el que fije una garantía del principio de autonomía local consistente en que los municipios tendrán, por así establecerlo esta Ley, el derecho a participar activamente en los procesos de elaboración de normas de los distintos niveles de gobierno de las instituciones vascas competentes que incidan directamente sobre sus competencias propias, que se extenderá también a todos aquellos programas, proyectos, planes o políticas públicas que vayan a ser puestos en marcha por las instituciones vascas competentes y afecten o puedan hacerlo a la autonomía local (art. 5).

Es en este contexto en el que deben leerse e interpretarse las disposiciones de la LILE relativas a las competencias municipales: el art. 9, que proclama la plena autonomía de los municipios para la ordenación y gestión de los asuntos de interés público local en el marco del ordenamiento jurídico (art. 9.1), autonomía que se define como la capacidad de ordenación y gestión que permita a los gobiernos locales la definición y ejecución de políticas propias que excedan de la estricta prestación de servicios (art. 9.4); así como que, en el marco de esta autonomía y de las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico, los municipios podrán configurar y aplicar políticas propias y diferenciadas (art. 9.3), siempre dirigidas a mejorar la calidad de vida de la ciudadanía (art. 9.2).

De acuerdo con el art. 14 LILE, las competencias de las entidades locales que se establezcan por Ley o norma foral se clasifican en propias, transferidas o delegadas siendo propias las que, de acuerdo con el listado de ámbitos materiales establecido en el artículo 17 de la misma Ley, se reconozcan con ese carácter en las leyes o, en su caso, en las normas forales (art. 14.2). Pero, además, conforme al art. 14.4 LILE, las entidades locales podrán ejercitar cualquier tipo de actividad, servicio o prestación que, desarrollada en interés de la comunidad local, no se encuadre dentro de las competencias propias, transferidas o delegadas, siempre que, de acuerdo con lo expuesto en la presente ley, no se incurra en supuestos de duplicidad y no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera de la hacienda de la entidad en su conjunto, que se desarrolla en el art. 16 LILE, antes mencionado.

Ciertamente, la redacción de los artículos de la LILE relativas a actividades, servicios o prestaciones que no tengan en el carácter de competencias propias, transferidas o delegadas, y que por oposición a estas han solido llamarse «competencias impropias», parece recordar la del hoy derogado ar-

título 28 LBRL, al alejarse del carácter limitador del art. 7.4 LBRL introducido por la Ley 27/2013. Sin embargo, una lectura detallada del articulado de la LILE nos obliga a descartar dicha conclusión, al menos en el sentido de entender que la LILE establece un régimen completamente diferente al de la vigente LBRL o que se pretende, por medio de esta «cláusula universal de competencias municipales», recuperar respecto de los municipios vascos el espíritu del antiguo art. 28 LBRL.

En efecto, la LILE permite que los municipios de la CAPV puedan ejercer actividades, servicios o prestaciones en desarrollo de competencias que no tengan en el carácter de competencias propias, transferidas o delegadas a los municipios, pero el art. 16.2 LILE establece que los municipios no podrán asumir o ejercer competencias sobre determinadas actividades, servicios o prestaciones que, según el sistema de atribución de competencias, estén reservadas expresamente por el ordenamiento jurídico a otro nivel de gobierno, y ello con el objetivo de evitar duplicidades que el art. 16.3 LILE define como «la situación en la que dos o más entes territoriales ejercen las mismas funciones públicas, sobre las mismas materias competenciales, en un ámbito territorial coincidente o en relación con la misma población y con la finalidad de satisfacer la misma necesidad social». *En cualquier caso*, añade el art. 16.4 LILE, *se entiende que no existe duplicidad cuando el ejercicio de una actividad, servicio o prestación sea objeto de financiación específica por otras administraciones o responda a políticas o programas impulsados por ellas*.

En todo caso, el art. 16.7 LILE dispone que cuando un municipio quiera impulsar el ejercicio de este tipo de actividades deberá justificar en un informe el cumplimiento de los requisitos relativos a la inexistencia de duplicidad y sostenibilidad financiera, remitiendo el procedimiento de solicitud y los criterios para emitir los «informes preceptivos y necesarios» (Sic) por los departamentos correspondientes a «actividades, servicios o prestaciones en los que el municipio identifique que puede existir una posible duplicidad para aquellas materias en las que ostente la competencia»¹⁴.

¹⁴ Este procedimiento se ha desarrollado reglamentariamente por Decreto 93/2019, de 25 de junio, sobre el ejercicio de las actividades, servicios o prestaciones derivados de la cláusula universal de competencias municipales (BOPV n.º 130 de 10 de julio), que introduce dos notables elementos en el sistema: 1) los criterios a seguir por la Administración competente por razón de la materia para la emisión del informe de existencia o inexistencia de duplicidades (art. 9 RLILE) y un sistema de silencio administrativo positivo a favor de las entidades locales, tras un plazo de veinte días hábiles, siempre que cuenten con el informe favorable de la Diputación Foral correspondiente sobre la no afectación a la sostenibilidad financiera de la Hacienda municipal en su conjunto, estableciendo a su vez otro silencio positivo para este informe, también tras un plazo de veinte días hábiles (art. 13 RLILE).

5. SERVICIO PÚBLICO EN MATERIA DE CULTURA

Fernando Garrido Falla definía el servicio público como «el servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una administración pública y bajo un régimen jurídico especial» (Garrido Falla, 1994, p. 21) y aclaraba que «tanto el tema de los fines o misiones del Estado como de la concreta organización de los servicios públicos para satisfacerlo, es absolutamente contingente y variable y está en función de las concepciones dominantes en relación con los respectivos papeles que la sociedad y el estado deben desempeñar» (22)

No es ocioso recordar tal definición, puesto que permite distinguir el servicio público de la iniciativa económica de la Administración reconocida en el art. 128 CE. Tal y como han señalado Sosa Wagner y Fuertes López, el art. 86 LBRL distingue entre dos formas de actuación de las entidades locales, los supuestos en los que existe una reserva de actividad a los municipios, y aquellos en los que la Corporación decide emprender el ejercicio de una actividad económica en beneficio de los vecinos, en los que en teoría debe actuar en igualdad de condiciones con los sujetos privados. Sin embargo, existe jurisprudencia que observa la existencia de interés público en actividades que, sin estar enumeradas en el art. 26 LBRL, tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las entidades locales (Sosa Wagner & Fuertes López, 2019, p. 110).

En este sentido, no creemos que sea susceptible de debate que, en virtud del art. 44 CE el PIDESC y el CPEC, tienda a la consecución de dichos fines la oferta cultural de acceso gratuito a la ciudadanía, lo cual debe ponerse en conexión con el art. 93.2 LILE según la cual «la totalidad de los servicios públicos locales será prestada prioritariamente por las entidades locales.»

No cabe duda de que los servicios públicos culturales centrados en la programación cultural están incluidos entre las competencias propias de las Instituciones Locales de Euskadi conforme al art. 17.1.20 LILE. Sin embargo, no debe obviarse que un eficaz cumplimiento de los mandatos del CPEC exigen considerar incluido en el ámbito de la «Ordenación y promoción de la cultura y de actividades culturales y gestión de equipamientos culturales de uso público» aquellas políticas, como la puesta en marcha de escuelas de música, que capaciten a la ciudadanía para dar forma a sus propias expresiones culturales.

Así, podemos observar que dicha oferta puede, en efecto, incurrir en duplicidad conforme al art. 16 LILE. Sin embargo, debe recordarse que, sin perjuicio de que la cultura sea una materia en la que la competencia sea concu-

rente, la LILE establece como competencia propia la promoción de actividades culturales. Por tanto, en materia cultural, será indispensable asumir la identificación entre competencia y servicio público, así como, en su caso, considerar que la prohibición de duplicidad del art. 16 LILE y art. 7.4 LBRL debe entenderse desplazado por el art. 149.2 CE.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BARCENILLA TIRAPU, M. C., GAMBOA BAZTÁN, J. M., JIMENO ARAGUREN, R., & URABAYEN AZPILIKUETA, J. V. (2019). La Ley Foral de Derechos Culturales de Navarra: una norma pionera en Europa. *Periférica: Revista para el análisis de la cultura y el territorio* n.º 20, 108-117.
- FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS. (2010). *Guía de las Escuelas Municipales de Música*. Madrid: Ministerio de Educación.
- FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN. (2013). *X Informe sobre Derechos Humanos. Derechos Culturales*. Madrid: Trama.
- GABEIRAS, P., & LEGUINA, J. (2016). Artículo 6. Derechos de las partes en el plano nacional. En H. M. Velasco, & J. Prieto de Pedro, *La diversidad cultural. Análisis sistemático e interdisciplinar de la Convención de la UNESCO* (pp. 167-172). Madrid: Trotta.
- GARRIDO FALLA, F. (1994). El concepto de servicio público en Derecho español. *Revista de Administración Pública* n.º 135, 7-36.
- GARRIDO JUNCAL, A. (2021). Servicios sociales y entes locales: panorámica general y reflexiones en un escenario de pandemia. *Revista Estudios Locales* n.º 243, 282-305.
- GONZÁLEZ MURUA, A. R. (1991). Los Derechos y Deberes fundamentales en el Estatuto de Autonomía. En HAAE/IVAP, *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco* (pp. 97-142). Bilbao: Herri Ardularitzaren Euskal Erankundea – Instituto Vasco de Administración Pública.
- HERNÁNDEZ I MARTÍ, G. M., & ALBERT RODRIGO, M. (2012). La dinámica general de la política cultural en el País Valenciano: posiciones, discursos y prácticas de los actores culturales valencianos. *RIPS: Revista de investigaciones políticas y sociológicas*, 115-148.
- LAGE, X., LOSADA, A., & GÓMEZ, M. (2012). La política cultural en la comunidad autónoma gallega: de la dependencia a la autonomía. *RIPS: Revista de investigaciones políticas y sociológicas*, 115-148.
- LEÑA, P., SIEIRA, S., & RASTROLLO, A. (10 de 08 de 2022). *Sinopsis del artículo 44*. Obtenido de Constitución Española: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=44&tipo=2>
- LOPEZ DE AGUILETA, I. (2000). *Cultura y ciudad. Manual de política cultural municipal*. Gijón: Trea.

- MARTÍNEZ DE ALBÉNIZ, I. (2012). La política cultural en el País Vasco: del gobierno de la cultura a la gobernanza cultural. *RIPS: Revista de investigaciones políticas y sociológicas*, 149-171.
- MURA, L. (2016). Artículo 7. Medidas para promover las expresiones culturales. En h. M. Velasco, & j. Prieto de pedro, *La diversidad cultural. Análisis sistemático e interdisciplinar de la Convención de la UNESCO* (pp. 173-178). Madrid: Trotta.
- NIETO GARRIDO, E. (2018). Comentario al artículo 44. En M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, & M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española* (pp. 1360-1365). Madrid: BOE.
- OBSERVATORIO VASCO DE LA CULTURA – KULTURAREN EUSKAL BEHATOKIA. (2019). *Derechos Culturales*. Vitoria – Gasteiz: Observatorio Vasco de la Cultura – Kulturaren Euskal Behatokia.
- (2020). *Financiación y gasto público en Cultura de la CAE 2018*. Vitoria-Gasteiz: Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia – Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- OBSERVATORIO VASCO DE LA CULTURA. (2015). *El factor de proximidad en las políticas culturales*. Vitoria: Observatorio Vasco de la Cultura.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1993). La Carta Europea de la Autonomía Local y el ordenamiento local español. *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, 475-497.
- PADROS REIG, C. (2002). Un nuevo modelo de Administración Pública cultural. *Aedon. Revista di arte e diritto on line*.
- PADRÓS REIG, C., HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. G., & PIAU FERREIRA, K. (2009). *Los Consejos de Cultura y Artes: entre innovación administrativa y democracia participativa*. Barcelona: Centre d'Estudis i de Recerca d'Humanitats.
- PAREJO ALFONSO, L. (2013). Cultura y descentralización. *Cuadernos de Derecho de la Cultura n.º 1*, 1-34.
- PRIETO DE PEDRO, J. (2013). *Cultura, culturas y Constitución*. Madrid: CEPC.
- RIUS ULLDEMOLINS, J., RODRÍGUEZ MORATÓ, A., & MARTÍNEZ ILLA, S. (2012). El sistema de la política cultural en Cataluña: un proceso inacabado de articulación y racionalización. *RIPS: Revista de investigaciones políticas y sociológicas*, 173-203.
- RUBIO AROSTEGUI, J. A. (2012). La política cultural de los Gobiernos Autonómicos de la Comunidad de Madrid: su singularidad en el contexto autonómico español. *RIPS: Revista de investigaciones políticas y sociológicas*, 205-234.
- (2019). La política cultural local tras 40 años de democracia: ¿es posible una regeneración de los equipamientos culturales frente a la parálisis permanente? *Periférica: Revista para el análisis de la cultura y el territorio n.º 20*, 154-163.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. (2008). *Autonomía local y descentralización*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

LA FUNZIONE SOCIALE DELLA RETRIBUZIONE. RIFLESSIONI A PARTIRE DALLA DIRETTIVA COM(2020)682 IN TEMA DI SALARI MINIMI ADEGUATI NELL'UE

MARIA CHIARA GIRARDI¹

Università degli Studi di Napoli Federico II

SOMMARIO: 1. *Premessa: Costituzione e salario minimo nelle interpretazioni costituzionalmente orientate.*–2. *La funzione sociale della retribuzione.*–3. *Il contenuto della direttiva europea relativa a salari minimi adeguati.*–4. *Il dibattito sul salario minimo in Italia.*–5. *Conclusioni. Il salario minimo tra Costituzione, legge e contrattazione collettiva.*

1. PREMESSA. COSTITUZIONE E SALARIO MINIMO NELLE INTERPRETAZIONI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATE

Il presente contributo analizza la complessa tematica dell'equa remunerazione dei lavoratori, muovendo, preliminarmente, dalla disamina delle norme costituzionali e delle più recenti intese europee raggiunte in tema di salari minimi adeguati.

In tal senso, occorre considerare che il 7 giugno 2022 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno raggiunto un accordo² sulla Proposta di direttiva (COM(2020)682), relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea. La

¹ Ricercatrice a tempo determinato di tipo B in Diritto costituzionale-Università degli Studi di Napoli Federico II.

² Accordo raggiunto il 7 giugno 2022.

proposta, presentata dalla Commissione europea il 28 ottobre 2020 (A. A. VV, 2021), mira a definire un modello regolatorio europeo con lo scopo di garantire, in un quadro di tutela dei diritti fondamentali, e soprattutto della dignità dei lavoratori, l'adeguatezza e l'equità dei salari minimi (Barbera, Rave-lli, 2021, 63 ss.).

La misura si colloca nel più ampio dibattito sulla definizione dei salari minimi a livello europeo (Porcheddu, 2020; Stiglitz, 2020; Belman, Wolfson, 2014), che, com'è noto, ha trovato ragioni di rinnovato interesse alla luce delle conseguenze economico-sociali della pandemia da Covid-19.

Dell'attenzione europea al tema è dato conto, tra l'altro, dal discorso sullo stato dell'Unione europea del settembre 2020, in cui la presidente von der Leyen aveva dichiarato che «La verità è che per troppe persone il lavoro non è più remunerativo: il *dumping* salariale distrugge la dignità del lavoro, penalizza l'imprenditore che paga salari dignitosi e falsa la concorrenza leale nel mercato unico. [...] Tutti devono poter accedere a salari minimi, che sia attraverso contratti collettivi o salari minimi legali»³.

Tuttavia, posta la volontà politica, occorre calibrare la misura dei salari minimi adeguati nel perimetro dell'art. 153 TFUE, secondo cui l'eventuale fissazione di un salario minimo rientra nelle competenze dei singoli Stati membri. E la direttiva approvata sembrerebbe coerente con il sistema normativo sovranazionale e nazionale in materia. Infatti, scopo della stessa non è l'imposizione di un salario minimo europeo, comune a tutti gli Stati membri, bensì la definizione di criteri chiari ed univoci per la determinazione e l'aggiornamento di salari minimi, che favorisca una tutela effettiva dei diritti fondamentali dei cittadini europei – mediante il miglioramento delle rispettive condizioni lavorative – e, in ispecie, dei valori di solidarietà europea (Lo Faro, 2022, 17 ss.).

In particolare, la direttiva intende: garantire l'adeguatezza dei salari minimi legali, ove esistenti; promuovere la contrattazione collettiva; e incrementare i controlli in tutti gli Stati membri. Tale intervento mira a contribuire alla promozione di un'economia di mercato europea (art. 3 TUE) (Lucarelli, 2020A, 2906 ss.), al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei cittadini (art. 151 TFUE), al rispetto dell'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – che sancisce il diritto a condizioni di lavoro eque, sicure e dignitose –, nonché al perseguimento di alcuni dei principi espressi nel Pilastro europeo dei diritti sociali, approvato nel novembre 2017 (e,

³ Il testo integrale del discorso è rinvenibile al sito web: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/SPEECH_20_1655.

in ispecie, del principio n. 6 relativo alle retribuzioni minime adeguate) e all'attuazione di molteplici Convenzioni internazionali in tema di tutela dei lavoratori⁴.

Più in generale, la direttiva europea sui salari minimi, in un'ottica di sviluppo ed affermazione di principi e regole riconducibili al c.d. diritto pubblico europeo dell'economia (Lucarelli, 2016; Raffiotta, 2015), rappresenta uno strumento essenziale per il raggiungimento degli obiettivi socio-economici dell'Unione, in quanto favorisce la riduzione della povertà lavorativa e delle disuguaglianze retributive – anche di genere – e, dunque, tutela la dignità dei lavoratori (Silvestri, 2007; Cavino, 2019, 6 ss.; Flick, 2018, 160 ss.). Infatti, la garanzia di un'equa retribuzione costituisce un elemento indispensabile alla tutela di condizioni di lavoro dignitose (Apostoli, 2019, Lieto, 2013) e le recenti tendenze della prassi si pongono in netto contrasto con lo spirito della Carta costituzionale. Basti pensare che già Mortati evidenziava come l'art. 36 della Costituzione italiana, «con il suo richiamo al minimo sufficiente per un'esistenza libera e dignitosa, si riannoda ai principi fondamentali che sanciscono il diritto inviolabile dell'uomo al pieno sviluppo della persona (artt. 1 e 3), sviluppo che, per il lavoratore dipende dalla misura del salario, costituendo questo l'unico mezzo per la soddisfazione delle sue esigenze umane» (Mortati, 1954, 46).

Ebbene, ad oggi, ventuno Stati membri hanno fissato la soglia dei salari minimi mediante atti legislativi, mentre in sei Stati membri (Italia, Danimarca, Austria, Cipro, Finlandia e Svezia) la garanzia di un salario minimo è rimessa alla contrattazione collettiva. Inoltre, benché negli ultimi anni taluni Stati abbiano adottato provvedimenti tesi all'incremento dei salari minimi, ciò non si è dimostrato sufficiente a contrastare le forti disuguaglianze tra condizioni salariali differenti (Menegatti, 2022, 160 ss.; Marinelli, 2010, 86; Roccella, 2010, 419 ss.). Anche gli importi dei salari minimi legali variano notevolmente da uno Stato all'altro (da 312 euro mensili in Bulgaria a 2.142 euro mensili in Lussemburgo).

La povertà salariale investe soprattutto le donne e i soggetti con uno scarso livello di istruzione, favorendo le disuguaglianze (Staiano, 2022). Tale tendenza è incrementata dai processi di digitalizzazione e globalizzazione, nonché dalla pandemia, e crea un forte disallineamento con la Costituzione (Poggi, 2020); le vicende più recenti mostrano una «collisione con la posizione data al lavoro dalla Costituzione, con i caratteri originari di essa e con la lunga e contrastata [...] attuazione dei principi da essa affermati.» (Staiano, 2022, 945).

⁴ Le numerose Convenzioni stipulate a livello internazionale dall'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), Agenzia specializzata delle Nazioni Unite in materia di lavoro e politica sociale, sono rinvenibili online: <https://www.ilo.org/rome/norme-del-lavoro-e-documenti/lang-it/index.htm>.

In ottica solidale, dunque, pur nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, la misura europea sembra opportuna al fine di migliorare i sistemi di previsione dei salari minimi e garantire parità di condizioni all'interno dell'Unione. In questo senso, la direttiva, nel rispetto della competenza dei singoli ordinamenti nazionali, si pone l'obiettivo di ridurre le problematiche relative al *dumping* salariale e, sul piano interno, può dare un contributo significativo alla sfuggente ed opaca configurazione della forma di stato, che in quanto democratica e sociale non può che partire dal principio lavorista, di cui il tema dei salari minimi ne è una declinazione.

Occorre, però, contestualmente, intervenire con una normativa nazionale, garantendo l'efficace affermazione, in chiave egualitaria, del lavoro, cartina di tornasole di tutti i diritti sociali e valore fondante della partecipazione. In materia, infatti, ancora oggi, si riscontra una notevole distanza tra il modello di Costituzione formale e la Costituzione materiale (Mortati, 1998). È infatti nel lavoro che si realizza la sintesi «tra il principio personalista (che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa) e quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso)» (Mortati, 1975, 12). E, non a caso, «il senso generale delle norme costituzionali sul lavoro si rinviene nel raccordo di esse con l'art. 3, c. 2, della Costituzione, in un progetto di emancipazione, di sviluppo della personalità, di acquisizione della dignità, da parte di coloro per i quali sono maggiori gli ostacoli «di fatto» posti innanzi a tale obiettivo» (Staiano, 2022, 945). Naturalmente, è necessario che lo Stato si adoperi in tal senso, predisponendo gli strumenti idonei a dare concreta attuazione a quei valori.

2. LA FUNZIONE SOCIALE DELLA RETRIBUZIONE

Com'è noto, l'art. 36 della Costituzione italiana riconosce il diritto del lavoratore a una «retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa». Dal dibattito in Assemblea costituente emerge come sia stata volontariamente e specificamente esclusa una riserva di legge in materia di salario minimo. La determinazione delle retribuzioni minime in Italia è, infatti, demandata ai contratti collettivi nazionali di categoria, in cui il ruolo centrale è svolto dai sindacati (Nogler, 2009, 41 ss.; Colapietro, 2006, 739; Zoppoli, 1994, 91; Tripodina, 2010, 351 ss.).

Contestualmente, dalla «preliminare dichiarazione dei valori direttivi dell'azione dello Stato nella sfera dei rapporti sociali» e dalla «successiva specificazione delle varie direzioni da percorrere e delle varie misure da adottare per

poter dare concreta attuazione a quei valori» (Mortati, 1954, 11), emerge l'idea dei Costituenti di uno Stato che intervenisse per promuovere condizioni adeguate affinché ai cittadini fosse garantito il diritto al lavoro e dunque la partecipazione alla società (Predieri, 1963, 193 ss.), anche mediante lo sviluppo di politiche a favore della produttività del lavoro e dello sviluppo tecnologico dello stesso.

Una adeguata riflessione sui salari minimi non può, dunque, prescindere dalla concreta attuazione dell'art. 36 Cost. Tale norma (da leggere in combinazione disposto con l'art. 39 Cost.) contiene al suo interno sia il principio di proporzionalità, che di sufficienza. Il primo è legato alla funzione corrispettiva della retribuzione, mentre il secondo esprime la funzione sociale della stessa e, dunque, contiene in sé (*rectius* dovrebbe contenere) l'espressione più rilevante della nostra forma di stato (Pugliatti, 1951). La norma è il «frutto della convergenza tra le istanze di parte socialista e comunista, e le istanze dei democristiani progressisti, i quali si fanno in quella sede portatori della lettura più incisiva ed «interventista» della dottrina sociale cattolica» (Ichino, 2011, 890).

La disposizione in discorso si rivela come l'espressione della sintesi tra le due prospettive culturali e politiche «che più di ogni altra, intorno alla metà del secolo scorso, attribuiscono un ruolo rilevante allo Stato e alla coalizione sindacale, nella determinazione e incremento degli *standard* di trattamento dei lavoratori» (Ichino, 2011, 890).

Pertanto, nel postulare il superamento della tradizionale neutralità dello Stato rispetto al tema del lavoro, lo scopo principale della norma è quello di impegnare le istituzioni verso politiche di promozione di adeguate condizioni di lavoro.

Non a caso, alla Costituente, Dossetti sottolinea come sino a quel momento si fosse «vissuti in una società in cui le esigenze fondamentali di vita sono state sempre considerate in senso restrittivo, onde è possibile che vaste masse di lavoratori fossero insufficientemente compensate», mentre «risponde alla struttura economico-sociale del nostro sistema orientare l'economia verso retribuzioni del lavoro che non siano soltanto rispondenti alle esigenze di vita, quali possono essere quelle di vitto, della casa, del vestiario, ma anche alle esigenze dell'esistenza libera e perciò degna dell'uomo»⁵.

Ciononostante, occorre dar conto che la formulazione dell'art. 36 Cost., negli intendimenti del Costituente, sembrerebbe di tipo programmatico e, dunque, non imporrebbe in via di principio un intervento del legislatore; sebbene, più in generale, il diritto al lavoro, quale diritto sociale, richieda «un ruolo attivo dei pubblici poteri, impegnandoli in un programma d'azione, in forza del

⁵ Assemblea costituente, *Resoconto della seduta dell'8 ottobre 1946 della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione*, p. 8.

quale, conformemente all'art. 3, c. 2, Cost., sia perseguita l'eguaglianza sostanziale a vantaggio di coloro che svolgono un'attività sottoprotetta. Quando questo principio venga negato, e il corrispondente obbligo disatteso, la coesione sociale, compromessa potenzialmente e in fatto, va assicurata con misure di sostegno a coloro che, a causa dell'assenza o delle insufficienti garanzie nella condizione di lavoro, si trovino ad essere lesi nel loro diritto a una «esistenza libera e dignitosa» (art. 36 Cost.)» (Staiano, 2022, 947-948). In assenza di tali interventi, l'evidente distorsione del modello produrrebbe un disallineamento sempre maggiore tra Costituzione formale, materiale e vivente⁶ (*ex multis*, Pinelli, 2010; Luciani, 2014).

Di segno diverso è, invece, l'interpretazione di una parte della dottrina (Pugliatti, 1951; Ricci, 2011), nonché della giurisprudenza costituzionale⁷, secondo cui l'art. 36 Cost. avrebbe un valore precettivo.

Ad ogni modo, soprattutto negli ultimi decenni, il progressivo aumento dei fenomeni di cc.dd. *dumping* salariale e *shopping* contrattuale, nonché la corrispondente erosione dei salari, dovuti, in particolare, alla diffusione del lavoro digitale, hanno evidenziato la scarsa tenuta dei contratti collettivi nazionali, risultati inadatti a garantire l'adeguatezza della retribuzione e, di conseguenza, la tutela della dignità dei lavoratori. Si è così sviluppato un ampio dibattito circa la necessità di adeguarsi agli *standards* europei, intervenendo normativamente con la fissazione di un compenso orario minimo (non a caso, nelle ultime due Legislature, sono già stati presentati diversi disegni di legge⁸ volti ad introdurre un salario minimo orario).

In questo senso, allora, la direttiva sui salari minimi risulterebbe coerente, ma anche necessaria e urgente, ai fini dell'attuazione dell'art. 36 Cost e, più in generale, della nostra forma di stato sociale (Ponterio, 2019, 3; Lucarelli, 2010, 71 ss.). D'altra parte, anche nella Relazione resa dal governo Conte II nel 2020, ai sensi dell'art. 6, comma 5, della legge n. 234 del 2012⁹, viene chiarito che la direttiva non impone agli Stati membri l'introduzione di una

⁶ L'assenza di interventi normativi tesi a dare effettività all'art. 36 della Costituzione comporterebbe altresì la mancata attuazione di numerose norme internazionali di matrice pattizia, tra cui, in particolare, le Convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL). Sul punto, si veda il *Rapporto mondiale sui salari 2022-2023* dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) rinvenibile online: https://www.ilo.org/rome/risorse-informative/articles/WCMS_862955/lang-it/index.htm#:~:text=Negli%20Stati%20arabi%2C%20le%20tendenze,2%20per%20cento%20nel%202022. Sul tema, in dottrina, BRINO, 2021.

⁷ Cfr. *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 30 del 1960, 32 del 1986, 164 del 1994, 15 del 1995, 62 del 1999, 126 del 2000.

⁸ Si vv. i d.d.l. Catalfo ed altri (S.658), Laus ed altri (S.310), Nannicini ed altri (S.1132), Laforgia (S.1259), il d.d.l. di iniziativa del CNEL (S.1232).

⁹ Cfr. Camera dei deputati, *Proposta di direttiva relativa ai salari minimi adeguati nell'UE*, Dossier n. 43, 27 novembre 2020, 5 ss.

legge di tutela del salario minimo, né l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, ma si limita a colmare le diseguaglianze, in termini di adeguatezza e copertura, dei salari minimi, laddove gli interventi nazionali non siano apparsi sufficienti a garantire gli obiettivi prefissati.

Anche perché, i tentativi sinora espliciti a livello interno, volti alla riduzione della disoccupazione (si v. i più recenti, d.lgs n. 81 del 2015, d.lgs n. 23 del 2015, l. n. 96 del 2018, l. n. 128 del 2019), in assenza di adeguate politiche sociali e strumenti perequativi, hanno determinato un incremento della precarietà del lavoro¹⁰, a scapito della qualità dello stesso, acuendo le diseguaglianze e il disallineamento dai principi costituzionali. Infatti, spesso, «a una crescita complessiva della forza economica del comparto corrisponde un aggravamento delle condizioni di lavoro, a riprova del fatto che le diseguaglianze vanno corrette, come impone la Costituzione, e non sono per nulla fattore di una certa crescita del benessere per tutti, anche per chi è in basso, all'incrementarsi della ricchezza di chi è in alto» (Staiano, 2022, 949).

La direttiva europea sui salari minimi potrebbe costituire, in tal senso, una tappa fondamentale al fine di garantire una vita dignitosa ai lavoratori, nel rispetto dei principi di solidarietà ed eguaglianza espressi nella Carta di Nizza (artt. da 20 a 38) e, soprattutto, nella nostra Costituzione (Lucarelli, 2020A, 2906 ss.). In ossequio a tali principi, l'introduzione di un quadro regolatorio volto a garantire l'adequatezza dei salari minimi e ad incrementare il numero di lavoratori che hanno accesso a tale tutela rappresenta uno strumento imprescindibile per la valorizzazione della funzione sociale della retribuzione e per l'affermazione dei valori repubblicani, contribuendo alla riespansione del diritto pubblico europeo dell'economia (Lucarelli, 2020B).

3. IL CONTENUTO DELLA DIRETTIVA EUROPEA RELATIVA A SALARI MINIMI ADEGUATI

La direttiva europea relativa a salari minimi adeguati – su cui, come anticipato, le istituzioni sovranazionali avevano raggiunto un accordo lo scorso 7 giugno – è stata approvata in via definitiva dall'Adunanza plenaria del Parlamento europeo il 14 settembre 2022, con 505 voti favorevoli, 92 contrari e 44

¹⁰ Sul punto, si v. la recente intervista della deputata Chiara Gribaudo nel quotidiano *Il manifesto*, consultabile online: <https://ilmanifesto.it/gribaudo-no-allestensione-dei-contratti-a-tempo-sul-lavoro-la-priorita-e-il-salario-minimo>.

astenuti. Ora, dopo il via libera del Consiglio, la direttiva dovrà essere recepita, entro due anni, dagli Stati membri ¹¹.

La direttiva si applica a tutti «i lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro» ¹². Scopo della stessa è migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei cittadini europei, favorendo una convergenza verso l'alto dei salari minimi, e, contestualmente, promuovendo il progresso economico-sociale della Unione europea.

La misura proposta trova la propria *ratio* nell'art. 153, par. 1, lett. b), TFUE, che stabilisce che l'Unione europea favorisce e supporta l'azione degli Stati membri nel settore lavorativo, pur nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Gli obiettivi della direttiva risultano inoltre coerenti con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare con l'art. 31, par. 1, secondo cui «Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose», nonché con il disposto di cui all'art. 6 del Pilastro europeo dei diritti sociali, secondo cui i lavoratori hanno diritto a una retribuzione equa che garantisca loro una vita dignitosa (Di Federico, 2020, 107 ss.). Contestualmente, essa recepisce l'art. 8 del Pilastro europeo, secondo cui i lavoratori hanno diritto ad essere consultati sulle tematiche di loro interesse (Ciancio, 2016).

La normativa muove dalla considerazione che negli ultimi decenni si è assistito ad un forte indebolimento della contrattazione collettiva, dinnanzi alla polarizzazione del mercato del lavoro (Ricci, 2011, 635 ss.). In quest'ottica, essa mira a promuovere una ripresa economica sostenibile ed inclusiva ¹³, tenendo conto dell'andamento della produttività del lavoro e della sua correlazione con il tema salariale. Migliori condizioni di vita e di lavoro, anche attraverso salari minimi adeguati, apporterebbero vantaggi sia ai lavoratori, che alle imprese. Analogamente, l'adeguatezza dei salari minimi contribuirebbe a migliorare l'equità del mercato del lavoro nell'Unione europea (Biasi, 2021, 3 ss.).

Più specificamente, le finalità esplicitamente enunciate nella parte introduttiva della direttiva europea mirano a ridurre le diseguaglianze e le disparità salariali, a contrastare i fenomeni di *dumping* salariale e lavoro povero, nonché a garantire un'adeguata trasparenza nel mercato. La direttiva promuove la contrattazione collettiva a livello settoriale e interprofessionale (Bellavista, 2021, 573 ss.). A tal fine, vengono fissati i criteri ed i requisiti necessari a rendere adeguato il salario minimo, contribuendo ad esprimere un modello che

¹¹ Il termine ultimo per il recepimento della direttiva da parte degli Stati membri è il 15 novembre 2024.

¹² Art. 2, direttiva COM(2020)682.

¹³ Considerando n. 8 della direttiva in esame.

si allontanano dall'ideologia ordoliberal e contribuisca a costruire un «complesso di istituti, principi, regole a vocazione pubblicistica, che nello spazio giuridico europeo incidono direttamente e/o indirettamente, in maniera trasversale, sui diritti sociali ed economici (il c.d. spazio sociale europeo)» (Lucarelli, 2019, 12 ss.; Id, 2009, 279 ss.)

Nel capo II della direttiva sono indicate le disposizioni rivolte agli Stati che adottano il salario minimo legale. In particolare, vengono indicati i criteri utili a considerare *adeguato* il salario minimo, facendo riferimento a quelli previsti a livello internazionale: gli Stati possono riferirsi al c.d. indice Kaitz, corrispondente al 60% del salario mediano lordo o, in alternativa, all'indice del Consiglio d'Europa, pari al 50% del salario medio lordo. Essi sono tenuti a provvedere alla realizzazione di piani per la fissazione e l'aggiornamento dei salari minimi secondo tali criteri. Gli aggiornamenti devono avvenire ogni due anni, massimo ogni quattro, per i Paesi che utilizzano meccanismi di indicizzazione automatica. Le parti sociali debbono costantemente essere coinvolte nelle procedure.

Gli Stati che adottando il salario minimo legale devono dunque verificare che la retribuzione garantisca una vita dignitosa ai lavoratori, tenendo conto del potere di acquisto, del costo della vita e della produttività nazionale a lungo termine.

Le disposizioni rivolte, invece, agli Stati che adottano il salario minimo nella contrattazione collettiva stabiliscono che quest'ultima deve rappresentare almeno l'80% dei lavoratori. I Paesi che non raggiungono tale soglia debbono presentare un piano d'azione che dimostri come intendano aumentare progressivamente la contrattazione collettiva. L'idea è che una elevata copertura della contrattazione collettiva garantisca l'adequazione dei salari minimi. Pertanto, la direttiva richiede agli Stati membri, nel rispetto delle tradizioni nazionali e in dialogo con le parti sociali, di porre in essere misure volte ad aumentare la copertura della contrattazione collettiva per la determinazione dei salari (art. 4, comma 1), lasciando loro un ampio margine di discrezionalità sul *quomodo* (Proia, 2022; Menegatti, 2020, 4 ss.).

Per promuovere l'accesso dei lavoratori al salario minimo, inoltre, la direttiva stabilisce dei sistemi di monitoraggio del fenomeno salariale (art. 10), nonché controlli sul campo. In particolare, sono previsti anche in tal caso meccanismi differenziati: i Paesi che adottano un salario minimo legale dovranno garantire la massima trasparenza sulla composizione della retribuzione e sulla relativa distribuzione della stessa, tenendo conto delle disparità del settore, per esempio, di genere o di età. Gli Stati che adottano la contrattazione collettiva nazionale, come l'Italia, dovranno, invece, garantire che le informazioni relative alla tutela del salario minimo siano trasparenti e accessibili al pubblico. In particolare, è necessario comunicare alla Commissione europea ogni due anni

i dati e le informazioni relativi «alle retribuzioni più basse previste dai contratti collettivi che coprono i lavoratori a basso salario e la percentuale di lavoratori da esse coperte, nonché il livello dei salari versati ai lavoratori non coperti dai contratti collettivi e il suo rapporto con il livello dei salari versati ai lavoratori coperti dai contratti collettivi» (Bonanomi, 2022, 45).

Tali strumenti di monitoraggio e controllo operano sia sul piano generale, che in ambiti più ristretti, e mirano a contrastare fenomeni come quello del lavoro sommerso, dei subappalti abusivi e del lavoro autonomo fittizio. Al fine di valutare l'efficacia delle misure, la Commissione darà conto ogni anno al Parlamento e al Consiglio europei degli sviluppi, dell'adeguatezza e della tutela garantita del salario minimo, sulla base delle informazioni ricevute dagli Stati membri. Questi processi verranno monitorati nel quadro del processo di coordinamento delle politiche economiche e dell'occupazione a livello dell'Unione europea (semestre europeo).

Ulteriori aspetti significativi della direttiva sono poi contenuti: nell'art. 7, il quale prevede l'obbligo di stabilire le procedure atte a coinvolgere le parti sociali; e nel diritto di ricorso dei lavoratori, dei loro rappresentanti o dei sindacati, in caso di violazione delle norme.

Ma la questione determinante per i Paesi che non hanno salari minimi legali riguarderà l'individuazione della contrattazione collettiva da valutare ai fini dell'analisi del raggiungimento della soglia dell'80%. È evidente, infatti, «che essendo lo scopo della direttiva quello di garantire salari adeguati, non potranno essere presi a riferimento Ccnl sottoscritti da organizzazioni sindacali e associazioni datoriali non rappresentative, che basano la propria capacità concorrenziale proprio su condizioni economiche e normative meno tutelanti. A tal fine appare indispensabile introdurre, nella disciplina interna di recepimento, uno specifico richiamo ai principi di rappresentatività» (Bonanomi, 2022, 47). Anche perché l'azione europea, più in generale, dovrebbe, contribuire a garantire parità di condizioni nel mercato del lavoro, colmando le differenze ingiustificate in termini di copertura e adeguatezza dei salari minimi (Tullini, 2022).

4. IL DIBATTITO SUL SALARIO MINIMO IN ITALIA

In Italia, la tematica del salario minimo anima da tempo risalente il dibattito pubblico¹⁴ (Ricci, 2011, 636 ss.; Menegatti, 2017; Ichino, 2010, 719 ss.; Sti-

¹⁴ Nella XVII Legislatura sono stati presentati tre disegni legge relativi al salario minimo legale: il d.d.l. 658/2018, del Movimento 5 Stelle; i d.d.l. 310/2018 e 1135/2019 del Partito democratico.

glitz, 2020). Uno dei principali profili problematici venuti in rilievo in tali dibattiti riguarda la presenza di contratti collettivi sottoscritti da parti sociali poco rappresentative e la mancata attuazione dell'art. 39 della Costituzione, teso ad assicurare l'efficacia *erga omnes* di tali contratti. L'obiettivo condiviso è dunque quello di determinare un salario minimo valido per tutti i lavoratori di ogni settore.

Il tema della retribuzione minima rientra nel campo di applicazione dell'art. 36 Cost., che evoca i principi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione. La proporzionalità è «direttamente collegata al sinallagma contrattuale: non a un presunto valore oggettivo del lavoro, ma al valore che il lavoro ha nella valutazione delle parti contraenti» (Ballestrero, De Simone, Novella, 2017, 396). La sufficienza, invece, rappresenta un criterio da rispettare oltre il mero dato economico, quale valore sociale, atto a «garantire un minimo vitale al lavoratore e alla sua famiglia»¹⁵. Il nesso tra la proporzionalità e la sufficienza della retribuzione è di tipo complementare.

Del resto, la disposizione, frutto del compromesso in Assemblea costituente tra la matrice cattolica e quella progressista, esprime la necessità di andare oltre l'idea che «le esigenze fondamentali di vita» possano essere sempre «considerate in senso restrittivo, onde è possibile che vaste masse di lavoratori» siano «insufficientemente compensate»¹⁶. L'attuale formulazione – risultato dell'emendamento presentato alla Costituente dagli Onn. Dossetti e Togliatti, che non concepivano l'ipotesi che la giusta retribuzione fosse posta in relazione alle mere «necessità fondamentali dell'esistenza del singolo»¹⁷ – presuppone che la retribuzione sia sufficiente a garantire un'esistenza libera e dignitosa ai cittadini e ai propri familiari (Mortati, 1954; Groppi, 2012).

L'art. 36 Cost. va poi, naturalmente, letto in combinato disposto con altri principi costituzionali, tra cui, *in primis*, gli artt. 1, 3 secondo comma, e 4 Cost., di cui costituisce un corollario. Ma la «via italiana al minimo salariale» (Magnani, 2010, 777) muove precipuamente dal combinato disposto della contrattazione collettiva, di cui all'art. 39, comma 1, Cost., e della giurisprudenza relativa alla retribuzione proporzionata e sufficiente (art. 36 Cost.) (Cantaro, 2007, 15 ss.). In tale contesto, la Corte costituzionale è intervenuta a più riprese¹⁸ evidenziando il ruolo dirimente che svolge il dialogo tra le parti sociali, pur non esistendo una riserva a favore della contratta-

¹⁵ Così Corte Cass., sent. n. 6821 del 1995.

¹⁶ On. Dossetti, *Resoconto della seduta dell'8 ottobre 1946 della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione*, p. 6.

¹⁷ *Resoconto della seduta dell'8 ottobre 1946 della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione*, p. 8.

¹⁸ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 34 del 1984, 106 del 1962, 124 del 1991, 223 del 2012, 178 del 2015.

zione collettiva. Il Giudice delle leggi, infatti, «non ritiene fondata la tesi [...] secondo la quale l'ora richiamato art. 39 contiene una riserva, normativa o contrattuale, in favore dei sindacati, per il regolamento dei rapporti di lavoro»¹⁹. Dunque, in linea di principio, l'introduzione di un salario minimo legale non costituirebbe violazione degli artt. 36 e 39 Cost. Tuttavia, la Corte costituzionale²⁰ ha precisato che una legge sui salari minimi non può costituire un ostacolo al giudice chiamato a pronunciarsi sulla proporzionalità e sufficienza della retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost. Il giudice, infatti, resterebbe legittimato a determinare il salario adeguato sulla base della situazione di fatto.

In questo senso, dunque, il salario minimo legale «non impedirebbe al giudice di riferirsi alla contrattazione collettiva per riscontrare la proporzionalità e l'equità dello stesso, ma rappresenterebbe comunque un parametro inderogabile di sufficienza remunerativa nel caso in cui la stessa contrattazione collettiva dovesse definire, pensiamo al fenomeno dei c.d. contratti pirata, trattamenti economici più bassi» (Stern, 2019).

D'altro canto, la mancata applicazione dell'art. 39 Cost. nel nostro ordinamento – impedendo l'efficacia *erga omnes* delle disposizioni contenute nei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative – determina: non soltanto la difficoltà di garantire dei salari minimi sufficienti, adeguati agli *standards* sociali, ma impedisce altresì di parametrare la retribuzione alla professionalità dei lavoratori. Infatti, «l'art. 36 della Costituzione, nato senza dubbio come norma programmatica, che avrebbe trovato concretezza soprattutto nel meccanismo di contrattazione con efficacia generale di cui all'inattuato art. 39, fu improvvisamente accettato, tra il 1950 e il 1953, come norma precettiva, atta a colmare quello che allora appariva come il vuoto legislativo derivante dall'attuazione dell'art. 39. Già in questo atteggiamento è dato intravedere, chiarissimamente, una scelta politica di deliberata supplenza del giudiziario all'inerzia del legislativo» (Giugni, 1971, 10)

In quest'ottica, la direttiva europea sui salari minimi adeguati vorrebbe contribuire a rafforzare il sistema lavoro, favorendo una contrattazione collettiva solida e funzionante, dunque fortemente rappresentativa, rendendo invece illegittimi gli interventi frammentati e decentrati. La direttiva costituirebbe, dunque, «uno stimolo al legislatore a fornire un sostegno giuridico al Ccnl *leader* di settore, onde scongiurare il *dumping* operato ai Ccnl concorrenti»

¹⁹ Corte cost., sent. n. 120 del 1963.

²⁰ Corte cost., sent. n. 156 del 1971.

(Bavaro, G. Orlandini, 2021, 310). La valutazione della rappresentatività, tuttavia, implica necessariamente la definizione di criteri e parametri entro i quali analizzare la contrattazione collettiva. Per tale ragione sarebbe necessario innanzitutto stabilire criteri univoci e ampiamente condivisi e, allo stesso tempo, compiere un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni in materia.

Analogamente, l'indagine sulla rappresentatività dei contratti collettivi presupporrebbe l'individuazione delle rispettive categorie da analizzare. Infatti, è possibile che la retribuzione prevista in un determinato settore sia giudicata inadeguata – in ambiti con caratteristiche differenti – rispetto ai principi costituzionali. Ciò in quanto molti contratti non recano automaticamente garanzie e benessere economico ai lavoratori; pertanto, in specie in taluni settori, l'introduzione di un salario minimo legale migliorerebbe notevolmente la condizione salariale.

Basti considerare che, attualmente, il salario minimo varia da categoria a categoria e alcuni lavoratori non sono tutelati da alcun contratto collettivo: «l'incidenza dell'*in-work poverty*, drammaticamente acuita dalla recente emergenza pandemica, è dovuta, almeno in parte, alle difficoltà incontrate dalla contrattazione collettiva, la cui crisi si deve peraltro non già dall'assenza, bensì dalla proliferazione di un'attività di negoziazione cui prendono non di rado parte soggetti di dubbia rappresentatività (da ambo i lati). Quest'ultima resta comunque difficilmente accertabile in assenza di criteri certi e obiettivi (i.e. di matrice legale), la quale si lega ovviamente alla perdurante inattuazione dell'art. 39 Cost.» (Biasi, 2021). L'amara conseguenza di tale complesso contesto normativo è che l'Italia è l'unico Paese dei membri OCSE ad aver registrato una diminuzione dei salari medi lordi²¹.

In questo senso, solo un intervento legislativo adeguato potrebbe mettere fine al proliferarsi della produzione giurisprudenziale al di fuori dei circuiti della rappresentanza e al disallineamento dai principi costituzionali in materia (Lucarelli, 2018, 123 ss.). Infatti, «la tutela della funzione sociale della retribuzione, espressa dal principio di sufficienza, e l'adeguatezza dello scambio tra retribuzione e lavoro, avendo riguardo alla «qualità» di quest'ultimo, può giungere [solo] da una legislazione sui minimi» (Menegatti, 2022, 165). Un intervento normativo sui salari minimi contribuirebbe a favorire il valore della *sufficienza* della retribuzione, tutelando altresì la qualità (*rectius* professionalità) del lavoro in chiave *proporzionale*.

²¹ Cfr. <https://www.oecdbetterlifeindex.org/it/topics/income-it/>.

5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE. IL SALARIO MINIMO TRA COSTITUZIONE, LEGGE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

L'analisi condotta consente di trarre alcune considerazioni conclusive, a partire dalla constatazione della complessità del tema del salario minimo e, conseguentemente, dei molteplici ambiti di impatto dello stesso. Il tema – come si è tentato di dar conto – non coinvolge soltanto profili di carattere economico, ma anche e, forse, soprattutto, di carattere sociale e politico, a cominciare dai profili della sostenibilità e della giustizia socio-economica della retribuzione, tutti profili fortemente connessi al tema del salario minimo adeguato. Questi riguardano, ad esempio, le problematiche del lavoro sommerso, del divario salariale, dell'evasione fiscale e dei contratti c.d. pirata.

Di conseguenza, il dibattito sul salario minimo – e in particolare sul salario minimo legale – rappresenta l'occasione per affrontare le più ampie criticità dell'attuale sistema lavoro (Cavino, Massa Pinto, 2013). Tale dibattito, in Italia, incontra le perplessità delle organizzazioni sindacali, che temono di perdere la propria centralità nell'ordinamento.

Tuttavia, il deposito di recenti disegni di legge in materia²² e l'analisi dei dati Eurostat²³ sull'aumento del fenomeno dei *working poors* evidenziano la gravità e l'ampiezza della problematica socio-economica e la conseguente improcrastinabilità di un intervento legislativo in materia.

D'altra parte, – come si è tentato di evidenziare nel lavoro – la giurisprudenza sulla retribuzione minima ha rappresentato una forma di «compensazione rispetto all'astensionismo del legislatore: astensionismo tradottosi nell'assenza sia di una legislazione sul salario minimo che di un procedimento legale attuativo dell'art. 39, seconda parte, Cost. idoneo ad assicurare alla contrattazione collettiva di categoria l'efficacia soggettiva *erga omnes*. In questo modo si è prodotto il notevole effetto di assicurare una tutela di matrice collettiva attraverso un tipico rimedio individuale, quale il ricorso giurisdizionale» (Ricci, 2011, 642).

Contestualmente, le ragioni storiche che hanno impedito l'attuazione dell'ultima parte dell'art. 39 Cost. hanno di fatto ostacolato l'emanazione di una legge sui salari minimi (Imberti, 2019).

L'approvazione della direttiva europea (COM(2020)682) può allora rappresentare l'occasione per tornare a riflettere sull'opportunità di introdurre un salario minimo legale in Italia e anche per interrogarsi sulle modalità con cui

²² V. *supra*, nota 7, p. 7.

²³ Cfr. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Minimum_wage_statistics.

garantire maggiore rappresentatività alla contrattazione collettiva, nel segno del contrasto alla povertà lavorativa e alle retribuzioni insufficienti (Pine-lli, 2012; Zoppoli, 2021, 367 ss.).

Va tuttavia considerato che – giacché le problematiche del sistema lavoro nel nostro ordinamento abbracciano tematiche sociali ben più ampie (Lucarelli, 2003) – è necessario sviluppare politiche pubbliche a tutela dei cittadini, volte a rilanciare il potere contrattuale dei lavoratori, promuovendo interventi di piena occupazione, tutelando i lavoratori contro il precariato e indicizzando i salari. Non va infatti trascurato che l'art. 1 della Costituzione esprime un preciso principio costituzionale, che correla le condizioni insite nel lavoro con la partecipazione democratica: il principio lavorista assume un ruolo centrale nella qualificazione della nostra forma di stato sociale (Luciani, 2010, 628 ss.; Di Gaspare, 2008).

Tali ulteriori aspetti non sembrano emergere dalla direttiva europea, che si limita a fissare criteri a garanzia della dignità dei cittadini. Non va, però, trascurato che la normativa comunitaria, in virtù dell'art. 153 TFUE, non può incidere direttamente negli ordinamenti degli Stati membri e deve dunque necessariamente limitarsi a prevedere meccanismi di *soft law*.

Di conseguenza, spetta inevitabilmente agli Stati membri intervenire in ottica perequativa, con adeguate politiche pubbliche, costituzionalmente orientate, al fine di «correggere le derive che hanno condotto alla perdita delle garanzie e alla lesione della dignità della persona» (Staiano, 2022, p. 952). Anche perché «nonostante la chiarezza di tale vincolo costituzionale e la univocità delle determinazioni europee del medesimo segno, non v'è alcun automatismo da attendersi e nessuna garanzia predefinita sulla quale fare affidamento» (Staiano, 2022, 952). Non a caso, «gli atteggiamenti interpretativi contrastanti in materia di lavoro rappresenterebbero, in fondo, nient'altro che l'ennesimo sintomo delle critiche di merito che hanno accompagnato la disciplina costituzionale lungo tutto l'arco della storia repubblicana» (Massa Pinto, 2013, 52), ma «le disposizioni costituzionali in materia di lavoro necessitano invece di un impegno costante e generale di tutta la Repubblica, e dunque richiedono strumenti di attuazione ampi generali, incisivi, e cioè leggi conseguenti, al fine di realizzare gli scopi che la Costituzione stessa indica. E la questione costituzionale più inquietante resta dunque: fino a che punto del piano inclinato potranno sopperire le garanzie costituzionali?» (Massa Pinto, 2013, 65)

In questo senso, nella continua ricerca di un equilibrio tra il profilo economico-retributivo ed il profilo sociale della dignità umana, occorre interrogarsi sui possibili risvolti di un'eventuale legge sui salari minimi in Italia,

volta a garantire livelli retributivi adeguati e sufficienti nell'intero territorio. Soluzione tutt'altro che semplice, in ispecie se si guarda alle forti disegualianze esistenti nel Paese, soprattutto tra Nord e Sud (Del Vecchio, 2003, 317 ss.). Non a caso, i tentativi di ridurre le più evidenti distorsioni dal modello costituzionale mediante atti legislativi²⁴ (Nania, 2009, 61 ss.) hanno condotto nel tempo ad incrementare la precarietà del lavoro e non sono stati in grado di colmare le lacune essenziali della materia, in assenza di politiche sociali perequative adeguate (Staiano, 2022, pp. 948 ss.).

Se ai cittadini venissero fornite adeguate tutele, nel rispetto della cornice costituzionale – ed *in primis*, dell'art. 3, secondo comma, Cost. – allora una legge di fissazione sui salari minimi potrebbe rappresentare l'occasione di un notevole miglioramento delle condizioni dei lavoratori, in ossequio alle finalità indicate nella direttiva europea.

Va tuttavia considerato che «oggi i salari minimi vengono definiti esclusivamente per il lavoro a tempo pieno, il che limita di molto la loro efficacia, vista la crescente diffusione del *part-time* o delle forme di lavoro atipico» (Stiglitz, 2020, 291). In tal senso, forse, la direttiva avrebbe potuto prevedere ulteriori strumenti tesi a garantire la regolazione dei salari minimi anche nei settori più deboli e meno tutelati. Tale aspetto andrebbe tenuto in considerazione nella predisposizione della eventuale normativa interna.

Va, infine, dato conto che parte della dottrina economica (Stiglitz, 2020) evidenzia il rischio che l'introduzione di salari minimi porti ad un aumento del costo del lavoro, che potrebbe incidere negativamente sull'occupazione. La problematica, da cui muovono tali indagini, è connessa all'indebolimento del potere contrattuale delle organizzazioni sindacali che comporterebbe, a sua volta, la riduzione della forza contrattuale dei lavoratori e la minore efficacia delle azioni sindacali, nonché la riduzione del numero degli iscritti ai sindacati e dunque, in definitiva, l'affievolimento della contrattazione collettiva (de Crescenzo, 2021, 249-250). Tuttavia, di segno diverso è la posizione di un'altra parte della dottrina, economica e non solo (Kuddo, Robalino, Weber, 2015), secondo cui, anche osservando i casi alla luce della prassi, si riscontrerebbero risultati favorevoli dovuti all'introduzione di salari minimi legali, anche in termini di riduzione delle disegualianze. Un esempio significativo in tal senso si ricava dalla disamina delle vicende tedesche. In Germania, infatti, nel 2015, è stato introdotto un salario minimo legale, in conseguenza del quale sono fortemente diminuite le disegualianze, è aumentato il salario dei lavoratori meno

²⁴ Si pensi alla legge n. 128 del 2019.

retribuiti, senza che ciò abbia intaccato i livelli occupazionali, né tantomeno alterato la contrattazione collettiva²⁵.

Ad ogni modo, non v'è dubbio che la direttiva europea sui salari minimi rappresenti una proficua occasione per tornare a riflettere sulla necessità di migliorare le condizioni dei lavoratori e il loro poter contrattuale, in linea con gli obiettivi egualitari e solidali espressi nella nostra Costituzione (Apostoli, 2020, 40; Lucarelli, 2019, 12 ss.). In quest'ottica, la normativa comunitaria potrebbe segnare un primo passo verso la diminuzione del fenomeno dello sfruttamento lavorativo, in attuazione dei principi costituzionali. È evidente, però, che gli esiti della misura nel nostro ordinamento dipenderanno dalle modalità di recepimento della stessa da parte del legislatore, in ragione della considerevole discrezionalità lasciata agli Stati membri in ordine alla determinazione dei meccanismi tesi a garantire l'adeguatezza del salario minimo.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- A.A.VV. (2021). *Proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nell'UE. DRI*.
- APOSTOLI, A. (2020). *Considerare il lavoro come diritto è ancora possibile?. Costituzionalismo.it*. (1).
- (2019). *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale. Costituzionalismo.it*. (3).
- BALLESTRERO, M. V.; DE SIMONE, G., NOVELLA, M. (2017). *Diritto del lavoro*. Giapichelli. Torino. (3), 396
- BARBERA, M.; RAVELLI, F. (2021). *La Proposta di direttiva sul salario minimo adeguato: la risposta dell'Unione europea a un problema storico del diritto del lavoro*, in Aimo, A; Fenoglio, A.; Izzi, D. (a cura di). *Studi in memoria di Massimo Roccella*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli, 63 ss.
- BAVARO, V. ORLANDINI, G. (2021). *Le questioni salariali nel diritto italiano, oggi. RIDL*. (1), 310.
- BELMAN, D.; WOLFSON, P. (2014). *What Does the Minimum Wage Do?*. Kalamazoo. USA.
- BIASI, M. (2021). *Il contrasto al «lavoro povero» e i nodi tecnici del salario minimo legale. LavoroDirittiEuropa*. (1), 3 ss.
- BELLAVISTA, A. (2021). *Massimo Roccella e il salario minimo legale*, in Aimo, A; Fenoglio, A.; Izzi, D. (a cura di). *Studi in memoria di Massimo Roccella*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli, 573 ss.

²⁵ Cfr. INAPP, *L'introduzione del salario minimo legale in Italia. Una stima dei costi e dei beneficiari. Nota per il Presidente della XI Commissione (Lavoro pubblico e privato della Camera dei deputati*, rinvenibile su www.inapp.org.

- BONANOMI, G. (2022). *Suggerimenti (non richiesti) per il recepimento della direttiva europea sui salari minimi adeguati*. *Federalismi.it*. (20), 45
- BRINO V. (2021). *Il percorso evolutivo dell'Organizzazione internazionale del lavoro tra universalismo e selettività delle tutele*. *LavoroDirittiEuropa*. (3).
- CANTARO, A. (2007). *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*. Giappichelli. Torino, 15 ss.
- CAVINO, M. (2019). *Dignità e Costituzione: la Centralità del lavoro per il pieno sviluppo della persona umana*, in Dolso, G. P. (a cura di). *Dignità, Uguaglianza e Costituzione*. Giappichelli. Torino, 6 ss.
- CAVINO, M.; MASSA PINTO, I. (2013). *Costituzione e lavoro oggi*. Il Mulino. Bologna.
- CIANCIO, A. (2016). *Verso un «pilastro europeo dei diritti sociali»*. *Federalismi.it*. (13).
- COLAPIETRO, C. (2006), *Sub art. 36 Cost.*, in Bifulco, R.; Celotto, A.; Olivetti, M. (a cura di). *Commentario alla Costituzione*. Giappichelli. Torino, 739.
- DE CRESCENZO, A. (2021). *Solidarietà, dignità e lavoro: fondamenti per una giusta retribuzione tra dimensione statale e tutela europea a vent'anni dalla Carta di Nizza*. *Rivista AIC*. (2).
- DEL VECCHIO, L. (2003). *Retribuzione sufficiente e condizioni territoriali: gli orientamenti della giurisprudenza*. *ADL*, 317 ss.
- DI FEDERICO, G. (2020). *The minimum wage directive proposal and the external limits of art. 153 TFUE*. *ILLE-J. 2*. (13), 107 ss
- DI GASPARE, G. (2008). *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*. *Dir. Pubbl.* (3).
- FLICK, G. M. (2018). *Lavoro, dignità e Costituzione*. *Rivista AIC*. (2), 160 ss.
- GIUGNI, G. (1971). *Prefazione*, in De Cristofaro, M. L. *La giusta retribuzione: l'articolo 36 comma I della Costituzione nella giurisprudenza delle corti di merito*. Il Mulino. Bologna, 10.
- GROPPI, T. (2012). *«Fondata sul lavoro». Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*. *Riv. trim. dir. pubbl.* (3).
- ICHINO, P. (2011). *La nozione di «giusta retribuzione» nell'art. 36 della Costituzione. Studi in onore di Tiziano Treu*. *Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*. Jovene. Napoli, 890.
- (2010). *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*. *RIDL*. (I), 719 ss.
- IMBERTI, L. (2019). *Art. 36 Costituzione: in assenza di interventi legislativi chi è l'autorità salariale?*. *Lavoro, diritti, Europa*. (3).
- KUDDO, A.; ROBALINO, D.; WEBER, M. (2015). *Balancing Regulations to Promote Jobs – From Employment Contracts to Unemployment Benefits*. Working Paper 10156. World Bank. Washington (DC).
- LIETO, S. (2013). *Dignità e «valore» tra etica, economia, diritto*. *Rass. Dir. Pubbl. eur.* (1).
- LO FARO, A. (2022). *La proposta europea per «salari minimi adeguati»: work in progress*. *Venti Maggio. Biblioteca del Centro Studi di Diritto del lavoro europeo «Massimo D'Antona»*. (1), 17 ss.

- LUCARELLI, A. (2020A). *La concorrenza principio tiranno? Per una lettura costituzionalmente orientata del governo dei beni pubblici*. Giur. cost. (6), 2906 ss.
- (2020B). *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*. Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Consulta online (7 luglio 2020).
- (2019) *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*. Dir. Pubb. eur. Rass. online. (1), 12 ss.
- (2018). *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in Apostoli A., Gorlani M. (a cura di). *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto. Atti del Convegno di Brescia 24 novembre 2017*. (1), 123 ss.
- (2016). *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli.
- (2010). *Il modello sociale ed economico europeo*, in Cantaro, A. (a cura di). *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*. Giappichelli. Torino, 72 ss.
- (2003). *Diritti sociali e principi «costituzionali» europei. Dalla Carta europea dei diritti fondamentali al Progetto di Trattato costituzionale. Democrazia e diritto, Democrazia e populismo*. Franco Angeli. Roma. (3).
- LUCIANI M. (2014). *Garanzia ed efficienza nella tutela giurisdizionale*. Rivista AIC. (4).
- (2010). *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*. ADL. (3), 628 ss.
- (2007). *Il lavoro nella Costituzione*, in Pezzini, B. Baronchelli, M. (a cura di). *La Costituzione della Repubblica italiana. Le radici, Il cammino. Atti del convegno e del corso di lezioni, Bergamo, ottobre-dicembre 2005*. Istituto Bergamasco per la Storia della Resistenza e dell'Età Contemporanea. Bergamo, 139 ss.
- MAGNANI, M. (2010). *Il salario minimo legale*. RIDL. (I), 777.
- (2010). *Il diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente: problemi e prospettive*. ADL, 86.
- MASSA PINTO, I. (2013). *Costituzione e lavoro, totem e tabù*, in Cavino, M. Massa Pinto, I. *Costituzione e lavoro oggi*. Il Mulino. Bologna, 52 ss.
- MENEGATTI, E. (2022). *Il giusto prezzo alla professionalità*. Federalismi.it. (17), 160 ss.
- (2017). *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*. Giappichelli. Torino.
- (2020). *Verso uno strumento europeo sul salario minimo*. Menabò di Etica ed Economia. (142), 4 ss.
- MORTATI, C. (1998). *La Costituzione materiale (1940)*. Giuffrè. Milano.
- (1975). *Articolo 1. Commentario della Costituzione*. Il Mulino. Bologna, 12
- (1954). *Il lavoro nella Costituzione*. Dir. Lav. (1).
- NANIA, R. (2009). *Riflessioni sulla «Costituzione economica» in Italia: il «lavoro» come «fondamento», come «diritto» e come «dovere»*, in Ghera, E. Pace, A. (a cura di). *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*. Jovene. Napoli, 61 ss.
- NOGLER, L. (2009). *Sub art. 36 Cost.* in Grandi, M.; Pera, G. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*. Cedam. Padova, 41 ss.

- PINELLI, C. (2012). «Lavoro» e «progresso» nella Costituzione, in Id. *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*. Editoriale scientifica. Napoli.
- (2010). *Costituzione formale-Costituzione materiale*. Dizionario di Storia. Treccani online.
- POGGI, A. (2020). *Oltre la globalizzazione. Il bisogno di uguaglianza*. Mucchi. Modena, 13-14.
- PONTERIO (2019). *Il lavoro per un'esistenza libera e dignitosa: art. 36 Cost. e salario minimo legale*. *Questione Giustizia*. (4), 26.
- PORCHEDDU, D. (2020). *Il dibattito sul salario minimo legale in prospettiva italiana ed europea*. ADAPT Labour studies e-book series n. 87. (10 novembre 2020).
- PREDIERI, A. (1963). *Pianificazione e Costituzione*. Edizioni di Comunità. Milano, 193 ss.
- PROIA, G. (2022). *La proposta di direttiva sui salari minimi va avanti. Come e quanto inciderà sulle scelte nazionali?*. *LDE*. (2).
- PUGLIATTI, S. (1951). *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*. *RGL*.
- RAFFIOTTA, E. C. (2015). *Per un governo dell'economia nell'Unione europea. Percorsi costituzionali*. (3).
- RICCI, G. (2011). *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*. *Lav. dir.* (4), 635 ss.
- ROCCELLA, M. (2010). *La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù*. *Ragion pratica*, 419 ss.
- SILVESTRI, G. (2007). *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*. *Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*. *Associazione deicostituzionalisti.it*. (14 maggio 2008).
- STAIANO, S. (2022). *Pandemia e diritto al lavoro. Disallineamenti dalla Costituzione*. *Federalismi.it*. (4), 940 ss.
- (2015). *Diritti e confini nell'Europa della crisi*. *Federalismi.it*. (22).
- STERN, P. (2019). *Il salario minimo legale*. *Diritto online*. Istituto dell'Enciclopedia italiana. (16 ottobre 2019).
- STIGLITZ, J. E. (2020). *Riscrivere l'economia europea. Le regole per il futuro dell'Unione*. Il Saggiatore. Milano.
- TRIPODINA, C. (2008) *Sub art. 36 Cost.*, in Bartole, S.; Bin, R. (a cura di). *Commentario breve alla Costituzione*. Cedam. Padova, 351.
- TULLINI, P. (2022). *Minimi salariali adeguati ed equi: una riflessione a partire dalla proposta europea*. *LavoroDirittiEuropa*. (2)
- ZOPPOLI, L. (1994). *L'art. 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in Caruso, B.; Zoli, C.; Zoppoli, L. (a cura di). *La retribuzione: struttura e regime giuridico*. Jovene. Napoli, 91.
- (2021). *Basi giuridiche e rilevanza della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*, in Aimo, A.; Fenoglio, A.; Izzi, D. (a cura di). *Studi in memoria di Massimo Roccella*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli, 367 ss.

¿HACIA UNA NUEVA SEGURIDAD SANITARIA GLOBAL? OBLIGACIONES DE PREVENCIÓN DEL RIESGO SANITARIO MÁS ALLÁ DEL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL

DONATO GRECO¹

Departamento de Derecho, Università degli Studi di Napoli Federico II

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *La ausencia de verdaderas obligaciones de prevención en el Reglamento sanitario internacional.*–3. *La contribución de otros regímenes del derecho internacional a la definición de una obligación de prevención del riesgo sanitario.*–4. *Los derechos humanos a la vida y a la salud.*–5. *La obligación de prevenir desastres.*–6. *La obligación de prevenir los daños medioambientales y la autonomía del principio general de due diligence.*–7. *La reconstrucción de un marco unitario de prevención del riesgo sanitario.*–8. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Según el preámbulo de la Constitución de la Organización mundial de la salud de 1946, la salud no es sólo «uno de los derechos fundamentales de todo ser humano» sino también «una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad» en todo el mundo². Aunque varios regímenes de derecho internacional contribuyen a este objetivo, cabe afirmar que la misma Constitución junta-

¹ Profesor Adjunto de Derecho Internacional, Departamento de Derecho, Università degli Studi di Napoli Federico II; donato.greco@unina.it.

² Los textos de los documentos citados en el cuerpo de la contribución han sido todos traducidos del inglés por el autor. Constitución de la Organización mundial de la salud, Nueva York 22 Julio 1946, en vigor el 7 de abril de 1948, Naciones Unidas, *Treaty Series*, 14, 1948, pp. 185 ss. Después, el tratado fue modificado varias veces: en 1960, 1975, 1977, 1984 y 1994.

mente con el Reglamento sanitario internacional de 2005³ definen el marco institucional y el derecho aplicable para garantizar la seguridad sanitaria global⁴.

Sin embargo, en el transcurso de la pandemia, ambos instrumentos han mostrado deficiencias en términos de eficacia, ya que muchos Estados no respondieron a tiempo a la emergencia, no compartieron toda la información disponible, no tuvieron debidamente en cuenta las recomendaciones temporales adoptadas por el Director general de la Organización mundial de la salud y no desarrollaron las *core capacities* exigidas por el Reglamento sanitario internacional⁵. No obstante, si dejamos de lado por un momento el enfoque de emergencia que ha predominado en los últimos dos años y miramos hacia el futuro de la seguridad sanitaria global, surge un elemento de fragilidad aún más grave y estructural en el seno de la *governance* internacional: la falta de una obligación real de prevenir el riesgo sanitario⁶.

Suele decirse que es mejor prevenir que curar; con su característica ironía los británicos dicen «better safe than sorry». Siguiendo esta misma lógica, el futuro de la seguridad sanitaria global se confía a las obligaciones de *due diligence* y prevención⁷. No obstante, el actual sistema de seguridad colectiva paradójicamente se erige sobre un presupuesto opuesto: se construyó sobre la idea de que la propagación de enfermedades, epidemias y pandemias representan las llamadas causas de fuerza mayor (*acts of God*), es decir, acontecimientos naturales completamente fuera del control humano. Desde esta perspectiva, los Estados no tienen más remedio que prepararse y, cuando se produce un acontecimiento de este tipo, responder a fin de controlar y mitigar su impacto negativo. Aquí surge un *vulnus* epistémico⁸.

Desde hace algún tiempo, la epidemiología moderna ha demostrado que el enfoque actual está desfasado y que la idea de una distinción tajante entre sucesos naturales y antropogénicos es engañosa. Hoy se sabe que las actividades antropogénicas desempeñan a menudo un papel decisivo en las epidemias en la medida en que impactan y modifican los ecosistemas. En este sentido, es posible dar un par de ejemplos que ponen de relieve una contribución humana a la aparición de epidemias: uno en Italia y el otro en Brasil. Además, los dos casos en cuestión se refieren a enfermedades que, dada su gravedad histórica, el Reglamento sanitario internacional exige notificar inmediatamente a la Or-

³ Revisión del Reglamento sanitario internacional, resolución WHA58.3, 23 mayo 2005.

⁴ NEGRI (2018), pp. 265 ss.; GRECO (2022).

⁵ ACCONCI (2021), pp. 105 ss.; BENVENISTI (2020), pp. 588 ss.

⁶ VILLARREAL (2022), pp. 154-155.

⁷ OLLINO (2022).

⁸ VILLARREAL (2022), pp. 156 ss.

ganización mundial de la salud, con la sola comprobación del hecho y sin otra evaluación. En 1973 estalló una epidemia de cólera en el sur de Italia. Uno de los factores desencadenantes fue el consumo de marisco cultivado y comercializado ilegalmente, que resultó estar contaminado con el vibrión del cólera. A principios de la década de 2000, estalló en Brasil una epidemia de dengue y fiebre amarilla. Al parecer, una de las principales causas del contagio fue una enorme cantidad de neumáticos desechados ilegalmente en la selva amazónica por el hecho de que la acumulación de agua de lluvia en el interior de los neumáticos propició el entorno perfecto para la proliferación de los mosquitos responsables de la transmisión de estos virus. El caso fue sometido al mecanismo de solución de diferencias de la Organización mundial del comercio⁹.

En razón de lo antedicho, queda evidenciado que las obligaciones de preparación y respuesta a este tipo de acontecimientos, aunque importantes para mitigar sus efectos, se limitan a gestionar las consecuencias adversas y, aún más, conllevan un alto coste en términos de tiempo, recursos y vidas humanas. A estas alturas, intervenir para contrarrestar fenómenos titánicos como epidemias y pandemias es ineficaz o, en otras palabras, es como cerrar el establo cuando los caballos ya se han escapado.

En este contexto, el discurso se dividirá en dos partes. En la primera de ellas, serán precisadas algunas graves limitaciones que el Reglamento sanitario internacional presenta en lo que respecta a las obligaciones de prevención. En la segunda parte, se intentará demostrar que estas lagunas normativas pueden ser colmadas, en alguna medida, por otros regímenes del derecho internacional.

2. LA AUSENCIA DE VERDADERAS OBLIGACIONES DE PREVENCIÓN EN EL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL

El Reglamento sanitario internacional delinea un sistema de vigilancia colectiva que se estructura en torno a ciertas obligaciones básicas. El artículo 6 establece la obligación de evaluar y notificar los acontecimientos sanitarios que puedan constituir una emergencia sanitaria de importancia internacional. El artículo 7 obliga a los Estados a compartir la información que obre en su poder. Los artículos 5 y 13 obligan a los Estados a desarrollar las capacidades básicas necesarias para estos fines y que se especifican con más detalle en el

⁹ WTO Panel, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/R of 12 June 2007.

Anexo ¹⁰. Por último, los Estados deben considerar como medidas de respuesta las que el Director general indique en sus recomendaciones temporales, al tiempo que son libres de adoptar las medidas sanitarias adicionales que estimen oportunas respetando los requisitos del artículo 43 ¹¹.

Sin embargo, no es posible encontrar en aquel instrumento un verdadero deber de prevención del riesgo sanitario. En el texto del Reglamento sólo hay una referencia a la palabra «prevención» y una decena de veces se usa el verbo «prevenir», pero estos términos se emplean siempre en el sentido del artículo 2, según el cual «[l]a finalidad y el alcance de este Reglamento son prevenir la propagación internacional de enfermedades». Como puede verse, no hay ninguna referencia a la obligación de prevenir los eventos sanitarios: la disposición pone el énfasis en *la prevención de la propagación internacional de una enfermedad* – es decir, después de que se haya detectado un brote en el ámbito nacional – y no en la prevención del riesgo sanitario en sí y de la manifestación de la enfermedad misma ¹². Esta configuración responde a una lógica reactiva y no proactiva, ya que el interés de los Estados parte del Reglamento, y de la comunidad internacional en general, es limitar el riesgo de que una enfermedad detectada en la jurisdicción nacional de un Estado se propague internacionalmente, hasta el punto de poner en peligro el dominio reservado de otros Estados ¹³.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Reglamento sanitario internacional dicta prioritariamente el derecho aplicable como *lex specialis ratione materiae*, las consideraciones hasta aquí realizadas podrían llevarnos a pensar que no existe ningún deber de prevención en este ámbito. Esta, sin embargo, sería una conclusión precipitada y errada, como seguidamente quedará demostrado.

3. LA CONTRIBUCIÓN DE OTROS REGÍMENES DEL DERECHO INTERNACIONAL A LA DEFINICIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE PREVENCIÓN DEL RIESGO SANITARIO

Introduciéndonos a la segunda parte de este trabajo, cabe preguntarse si otros ámbitos sustantivos del derecho internacional pueden colmar eficazmente las lagunas normativas señaladas cuando prevén obligaciones similares de diligencia y prevención. Para responder a esta pregunta, la tradicional fragmentación del derecho internacional podría resultar un elemento decisivo, en tanto

¹⁰ DE GUTTRY (2020), pp. 1 ss.; BARTOLINI (2021), p. 233 ss.

¹¹ CINÀ *et al.* (2020), pp. 1 ss.

¹² LE MOLI (2023), pp. 1 ss.

¹³ VILLARREAL (2022), pp. 154-155.

constituye un factor enriquecedor de este sistema jurídico. A tal fin, se examinarán algunas normas del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional de los desastres y del derecho internacional del medio ambiente, con el propósito de extraer conclusiones más generales sobre las obligaciones de los Estados en materia de prevención de riesgos sanitarios ¹⁴.

4. OBLIGACIONES POSITIVAS DE PREVENCIÓN SUBYACENTES A LOS DERECHOS HUMANOS

En cuanto al derecho internacional de los derechos humanos, sólo se considerarán aquí los sistemas universales de protección de los derechos humanos establecidos en el seno de las Naciones Unidas, para mantener la argumentación al nivel más amplio posible. En particular, la atención se centrará en el derecho a la vida y el derecho a la salud, que imponen a los Estados obligaciones positivas de prevenir los daños a estos dos bienes jurídicos ¹⁵.

En relación al derecho a la vida recogido en el artículo 6 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos ¹⁶, el Observación general n° 6 de 1982 incluye, entre las medidas positivas que los Estados Parte deben adoptar, aquellas orientadas a «eliminar [...] las epidemias» ¹⁷. Además, el Observación general n° 36 de 2018 señala que «[l]a obligación de proteger la vida también implica que los Estados deberían adoptar medidas adecuadas para abordar las condiciones generales en la sociedad que puedan suponer amenazas directas a la vida o impedir a las personas disfrutar con dignidad de su derecho a la vida. Esas condiciones generales pueden incluir [...] la degradación del medio ambiente [...], la prevalencia de enfermedades que ponen en riesgo la vida» ¹⁸.

En cuanto al derecho a la salud, el artículo 12.b)-c) del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales menciona «[l]a prevención [...] de las enfermedades epidémicas, endémicas [...] y de otra índole» y «[e]l mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente» entre las medidas que deben adoptar los Estados Parte para

¹⁴ COCO, DE SOUZA DIAS (2020), pp. 218 ss.

¹⁵ TOEBES, FORMAN & BARTOLINI (2020), pp. 99 ss.; BUENODE MESQUITA *et al.* (2023), pp. 1 ss.

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York 16 diciembre 1966, en vigor el 23 marzo 1976, Naciones Unidas, *Treaty Series*, 999, 1976, pp. 171 ss.

¹⁷ Observación general n° 6: Artículo 6 (Derecho a la vida), adoptado en la 16.ª sesión del Comité de los Derechos Humanos, 30 abril 1982.

¹⁸ Observación general n° 36 sobre el Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida, adoptado por el Comité de Derechos Humanos en su 124º período de sesiones, doc. CCPR/C/GC/36, 30 octubre 2018, p. 6, párr. 26.

proteger este derecho¹⁹. En este sentido, el Observación general n° 14 ofrece una interpretación autoritativa del Pacto cuando explicita que «[a]doptar medidas para prevenir [...] las enfermedades epidémicas y endémicas», «garantizar la inmunización» y «[a]doptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población» representan *core obligations*, es decir, derechos que requieren una aplicación inmediata²⁰.

5. LA OBLIGACIÓN DE PREVENIR DESASTRES

Respecto del derecho internacional de los desastres, es pertinente recordar el proyecto de codificación de la Comisión de derecho internacional consolidado en los Artículos sobre la protección de personas en casos de desastre, de 2016²¹. Este instrumento reconoce, en el artículo 9, párrafos 1-2, que todo Estado debe prevenir o reducir el riesgo de desastres adoptando las medidas adecuadas, incluida la evaluación de riesgo, la recopilación y el intercambio de información sobre riesgos y pérdidas anteriores.

Aquí surge la exigencia de preguntarse si esta obligación se aplica a la reducción del riesgo sanitario y de las epidemias en general. Pues bien, según la definición de desastre que figura en el artículo 3.a) de los citados Artículos, por «‘desastre’ se entiende un acontecimiento calamitoso [...] que cause la pérdida generalizada de vidas humanas, grandes sufrimientos y peligros para el ser humano [...] y perturbe gravemente el funcionamiento de la sociedad». Esta definición es lo suficientemente amplia como para incluir los eventos sanitarios. Además, en apoyo de esta interpretación, cabe remitirse a la resolución del Instituto de derecho internacional sobre «Asistencia humanitaria», en la que se afirma que «por ‘desastre’ deben entenderse los acontecimientos calamitosos que ponen en peligro la vida, la salud, la integridad física, [...] otros derechos humanos fundamentales, o las necesidades esenciales de la población», inclu-

¹⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) n° 2200.^a (XXI), Nueva York 16 diciembre 1966, en vigor el 3 enero 1976, Naciones Unidas, *Treaty Series*, 993, 1976, pp. 3 ss.

²⁰ CESCR Observación general n° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Art. 12), doc. E/C.12/2000/4, 11 agosto 2000, párr. 43.f), y párr. 44.b)-c).

²¹ Draft articles on the protection of persons in the event of disasters 2016, adoptados por la Comisión de derecho internacional en su sexagésima octava sesión, en 2016, *Yearbook of the International Law Commission*, 2016, vol. II, Parte II.

yendo explícitamente las epidemias en esta tipología de fenómenos²². En la misma dirección se encuentra la obligación de *disaster risk reduction* también consagrada en relación con la salud en el Sendai Framework de 2015²³.

6. LA OBLIGACIÓN DE PREVENIR LOS DAÑOS MEDIOAMBIENTALES Y LA AUTONOMÍA DEL PRINCIPIO GENERAL DE *DUE DILIGENCE*

En el contexto del derecho internacional del medio ambiente, es necesario, en primer lugar, recordar el principio general de *due diligence* y sus dos corolarios de carácter consuetudinario representados por los principios de prevención (o *no harm principle*, en inglés) y de evaluación del impacto ambiental, que han sido ampliamente desarrollados por la interpretación que de ellos han hecho la Comisión de derecho internacional, el Instituto de derecho internacional y, por supuesto, la Corte internacional de justicia. Como es bien sabido, la *due diligence* es un principio general del derecho y representa una norma que prescribe una conducta la cual, si es adoptada, permite a un Estado de demostrar que ha hecho todo lo posible por evitar un daño transfronterizo o minimizar su riesgo.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, el principio se ha aplicado en varias ocasiones. En su sentencia de 2012 sobre el caso de las *papeleras sobre el Río Uruguay*, la Corte reconoció explícitamente que «el principio de prevención, como norma consuetudinaria, tiene su origen en el deber de diligencia que se exige a un Estado dentro de su territorio. [...] Por lo tanto, un Estado está obligado a utilizar todos los medios a su alcance para evitar que las actividades que tienen lugar en su territorio [...] causen daños significativos al medio ambiente de otro Estado»²⁴.

En el contexto del derecho internacional del medio ambiente, existe una superposición necesaria entre el concepto de medio ambiente y el de salud, ya que la distinción entre ambos dista de ser clara. De hecho, en su opinión consultiva de 1996 sobre la *legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte internacional de justicia afirmó que «el medio ambiente no es una

²² Instituto de derecho internacional, *Asistencia humanitaria* (Relator Sr. Budislav Vukas), resolución de 2 septiembre 2003.

²³ Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030, adoptado en la Tercera Conferencia Mundial de la ONU en Sendai, Japón, el 18 marzo 2015, principio 19.a) y c). Véase al respecto VENIER (2022), pp. 264 ss.

²⁴ *Papeleras sobre el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, sentencia de 20 abril 2020, *ICJ Reports*, 2010, pp. 14 ss., pp. 55-56, párr. 101.

abstracción, sino que representa el espacio vital, la calidad de vida y *la propia salud de los seres humanos*» (énfasis añadido)²⁵. Además, el principio de prevención se aplica a múltiples tipos de actividades humanas. De hecho, en su sentencia sobre la *construcción de una carretera*, los jueces de La Haya precisaron que «aunque la declaración del Tribunal en el caso de las *papeleras* se refería a las actividades industriales, el principio subyacente se aplica en general a las actividades que pueden tener un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo»²⁶. En razón de esto, cabe preguntarse si el comercio de animales salvajes, la autorización o la sola tolerancia de los mercados húmedos, el vertido legal o ilegal de residuos en el medio ambiente, la contaminación masiva y la urbanización desenfrenada son actividades peligrosas que pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación de una obligación de prevención.

Si bien es cierto que la *due diligence* ha gozado de especial fortuna en el derecho internacional del medio ambiente, esa conserva su autonomía como principio general del derecho. Dos consideraciones apoyan esta conclusión. En primer lugar, ya en el caso del *canal de Corfú* de 1949, la *due diligence* se aplicó en un contexto humanitario, al margen del derecho internacional del medio ambiente, en la medida en que obligaba a Albania a notificar la presencia de un campo de minas, independientemente de que el mismo Estado ilirio hubiera colocado estas armas²⁷.

En segundo lugar, existen normas que presuponen y concretizan el principio de *due diligence* en regímenes jurídicos distintos del derecho internacional del medio ambiente, como el derecho internacional humanitario²⁸. Por ejemplo, el artículo 56 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra establece que «[e]n toda la medida de sus medios, la Potencia ocupante tiene el deber de asegurar y mantener [...] la sanidad y la higiene públicas en el territorio ocupado, en particu-

²⁵ *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, opinión consultiva de 8 julio 1996, *ICJ Reports*, 1996 (I), pp. 226 ss., p. 241, párr. 29. En la misma dirección *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria/Eslavaquia)*, sentencia de 25 septiembre 1997, *ICJ Reports*, 1997, pp. 7 ss., p. 41, párr. 53; *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, 24 mayo 2005, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, 27, 2007, pp. 35 ss., p. 28, párr. 58. Para la doctrina, véase FEHR *et al.* (2014); PAKOWSKI, GARUS-PAKOWSKA (2021), pp. 199 ss.

²⁶ *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, sentencia de 16 diciembre 2015, *ICJ Reports*, 2015, p. 665 ss., p. 707, párr. 104-105.

²⁷ *Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania)*, mérito, sentencia de 9 aprile 1949, *ICJ Reports*, 1949, pp. 4 ss., p. 22.

²⁸ LONGOBARDO (2022), pp. 779 ss.

lar tomando y aplicando las medidas profilácticas y preventivas necesarias para combatir la propagación de enfermedades contagiosas y de epidemias»²⁹.

La idea de que la *due diligence* puede desempeñar un papel importante para garantizar la seguridad sanitaria global, en el marco del derecho internacional sanitario, se ve confirmada además por dos autoridades altamente calificadas. La Comisión de derecho internacional ha establecido en el artículo 3 de los Artículos sobre la prevención del daño transfronterizo de 2001 que «[todo Estado] tiene la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de que ocurra»³⁰. Según el artículo 2, párrafo 3, la obligación deviene operativa siempre que, independientemente de la fuente del riesgo, existen «pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas probabilidades de causar otro daño sensible» a las personas, los bienes o el medio ambiente.

En términos aún más explícitos se expresó el Instituto de derecho internacional en la resolución de 2021 sobre epidemias, pandemias y derecho internacional³¹. En efecto, el artículo 5 aclara que «todo Estado tiene la obligación de prevenir [...] las epidemias y, en consecuencia, de actuar con la debida diligencia adoptando las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole que procedan».

7. RECONSTRUCCIÓN DE UN MARCO UNITARIO DE PREVENCIÓN DEL RIESGO SANITARIO

Sobre la base de lo argumentado hasta ahora, es posible inferir un contenido mínimo de las obligaciones de *due diligence* aplicables a la prevención del riesgo sanitario, independientemente de la fuente, humana o natural, que pueda haberlo originado. En primer lugar, dentro del territorio sujeto a su jurisdicción, los Estados tienen el deber de prevenir eventos sanitarios (o por lo menos minimizar su riesgo) de los que puedan derivarse daños transfronterizos. A tal fin, estos tienen que controlar y intervenir sobre los principales factores económicos,

²⁹ Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Cuarto Convenio de Ginebra), Ginebra 12 agosto 1949, en vigor el 21 octubre 1950, Naciones Unidas, *Treaty Series*, 75, 1950, pp. 287 ss.

³⁰ Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries 2001, adoptado por el Comisión de derecho internacional en su quincuagésima tercera sesión de 2001, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Parte II.

³¹ Instituto de derecho internacional, *Epidemics, Pandemics and International Law* (Relator Sr. Shinya Murase), resolución de 4 septiembre 2021.

ambientales, sanitarios o sociales más comúnmente asociados a la ocurrencia de este tipo de fenómenos. En concreto, se trata de aquellas condiciones que, según principios epidemiológicos, suelen estar vinculadas a las zoonosis, como, por ejemplo, el comercio de animales salvajes³², la autorización o tolerancia de los mercados húmedos, el vertido legal o ilegal de residuos en el medio ambiente y la contaminación masiva, la desertización, la urbanización desenfrenada o el uso excesivo de antibióticos, una de las principales causas de resistencia bacteriana. Algunos autores se han referido a este enfoque como «deep prevention»³³.

En segundo lugar, los Estados deben llevar a cabo una evaluación del riesgo sanitario de las actividades y otros factores relevantes de los que pueda derivarse una amenaza para la salud pública dentro de su territorio. En tercer lugar, deben adoptar medidas internas, sobre todo de carácter legislativo, pero también administrativo y judicial. En este contexto, deben dar apoyo a la investigación científica y promover la adopción de normas de comportamiento e higiene sanitaria adecuadas para prevenir las condiciones en las que es más probable que se produzcan eventos sanitarios adversos como epidemias y pandemias. En cuarto lugar, de acuerdo con el principio de precaución, cristalizado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992, «cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir [el daño]»³⁴.

Además, los Estados tienen una obligación de asistencia mutua y de cooperación con las organizaciones internacionales competentes *ratione materiae*, a fin de desarrollar los conocimientos científicos y epidemiológicos necesarios para determinar las medidas preventivas más adecuadas. Por último, en el cumplimiento de todas estas obligaciones, deben actuar de acuerdo con el paradigma de «one-health», que es ahora un principio general del derecho internacional sanitario. Según este principio, los problemas de salud pública – humana, animal y vegetal – deben abordarse de forma holística y multisectorial. De hecho, los ministros de salud de treinta y dos Países declararon recientemente que «nuestra salud es un continuo que abarca la salud humana, animal, vegetal y planetaria». Para reducir el riesgo de enfermedades zoonóticas en el futuro, es necesaria una mejor coordinación entre los sectores de la salud humana, animal y medioambiental³⁵.

³² MISHRA (2022), pp. 220 ss.

³³ LE MOLI *et al.* (2020).

³⁴ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro 14 junio 1992, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992)*, A/CONF.151/26/Rev.1, vol. 1, Nueva York, 1993, pp. 3 ss. Véase al respecto CAÑADO TRINDADE (2015), pp. 403 ss.

³⁵ VV. AA. (2021), p. 1.

8. CONCLUSIONES

La COVID-19 no fue la primera pandemia y no será la última si los Estados no se toman en serio sus obligaciones en materia de prevención. En este sentido, el Reglamento sanitario internacional muestra algunas lagunas normativas. Sin embargo, éstas pueden colmarse mediante costumbres y principios generales del derecho, que ya son vinculantes para los Estados *de lege lata*. Además, estas normas pueden servir de orientación preliminar en el proceso de negociación iniciado por la 74.^a Asamblea mundial de la salud, con vistas a concluir un nuevo tratado sobre prevención, preparación y respuesta ante pandemias³⁶. Al mismo tiempo, sin embargo, estos principios generales poseen un alcance muy amplio y flexible, que deja mucho margen a la discrecionalidad de los Estados y a la inseguridad jurídica. Por lo tanto, no cabe duda de que podrían especificarse mejor en un acuerdo escrito.

También parece esencial un enfoque preventivo y más proactivo para defender los derechos fundamentales del individuo. Una terrible lección que la pandemia ha impartido es que, para proteger la vida y la salud en circunstancias de emergencia, los Estados pueden recurrir a medidas draconianas, de enorme impacto en los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales³⁷. Hasta cierto punto, podría incluso decirse que es su deber primordial adoptar tales medidas, si es cierto, como sostenía Hobbes, que el contrato social se basa en el deber del Estado de garantizar la seguridad de todos los ciudadanos. Al mismo tiempo, sin embargo, urge preguntarse qué hacen los Estados, en tiempos que no son de emergencia, para prevenir acontecimientos desastrosos, como las pandemias, y preservar los derechos y libertades fundamentales en su conjunto. En este contexto, tomarse en serio las obligaciones de prevención es la única manera de no sacrificar ni la seguridad ni la libertad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCONCI, P. (2021). L'effettività delle risposte normative dell'OMS alla diffusione del Covid-19 durante la prima ondata del contagio, *Quaderni di SIDIBlog*, 7, pp. 105-118.
- BARTOLINI, G. (2021). The Failure of Core Capacities' Under the WHO International Health Regulations, *International and Comparative Law Quarterly*, 70(1), pp. 233-250.

³⁶ VIÑUALES *et al.* (2021), pp. 1791 s.

³⁷ MASSA PINTO (2020).

- BENVENISTI, E. (2020). The WHO – Destined to Fail?: Political Cooperation and the COVID-19 Pandemic, *American Journal of International Law*, 114(4), pp. 588-597.
- BUENO DE MESQUITA, J., *et al.* (2023). Lodestar in the Time of Coronavirus? Interpreting International Obligations to Realise the Right to Health During the COVID-19 Pandemic, *Human Rights Law Review*, 23, pp. 1-25.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. (2015). *Principle 15*. En J. E. Viñuales, *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary* (pp. 403-428). Oxford: Oxford University Press.
- CINÀ, M. M., *et al.* (2020). The Stellenbosch Consensus on the International Legal Obligation to Collaborate and Assist in Addressing Pandemics. Clarifying Article 44 of the International Health Regulations, *International Organizations Law Review*, online, pp. 1-30.
- COCO, A., DE SOUZA DIAS, T. (2020), Prevent, Respond, Cooperate, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 21(2), pp. 218-236.
- DE GUTTRY, A. (2020). Is the International Community Ready for the Next Pandemic Wave? A Legal Analysis of the Preparedness Rules Codified in Universal Instruments and of their Impact in the Light of the COVID-19 Experience, *Global Jurist*, 20(3), pp. 1-41.
- FEHR, R., *et al.* (2014). (a cura di), *Health in Impact Assessments: Opportunities not to be missed*, Copenhagen: World Health Organization. Regional Office for Europe.
- GRECO, D. (2022). *L'Organizzazione mondiale della sanità davanti alla pandemia di COVID-19. La governance delle emergenze sanitarie internazionali*, Milano: Le Monnier Università.
- LE MOLI, G. (2023). The Containment Bias of the WHO International Health Regulations, *British Yearbook of International Law*, 92(1), pp. 1-41.
- LE MOLI, G., *et al.* (2020). The Deep Prevention Of Future Pandemics Through A One Health Approach: What Role For A Pandemic Instrument?, *Global Health Centre Policy Brief*.
- LONGOBARDO, M. (2022). The Duties of Occupying Powers in Relation to the Prevention and Control of Contagious Diseases through the Interplay between International Humanitarian Law and the Right to Health, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 55(3), pp. 757-804.
- MASSA PINTO, I. (2020). La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi, *Questione giustizia*.
- MISHRA, S. (2022), Managing zoonotic diseases in the international wildlife trade through the One Health approach: a future role for CITES?, *Cambridge International Law Journal*, 11(2), pp. 220-242.
- NEGRI, S. (2018). Communicable Disease Control. En G. L. Burci, B. Toebes (eds.), *Research Handbook on Global Health Law* (pp. 265-302). Cheltenham-Northampton: Elgar.

- OLLINO, A. (2022). *Due Diligence in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- PAKOWSKI, M., GARUS-PAKOWSKA, A. (2021). Health Impact Assessment as an Essential Element of Environmental Law in the National Legal Order. Considerations on the Basis of International Law, *Problems of Sustainable Development*, 16(2), pp. 199-208.
- TOEBES, B., FORMAN, L., & BARTOLINI, G. (2020). Toward Human Rights-Consistent Responses to Health Emergencies: What Is the Overlap between Core Right to Health Obligations and Core International Health Regulation Capacities?, *Health and Human Rights*, 22(2), pp. 99-112.
- VENIER, S. (2022). Prevention Obligations Applicable to Naturally Occurring CBRN Events. En A. de Guttry *et al.* (eds.) *International Law and Chemical, Biological, Radio-Nuclear (CBRN) Events. Towards an All-Hazards Approach* (pp. 264-275). Leiden-Boston: Brill.
- VIÑUALES, J., *et al.* (15 Mayo 2021). A global pandemic treaty should aim for deep prevention, *Lancet*, 397(10287), pp. 1791-1792.
- VV.AA. (2021). The world must act now to be prepared for future health emergencies, *British Medical Journal*, 375, 2879, pp. 1-2.

LA POLÍTICA DE GESTIÓN DE FRONTERAS DE LA UNIÓN Y SUS SISTEMÁTICAS VULNERACIONES A LA CDFUE: ERRORES EN LA ESTRATEGIA MIGRATORIA

MARÍA DOLORES REQUENA DE TORRE¹
Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: 1. *Introducción: Europa fortaleza.*–2. *Gestión de fronteras internas: restablecimiento de controles.* 2.1 *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos acumulados C 368/20 y C 369/20.*–3. *Fronteras externas: los peligros de la externalización.*–4. *Conclusiones: Desequilibrios en la política migratoria de la Unión y amenazas a los valores de la UE.*–5. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN: EUROPA FORTALEZA

En el año 2015 los flujos migratorios que llegaban a Europa alcanzaron una afluencia insólita desde la II Guerra Mundial. Unos acontecimientos que, sin duda, han marcado el desarrollo de numerosas políticas nacionales y europeas (migratoria, de vecindad, de seguridad...). El fenómeno migratorio alcanzó entonces una enorme relevancia política, y numerosos partidos impulsaron su popularidad mediante discursos nacionalistas que presentaban al extranjero como una amenaza para el Estado del bienestar. Partidos que, aprovechando el miedo causado por la amenaza del Estado islámico, que se materializó en diversos atentados, clamaban por una ciudadanía homogénea con valores tradicionales rechazando al extranjero.

¹ Profesora de Derecho Constitucional de ICADE - Universidad Pontificia Comillas.

Es indiscutible que la oleada migratoria de 2015 pilló a Europa desprevenida, provocando un colapso de la política europea de asilo y de los sistemas nacionales de protección internacional y, a causa de todo ello, una auténtica tragedia humanitaria. Pero lo cierto, es que años antes los datos ya revelaban un crecimiento paulatino de las llegadas de migrantes a Europa confirmando su inequívoca vinculación con la globalización y que nos advertían de la necesidad de repensar la estrategia migratoria. Así, era previsible un aumento de las llegadas irregulares a nuestro continente, pero nadie pudo prever su intensidad: en el año 2014 entraron irregularmente a Europa 228 741 personas. En el año 2015, la cifra se estima en 1 046 336 personas, casi 5 veces más. Según ACNUR más del 75% de quienes llegaron irregularmente a Europa aquel año huían de los conflictos de Siria, Afganistán o Irak, pero pese a ello, la respuesta de la Unión resultó decepcionante.

La principal ruta de entrada fue la del Mediterráneo oriental. Más de un millón de personas entraron irregularmente a Europa aquel año. De ellas, 856 723 lo hicieron por Grecia². De esos 857 mil, 550 mil llegaron a la isla de Lesbos. Una isla cuya población no alcanzaba hasta entonces las 100 mil personas.

Grecia no estaba preparada para la acogida de miles de personas. No pudiendo olvidar que fue uno de los países más afectados por la crisis económica del 2007, la gestión de los flujos migratorios le suponía un auténtico reto. De hecho, las condiciones inhumanas de acogida que proporcionaba Grecia a los solicitantes de protección internacional fueron condenadas por Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya en el 2011, cuando las cifras de solicitantes no eran comparables³. Lo que puede darnos una idea acerca de las condiciones en las que se encontraron los solicitantes a partir del 2015.

Era evidente que Europa debía reaccionar. Se estaba viviendo una crisis humanitaria despreciando los derechos humanos de quienes huían del Estado islámico en general y principalmente de la guerra de Siria. Y además de la pésima imagen que *la Europa de los derechos* estaba dando al mundo, Grecia estaba soportando unos costes para los que decía no poder hacer frente. Con ello, se gestaba en el seno de la Unión nuevas tensiones entre los Estados miembros. Los Estados que conforman la frontera sur de Europa acusaban al resto de no actuar solidariamente, mientras que el resto de miembros acusaban

² Según el informe de ACNUR (2016): «Refugees & Migrants Sea Arrivals In Europe». Bureau for Europe. Monthly Data Update: December. Disponible en: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Monthly_Arrivals_to_Greece_Italy_Spain_Jan_Dec_2016pdf

³ Véase, entre otras, la STEDH M. S. S c. Bélgica y Grecia de 21 de enero de 2011. §222 y §233.

a los Estados fronterizos de no estar gestionando adecuadamente sus fronteras, las fronteras de Europa, incumpliendo sus obligaciones.

La reacción de la Unión y de sus Estados vino en forma de muros, vallas y sistemas de vigilancia que respondían a un objetivo que, si bien no era nuevo, alcanzó entonces la máxima prioridad: la construcción de una «Europa fortaleza»⁴. Para ello se reforzaron las fronteras externas; mientras que las tensiones entre Estados miembros desencadenaron políticas de control para las fronteras internas. La nueva orientación de la política de gestión de fronteras (artículo 77 TFUE) llevó al cuestionamiento de sus pilares fundamentales: el respeto a los derechos humanos y la libre circulación; y con ello una enorme crisis del proyecto europeo al poner en cuestión su orientación e, incluso, la naturaleza de la Unión.

2. GESTIÓN DE FRONTERAS INTERNAS: RESTABLECIMIENTO DE CONTROLES

Aunque, como se ha señalado, las islas griegas recibieron la mayor parte de la oleada migratoria de 2015, la preocupación ante un posible colapso de los sistemas nacionales se extendió por todo el continente conforme se sucedían los movimientos secundarios; y ciertos Estados no tardaron en reaccionar. El 31 de agosto de 2015, el Ministro de Defensa húngaro anunció que se daba por terminada la construcción de una primera parte de la alambrada fronteriza con Serbia, una valla de 175 kilómetros.

Otros Estados, por el contrario, respondieron en un primer momento con una política de puertas abiertas. Austria permanecía conmocionada por el hallazgo, el 28 de agosto de aquel año de 71 cuerpos sin vida en un camión frigorífico en su frontera con Hungría. Y unos días más tarde, el 4 de septiembre, la imagen del cuerpo arrastrado por el mar de un niño sirio, Aylan Kurdi, dio la vuelta al mundo. El 5 de septiembre, trenes y autobuses trasladaron refugiados

⁴ Un concepto que no es novedoso. Algunos autores se referían a ella ya en los noventa. Véase, en este sentido, a ESPADA RAMOS (1994) cuya reflexión entonces resulta hoy igual de oportuna: «Ante unos problemas de alta sensibilidad política, el factor aglutinador inicial va a ser el marco de la cooperación para la lucha contra el terrorismo. En este marco de cooperación se conectan problemas y soluciones impregnando las soluciones internacionales y, por reflejo, las nacionales, de una interconexión entre inmigración, asilo, tráfico de drogas, inseguridad europea, etc. Se produce un diseño de la arquitectura europea que ha sido repetidamente descrito como una Europa atrincherada a modo de fortaleza frente a lo extranjero. Se extrapolan soluciones de la cooperación policial a un mundo que debería haber estado presidido por una coherente coincidencia en defender los derechos humanos de personas en situaciones extremas de vida y libertad».

sirios desde Hungría a Austria y a Alemania. La postura de Alemania, Estado de acogida final preferente para muchos solicitantes, no dejó indiferente a sus socios europeos: unos la elogiaron y otros la tacharon de irresponsable, y su resultado fue que 442.000 personas solicitaron asilo en Alemania en aquel año⁵.

La política de puertas abiertas de Alemania se demostró instrumental y tempranamente sobrepasada. Alemania era consciente de que precisaba de la inmigración pero una vez superado el número estimado de solicitudes, cambió su política. La oleada migratoria duraría más de lo esperado; el sistema europeo común de asilo (SECA) se había demostrado fallido e insolidario. Todas las rutas migratorias parecían tener como destino final preferido Alemania. Por ello, el 13 de septiembre Alemania, como reacción a los movimientos migratorios secundarios, activó la cláusula del artículo 25 del entonces Reglamento Núm. 562/2006 por el que se establece un código comunitario sobre el régimen de cruce de fronteras por las personas y, con el objetivo de preservar el orden público y la seguridad interior del país, restableció los controles en las fronteras interiores.

Como ya es costumbre, la actuación de Alemania fue imitada por otros Estados miembros: Solo tres días después, Austria reactivó sus controles fronterizos con Hungría, Italia, Eslovenia y Eslovaquia. Y pronto les siguieron Suecia, el 12 de noviembre; Noruega, el 26 de noviembre; Francia, el 14 de diciembre; Dinamarca, el 4 de enero de 2016 y Bélgica el 23 de febrero.

Los flujos migratorios clandestinos persistían, entre el 5 de septiembre y el 5 de noviembre de 2015, aproximadamente 420.400 personas cruzaron irregularmente la frontera entre Austria y Hungría»⁶. Por ello, los controles fueron prorrogados en virtud de los artículos 23 y 24 del Reglamento 562/2006 y persistirían hasta el 15 de mayo de 2016.

Justo antes de que el período de vigencia de los controles en Alemania y Austria finalizara, el Consejo de la Unión publicó una recomendación a favor de su mantenimiento en las fronteras interiores de cinco Estados miembros, sobre la base del art. 29 del Código de Fronteras Schengen: Alemania, en la frontera terrestre con Austria; Dinamarca en los puertos daneses con enlaces

⁵ Según la organización Pro Asyl, del total de solicitudes 159.000 eran de nacionales de Siria; 54.000 de Albania; 33.000 de Kosovo; 31.000 de Afganistán, 30.000 de Iraq y 17.000 de Serbia. Tal y como refleja YOUNKHANA, E. (2017)

⁶ Según se detalla en el documento del Consejo de la Unión Europea que anunciaba el 18 de noviembre de 2015 la prórroga de los controles en las fronteras interiores de Austria: Consejo de la Unión Europea, Prórroga del restablecimiento temporal de los controles fronterizos en las fronteras interiores de Austria de conformidad con el art. 25 y sobre la base de los arts. 23 y 24 del Reglamento (CE) n.o 562/2006 por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, n.o 14211/15 de 28 de noviembre de 2015.

de transbordadores a Alemania y en la frontera terrestre con Alemania; Suecia, en los puertos suecos de la región policial meridional y occidental y en el puente de Öresund; Noruega, en los puertos noruegos con enlaces de transbordadores a Dinamarca, Alemania y Suecia; y Austria en las fronteras terrestres con Hungría y Eslovenia. Medida que fue ampliada por el tiempo máximo posible, seis meses. Los controles debían finalizar el 12 de noviembre de 2016, pero se prorrogaron en tres ocasiones por un período total de 12 meses en virtud del art. 29.2 del CFS permaneciendo en vigor la recomendación del Consejo de la Unión hasta el 11 de noviembre de 2017.

La recomendación dejó de estar vigente pero Austria, Alemania, Dinamarca, Noruega y Suecia consideraron que las deficiencias que los justificaban hasta entonces perduraban y que, por tanto, los controles debían mantenerse. Aplicaron entonces el procedimiento descrito en el art. 25 del CFS (que había sido reformado en dos ocasiones en el 2016 y una en el 2017) para restablecer temporalmente los controles fronterizos en sus fronteras interiores, y lo hicieron en periodos sucesivos de 6 meses con el fin de prolongarlos hasta 2021.

Como resultado, se mantuvieron los controles en las fronteras interiores de cinco Estados durante más de cuatro años, vaciando de contenido el derecho consagrado en el artículo 3.2.º del TUE; en el art. 21.1.º del TFUE; y en el art. 45.1 de la CDFUE. Una muestra del nacionalismo en auge que se vive en la UE y que hace peligrar el proyecto europeo, que no puede convivir con ellos. Y no ha sido hasta el 26 de abril de 2022 cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado sentencia.

2.1 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos acumulados C 368/20 y C– 369/20

El 29 de agosto de 2019 N. W., nacional austriaco, trató de entrar en Austria por el paso fronterizo de Spielfeld (frontera con Eslovenia) cuando fue requerido para exhibir su pasaporte en el marco de un control fronterizo. N. W. se negó a mostrárselo al agente de control por lo que se interpuso denuncia en su contra. El 9 de septiembre fue declarado culpable de una infracción del artículo 2.1.º de la Ley de Pasaportes austriaca. La resolución fue recurrida, N. W. alegaba que tal control era ilegal al no encontrar base legal alguna en el Título III del Código de Fronteras Schengen (CFS) y alegó que se había vulnerado su

derecho a la libre circulación reconocido en el artículo 21.1.º del TFUE⁷. El 7 de noviembre de ese mismo año se desestimó su recurso y fue declarado culpable de infringir la Ley de Pasaportes austriaca por entrar en el territorio sin un documento válido de viaje, condenándole al pago de una multa por importe de 36€. La resolución fue nuevamente recurrida ante el Tribunal Regional de lo Contencioso Administrativo al cual, se le presentaron dudas sobre la compatibilidad de la obligación de exhibir el documento de viaje con el artículo 45.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión⁸. Por ello, el Tribunal Regional interpuso una cuestión prejudicial ante el TJUE (C-329/20).

«¿Se opone el Derecho de la Unión a una legislación nacional en virtud de la cual, mediante una concatenación de reglamentos nacionales, se acumulan una serie de prórrogas, de modo que se posibilita el restablecimiento de los controles fronterizos más allá del plazo de dos años que, como limitación temporal, establecen los arts. 25 y 29 del Código de Fronteras Schengen, todo ello sin la correspondiente Decisión de Ejecución del Consejo con arreglo al art. 29 de dicho Código?»

¿Debe interpretarse el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión establecido en el art. 21 TFUE, ap. 1, y en el art. 45, ap. 1, de la Carta, en particular a la luz del principio de ausencia de inspecciones fronterizas de las personas en las fronteras interiores, consagrado en el art. 22 de dicho Código, en el sentido de que se comprende el derecho a no verse sometido a inspecciones fronterizas de las personas en las fronteras interiores, sin perjuicio de las condiciones y excepciones establecidas en los Tratados y, en particular, en dicho Código?»

Y, en caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión: a la luz del efecto útil del derecho a la libre circulación ¿deben interpretarse el art. 21 TFUE, ap. 1, y el art. 45, ap. 1, de la Carta en el sentido de que se oponen a la aplicación de una norma nacional que obliga a una persona, bajo apercibimiento de una sanción administrativa, a exhibir un pasaporte o documento nacional de identidad en caso de que entrada a través de una frontera interior aun cuando el control específico en las fronteras interiores sea contrario al Derecho de la Unión?»

El 16 de noviembre de ese mismo año 2019, N. W. fue nuevamente requerido para su identificación en el marco de un procedimiento fronterizo cuando se disponía a entrar en automóvil desde Eslovenia a través del paso de Spielfeld. El 19 de diciembre de 2019 N. W. interpuso recurso frente al Tribunal Regional de lo Contencioso– Administrativo de Estiria, Austria impugnando lo que, según el interesado, suponía el ejercicio de una facultad directa de coerción por parte de las autoridades de control al llevar a cabo una inspección

⁷ Artículo 21.1 TFUE: «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

⁸ Artículo 45.1 CDFUE: «Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros».

fronteriza. El Tribunal remitente cuestionó la compatibilidad de la Orden n.º 114/2019 sobre controles fronterizos, la Ley de Pasaportes austriaca y el Derecho de la Unión concretamente el art. 21.1.º TFUE y el art. 45.1.º CDFUE. Considerando que se trata de una inspección que, en principio, está prohibida por el art. 22 del CFS, el Tribunal Regional dudaba sobre su amparo a la luz de las excepciones previstas en los arts. 25 a 29 del CFS y por ello planteó dos cuestiones prejudiciales frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C- 368/20) idénticas a las de la Causa expuesta anteriormente (C-369/20).

El Tribunal de Justicia de la Unión dictó sentencia en las causas acumuladas 368/20 y 369/20 el 26 de abril de 2022.

En la primera cuestión se le planteaba al TJUE si el artículo 25.4.º del CFS se opone a un restablecimiento temporal de los controles en las fronteras interiores (ex. artículos 25 y 27 CFS) cuando dicho restablecimiento, mediante la aplicación sucesiva de los periodos previstos en el artículo 25 supera la duración de seis meses que, según el tenor literal del apartado cuarto, supondría la duración máxima. Es decir, se pedía al TJUE una interpretación del artículo 25 CFS⁹. Cuestión que no ha resultado pacífica.

En el marco del procedimiento N. W. y la Comisión sostuvieron que el restablecimiento de los controles por un periodo superior a los seis meses suponía una violación del Derecho de la Unión. Mientras que los Gobiernos de Austria, Francia, Dinamarca y Alemania se posicionaron en contra de esta interpretación. Los tres primeros alegaban la posibilidad de reexaminar la amenaza pasado el periodo inicial para reiniciar el procedimiento como si de una «nueva amenaza» se tratara. Mientras que Alemania justificaba la reinstauración de los controles bajo la cláusula de seguridad del artículo 72 TFUE¹⁰.

Del tenor literal del precepto podemos concluir que el artículo 25 prevé la posibilidad de que un Estado miembro restablezca los controles fronterizos ante una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior. Pero esta medida no es absoluta sino que el precepto acota sus posibilidades. Así, la medida debe tener carácter excepcional y temporal. El primer límite al que se somete la medida responde al principio de proporcionalidad, el tiempo estric-

⁹ Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (versión codificada)

¹⁰ Argumento rechazado por el TJUE en el §86 de la sentencia, aludiendo a su jurisprudencia anterior relativa al carácter excepcional del artículo 72 TFUE: «*De ello se sigue que no cabe interpretar dicho art. 72 como si atribuyera a los Estados miembros la facultad de establecer excepciones a las disposiciones del Derecho de la Unión mediante la mera invocación de las responsabilidades que les incumben para el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior*».

tamente necesario¹¹. Pero el precepto va fijando límites más concretos, estableciendo la duración máxima inicial en 30 días.

El apartado tercero se refiere a la posibilidad de que persista la amenaza grave más allá del periodo inicial de 30 días. Para el caso, se prevé la posibilidad de prolongar los controles fronterizos por periodos renovables que no sobrepasen los 30 días, debiendo observar en todo caso las garantías justificativas establecidas en los artículos 25.1; 26 y 27CFS. Y finalmente, el apartado cuarto contiene una cláusula de cierre del artículo 25 al señalar como duración total máxima de la medida los seis meses, prorrogable únicamente hasta los dos años en circunstancias excepcionales que amenacen el espacio común y siguiendo el procedimiento descrito en el artículo 29.

«La duración total del restablecimiento de los controles fronterizos en las fronteras interiores, incluido el período inicial contemplado en el apartado 3, del presente artículo, no podrá superar los seis meses. Cuando se den las circunstancias excepcionales contempladas en el artículo 29, este período total podrá prolongarse hasta una duración máxima de dos años, conforme a lo previsto en el apartado 1 de dicho artículo.»

El Tribunal de Justicia, en un razonamiento próximo al de la Comisión, y alejado del Abogado General, consideró los límites temporales establecidos en el Código de Fronteras como absolutos y recalcó la diferencia entre una «nueva amenaza», que permitiría reiniciar el procedimiento; y una amenaza que persiste.

Partiendo de esta distinción, que refuta los argumentos de Austria, Francia y Dinamarca; el TJUE rechazó la posibilidad de prorrogar la medida más allá del plazo previsto en atención al tenor literal del precepto, insistiendo en que la expresión «no podrá superar los seis meses» excluye toda posibilidad de sobrepasar dicho periodo¹². Por otra parte, el TJUE observó el contexto y la finalidad de la norma y señaló que el Reglamento 1051/2013, que incorporó en el Reglamento 562/2006 el establecimiento de un límite a la duración de la medida fijada en seis meses, y que fue posteriormente recogido en el art. 25.4.º del CFS, lo hizo con la pretensión de garantizar el carácter excepcional de la medida y el respeto al principio de proporcionalidad (§59). Finalidad que se

¹¹ Artículo 25.1 *in fine* «La amplitud y la duración del restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores no excederán de lo que sea estrictamente necesario para responder a la amenaza grave».

¹² STJUE 368/20 y 369/20 de 26 de abril de 2022 §56.

deduce de manera evidente del considerando 1.º del Reglamento 1051/2013, y que hoy permanece transcrito en el considerando 22.º del CFS:

«La creación de un espacio en el que se garantiza la libre circulación de las personas es uno de los principales logros de la Unión. En un espacio sin controles en las fronteras interiores, es necesario disponer de una respuesta común a situaciones que afecten gravemente al orden público o a la seguridad interior de dicho espacio, de partes de él o de uno o varios Estados miembros, permitiendo la reintroducción temporal de los controles en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales, pero sin menoscabo del principio de libre circulación de las personas. Dada la repercusión que tales medidas de último recurso pueden tener en todas las personas que tienen derecho a desplazarse en el espacio sin controles en las fronteras interiores, es preciso establecer las condiciones y procedimientos para el restablecimiento de dichas medidas, con el fin de garantizar su carácter excepcional y el respeto del principio de proporcionalidad. El alcance y la duración de cualquier restablecimiento temporal de tales medidas deben limitarse a lo estrictamente necesario para responder a amenazas graves contra el orden público o la seguridad interior.»

Límite al que se refiere más expresamente el considerando 23 al subrayar el carácter excepcional y subsidiario de la medida:

«(...) En cualquier caso, el restablecimiento de controles en las fronteras interiores debe seguir siendo excepcional, y solo debe llevarse a efecto como último recurso, con un alcance y durante un período de tiempo estrictamente limitados, y basarse en criterios objetivos específicos y en una evaluación de su necesidad, que debe ser supervisada a escala de la Unión.»

Quedaba así contestada la primera cuestión prejudicial, y con ella también la segunda. Y en la tercera y última cuestión se planteaba al TJUE si el art. 25.4 del CFS se opone a que una normativa nacional obligue a una persona a exhibir un pasaporte o documento nacional de identidad para la entrada en el territorio de dicho Estado a través de una frontera interior. El TJUE se remitió a su jurisprudencia asentada en el asunto *Touring Tour und Travel y Sociedad de transportes (C-412/17 y C-474/17)* según la cual una sanción que tiene por objeto el cumplimiento de una obligación no es conforme con el Derecho de la Unión es a su vez contraria al Derecho de la Unión.

El polémico fallo, si bien deja una idea clara: la facultad de los Estados para restablecer sus controles fronterizos ante una amenaza por un periodo máximo de seis meses, deja sin contestar numerosos interrogantes. Por supuesto, subyace la duda de si realmente la afluencia migratoria puede considerarse una amenaza, pero hay otra cuestión aún más urgente: ¿qué ocurre cuando la amenaza persiste? Si el TJUE ya había identificado en el pasado como un

objetivo del CFS la prevención de cualquier amenaza contra el orden público¹³, ¿puede comprenderse que el legislador no haya previsto ninguna herramienta para los Estados en tal situación?

3. FRONTERAS EXTERNAS: LOS PELIGROS DE LA EXTERNALIZACIÓN

Si debe alarmarnos la orientación que ha llevado la política de gestión de fronteras interiores en los últimos años, aún más debe hacerlo la gestión de las fronteras exteriores.

Desde que se aprobó el primer reglamento Eurodac en el año 2000¹⁴ se ha evidenciado como, entre las prioridades de la Unión Europea, se encuentran la fortificación de fronteras y la lucha por controlar la inmigración irregular. Una estrategia para la que la UE ha asumido el precio de trasladar a un lugar residual la política de asilo; literal, y figuradamente.

Esta política de fortificación se ha intensificado desde los acontecimientos del 2015. Ante una presión migratoria que desbordaba ciertos sistemas nacionales de acogida; y era rechazada por otros Estados, la Unión planteó una solución poco original: frenar la inmigración; impedir que alcancen suelo europeo. Y para ello, se ha desarrollado una política cuya premisa parte del desplazamiento táctico de las fronteras europeas. Ese desplazamiento es la idea sobre la que reposa la política europea conocida como *externalización* de fronteras. Siguiendo el razonamiento de Acosta Sánchez (Acosta Sánchez, 2019, 859-895), podemos señalar como principales medidas adoptadas para la gestión de fronteras: el fortalecimiento de su vigilancia comunitaria, para lo que se han reforzado las capacidades de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas; y por otro lado, la intensificación de la cooperación con terceros Estados. Ambas acciones comprenden una serie de medidas específicas que suponen una transformación funcional de la frontera (Del

¹³ STJUE de 12 de diciembre de 2019. C/ 380/18,

¹⁴ Reglamento 2725/2000. Ahora: Reglamento (UE) n.º 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n.º 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia

Valle Gálvez, 2016, 759-777)¹⁵, y que inciden notablemente en las políticas de inmigración y de asilo.

En relación al objetivo de una cooperación más intensa con terceros Estados se han desarrollado una serie de mecanismos financieros enmarcados en las distintas políticas que pretenden abordar las causas profundas de los movimientos migratorios. Instrumentos como el Fondo Fiduciario de Emergencia de la UE para África; la Política Europea de Vecindad o el Fondo de Asilo, Migración e Integración establecido para el periodo 2021-2027¹⁶.

Pero es de sobra conocido que en el fondo, lo que subyace de estas políticas financieras, es el objetivo de *desterritorializar* (Del Valle Gálvez, 2020)¹⁷ los controles migratorios que ahora se llevan a cabo fuera del territorio de la Unión por un tercer Estado. En teoría, la finalidad es un mayor control de los movimientos migratorios mixtos y el desarrollo de acciones que aborden las causas profundas de esos movimientos. Sin embargo, para ello, esta práctica debería diferenciar las causas de la migración, distinguiendo a los solicitantes de protección internacional para posibilitar su llegada, a la vez que refrena la llegada de inmigrantes irregulares por motivos económicos; aunque esto nos obligaría a reformular los conceptos de migración económica y forzosa para adaptarlo a la complejidad actual, algo prioritario para la reforma de la política migratoria. Con todo, ese no es el objetivo real de la *desterritorialización*, lo que se ha pretendido es crear un dique de contención para los flujos migratorios. Con ese fin, una parte importante de los fondos se destina a que las autoridades locales aumenten su vigilancia para frenar el tránsito de migrantes, así como favorecer el retorno y la readmisión. Y la distinción entre solicitante de protección y migrante económico pasa a un segundo plano.

Y aunque en los últimos años la Unión y los Estados miembros han intensificado sus alianzas, podemos señalar 3 socios claves en la política de exter-

¹⁵ Del Valle Gálvez ha señalado a este respecto que: «la frontera, a efectos de tareas labores de control, se transformaría funcionalmente en un amplio espacio territorial y marítimo, variable, de territorios limítrofes e islas bajo soberanía de un Estado UE y de un Estado tercero fronterizo. Desde luego, en el concepto internacional de frontera no es una novedad la no coincidencia entre frontera-límite y frontera-lugar de control; pero sí la pretensión de adelantar sistemáticamente los instrumentos de control fronterizo de acceso al territorio europeo, en un nuevo modelo jurídico-institucional fronterizo evolucionado», p. 775.

¹⁶ Creado mediante el Reglamento (UE) 2021/1147 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2021 por el que se crea el Fondo de Asilo, Migración e Integración, con una dotación presupuestaria de 9.882.000.000 euros.

¹⁷ Ante la multitud de términos empleados por la doctrina para denominar estas prácticas, asumimos el término «desterritorialización» que, como explica Del Valle Gálvez, comprendería en su generalidad tanto las prácticas de externalización como de extraterritorialidad. Una explicación más detallada se puede encontrar en sus múltiples artículos sobre la materia. Entre otros, Del Valle Gálvez, A. (2020) pp. 145-210.

nalización. Países cuya fama les precede, pero que la Unión considera *seguros* como premisa para sus acuerdos:

En la ruta oriental el socio clave es Turquía y el acuerdo firmado en el año 2016 conocido como acuerdo de la «*vergUEnza*» detonó el cambio de rumbo de los acuerdos de cooperación en materia migratoria. En aquel año el Consejo Europeo firmó la «Declaración» UE-Turquía¹⁸, formalmente considerada un acuerdo por el cual los Estados miembros de la Unión se comprometieron: a acelerar a la liberalización de visados de los ciudadanos turcos en el espacio Schengen (punto 5 del acuerdo); a acelerar el desembolso de 3 mil millones de euros asignados en el Mecanismo para los refugiados en Turquía, que la Comisión había creado en noviembre de 2015¹⁹; y a aportar otros 3 mil millones adicionales hasta el 2018 para financiar proyectos humanitarios destinados a los refugiados en el ámbito de la salud, educación, alimentación e infraestructuras (punto 6 del acuerdo); y confirmó su compromiso con Turquía para mejorar la Unión Aduanera, reactivar el proceso de adhesión (puntos 7 y 8) y mejorar las condiciones humanitarias en Siria, en especial en la frontera turca (punto 9).

A cambio de todo ello, Turquía debía tomar «todas las medidas necesarias» para evitar que se abrieran nuevas rutas marítimas o terrestres para la inmigración ilegal (punto 3). Aceptaba que, como «una medida temporal y extraordinaria que es necesaria para poner término al sufrimiento humano y restablecer el orden público», todos los inmigrantes que llegaran a las islas griegas a partir del 20 de marzo de 2016 procedentes de Turquía serían devueltos a Turquía (punto 1), que era ahora considerado tercer Estado seguro, pese a tener una reserva de limitación geográfica a la Convención de Ginebra de 1951 que ampara solo a europeos. Y se estableció la regla del *one in, one out*, que implicaba que, por cada sirio que fuese devuelto a Turquía desde Grecia, otro sería reasentado desde Turquía a la UE. Dando prioridad a aquellos que no hubieran intentado entrar ilegalmente en territorio europeo, y pudiendo revisar este mecanismo e incluso suspenderlo en función de la evolución de la crisis migratoria (punto 2 del acuerdo).

El Acuerdo estaba repleto de polémicas tanto por su contenido como por su forma²⁰; pero cumplió su propósito: tras su entrada en vigor el número de llega-

¹⁸ El texto de la Declaración se encuentra disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>

¹⁹ Véase la Decisión de la Comisión de 24 de noviembre de 2015 sobre la coordinación de las acciones de la Unión y de los Estados miembros mediante un mecanismo de coordinación, el Mecanismo para Turquía en favor de los refugiados (2015/C 407/07). Según el artículo 1 de la decisión, el mecanismo tenía el fin: «de ayudar a Turquía a abordar las necesidades humanitarias y de desarrollo inmediatas de los refugiados y de las comunidades de acogida, así como a las autoridades nacionales y locales para gestionar y hacer frente a las consecuencias de la afluencia de refugiados».

²⁰ Sobre las peculiaridades formales puede leerse a: ZAMBRANO, V. (2019). P. 128.

das por mar a las islas griegas cayó un 80%, de las 856 723 del 2015, a 173 450 en 2016. Descendiendo también el número de fallecidos en esta ruta marítima, pues mientras que en el año 2015 se perdieron más de ochocientas vidas, en el 2019 fueron 71. Pero, estos datos no debieron leerse con el optimismo y el orgullo con que aún hoy se celebra pues, pese a lo que pudiera parecer, la tragedia continuaba. Por un lado, porque aunque el número de llegadas a Grecia descendió, las llegadas por mar a Italia y a España aumentaron. Y con un mayor uso de la ruta central (más peligrosa), aumentó el número de desaparecidos en el Mediterráneo que pasó de 4 055 personas en el año 2015, a 5 136 en el año 2016²¹.

Por otro lado, los datos muestran como a partir del 2016 el número de fallecidos en la ruta oriental desciende notablemente, hasta convertirse en la ruta menos mortífera de las tres, por detrás de la ruta occidental. Sin embargo, para interpretar estos datos no pueden ignorarse dos circunstancias esenciales. De un lado, la tendencia a la baja a partir del 2016 en el número de llegadas de inmigrantes por vía marítima a Europa, siendo ese año el pico de la crisis migratoria. Y por otro lado, que aunque el número de muertes en la ruta oriental descendió a partir de la firma del Acuerdo, aún no se han recuperado los valores anteriores al 2015.

Por otra parte, el acuerdo ha sido muy crítico respecto a la situación de los solicitantes de protección internacional. Más allá de las críticas posibles a la regla del «uno por uno», que se toma en clara discriminación hacia el resto de nacionalidades al señalar como posibles beneficiarios del reasentamiento únicamente a los ciudadanos sirios; lo cierto es que la ejecución del Acuerdo ha supuesto evidentes modificaciones en el procedimiento de protección internacional en Grecia, acentuando el control sobre los solicitantes en detrimento de sus derechos. Situación especialmente evidente en las islas griegas.

Así, aunque con valores inferiores a 2015, los flujos migratorios hacia Grecia rompieron la tendencia a la baja y aumentaron progresivamente. Según datos de ACNUR, en el año 2017, llegaron a Grecia 36 300 personas. Un año después, la cifra era de 50 500 personas. Y en el 2019, llegaron a Grecia 74 600 personas: 50 700 por mar, y 14 900 por tierra²². Exigiendo así la ampliación de los campos de refugiados en condiciones inhumanas.

²¹ Datos extraídos de Missing Migrants Project. Disponibles para consulta en: <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>

²² Datos extraídos del informe de ACNUR (2019): «Refugee & Migrant Arrivals To Europe In 2019 (Mediterranean). Jan– Dec». Disponible en: <https://data2.unhcr.org/es/situations/mediterranean>

El mismo informe también recoge información sobre Chipre, otro enclave importante de la ruta oriental. Y aunque según los datos de ACNUR, las llegadas a Chipre en el 2018 fueron menores que las del 2017 (800, frente a las 1 100 respectivamente) en el año 2019 las llegadas fueron de más del doble respecto al año anterior: 1 700 personas. De ellas, el 79%, sirios.

Lo cierto es que en Grecia, el drama humanitario ha continuado años después del Acuerdo con Turquía. Las condiciones en las que se encuentran los refugiados siguen mereciendo el calificativo de inhumanas (desde la perspectiva jurídica del artículo 3 del CEDH); y la relación con aquel socio, lejos de ser pacífica, se ve inmersa en un continuo pulso donde el uso político de los refugiados sigue siendo su mejor baza en las negociaciones. No pudiendo olvidar que justo antes de que estallara la pandemia del COVID 19, en febrero de 2020, el presidente turco, Erdogan, permitió el paso libre de refugiados hacia Grecia provocando graves enfrentamientos entre la policía griega y los migrantes²³. Una situación tan extrema que llevó a Grecia a suspender el derecho a solicitar asilo temporalmente.

Los episodios de presión que ha llevado a cabo Turquía con Grecia son muy similares a los que ha ejercido Marruecos con España, el socio principal de Europa en la ruta del Mediterráneo occidental, y el segundo socio que más fondos ha recibido de la Unión para la cooperación en política migratoria: aproximadamente mil millones entre 2014 y 2021. Siendo esclarecedor lo sucedido en Melilla en mayo de 2021, cuando en tan solo dos días entraron entre 8.000 y 10.000 extranjeros de forma irregular ante la pasividad de las autoridades marroquíes. Un episodio que coincidía (y respondía a ello) con un aumento de la tensión entre España y Marruecos al encontrarse entonces hospitalizado en España el líder del Frente Polisario, Brahim Ghali²⁴ y que mandaba un claro mensaje al mundo: la frontera de España, la frontera sur de Europa, la controla Marruecos.

Y si en la ruta oriental la alianza es con Turquía, y en la ruta occidental el socio clave es Marruecos, en la ruta del Mediterráneo central, la más mortífera, nuestro aliado es Libia que ha recibido, al menos, 700 millones de euros provenientes de fondos de la Unión Europea entre 2015 y 2022.

Sin ánimo de exhaustividad, para comprender la relación entre Italia y Libia podemos observar un informe de Amnistía Internacional del año 2015²⁵ que demuestra cómo hasta 2009, Italia llevaba a su territorio las embarcaciones que interceptaba a la deriva. Pero a partir del 2009 empezó a devolver las

²³ Puede consultarse el artículo periodístico de Cordero, A.: «Miles de refugiados se concentran en la frontera entre Grecia y Turquía», 29 de febrero de 2020. France 24. Disponible en: <https://www.france24.com/es/20200229-miles-de-refugiados-se-concentran-en-la-frontera-entre-grecia-y-turqu%C3%ADa>

²⁴ Véase el artículo de la BBC: «Ceuta: 4 claves que explican la llegada récord de miles de migrantes desde Marruecos a España en dos días». De 18 de mayo de 2021 Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-57160361>

²⁵ Amnistía Internacional (2015): «Miedo y Vallas. Los Planteamientos De Europa Para Contener A Las Personas Refugiadas».

embarcaciones a Libia²⁶. Aquel año ocurrieron los hechos por los que el TEDH condenó a Italia en el famoso asunto de Hirsii Jamaa²⁷ por vulnerar el principio de *non refoulement*. Ese mismo año, Italia aprobó la Ley n. 7 de 6 de febrero a través de la cual ratificaba el Tratado de amistad, asociación y cooperación firmado en Bengasi el 30 de agosto de 2008.

Con la tendencia migratoria en aumento, Italia modificó su estrategia y acentuó su alianza con un Estado que, por su situación estratégica, servía de puerto de salida a migrantes de dos continentes: África y Asia. Siendo el pacto más significativo el Memorándum de entendimiento entre Italia y Libia, firmado en Roma el 2 de febrero de 2017²⁸, cuyo objetivo principal es la cooperación para frenar la migración irregular hacia Europa poniendo atención no solo en la frontera norte de Libia, sino también en la frontera sur pues, como afirmó M. Minniti, entonces Ministro del interior del Gobierno italiano: «sellar la frontera sur de Libia significa sellar la frontera sur de Europa»²⁹.

Por ello, este acuerdo suscrito únicamente por Italia, era también un acuerdo europeo. De hecho, la UE no tardó en expresar su conveniencia en la cumbre de la Valeta que se desarrolló un día después, el 3 de febrero de 2017. Allí, los miembros del Consejo Europeo situaron como una cuestión prioritaria: «respaldar a Italia en su aplicación del memorándum de acuerdo firmado el 2 de febrero de 2017 entre las autoridades italianas y el presidente del Consejo Presidencial al-Sarraj»³⁰.

El Memorándum diseñaba una estrategia para reforzar la vigilancia de las fronteras terrestres y marítimas libias, donde Italia se comprometía no solo a prestar asistencia sino también en la formación de las nuevas guardias. A penas unos meses más tarde, la Unión mostró de nuevo su apoyo a Italia y se aprobó un nuevo proyecto plurianual financiado a través del Fondo Fiduciario de la Unión Europea para África y aprobado en julio de 2017 mediante el que se destinaban 46.3 millones de euros a la vigilancia de las fronteras libias³¹.

²⁶ Amnistía Internacional. (2015) Op. Cit. P. 57.

²⁷ STEDH de 23 de febrero de 2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa y otros. c. Italia.

²⁸ Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana (1/2017). Sobre el mismo puede leerse, entre otros: PALM, A. (2017) y ZAMBRANO S. (2019) Op. Cit.»

²⁹ LONGO, G.: «Libia, le tribù del sud siglano la pace e si impegnano a bloccare i migranti». En: *La Stampa*. 2 de abril de 2017. Disponible en: <https://www.lastampa.it/esteri/2017/04/02/news/libia-le-tribud-sud-siglano-la-pace-e-si-impegnano-a-bloccare-i-migranti-1.34610687>

³⁰ Declaración de Malta de los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos exteriores de la migración: abordar la ruta del Mediterráneo central. §6. J

³¹ Según el informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo Quinto informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración. Bruselas, 6.9.2017 COM(2017) 471 final. Según dicho Informe, de esos 46,3 mi-

Pero mientras que los Estados Miembros de la Unión se encontraban satisfechos con su aliado³², al que hacen responsable de la situación de los migrantes rescatados en el mar, la propia ONU denunció el horror de los centros de detención libios en los que se encuentran miles de personas³³. ACNUR lo tilda de «infierno de los refugiados», constatando abusos, torturas e incluso venta de esclavos³⁴.

Y es que no puede olvidarse que, aunque la salvaguarda de las fronteras como objetivo al que aspira la externalización de los controles migratorios, es un fin legítimo dentro del poder soberano de los Estados; existe un límite a dicha actuación, conformado por la prohibición de *non refoulement* como norma de *ius cogens* (Abrisketa Uriarte, 2017). Lo que la doctrina y los Tribunales se preguntan es en qué modo limita esta norma la actuación de los Estados cuando la persona aún no está dentro de los límites territoriales del Estado en cuestión; o incluso, si tan siquiera ha salido del propio Estado del que huye alegando el riesgo de tratos inhumanos. Es decir, hasta qué punto son responsables la Unión Europea y sus EEMM del trato dado por las fuerzas de seguridad turcas, marroquíes o libias, cuyos guardacostas han recibido financiación y formación directa de la Unión.

4. CONCLUSIONES: DESEQUILIBRIOS EN LA POLÍTICA MIGRATORIA DE LA UNIÓN Y AMENAZAS A LOS VALORES DE LA UE

Los problemas aquí abordados, dentro de la política de gestión de fronteras se enmarcan dentro de una dinámica securitaria con la que Europa ha decidido afrontar el reto migratorio y que, hasta el momento, se ha demostrado errada. Con graves consecuencias en los derechos de las personas inmigrantes y solicitantes de protección internacional, lo cierto es que la política migratoria

llones, 42,2 millones procedían del Fondo Fiduciario de la UE para África (*Trust Fund for Africa*); 2,2 millones del presupuesto de Italia; y 1,8 del Fondo de Seguridad Interior.

³² De hecho, la UE reanudó en 2016 la Misión EUBAM Libia, cuyo fin es contribuir con las autoridades libias en la gestión de fronteras. Y ha sido prorrogada por el Consejo en diversas ocasiones, la última en el 2021y hasta el 30 de junio de 2023. Véase el Comunicado de Prensa al respecto, de 18 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/06/18/eubam-libya-council-extends-mandate-for-a-further-two-years/>

³³ Puede verse al respecto el artículo periodístico de Europa Press: «La ONU denuncia el «horror» de los centros de detención controlados por grupos armados en Libia», de 10 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.europapress.es/internacional/noticia-onu-denuncia-horror-centros-detencion-controlados-grupos-armados-libia-20180410121413.html>

³⁴ Así lo califica ACNUR en su página web oficial para la emergencia: «Refugiados en Libia: torturas, abusos, tráfico sexual y esclavitud». Consultable en: <https://eacnur.org/es/labor/emergencias/emergencia-libia-el-infierno-de-los-refugiados>

europea ha dañado seriamente los principios de solidaridad y confianza mutua que sostienen el proyecto europeo amagando, en no pocas ocasiones, con detonarlo.

Así, la política migratoria de la Unión Europea, que en su enfoque holístico incluye las tres políticas reguladas en el Capítulo II del Título V del TFUE, «controles en las fronteras, asilo e inmigración», se ha demostrado deficiente al plantearse bajo una incoherente postura de rechazo a la migración plagada de contradicciones que podría estar causando el desvanecimiento de la política de protección internacional, con las potenciales vulneraciones de derechos que ello supone. Y es que, a raíz de la afluencia migratoria del 2015 que Europa no supo abordar, se ha logrado una relación más estrecha entre la política de asilo y las políticas de gestión de fronteras e inmigración. Una pretensión que resulta coherente con el deseo de alcanzar una gobernanza de las migraciones. Sin embargo, el acercamiento entre estas tres políticas no ha conllevado una mejor coordinación entre estas sino que la política de asilo parece haber sido absorbida por las otras dos políticas que comparten una prioridad común: la lucha contra la inmigración irregular. Y como consecuencia, el SECA se ha *securitarizado* condicionando su aplicación a la preferente ejecución de políticas de lucha contra la inmigración irregular y caracterizando a los solicitantes de protección como una amenaza para el orden público y la seguridad interior.

Sin duda, del planteamiento de la «Europa fortaleza» subyace un intento de los Estados por evadir sus obligaciones de Derecho internacional y supranacional cuyo respeto requiere un gasto social para la acogida e integración de inmigrantes y solicitantes de protección internacional que los Estados no quieren afrontar. Como respuesta, los flujos migratorios se han configurado como una amenaza frente a la que se han elaborado tres niveles de seguridad: los controles externalizados a través de terceros Estados a los que Europa, o los diferentes EEMM, han nombrado centinelas de sus fronteras (pensemos en Turquía o Libia); los muros externos que son fronteras de Estados como Grecia, Italia o España, pero que son a la vez fronteras de Europa; y los muros internos, los controles en las fronteras interiores que se han configurado como último bastión cuyo recurso evidencia una predilección por la individualidad estatal frente la solidaridad común exigida en la UE, conscientes de que el restablecimiento de los controles en un Estado produce un efecto en cadena hacia los Estados de su alrededor.

Una política construida a base de muros que pretenden proteger a la Unión a fin de mantenerla inalterable frente a la realidad de un mundo globalizado que se resigna a permanecer inmóvil y que ha conllevado a una nueva

conceptualización de la figura del refugiado despojada de su inherente vulnerabilidad y caracterizada como una amenaza para la seguridad europea³⁵.

Si bien, se necesario puntualizar que en esta estrategia ha sobrevenido un cambio motivado por la oleada de refugiados ucranianos que huyen de la guerra. Pues, desde que comenzó el conflicto, la Unión Europea ha dado un ejemplo de acogida rápida y solidaria activando por primera vez la Directiva de Protección Temporal (Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001³⁶). Sin embargo, es difícil pensar que esto vaya a suponer un verdadero cambio para la gestión de los flujos migratorios y la acogida de solicitantes de protección internacional provenientes de fuera de Europa. Con el riesgo de que esta loable respuesta se torne discriminatoria hacia el resto de nacionalidades. Urge un replanteamiento integral de las políticas de inmigración, asilo y gestión de fronteras que aborde sus deficiencias individuales y de conjunto, y que asuma las lecciones aprendidas en la acogida de los refugiados ucranianos, a fin de lograr alcanzar el necesario equilibrio entre seguridad, libertad y derechos que, a la vista de la experiencia de los últimos años, se ha perdido. Una reforma integral cuyos objetivos aquí apuntados no coinciden con los del Pacto migratorio presentado en 2020 que pretende perpetuar el predominio del planteamiento *securitario*.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABRISKETA URIARTE, J. (2017): «*La dimensión externa del Derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: Un examen desde la perspectiva del Non-Refoulement*». En: *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, 56, P. 119-158.
- ACOSTA SÁNCHEZ, M. A. (2019): «*La formación de guardacostas libios: hacia un modelo de sinergia de políticas en la gestión integrada de fronteras marítimas europeas*». En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 64, P. 859-895,
- BOLLO AROCENA, M.^a D. (2019): «*Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frustrante búsqueda de formas legales de acceso a Europa en el Derecho de la Unión: el invierto futuro del Visado Humanitario Europeo y del Marco Europeo de Reasentamiento*». En: *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.o 60/2019, pp. 219-264.

³⁵ Véase en este sentido la interesante reflexión de G. Pinyol en torno a la securitización de las personas refugiadas. PINYOL JIMÉNEZ, G: «Las Personas Refugiadas No Son El Enemigo». En *El País*, el 10 de noviembre de 2021.

³⁶ Sobre la aplicación de esta Directiva y la acogida de ucranianos puede leerse: J. M. Porras Ramírez: «La crisis de Ucrania, la aplicación de la Directiva de protección temporal de los desplazados, en casos de afluencia masiva, y el reconocimiento inmediato de derechos a los migrantes: ¿Un progreso en la política migratoria común de la Unión Europea?» En: *La Ley Unión Europea*. Número 106. 2022.

- DE TORO MEZQUITA, I. (2021): *Las fronteras de la Unión Europea: Objetivos y Medidas para afrontar su seguridad*, Tesis dirigida por Giner Alegría, C. A y Fernández Villazala, T. Defendida en Murcia en 2021.
- DEL VALLE GÁLVEZ, J. A. (2016), «Unión Europea, crisis de refugiados y limes imperii». En: *Revista General de Derecho Europeo*, n.o 38.
- (2016): «Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional». En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, septiembre-diciembre P. 759-777.
- (2020): «Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre «extraterritorialidad», «desterritorialidad» y «externalización» de controles y flujos migratorios». En: *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 2, Universidad de Cádiz. P. 145– 210
- ESPADA RAMOS, M. L (1994).: «Asilo e inmigración en la Unión Europea». En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 86. Octubre-Diciembre.
- JANER TORRENS, J. D. (2018), «El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea como respuesta a las amenazas al orden público y a la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad». En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 899-932.
- PALM, A. (2017): «The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?». En: *Istituto Affari Internazionali*. Oct. 2, 2017.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M. (2017): «El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización». En: *REP N.º175*. P.207-234.
- (2020): «Un pacto sobre Inmigración y asilo en la Unión Europea». En: Porras Ramírez J. M. *Migraciones y Asilo en la Unión Europea*. Thompson Reuters Aranzadi. P. 145-172,
- (2022): «La crisis de Ucrania, la aplicación de la Directiva de protección temporal de los desplazados, en casos de afluencia masiva, y el reconocimiento inmediato de derechos a los migrantes: ¿Un progreso en la política migratoria común de la Unión Europea?». En: *La Ley Unión Europea*. Número 106.
- SOLANES CORRELA, Á. (2020): «Protección y principio de non-refoulement en la Unión Europea». En: *SCIO. Revista de Filosofía*, n.º 19. Noviembre. P. 27-62.
- YOUKHANA, E. (2017) «Acercamiento crítico a discursos de desarrollo relacionados con la crisis de refugiados: perspectivas desde Alemania». En: *Revista internacional de filosofía*. P. 334.
- ZAMBRANO, V. (2019): «Accordi Informali Con Stati Terzi In Materia Di Gestione Dei Flussi Migratori: Considerazioni Critiche Con Riferimento Alla Prassi Dell'Unione e Dell'Italia». En: *Freedom, Security & Justice»: European Legal Studies*. N.º 1. P. 128.

EL ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

LUCÍA PADILLA ESPINOSA ¹
Universidad de Huelva

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Consideraciones sobre el derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE.*—3. *¿Hacia una nueva aproximación entre intimidad familiar y vida en familia?*—4. *El derecho de las personas extranjeras a la vida en familia.*—5. *Valoraciones finales.*

1. INTRODUCCIÓN

La familia ha sido desde tiempo inmemorial, y continúa siendo hoy día la célula básica de socialización del individuo, así como su primer referente desde el momento del nacimiento (Sanz Caballero, 2004: 21). Las autoridades públicas, por su parte, son conscientes de la importancia que reviste para la sociedad el respeto y amparo a la familia, de ahí que, el reconocimiento y la protección jurídica de la misma formen parte de la tradición constitucional de nuestro país ².

¹ Doctoranda en el Programa de doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Huelva. lucia.padilla@dpub.uhu.es

El presente trabajo es el resultado de una estancia de investigación predoctoral realizada en el «Dipartimento di Scienze Giuridiche» de la Universidad de Bolonia (Italia) a quienes agradezco la orientación y el apoyo brindado.

² La protección constitucional a la familia ya se encontraba presente en normas anteriores como la Constitución de 1931 (artículo 43), Fuero del Trabajo de 1938 (Declaración III), Fuero de los Españoles

La Constitución española de 1978 (CE) se refiere a la familia en varios de sus preceptos; nos referimos a los artículos 18, 32 y 39 CE. Dejando de lado el artículo que reconoce al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), el objeto de nuestro estudio se va a centrar en los artículos 18.1 y 39.1 CE. Así, por una parte, el artículo 18.1 CE garantiza el derecho a la intimidad familiar, y por otra, el artículo 39.1 CE recoge la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

Como es sabido, el derecho a la intimidad familiar, al encontrarse recogido en el Título I, Capítulo II, Sección 1 de la Constitución, habrá de ser desarrollado mediante Ley orgánica, y su presunta vulneración podrá ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 53.1,2 y 81.1 CE. Sin embargo, la ubicación en el Título I, Capítulo III del mandato de protección a la familia derivado del artículo 39.1 CE lo configura como un principio rector de la política social y económica, cuyo reconocimiento, respeto y protección informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Asimismo, su impugnación ante la jurisdicción ordinaria sólo será posible de acuerdo con lo que dispongan las leyes de desarrollo, en virtud del artículo 53.3 CE.

Dicho esto, se puede apreciar que la Constitución no se refiere en ninguno de sus preceptos al derecho a la vida en familia, ¿significa esto que no es un derecho trascendente en el desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico?

La vida en familia es un derecho íntimamente vinculado a la dignidad de la persona, a los derechos que le son inherentes al individuo, así como al libre desarrollo de la personalidad. De manera que, impedir u obstaculizar a una persona que desarrolle su vida junto con aquellas otras que forman parte del núcleo familiar iría en contra del reducto más básico de la dignidad humana (Arrese Iriando, 2011: 136).

Por lo que respecta a los nacionales de terceros Estados, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³ (LEOx) refiere, expresamente en su ar-

de 1945 (artículo 22), Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 (principio V), la Ley Orgánica del Estado de 1967 (artículo 3). A tal respecto, se recomienda: Velloso Jiménez (1983).

³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000).

En relación al Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011) (en adelante RLOEx) se debe tener en cuenta que con efectos desde el 20 de mayo de 2025, se deroga por Real Decreto 1155/2024, de 19 de no-

título 16.1 su derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar. A nuestro entender, resulta indudable que la terminología empleada se fundamenta en un equívoco que conlleva a preguntarse si se debería entender el derecho a la vida en familia y el derecho a la intimidad familiar como derechos independientes o no. En este sentido, si consideramos que el derecho a la intimidad familiar garantizado en el artículo 18.1 CE, referido a las personas extranjeras, acoge también como contenido propio del mismo el derecho a la vida en familia, estaríamos realizando una interpretación compatible con la jurisprudencia que del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴ (CEDH) ha venido elaborado el Tribunal de Estrasburgo⁵.

No obstante, no es este el criterio que tradicionalmente ha empleado el Tribunal Constitucional con respecto al precepto que comentamos, por el contrario, considera que el artículo 18.1 CE no acoge el derecho a la vida en familia en el sentido marcado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Dedicaremos el presente capítulo a analizar cuál es el alcance y el contenido esencial del derecho a la intimidad familiar reconocido en el artículo 18.1 CE, con el objeto de determinar si existe o no un derecho fundamental a la vida en familia de las personas extranjeras.

Los hilos conductores de nuestro estudio serán los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Estrasburgo respectivamente, habida cuenta de la diferente aproximación a los derechos fundamentales en relación con la familia por parte de ambos tribunales que, indudablemente, convierte a la comparación de sus doctrinas en especialmente útil y relevante.

viembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 280, de 20 de noviembre de 2024).

⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979).

Artículo 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁵ STEDH, asunto *W. B y H contra Reino Unido*, Sentencia de 8 de julio de 1987, asunto *Olsson contra Suecia*, sentencia de 24 de marzo de 1988, asunto *Erikson contra Suecia*, sentencia de 22 de junio de 1989, asunto *Margareta y Roger Anderson contra Suecia*, sentencia de 25 de febrero de 1992.

2 CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR DEL ARTÍCULO 18.1 CE

Nuestra Constitución ha optado por plasmar en su artículo 18.1 la protección de la «intimidad personal y familiar». El derecho a la intimidad hace referencia, principalmente, a un espacio propio y privativo de la persona, que se hace valer ante y contra otros (vertiente negativa), a la vez que se comparte con otros y se articula con el espacio de los demás (vertiente positiva).

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado, en diversas ocasiones⁶, que el contenido del derecho a la intimidad se concreta en la «existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo».

Si bien, la protección de la intimidad garantizada en el artículo 18.1 CE se refiere tanto a la dimensión primaria, es decir, la «personal», como también a la dimensión social más inmediata al individuo, esto es, la «familiar». Así, lo ha considerado el TC al manifestar que «el derecho a la intimidad se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen (...)»⁷. Será necesario, en cada caso, determinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión, pero, al menos, no cabe duda de que «ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho –propio y no ajeno– a la intimidad, constitucionalmente protegido»⁸.

Así entendido podríamos deducir que la diferencia entre intimidad personal y familiar sólo se traduce en el sujeto que sufre las intromisiones o en la modalidad de estas. De forma que, cuando se produce una intromi-

⁶ La primera ocasión en la que se pronunció el TC sobre el contenido de «intimidad familiar» fue en la Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, dictada en el conocido caso de la comercialización de un vídeo que recogía los momentos anteriores a la muerte del torero Francisco Rivera en la enfermería de la plaza de toros de Pozoblanco (Córdoba). A tal respecto, véase: PARDO FALCÓN, 2018: 421

⁷ SSTC 231/1998, de 2 de diciembre, FFFJJ 3 y 4; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 134/1991, de 17 de julio, FJ 4; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 186/2001, de 17 de septiembre, FJ 2.

⁸ STC 231/1998, de 2 de diciembre, FJ 4.

sión en la vida de un individuo, en su calidad de miembro de una familia, estaríamos en presencia de una vulneración del derecho a la intimidad familiar. En este sentido, el derecho a la intimidad familiar se caracterizaría por una ampliación de los supuestos que trascienden de la esfera meramente individual de la persona y se conectan con las relaciones que esta mantiene dentro de su núcleo familiar, sin que pueda llegar a considerarse la presencia de dos derechos diferenciados⁹.

Sin embargo, no toda la doctrina comparte esta concepción. Algunos autores consideran que el derecho a la intimidad familiar es un derecho que se ostenta en virtud de la pertenencia a una familia y no en cuanto persona individualmente considerada, lo cual diferencia un derecho de otro¹⁰. Esta postura consiste en apreciar que el referido derecho no se agota en el concepto de intimidad personal, sino que comprende otra serie de aspectos relacionados con el ámbito familiar del individuo y que van más allá de la simple transposición de la intimidad personal a las relaciones familiares. Para ello, se parte de la concepción institucional de la familia, en la que la misma se configura como un sujeto distinto e independiente de los individuos que lo conforman, siendo a su vez el cauce idóneo para el ejercicio de una serie de derechos distintos a los que se atribuyen al individuo singularmente considerado. En suma, se trataría de incluir dentro del derecho a la intimidad familiar, en un sentido amplio, no solamente la protección de los miembros de la familia frente a injerencias externas que lesionen su intimidad, sino también la protección de la vida en familia, así como diferentes aspectos referentes a la propia relación familiar en sí misma considerada, de forma que éstas también encuentren protección ante posibles lesiones.

Esta segunda acepción coincide con la interpretación que el TEDH realiza del artículo 8 del Convenio de Roma, el cual recoge que «toda persona tiene

⁹ Un sector mayoritario de la doctrina defiende el tratamiento diferenciado entre el derecho a la intimidad familiar que corresponde a todos por igual, por ser un derecho universal vinculado a la propia dignidad de la persona, sin distinción entre nacionales y extranjeros, y el derecho a la vida familiar que al no ser un derecho fundamental puede predicarse en condiciones desiguales por razón de nacionalidad y residencia. Así pues, defienden la imposibilidad de que todas las personas extranjeras, con independencia de la regularidad o irregularidad de su residencia, tengan derecho a ejercer en España incondicionalmente su derecho a la vida en familia, de manera que pudieran siempre y sin limitaciones reagrupar a sus familiares. A pesar del enunciado de la Ley de extranjería, para este sector de la doctrina, la solución no puede ser otra que el tratamiento diferenciado entre el derecho a la vida familiar y el derecho a la intimidad familiar que constituyen dos realidades jurídicas distintas por razón de su contenido, del sujeto y de las condiciones o límites que el legislador puede establecer en su ejercicio. Véase: SANTOLAYA MACHETTI (2004); REBOLLO DELGADO (2005).

¹⁰ Para profundizar puede consultarse: ARRESE IRIONDO (2011); GUILLÓ SANCHEZ-GALIANO (1996); VIDAL MARTÍNEZ (2011).

derecho al respeto de su vida privada y familiar»¹¹. A tal respecto, el Tribunal de Estrasburgo sitúa el derecho derivado del artículo 8 CEDH dentro del ámbito de un derecho más amplio y complejo que sería el «derecho a la intimidad», una especie de macro-derecho con diversas manifestaciones, dentro del cual se incluirían todas las cuestiones referentes a la propia relación familiar en sí misma considerada (Aparicio Chofré, 2008:181)¹².

No obstante, este no es el criterio que tradicionalmente ha seguido el Tribunal Constitucional, que ha dotado de un contenido concreto al derecho a la intimidad familiar y que, en principio, coincidiría con la primera de las acepciones, esto es, la transposición de la intimidad personal a la relación familiar: «El derecho consagrado en el artículo 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal (...) atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida»¹³.

Por consiguiente, de conformidad con el Tribunal Constitucional, a través del artículo 18 CE no se ha constitucionalizado un derecho fundamental a la protección de la familia¹⁴. Así lo ha manifestado reiteradamente el Tribunal al

¹¹ En los asuntos *W. B y H contra Reino Unido*, asunto *Olsson contra Suecia*, asunto *Erikson contra Suecia*, y en el asunto *Margareta y Roger Anderson contra Suecia*, se alega vulneración del derecho a la vida familiar del artículo 8 CEDH. En todas estas resoluciones el TEDH reconoce la vulneración de la vida familiar, desde diferentes vertientes. En los casos contra Reino Unido considera que las relaciones familiares entre padres e hijos son tan esenciales que no se debe en ningún caso privar a los padres de toda intervención en los procesos de adopción de decisiones que les afecten, ni restringir sus visitas de forma que de manera definitiva se vean privados de su compañía. En los supuestos contra Suecia, se entiende que, aunque la injerencia del Estado en la separación de padres e hijos pueda en ocasiones estar prevista legalmente y encontrarse justificada por situaciones de necesidad, la medida de separación de su familia natural debe ejecutarse de forma que beneficie al mismo, de manera que aquellas ejecuciones que comporte la separación de la vida familiar vulneran el artículo 8 CEDH. Estas resoluciones son ejemplo de cómo el TEDH ha dado cabida, a través del concepto de vida familiar, a una interpretación del interés del menor directamente conectada con el mantenimiento de los vínculos familiares, estimando que aquellas resoluciones tanto judiciales como administrativas que solo consideren el interés del menor sin observar la protección de los vínculos familiares, serían contraria al citado precepto del Convenio. Si bien, cabe decir que durante décadas el TEDH adoptó una actitud prudente dejando a los Estados el protagonismo de la política de los derechos fundamentales, con una aplicación generosa del margen de apreciación nacional. No obstante, esta actitud fue cambiando en los últimos años en los que la Corte europea parece querer adoptar un papel de liderazgo frente a los órganos jurisdiccionales de los Estados. Uno de los ámbitos en lo que se puede apreciar de manera más clara esta tendencia es con respecto a la interpretación del artículo 8 CEDH donde el Tribunal realiza un entendimiento cada vez más expansivo del derecho a la vida privada y familiar. Ahora bien, algún sector doctrinal ha apuntado que una definición tan amplia del derecho a la vida privada parece aventurar un elevado número de demandas con apoyo en el art. 8 y en ámbitos muy diversos. Véase: GÓMEZ MONTÓ 2016: 619.

¹² Para un estudio más profundo sobre la jurisprudencia del TEDH en la materia, véase: LAMBERT (1999).

¹³ SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11, 115/200, de 5 de mayo, FJ 4; 134/1999, de 15 de julio, FJ 5.

¹⁴ El argumento esencial que defiende el Tribunal es que, la existencia de un derecho subjetivo al respeto a la vida privada y familiar derivado del artículo 8 CEDH, con los contenidos definidos por el TEDH, no comporta un derecho fundamental protegible en amparo, pues el artículo 10.2 CE «no permite la creación de nuevos derechos fundamentales ni la alteración de los reconocidos ampliando artificialmente su contenido o alcance» (Voto particular concurrente del magistrado don Manuel Aragón Reyes a la STC 150/2011, de 29

señalar que: «la doctrina constitucional no ha admitido que el deslinde del ámbito material de protección del derecho constitucional a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE deba verificarse mediante la mimética recepción del contenido del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH, según lo interpreta el TEDH»¹⁵.

Ahora bien, aunque no se reconozca un derecho fundamental que proteja a la familia en sí misma considerada, ello no significa que la misma no goce de protección a nivel constitucional, si bien, dicha protección se encuentra al margen de los derechos fundamentales susceptibles de protección en sede de amparo. Así, el artículo 39.1 CE, configurado como un principio rector de la política social y económica, recoge un mandato a los poderes públicos de protección social, económica y jurídica de la familia¹⁶.

Todo lo que hasta ahora hemos expuesto tiene una importancia trascendental (García Vázquez, 2003: 445), pues, de un lado, implica que todos aquellos aspectos relacionados con la familia que no puedan conectarse con algún derecho fundamental o con cuestiones procesales protegidas en el artículo 24 CE, no serán susceptibles de ser tutelados por vía de recurso de amparo. De otro lado, supone que, ante similares supuestos, el Tribunal de Estrasburgo podría entender vulnerado el artículo 8 CEDH, bajo el abrigo del derecho a la vida familiar, mientras que nuestro Tribunal Constitucional, ante la inexistencia de un derecho fundamental que proteja

de septiembre, FJ 2). A tal respecto, conviene subrayar que uno de los aspectos más discutido por la doctrina es la posibilidad de que el art. 10.2 CE sirva no solo como cláusula interpretativa de los ddf, sino dando un paso más consistente en incorporar por la vía de los tratados internacionales nuevos derechos o la conversación en derechos fundamentales de los principios rectores. La respuesta ha sido en términos generales negativa, sobre la base de que la categoría de derechos fundamentales es la definida como tal en el marco de una Constitución concreta, de manera que es una categoría que nace con la propia Constitución y acaba con ella. Así entendido, el art. 10.2 CE es una fuente interpretativa que contribuye a una mayor identificación del contenido de los derechos. Véase: JIMÉNEZ CAMPO, SÁIZ ARNAIZ (2008).

¹⁵ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11, al hilo del cuestionamiento constitucional de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y, en particular, de la redacción de los artículos 16.2, 17.2 y 18.4, relativos a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar, en la que se alegaba que la remisión de tales preceptos a posterior desarrollo reglamentario reputaba inconstitucional por ser contraria a los artículos 18 y 81.1 CE, ya que los preceptos citados tienen rango de Ley Orgánica de conformidad con lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2000, y sin embargo, las condiciones de ejercicio del derecho que regulan se remite a la vía reglamentaria, vulnerando así la reserva de Ley Orgánica establecida en la misma Constitución. Dicha resolución resulta paradigmática en cuanto, con síntesis de la doctrina precedente, define los contenidos admitidos del derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE, evidenciando su limitado alcance en lo atinente a la vertiente familiar, al tiempo que rechaza la concepción del derecho a la vida familiar como extensión del derecho fundamental a la intimidad familiar. En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 9; 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7; ATC 40/2017, de 28 de febrero, FJ 3.

¹⁶ El art. 39 CE no ofrece unas instrucciones o directrices a tener en cuenta por el legislador, sino que se limite a reconocer formalmente una protección social, económica y jurídica a la familia, sin fijar acciones concretas. A tal respecto, véase: CACHÓN VILLAR, 2018:1011.

tales situaciones familiares, se vería imposibilitado de reconocer cualquier lesión y otorgar el amparo¹⁷. Esta peculiar situación, podría ser salvada si se flexibilizase el concepto de intimidad familiar empleado por el TC y se optara por aproximarlo al de vida familiar utilizado en el Convenio, en aras de otorgar amparo a un mayor número de aspectos y situaciones relacionados con el ámbito familiar.

¹⁷ Ya ha ocurrido que, ante supuestos muy similares, el TEDH ha entendido vulnerado el derecho a la vida familiar derivado del artículo 8 CEDH, mientras que nuestro TC, ante la inexistencia de un derecho fundamental que proteja tales injerencias en el ámbito familiar, ha denegado el amparo. Ejemplo de esta situación lo encontramos a raíz de la STC 186/2013, de 4 de noviembre, que tiene por objeto recurso de amparo, en relación con las Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y de un Juzgado de lo Contencioso – Administrativo de Cádiz, que desestimaron la impugnación de la resolución de expulsión de la recurrente dictada por la Subdelegación del Gobierno de Cádiz. Contra la recurrente, ciudadana argentina, se incoó un procedimiento administrativo sancionador al ser hallada sin la documentación exigible para residir en España y tras comprobar que cumplía una pena privativa de libertad superior a un año como autora de una conducta dolosa. La recurrente expuso que era madre de una menor de tres años, nacida en España de una relación sentimental con un ciudadano español, y por tanto de nacionalidad española, que residía en casa de la madre del padre, quien también se encontraba en prisión. La Subdelegación del Gobierno en Cádiz dictó resolución por la que se ordenaba su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por diez años, justificada en la entrada y estancia irregular en España de la actora [art. 53 a) de la LEOx (actual art. 53.1 a)] y en el cumplimiento de una pena privativa de libertad superior a un año como consecuencia de la comisión de un delito doloso (art. 57.2 LOEx). La medida de expulsión fue confirmada por las sentencias de primera instancia y apelación (aquella redujo el plazo de prohibición de regreso a cinco años), desestimando la pretensión de la recurrente de que ponderara su arraigo familiar, al considerar las resoluciones judiciales que si bien el factor de arraigo podía servir para enervar la expulsión como sanción [art. 53 a)], en cambio el artículo 57.2 de la LEOx no permitía esa valoración a efectos de la medida en él prevista. La argumentación que sostiene el petitorio del recurso de amparo se centra en que la Sentencia impugnada, al rechazar que la situación de arraigo, vulneró el artículo 18.1 CE y el artículo 19.1 CE, lo que razona en los siguientes términos: «Si la menor permanece en España, a pesar de ser española y ser éste su país, tras la expulsión de la madre por aplicación de la normativa de extranjería, la menor quedaría sin ningún progenitor que ejerciera la patria potestad para atender a sus necesidades, que la cuide en territorio español, al encontrarse la pareja de la recurrente y padre de la menor actualmente en prisión y en los próximos dos años privado de libertad. Si como consecuencia de la expulsión de la madre la menor viajara con su progenitora a Argentina, como es lo lógico, al no tener otra persona que ejerza la patria potestad y la guarda y custodia en territorio español, se estaría privando a hija y padre, ambos españoles de origen, del derecho a relacionarse entre sí, impidiendo el desarrollo del derecho de disfrutar de la intimidad familiar del artículo 18.1 de la Constitución, en la línea que lo viene interpretando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (Antecedente 3). Ante esta situación, el Tribunal analiza la eventual afectación al «derecho a la vida familiar», que en la parte actora considera comprendido en la intimidad familiar ex art. 18.1 CE, y, remitiéndose a la doctrina precedente (SSTC 236/2007 y 60/2010) deduce: «es jurisprudencia constitucional reiterada (...) que el «derecho a la vida familiar» derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE), cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 CE, no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informara la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el artículo 57.2 LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana (...)» (FJ 7).

3. ¿HACIA UNA APROXIMACIÓN ENTRE INTIMIDAD FAMILIAR Y VIDA EN FAMILIA?

Como se ha podido observar en el apartado anterior, el derecho a la intimidad familiar, tal y como aparece configurado en la reiterada doctrina constitucional, comprende esencialmente la protección de la persona en su ámbito familiar frente a injerencias externas. Consecuentemente, se niega el reconocimiento de un derecho fundamental a la protección de la familia. Tal consideración nos lleva a constatar que muchos de los aspectos relacionados con el ámbito familiar quedan al margen de la protección en sede de amparo, si no consiguen ser canalizados a través de alguno de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos. Si bien, existen opiniones disidentes, así como pronunciamientos en la doctrina constitucional, también reiterados y actuales, que abogan por flexibilizar el tradicional concepto de intimidad familiar, aproximándolo al concepto de vida familiar empleado en el Convenio de Roma.

Las más claras de estas disidencias las podemos encontrar en los votos particulares. Así, en el voto particular formulado a la STC 186/2013, de 4 de

Este pronunciamiento contrasta con el formulado por el TEDH en el asunto *K. A. B. C. España*, de 10 de abril de 2012, en el que el demandante, de nacionalidad nigeriana, se queja de haber sido privado de todo contacto con su hijo tras la expulsión de la madre de este, así como de no haber sido informado ni de la propuesta de adopción ni de la falta de financiación de la prueba de paternidad por la Administración. Ante estas circunstancias, invoca vulneración de los artículos 6 y 8 del Convenio. El Tribunal recuerda, en primer lugar, que el artículo 8 CEDH protege la vida privada al igual que la vida familiar, y el derecho a la reagrupación de un padre con su hijo biológico se incluyen el ámbito de aplicación del concepto de «vida privada» que engloba aspectos importantes de la identidad personal (párr. 88 y 90). Asimismo, señala su reiterada jurisprudencia por la que, si bien el art. 88 tiene esencialmente por objeto proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, no se limita a imponer al Estado el deber de abstenerse de tales injerencias, sino que a esta obligación de carácter negativo suelen añadirse obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar. Tanto en un caso como en otro, debe respetarse el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y los de la sociedad, gozando en ambas hipótesis el Estado de un cierto margen de apreciación (par. 95). Se destaca, asimismo, la responsabilidad de la propia Administración, debido a la expulsión de la madre del territorio nacional sin efectuar comprobaciones previas y omitiendo tener en cuenta la información facilitada sobre la existencia del hijo, sin adoptar ninguna medida al respecto y sin que se hubiese dado ninguna explicación satisfactoria que justificara la urgencia de la expulsión (par. 108). Finalmente, en la indagación de si, en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales aplicables, se respetaron las garantías del art. CEDH, teniendo en cuenta, en particular, el interés superior del menor, el Tribunal concluye que las autoridades españolas no desplegaron esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho del demandante a la reagrupación con su hijo, ignorando el derecho al respeto de su vida privada garantizado por el artículo 8 (par. 116).

Por otro lado, la STC 186/2013 cuenta con un voto particular donde se expresa el deseo de haber enmarcado la decisión adoptada en la Sentencia en la línea discursiva del TEDH y adelantaban que: «no habiéndose hecho así, se ha puesto una piedra más para una nueva condena contra España por parte del TEDH, instancia ante la que la actora, indudablemente, recibirá la adecuada satisfacción a sus pretensiones que, de manera inexplicable, este Tribunal no le ha otorgado». No se equivocaba el Magistrado, habida cuenta de que el 17 de marzo de 2015 la Sección Tercera del TEDH dictó Decisión en el asunto *G. V. A c. España* (vid. pie de página 22).

noviembre¹⁸, en la que se encuentra comprometida la convivencia familiar de una menor con uno de sus progenitores como consecuencia de la expulsión de la madre, se critica no haber puesto en conexión el artículo 18.1 CE con los mandatos de los apartados 1, 3 y 4 del artículo 39 CE, y se señala que la Sentencia:

«(...) dedica todo su esfuerzo a descartar que en el art. 18 CE se reconozca un derecho a la vida familiar, a diferencia de lo que ocurre con el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), en la interpretación que del mismo ha realizado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No podemos compartir la valoración que se realiza (...) sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, apartándose de la misma para mantenerse en la visión más estrecha de la STC 236/2007, de 7 noviembre, con desprecio de la noción elaborada por aquella del «derecho a la vida familiar», que comprendería como uno de sus elementos fundamentales del disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996, § 52), y quitando todo valor a que esa circunstancia, al menos desde la perspectiva del art. 8.1 CEDH, se haya considerado en ocasiones como límite a la posibilidad de aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros. En nuestra opinión, no es posible seguir manteniendo ese camino divergente al que sigue la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, sino que es preciso incorporarla en el derecho interno. En este sentido, hay que recordar que el art. 10.2 CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas reconocidos en la Constitución habrán de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre ellos el Convenio Europeo de Derechos

¹⁸ Como comentábamos en la nota anterior, la doctrina enunciada en la STC 186/2013, ha sido examinada expresamente por el TEDH. La recurrente del proceso de amparo formalizó demanda ante el tribunal de Estrasburgo, alegando que las resoluciones dictadas habían conculcado los artículos 8 (derecho a la vida familiar) y 13 (derecho a un recurso interno efectivo) del Convenio de Roma. Con fecha 27 de noviembre de 2014, el abogado del Estado remitió al secretario de la Sección Tercera del TEDH un escrito formulando solicitud de archivo de las actuaciones en virtud de declaración unilateral del Reino de España donde, además de reconocer la vulneración de los derechos denunciados, se afirmaba que: «(...) en el futuro la interpretación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se realizará puesta en relación con los criterios que recoge el artículo 57.5 b) de la misma Ley Orgánica, en conformidad con el artículo 8 del Convenio y se tutelarán de manera efectiva por la jurisdicción ordinaria, por haberlo así ordenado el Tribunal Constitucional en su sentencia 186/2013, de 4 de noviembre, dictada en el recurso de amparo recaído en este asunto». Un extracto de la misma se publicó en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, número de julio de 2015. Véase: Decisión de la Sección Tercera, Demanda n.º 35765/14, asunto *G. V. A. c. España*, de fecha 17 de marzo 2015. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429044085- Decisión_G. V. A. c. España acuerdo amistoso.pdf (última visita julio 2022).

Humanos, con el contenido que para sus distintos preceptos ha ido delimitando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»¹⁹.

Si bien, el problema no sólo está en que la referida doctrina jurisprudencial ha establecido una enorme brecha con el ámbito de protección dispensado a la vida e intimidad familiar por los instrumentos regionales y los órganos jurisdiccionales que deben interpretarlo, sino que, como se pone de manifiesto de manera incisiva en el voto particular al ATC 40/2017²⁰, lo más preocupante es que esta jurisprudencia está derivando en situaciones axiológicamente paradójicas, en cuanto a la extensión del contenido del derecho fundamental a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE, que suscitan la necesidad de «reconsiderar la doctrina porque carece de sustento argumental sólido»²¹.

En efecto, existen excepciones en la doctrina constitucional que sí se refieren a un derecho al respeto de la vida garantizado en nuestro ordenamiento por el artículo 18.1 CE²². Buen ejemplo de ello es la STC 11/2016, de 1 de

¹⁹ Votos particulares de los magistrados doña Adela Asua Batarrita y don Fernando Valdés Dal-Ré, FJ6. En el mismo, se manifiesta que el tratamiento que en la Sentencia se realiza de la queja de la recurrente referida al artículo 18.1 CE no se ajusta a los términos en que se ha formulado en la demanda. En efecto, del inicio del fundamento jurídico 6 puede deducirse que el «derecho a la vida familiar» que alega la actora se refiere a su propia convivencia con su hija menor de edad, que podría verse afectada por la expulsión. Sin embargo, los Magistrados sostiene que no es ese el planteamiento que se realiza en la demanda que concreta esa queja en que «si, como consecuencia de la expulsión de la madre, la menor marchara con ella a Argentina, se estaría privando a hija y padre, ambos españoles, del derecho de relacionarse entre sí, impidiendo el desarrollo del derecho de disfrutar de la intimidad familiar del artículo 18.1 de la Constitución, en la línea que lo viene interpretando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Así pues, sostienen que la respuesta se debería haber articulado desde el prisma de la afección del derecho de la menor a mantener una convivencia familiar con su padre que seguirá residiendo en España.

²⁰ En este caso, el demandante de amparo tras ser extraditado desde Francia cumple en España condena de prisión y presenta demanda de amparo contra auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, que desestimó a su vez la queja que había interpuesto el recurrente solicitando ser trasladado para el cumplimiento de su condena a un centro penitenciario más próximo a su domicilio familiar. En la demanda de amparo se achaca a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar amparado en el artículo 18.1 CE en conexión con el derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8.1 del CEDH, tal y como ha sido interpretado y aplicado por la doctrina del TEDH, que según el recurrente califica de injerencia desproporcionada en el derecho reconocido en el artículo 8.1 CEDH el rechazo de las autoridades administrativas y judiciales a aproximar a los presos a sus familiares. El Tribunal acaba por inadmitir el recurso de amparo al concluir que, «(...) las resoluciones objeto de este recurso de amparo no solo han dado adecuada respuesta a la petición del recurrente desde la perspectiva de la Constitución Española que (...) no incluye en el derecho fundamental a la «intimidad personal y familiar» (art. 18.1 CE) el derecho a la «vida familiar» del art. 8.1 CEDH, tal como ha sido entendido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que también, partiendo de premisas diferentes, han llegado a una solución concordante con la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia» (FJ 5).

²¹ Voto particular del magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, FJ I.1.

²² La STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 7, invoca el artículo 8.1 CEDH, del que afirma que «reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (garantizado entre nosotros por el artículo 18.1 CE)». En la misma línea, encontramos las SSTC 51/2001, de 14 de abril, FJ 8; 131/2016, de 18

febrero, donde se otorga el amparo por la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1. CE) interpuesto contra las resoluciones judiciales que denegaron la licencia para la incineración de los restos biológicos del aborto al que se sometió la recurrente. La Sentencia razona la lesión del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) a través de la argumentación del TEDH en el asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza*²³ donde apreció violación del artículo 8 del Convenio y deduce que: «(...) a la vista de la doctrina del TEDH, que es criterio de interpretación de las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos fundamentales (art. 10.2 CE), cabe afirmar que la pretensión de la demandante que da origen a las resoluciones impugnadas se incardina en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 CE (...) cabe, pues, concluir que las resoluciones judiciales impugnadas han restringido el derecho a que la vida personal y familiar sea respetada (art. 18.1 CE)»²⁴.

Aunque se ha sostenido que este pronunciamiento es un supuesto singular que no manifiesta una genuina vocación revisora de la doctrina precedente²⁵, lo cierto es que podemos deducir que esta sentencia ofrece una ampliación del ámbito protegido por el artículo 18.1 CE, que no se acomoda a la lectura que de él ha venido haciendo el Tribunal Constitucional (Cuartero Rubio, 2019: 373). En síntesis, esta resolución realiza una traslación directa del derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizado en el referido artículo 8.1 CEDH, al derecho a la intimidad personal y familiar, protegido por

de julio, FJ 6; 201/2016, de 28 de noviembre, FJ 3; 29/2017, de 27 de febrero, FFIJ 3 y 5. Para mayor profundización sobre esta cuestión se recomienda la lectura de Cuartero Rubio, M.^a Victoria: «El derecho al respeto a la vida familiar (art. 8.1 CEDH): una aproximación *iusprivatista* desde el recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, 2019, pp. 336-389

²³ STEDH de 14 de febrero de 2008, Asunto *Hadri-Vionnet c. Suiza*, que apreció violación del artículo 8 del CEDH por haberse lesionado el derecho de la madre a estar presente en el traslado y entierro de su hijo nacido muerto en un parto prematuro.

²⁴ STC 11/2016, de 1 de febrero, FJ 3.

²⁵ La Sentencia cuenta con otro Voto particular formulado por la Magistrada doña Encarnación Roca Trías en el que manifiesta que le parece insuficiente y arriesgado decidir que a la recurrente se le había violado un derecho que, en realidad se instituye de nuevo a partir de una lectura del art. 18.1 CE, con base únicamente en la existencia de las dos resoluciones del TEDH que constatan la vulneración del art. 8 CEDH, derecho a la vida privada y familiar por el incumplimiento de la normativa suiza y la croata, respectivamente. Subraya que, a diferencia de la española, las Constituciones de los citados Estados reconocen, expresamente el derecho al respeto a la vida familiar (arts. 13 y 35, respectivamente). Según la Magistrada, en la sentencia se equipara el artículo 18.1 CE a lo dispuesto en el artículo 8 CEDH, olvidando que lo que el artículo 10.2 CE establece es la obligación de la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España, pero no obliga a transponer exactamente al ordenamiento interno los distintos tipos de Derechos recogidos en cada texto legal. «La sentencia acoge acriticamente los argumentos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sin una justificación sólida que avale la implantación, de un derecho fundamental, que, según nuestra jurisprudencia, parece encontrar mejor acomodo en el artículo 10 CE: libre desarrollo de la personalidad» (apartado 3).

el artículo 18.1 de nuestra Constitución²⁶. Llama la atención que, en este caso, el Tribunal no se haya cuestionado previamente si resulta constitucionalmente adecuado la asunción de la jurisprudencia del TEDH en esta materia, de manera que, como ya ha apuntado algún autor (Matia Portilla, 2020: 279), no se explica por qué en algunos casos considera oportuno guiarse por una construcción del TEDH y en otros no.

Como exponíamos en el apartado anterior, el Tribunal Constitucional se niega a entender que el derecho a la vida en familia sea entendido como una faceta no explicitada del derecho fundamental a la intimidad, y ello porque la cláusula interpretativa del artículo 10.2 CE no permite la alteración de los derechos fundamentales «ampliando artificialmente su contenido o alcance»²⁷. No obstante, conviene recordar que con anterioridad el Tribunal ha alterado la naturaleza del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Esto ha ocurrido, destacadamente, en la jurisprudencia relacionada con el derecho a la paz ambiental, en la que se ha ampliado el contenido del derecho a la intimidad familiar como consecuencia de la asunción de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la materia²⁸.

²⁶ El pronunciamiento del TC en la STC 11/2016 contrasta con el operado en el ATC 40/2017 donde se determinó que no forma parte del derecho a la intimidad familiar la posibilidad de mantener contacto cercano entre un preso y sus familiares, mientras que, en la STC 11/2016 se entiende que la entrega a familiares de los restos humanos resultados de un aborto conformador del contenido esencial del art. 18.1 CE. Del mismo modo, tampoco resulta justificable que se considere parte del contenido esencial del derecho a la intimidad familiar la posibilidad de que los reclusos se comuniquen telemáticamente con sus familiares en su propio idioma (STC 201/1997, de 25 de noviembre) y, por el contrario, no se apreció lesión de este derecho cuando se trata de mantener comunicaciones personales entre familiares (ATC 40/2017).

²⁷ En relación con la cláusula interpretativa del artículo 10.2 CE conviene recordar que nos encontramos ante una cláusula que, si bien no es capaz de crear por sí misma nuevos derechos fundamentales, en la medida en que tal función está estrictamente reservada a la CE, sí puede dotar de nuevos contenidos a los derechos constitucionales preexistentes. La diferencia entre crear un nuevo derecho o reconocer un nuevo contenido de un derecho ya existente no es en absoluto fácil de apreciar. En este sentido, se ha entendido que el artículo 10.2 actúa como una «cláusula de simpatía de los Derechos Humanos», es decir, de apertura teniendo en cuenta la universalidad, omnipresencia e internacionalismo de estos derechos, por lo que no puede ser un obstáculo insalvable la literalidad de los preceptos, sino que hay que aplicar otros métodos interpretativos, de manera que la diferencia entre importar nuevos derechos y ampliar el contenido de los ya constitucionalmente reconocidos estriba en que sea posible encontrar un criterio de conexión entre el nuevo derecho y el reconocido, de forma que, aun pudiéndose afirmar que el artículo 10.2 CE no actúa totalmente como una cláusula de actualización del catálogo constitucional de derechos, su aplicación como criterio hermenéutico le aproxima mucho a esta figura que admite la incorporación de aspectos no explicitados de los derechos fundamentales, así como reconoce la eventualidad de la «emergencia» de nuevos derechos como resultado de la paulatina interpretación de los existentes de conformidad con los convenios internacionales y su jurisprudencia. A tal respecto, véase: SAIZ ARNAIZ, 2018: 194; RODRÍGUEZ, 2001: 292.

²⁸ Principalmente a raíz del asunto *López Ostra*, STEDH de 9 de diciembre de 1994. El asunto *López Ostra* trata sobre las afecciones producidas en el domicilio de la recurrente por una planta depuradora ubicada en Lorca (Murcia), a causa de los humos y olores emitidos de forma continuada, y además en situación de irregularidad administrativa. Tras diversas desestimaciones de las peticiones de clausura en la jurisdicción ordinaria, la afectada recurrió en amparo al Tribunal Constitucional, con el argumento principal de la vulneración del art 18 de la Constitución Española. El Tribunal español inadmite el recurso por

En esta se entiende que ciertos daños ambientales pueden privar a las personas del disfrute de su domicilio, llegando a afectar negativamente a su vida privada y familiar. En aplicación del papel interpretativo que de conformidad con el artículo 10.2 CE corresponde a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, el TC ha asumido esta doctrina²⁹. En este sentido, ha entendido que la Administración está obligada a hacer cesar la contaminación medioambiental que una persona pueda sufrir en su domicilio, por ser este el lugar en el que los individuos ejercen su libertad más íntima, de forma que, la exposición a niveles excepcionales de ruido forma parte del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito del domicilio, ya que dificulta el libre desarrollo de la personalidad (San Martín Segura, Muñoz Benito, 2019).

Esta jurisprudencia es buen ejemplo de que el artículo 10.2 CE no es solo una cláusula interpretativa, sino también de apertura del catálogo de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, suponiendo una forma de actualización de estos que no dejan de ser realidades históricas constantemente en procesos de formación.³⁰

Del mismo modo que, se evidencia que la existencia de un tratado internacional no convierte *eo ipso* un principio rector en un derecho fundamental³¹, debemos tener presente que la protección de la vida en familia no es una mera demanda social, dada el importante papel que tradicionalmente la familia ha desempeñado y desempeña en nuestra sociedad. De tal manera que, si tenemos en cuenta que, las problemáticas en torno a las relaciones o vínculos familiares se encuentran directamente concernidas en la noción de

encontrarlo manifiestamente infundado, en virtud de una interpretación restrictiva del citado precepto constitucional (Auto de 26 de febrero de 1990). Tras esa inadmisión, la señora López Ostra acude al TEDH invocando violación de los arts. 8 y 3 CEDH (este último relativo a la prohibición de tratos degradantes), alegando la pasividad de los poderes públicos españoles.

El asunto López Ostra supone una pieza clave en esa labor de la Corte europea, al que siguieron pronunciamientos similares en las SSTEDH de 2 de octubre de 2001, asunto *Guerra y otros c. Italia*; de 8 de julio de 2003, *Hatton c. Reino Unido*; de 22 de agosto de 2003, *Kyrtatos c. Grecia*, entre otras.

Sobre el significado jurisprudencial del asunto López Ostra véase: GARCÍA SAN JOSÉ (1995); BOUZZA ARIÑO (2017).

²⁹ SSTC 119/2001, de 24 de mayo; 16/2004, de 23 de febrero; 150/2011, de 29 de septiembre, entre otras.

³⁰ Si entendemos el art. 10.2 como una cláusula de apertura de los derechos, pretendemos extender la tutela a determinadas zonas del Derecho para que no queden a la intemperie jurídicamente intereses esenciales de los ciudadanos. Además, es una garantía frente al propio poder del legislador, quien no podrá reducir el contenido de los derechos por debajo del nivel que tienen internacionalmente reconocido. En esta interpretación subyace la idea de los derechos fundamentales como inherentes a la dignidad humana. Véase: DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, 1980: 129.

³¹ La doctrina ha entendido que alargar el elenco de los derechos fundamentales para incluir entre ellos demandas sociales cuya satisfacción depende primordialmente de las disponibilidades económicas del Estado es crear un «espejismo peligroso y debilitar la vigencia de aquellos que efectivamente pueden ser formulados como tales». RUBIO LLORENTE (1997).

intimidad familiar, se podría asimilar así, la idea de «intimidad familiar» de nuestra Constitución con la de «vida familiar» del Convenio de Roma. Ello, porque las situaciones que afectan a nuestra familia inciden, indudablemente, en nuestra intimidad personal, puesto que esta, tal y como ha tenido ocasión de señalar el TC, «se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculos existentes con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen» (STC 231/1988).

El propio Tribunal es consciente de haber manejado una visión más generosa de la intimidad familiar en la citada STC 11/2016 cuando entiende que el derecho a la intimidad familiar se puede ver lesionado al no reconocer el derecho de los padres a disponer de los restos biológicos de un aborto para su enterramiento. Esta interpretación supera la estrecha comprensión del derecho a la intimidad familiar como un mero ámbito de privacidad reservado del conocimiento de terceros que, a nuestro entender, lejos queda de adecuarse a los parámetros impuestos por la evolución de la realidad social.

4. EL DERECHO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS A LA VIDA EN FAMILIA

Por lo que respecta a las personas extranjeras, el artículo 16.1 LEOx menciona expresamente: «Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España».

Aunque se haya mantenido que la terminología empleada en el precepto se fundamenta en un equívoco (Santaolaya Machetti, 2004:14), hemos podido constatar como en nuestro ordenamiento se diferencia entre derecho a la vida familiar y derecho a la intimidad familiar, quedando configurado este último como un derecho que implica la existencia de un «ámbito propio y reservado frente a la acción de los demás».

El derecho a la intimidad familiar, cuyo carácter fundamental es indudable en nuestra Constitución, corresponde a todas las personas por igual, debido a que se encuentra esencialmente vinculado a la dignidad (Borrajó Iniesta, 1991). Quiere esto decir que, de conformidad con la clasificación tripartita

que estableció el TC en la STC 107/84, de 23 de noviembre³², el derecho a la intimidad familiar corresponde a las personas extranjeras en sentido pleno, sin restricciones, y sin que resulte posible un tratamiento diferenciado respecto de los nacionales.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, con frecuencia, los nacionales de terceros Estados se encuentran sometidos a medidas adoptadas por parte de autoridades públicas y previstas en la Ley de extranjería que, tienen incidencia directamente en el desarrollo de su vida familiar, como pueden ser las decisiones de expulsión del territorio nacional. Aunque es cierto que la Constitución no garantiza en ninguno de sus preceptos el derecho fundamental al respeto de la vida en familia, sin embargo, la expulsión de personas extranjeras del territorio en el que se encuentran viviendo junto con sus parientes cercanos puede llegar a constituir una injerencia en su derecho a la vida en familia³³.

Si considerásemos que el derecho a la vida en familia forma parte del contenido del derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), estas personas dispondrían de la posibilidad de hacer valer, por medio del recurso de amparo, las razones familiares oportunas frente a las medidas de expulsión. Por el contrario, aquellos supuestos donde las injerencias a la vida en familia no puedan ser relacionados con alguno de los derechos fundamentales, quedarían al margen del amparo constitucional.

Como ya se avanzó anteriormente, esta interpretación, sería factible con el artículo 10.2 CE³⁴ que, aunque no permite incorporar los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales de manera automática en nuestro ordenamiento jurídico, sí podría dotar de nuevos contenidos a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Esta circunstancia se produce con claridad con respecto al derecho a la vida en familia que, aun no apareciendo expresamente en el texto constitucional, el legislador lo ha incluido, con respecto a las personas extranjeras, en el artículo 16.1 LEOx. En el mismo senti-

³² «Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual; existen otros que pertenecerá o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio; y en último lugar, existe una categoría que no corresponde en absoluto a los extranjeros» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4).

³³ Para profundizar sobre cómo la expulsión de una persona extranjera del territorio de un Estado puede afectar a su vida familiar, se recomienda la lectura de la siguiente monografía: SOLER GARCÍA (2019).

³⁴ En términos similares se manifiesta el artículo 3.1 LOEx al afirmar que:

«1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles».

do, la Ley de Extranjería afirma en la Disposición Final 4.º que su artículo 16 tiene carácter orgánico. Por lo tanto, se podría deducir que el derecho a la vida en familia de las personas extranjeras sería un derecho fundamental que, conforme a los tratados internacionales, correspondería a toda persona nacional o extranjera. De ahí que se critique que se reconozca únicamente a quienes se encuentren en situación administrativa regular en España (Balaguer Callejón, 2001: 475).

Sin embargo, este no es el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional que considera que el artículo 18.1 CE no acoge el derecho a la vida en familia, en el sentido marcado por el TEDH. Ahora bien, en el apartado anterior se ha expuesto cómo el Tribunal Constitucional ha extendido el significado del derecho a la intimidad familiar en el ámbito domiciliario en los casos de exposición a niveles desmesurados de ruidos, ya que dificulta el libre desarrollo de la personalidad. El mismo razonamiento podría operar respecto del derecho a la vida en familia, entendida ésta como el grupo básico natural y fundamental de toda sociedad respecto a la cual el Estado tiene la obligación de proteger social, económica y jurídicamente.

En definitiva, no estamos cuestionando la libertad de los Estados para limitar los flujos migratorios, sino que consideramos que la renuncia de la jurisprudencia constitucional a reconocer como contenido propio del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) la convivencia y el contacto entre los miembros de una familia debe ser reconsiderada, habida cuenta de que ciertas decisiones públicas, que conllevan entrometimientos en el desarrollo de la convivencia de una familia, afectan siempre a la intimidad familiar³⁵.

5. VALORACIONES FINALES

De conformidad con el artículo 8.1 del Convenio de Roma «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su

³⁵ Ello no es óbice para que existan supuestos en los que una decisión de expulsión que conlleve la separación familiar sea considerada proporcional en aras de salvaguardar el interés general. Lo que queremos poner de manifiesto es que, con independencia de la proporcionalidad y justificación de la medida, tal decisión afecta, en todos los casos, al derecho a la intimidad familiar. Los Estados deben efectuar un balance entre la vida familiar del nacional de tercer Estado, por un lado, y los intereses generales del Estado, por otro, de manera que las autoridades nacionales actúen de conformidad con la interpretación garantista que se extrae del artículo 8 del Convenio Europeo. A tal respecto, el TEDH ha elaborado una línea jurisprudencial sobre las condiciones en las que el artículo 8 CEDH puede actuar como límite a la posibilidad de aplicación de causas legales de expulsión de un extranjero, reconociendo la responsabilidad de los Estados en aquellos supuestos donde se haya producido una inobservancia de las disposiciones del Convenio. A tal respecto, se recomienda la lectura de: SALES I JARDÍ (2015).

correspondencia». En lo atinente a la vertiente familiar del derecho garantizado por el artículo 8.1 CEDH, la doctrina constitucional española no reconoce un derecho fundamental, protegible en amparo, que incluya ese contenido. Esta acepción se ha planteado respecto del artículo 18.1 CE en conexión con el mandato interpretativo recogido en el artículo 10.2 CE, en cuanto garante del derecho a la intimidad personal y familiar. Sin embargo, esta interpretación ha sido descartada y se ha establecido que el contenido del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE es más limitado que el derecho a la vida privada y familiar garantizado en el artículo 8.1 CEDH.

A ojos del Tribunal Constitucional, la existencia de un derecho subjetivo al respeto de la vida en familia, con el contenido y alcance interpretado de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo al respecto, no comporta un derecho fundamental pues, el artículo 10.2 CE no permite la creación de nuevos derechos fundamentales, ni la alteración de la naturaleza de los ya reconocidos en la carta magna. Por consiguiente, se niega la protección del derecho a la vida en familia entendido no ya como un derecho fundamental *ex novo*, sino como una dimensión conformadora del contenido del derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE, en virtud de la cláusula interpretativa del artículo 10.2 CE.

Si bien, no se trata de una mera cuestión dogmática, sino que, como se ha podido razonar, conlleva importantes consecuencias prácticas. La principal sería que, ante un mismo supuesto, el TEDH podría entender vulnerado el derecho a la vida familiar derivado del artículo 8 del Convenio de Roma, mientras que nuestro Tribunal Constitucional, en su estrecha concepción de intimidad familiar, y ante la inexistencia de un derecho fundamental que proteja la convivencia familiar, se encontraría imposibilitado de reconocer cualquier posible lesión. Esta situación se ha puesto de manifiesto a raíz de la STC 186/2013, en la que la recurrente, tras haberle sido denegado el amparo por razonar el TC que el artículo 18.1 CE no constitucionaliza de ningún modo un derecho fundamental a la protección de la vida en familia, acude al TEDH, instancia en la que la actora encuentra estimada sus pretensiones.

Ahora bien, hemos podido observar que además de las opiniones disidentes formuladas, principalmente en los votos particulares, se constata reiteradas resoluciones y pronunciamientos que, inevitablemente, inciden a reflexionar sobre la necesidad de revisar el alcance y contenido del derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE. A tal respecto, se ha expuesto cómo un derecho mencionado entre los principios rectores de la política social y económica como es el derecho a un medio ambiente ha sido protegido como derecho fundamental, gracias a la asunción de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo al

respecto, y en aplicación del artículo 10.2 CE. Lo mismo se podría afirmar respecto del derecho a la vida en familia. En este caso, consideramos que la naturaleza del derecho a la intimidad familiar no se llegaría a alterar ya que el mismo no se entremezcla con otras materias como sí ocurre en los casos ambientales. Esto sería así porque, bajo nuestro entendimiento, aquellas decisiones judiciales o administrativas que impiden que los miembros de la familia puedan vivir juntos suponen, indudablemente, una intromisión que vulneraría la intimidad familiar, ya que todas las problemáticas relacionadas con los familiares y la familia en sí misma, inciden directamente sobre la intimidad personal y familiar del individuo, puesto que ésta, tal y como hemos repetido a lo largo de este estudio, «se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen» (STC 231/1998).

En suma, deducimos que sería conveniente que se flexibilizara la concepción del derecho fundamental a la intimidad familiar protegida en el artículo 18.1 CE y, haciendo acopio de la interpretación expansiva que de forma progresiva ha ido realizando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 8 CEDH, se ampliara el contenido y alcance del derecho a la intimidad familiar que, en última instancia, garantizaría una mayor protección del derecho a la vida en familia de las personas extranjeras nacionales de terceros Estados en España. De esta manera, habremos logrado realizar una interpretación y aplicación de la Constitución que hace valer sus derechos de manera práctica y que resulta acorde con las convergencias evolutivas de la sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APARICIO CHOFRE, L. (2008). *La reagrupación familiar como manifestación del derecho fundamental de los extranjeros a la vida familiar*, Universitat de València. Valencia.
- ARRESE IRIONDO, M.^a N. (2011). *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Argitalpen Zerbitzua, Servicio Editorial. Bilbao.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2001). Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas, en M. Moya Escudero (dir.) *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería* (pp. 473-490). Comares. Granada.

- BOUAZZA ARIÑO, O. (2003). Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Revista de Administración pública* (160), 167-202.
- BORRAJO INIESTA, I. (1991). El status de los extranjeros, en S. Martín-Retortillo Baquer (coord.) *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (Vol. 2, pp. 697-766). Civitas. Madrid.
- CACHÓN VILLAR, P. (2018). Comentario al artículo 39, en M. E. Casas Baamonde; M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (dirs.) *Comentarios a la Constitución de 1978. XXX Aniversario* (pp. 1003– 1023). Fundación Wolters Kluwer. Madrid.
- CUARTERO RUBIO, M.^a V. (2019). El derecho al respeto a la vida familiar (art. 8.1 CEDH): una aproximación *iusprivatista* desde el recurso de amparo, *Revista Española de Derecho Constitucional* (115), 363-389.
- DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (1980). Tratados Internacionales y apertura de los derechos fundamentales, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (N.º61), 129-142.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D. (1995). Derecho al medio ambiente y respeto a la vida privada y familiar (Comentario a al STEDH de 9 de diciembre de 1994), *La Ley* (4), 1195– 1213.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S. (2003) Derecho y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (7), 439 – 466.
- GÓMEZ MONTORO, Á. (2016) Vida privada y autonomía persona o una interpretación «pase-partout» del artículo 8 CEDH, en F. Rubio Llorente; J. Jiménez Campo; J. J. Solozábal Echevarría; M. Paloma Biglino Campos, A. José Gómez Monto (coord.) *La constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes* (pp. 617-650). CEPC. Madrid.
- GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, A. (1996). Intimidad y familia en López Ortega, J. (Dir.) *Perfiles del Derecho constitucional en la vida privada y familiar* (pp. 217-256). Consejo General Poder Judicial. Madrid.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.; SÁIZ ARNAIZ, A. (2008). Artículo 10, en M. Pérez Manzano, I. Borrajo Iniestan (coord.); M. E. Casas Baamonde (Dir.), M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Dir.), C. R. Gómez de la Escalera (aut.), *Comentarios a la Constitución española* (pp. 178-210). Fundación Wolters Kluwer. Madrid.
- LAMBERT, H. (1999) The European Court of Human Rights and the right of refugees and other persons in need of protection to family reunion, *International Journal of Refugee Law*, 11(3), 427-450.
- MATIA PORTILLA, F. J (2020) ¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida», en F. J. Matia Portilla (dir.) *De la intimidad a la vida privada y familiar: Un derecho en construcción* (pp. 232-282). Tirant lo Blanch. Valencia

- PARDO FALCÓN, J. (2018) Comentarios al artículo 18, en M. E. Casas Baamonde; M. Rodríguez –Piñero y Bravo Ferrer (dirs.) *Comentarios a la Constitución de 1978. XXX Aniversario* (pp. 511 – 529). Fundación Wolters Kluwer. Madrid.
- RUBIO LLORENTE, F. (1997) El constitucionalismo de los Estados integrados en Europa, *Claves de Razón Política* (75), 2-10
- SALES I JARDÍ, M. (2015) *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, Bosch. Barcelona.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. (2004) *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch. Valencia.
- SAIZ ARNAIZ, A. (2018) Comentario al artículo 10.2, en M. E. Casas Baamonde; M. Rodríguez –Piñero y Bravo Ferrer (dirs.) *Comentarios a la Constitución de 1978. XXX Aniversario* (pp. 178-210). Fundación Wolters Kluwer. Madrid.
- SAN MARTÍN SEGURA, D.; MUÑOZ BENITO, L. (2019) Los últimos episodios de la doctrina López Ostra en España, en A. Aragao; J. Gomes dos Santos (coord.) *Sistemas Sociais Complexos e Integração de Geodados no Direito e nas Políticas* (pp.311-336) Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito. Coimbra.
- SANZ CABALLERO, S. (2004) *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch. Valencia.
- SOLER GARCÍA, C. (2019) *Los límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea* Aranzadi. Cizur Menor.
- REBOLLO DELGADO, L. (2005) *El Derecho Fundamental a la Intimidad* Dykison. Madrid.
- RODRÍGUEZ A. (2001) *Integración europea y derechos fundamentales* Civitas. Madrid.
- VELLOSO JIMÉNEZ, L. (1983) La regulación de la familia en la Constitución de 1978 y su protección internacional, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* (2), 181 – 208.
- VIDAL MARTÍNEZ, J. (2011) Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S. H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo, *Revista Derecho y Genoma Humano* (34), 155-201.

SOBERANÍA, CIUDADANÍA, MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS: LA SITUACIÓN JURÍDICO-SOCIAL DEL MIGRANTE IRREGULAR DESDE UN ANÁLISIS FILOSÓFICO Y LATINOAMERICANO

DIANA PAULA FUHR¹
Departamento de Humanidades
Universidad Nacional del Sur

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *La Ley de migración 25871, el decreto de reforma de 2017 y su derogación.*–3. *Soberanía, Estado y ciudadanía: el paradigma inmunitario y el estado de excepción.*–4. *Hanna Arendt: derechos humanos y ciudadanía.*–5. *Sousa Santos: el derecho occidental colonialista, el otro lado de la línea y los ur-derechos.*–6. *Wolkmer y la necesidad del pluralismo jurídico.*–7. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Señala Correas (1993, pp. 24, 37, 39) que para entender por qué el derecho dice lo que dice y no otra cosa, es necesario tener en cuenta su genealogía, el concepto de «naturaleza humana» que se sugiere como causa de la existencia de las normas, la voluntad de dominio detrás de las normas y la ideología de quien

¹ El artículo ha sido redactado durante una estancia de investigación en la Universidad de Granada bajo la supervisión del Dr. Daniel García López, con la beca del programa Movilidad entre Universidades Andaluzas e Iberoamericanas-Segunda Convocatoria 2022, patrocinada por la AUIP y la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía. Agradezco al Dr. Daniel García López y a la Dra. Rebeca Canclini por las sugerencias.

dice el derecho. Además, se deben considerar las consecuencias y efectos que de él se siguen como discurso performativo de la realidad, es decir, como constituido por y constituyente de representaciones, prácticas y relaciones sociales.

En este sentido, una de las cuestiones centrales a la hora de considerar la importancia del desarrollo del derecho en la sociedad occidental moderna es la paulatina injerencia que ha tenido en la regulación y configuración de la vida, de las relaciones sociales, de la conducta, abarcando por inclusión o exclusión la delimitación de qué somos, qué nos compete o corresponde y qué debemos o no hacer. El derecho occidental ha llegado a definir, en efecto, qué le corresponde al ser humano por el hecho de ser humano y ha establecido derechos humanos a partir de una naturaleza humana «universal».

Sin embargo, paradójicamente, la historia de los derechos humanos efectivamente reconocidos ha estado teñida ideológicamente y ha establecido desigualdades al punto que, en muchos casos, fueron y son negados en la práctica a muchos seres humanos y culturas, en tensión o complicidad con políticas nacionales e internacionales. En este contexto, la vulnerabilidad de los derechos humanos de personas en situaciones de opresión y marginalidad puede verse intensificada tanto por la ausencia de un Estado que reconozca o garantice materialmente sus derechos como por el monopolio del ámbito jurídico por parte del Estado, que sustrae a la población la posibilidad de decir por sí misma el derecho.

Por ello, nos encontramos en la actualidad con tensiones entre lo reconocido y aplicado por Estados nacionales y lo considerado a nivel internacional, pero también con una crítica en Latinoamérica al Estado como único capaz de decir el derecho. El derecho mismo en cuanto discurso moderno europeo y occidental, circunscripto a su vez a cada Estado, ha definido de un modo universal qué somos, pero en estas definiciones ha marginalizado. Así, encontramos la colonización y las lógicas de la violencia en tensión con la lógica del derecho como regulación y emancipación (Sousa Santos, 2010).

Ante este panorama, la pregunta guía de este trabajo será cómo se articula la tensión entre el derecho reconocido por el Estado y los derechos humanos en cuanto tales, a) pensándolo a partir de cómo el orden jurídico y político construye discursivamente la figura del migrante indocumentado en Argentina en el caso del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) dictado por el ex presidente Macri en 2017, luego derogado, y b) remontándonos históricamente a las ideas que están ocultas en este problema a partir de los análisis filosóficos de García López (2022), Agamben (2006), Esposito (2003, 2013), Arendt (1998, 2016), Sousa Santos (2010) y Wolkmer (2003). Nos interesa la lógica subyacente, ya que nos importan los efectos y causas del discurso del derecho,

en cuanto definitorio de la condición humana, en el caso de migrantes que están fuera del Estado, más allá incluso de la legalidad o ilegalidad.

Con tal objetivo, en primer lugar trataremos la Ley de inmigración argentina y el DNU 70/2017. Luego, enmarcándonos en el campo de la historia conceptual haremos referencia a la definición de la soberanía a partir de la metáfora orgánica en el *Leviatán* de Hobbes (2014) en cuanto pensador que sienta las bases del Estado moderno y abordaremos la continuación de esta metáfora en el paradigma inmunitario subyacente al desarrollo del discurso jurídico para pensar la concepción construida sobre la alteridad y el estado de excepción. Para ello, nos basaremos en García López (2022), Esposito (2013), Agamben (2006). Luego, abordaremos el análisis de los derechos humanos en términos de ciudadanía que realiza Hannah Arendt (1998) y el derecho más básico a tener derechos. Ambos marcos conceptuales permitirán plantear la relación entre la soberanía, la ciudadanía y el migrante irregular, considerando este último como lo negado. En cuarto lugar, pasaremos al análisis de dos propuestas de filosofías latinoamericanas. Haremos referencia a la genealogía que realiza Sousa Santos sobre las lógicas propias del derecho occidental de regulación y violencia según los individuos se encuentren en «este» o «el otro lado de la línea» y veremos la propuesta de Wolkmer (2003) de un pluralismo jurídico contra el monismo jurídico. Por último, extraeremos las consideraciones finales de los problemas y de los modos de abordaje alternativos para pensar la relación entre derechos humanos, ciudadanía y migrantes desde una perspectiva latinoamericana.

La metodología propuesta en esta investigación se sitúa en el marco de la historia conceptual y de la aplicación de categorías y análisis filosóficos a un problema actual.

Las hipótesis que guían la investigación son:

- 1) La concepción del ser humano como sujeto de derechos entra en tensión con la pérdida o anulación de la condición de ciudadano en el caso de los migrantes irregulares en el DNU de 2017, pero se concilian en la derogación del decreto y la vigencia de la Ley 25871.
- 2) Las tensiones del discurso jurídico en términos de ciudadanía y migración irregular se retrotraen al menos a la construcción del concepto de soberanía a partir de la imagen orgánica en Hobbes y a su posterior desarrollo en términos de inmunidad.
- 3) La negación de derechos en el caso de migrantes irregulares en el DNU 70/2017 responde a la contraposición entre una lógica de la emancipación hacia «este lado de la línea» y de violencia y colonización hacia el «otro lado de la línea» (Sousa Santos, 2010).

2 LA LEY DE MIGRACIÓN 25871, EL DECRETO DE REFORMA DE 2017 Y SU DEROGACIÓN

Argentina es un país que desde el siglo XIX ha promovido la inmigración a través de políticas de integración. Luego de un período de expulsión de inmigrantes durante la última dictadura militar bajo la Ley Videla, surgió en 2004 la Ley de Migraciones 25871, que derogó la Ley Videla e incorporó la perspectiva de los derechos humanos y la mirada regional, adhiriendo a los Tratados y Convenciones internacionales (Morales, 2016). Actualmente, la Ley migratoria argentina se caracteriza por ser abierta, plural y por el reconocimiento de los derechos de personas indocumentadas o en una situación de migración irregular de residencia en el país. Reconoce el derecho a alimentación, trabajo, educación, salud, justicia, sin importar la situación de regularidad e irregularidad, y reconoce el derecho y deber de regularizar su situación (Ley 25.871, 2003/2004). Según el artículo 20 de la Constitución Nacional «Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República». En este sentido, la legislación argentina, no hace diferencia entre nativos y extranjeros: otorga igualdad de derechos y obligaciones sin distinción. Sin embargo, lo que se ve como un derecho en el plano jurídico no es siempre un derecho materialmente realizable en la práctica y, desde el poder estatal y el discurso social emergen proyectos que hacen peligrar la apertura e inclusión de los extranjeros. En este sentido, fue paradigmático el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/ 2017, luego derogado.

En 2016 cobraron fuerza políticas de mayor control fronterizo y un discurso en que se responsabilizaba a los extranjeros (sudamericanos) de los delitos y de la pobreza en Argentina. En este contexto de demonización del extranjero y en un intento de imitar al «Primer Mundo» se pensó 1) en centros de detención para inmigrantes ilegales a ser expulsados y 2) en restringir el ingreso de inmigrantes y acelerar su expulsión, en casos de antecedentes delictivos, actividades ilícitas, presentación de documentación falsa o entrada ilegal. En agosto se realizó un comunicado oficial con respecto al centro de detención de migrantes en el sitio web de la Dirección Nacional de Migraciones titulado «Complementación estatal contra la irregularidad migratoria», modificado

luego por «Complementación estatal en aplicación de la Ley migratoria. Convenio por extranjeros con antecedentes penales o ingreso ilegal al país», donde se estableció que tal cárcel estaría destinada a quienes cometiesen «infracciones a la Ley de Migraciones vinculadas con el ingreso ilegal al territorio o dictámenes judiciales, previo a su expulsión», siguiendo el modelo de los Centros de Internamiento de Extranjeros de varios países europeos (Caggiano, 2017). Este comunicado fue luego dado de baja, pero es síntoma de las representaciones de algunos sectores sociales y proyectos políticos.

Ante esto, es importante destacar dos cuestiones. Por un lado, la reacción en defensa de los derechos por parte de líderes y organizaciones migrantes y de derechos humanos, criticando que «se pasó de un paradigma centrado en los derechos humanos a uno basado en la exclusión y expulsión por parte del Estado», en tanto se pensaron las migraciones en términos de un problema de seguridad nacional y de orden público (Tuchin, 9/12/2016). Por otro lado, la vigencia de representaciones sociales que consideran efectivamente a los inmigrantes un problema para la propia seguridad y economía (CUE, 30/1/2017), con el peligro que este discurso supone para el cumplimiento y universalidad de los derechos humanos más acá y más allá de las fronteras.

El peligro señalado tomó materialidad a través del Decreto de Urgencia y Necesidad (DNU 70/2017) dictado por el expresidente de Argentina, Mauricio Macri, el cual, bajo el lema de la lucha contra el narcotráfico, modificó la Ley migratoria con el fin de acelerar los procesos de deportación y prohibición de ingreso en el país de extranjeros que hubiesen cometido delitos graves, tuviesen antecedentes o «condena no firme», estuviesen involucrados en el tráfico de armas, drogas, mujeres, órganos, crímenes de lesa humanidad, terrorismo, lavado de dinero, pero también que hubiesen entrado de forma clandestina en el país, participado en la promoción con fines de lucro del ingreso ilegal de extranjeros o presentado documentación falsa para acceder a beneficios migratorios (*Boletín Oficial de la Nación* 30/01/2017).

Por la utilización de los extranjeros como chivo expiatorio de los problemas de delincuencia, narcotráfico e inseguridad, este decreto generó movilizaciones de organizaciones sociales y la apelación judicial para derogar el decreto, llevando el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la ONU (Centenera, 21/1/2017). En este sentido, lo paradigmático de este evento en Argentina es que hizo patente la tensión entre las políticas migratorias nacionales y la garantía de derechos humanos universales en el orden internacional, así como la tensión entre las medidas impuestas por el Estado y los sectores sociales que no tienen el poder para decir el derecho, sino solo para reaccionar con movilizaciones en el espacio público y apelar.

En respuesta al reclamo y a la apelación, la Cámara Federal dictó la «invalidad constitucional» del decreto, basándose en que proponía soluciones incompatibles con los derechos humanos: vulnera la garantía del debido proceso y el derecho de defensa de las personas migrantes, genera el riesgo de una detección unitaria y de la violación al derecho a la unidad familiar, y «se establece un mecanismo sumarísimo de expulsión aplicable a cualquier extranjero, sin consideración a sus circunstancias personales, tenga o no antecedentes penales» (*Perfil*, 24/3/2018). Asimismo, se sostuvo que va en contra de una política emancipatoria de los derechos humanos, porque el grupo sobre el que recae la modificación de la Ley migratoria está en situación de vulnerabilidad, es decir, «en situación de inferioridad en cuanto al ejercicio real y efectivo de sus derechos». En suma, el decreto perpetuaría y profundizaría esta situación de sometimiento.

De esta manera, se pone en evidencia que el decreto 70/2017 limita el paradigma de libertad de los derechos humanos con el supuesto fin de garantizar la seguridad de los argentinos y velar por el orden internacional y la justicia, viola derechos fundamentales y no considera la situación particular del migrante indocumentado que no puede regularizar su situación por las características de esta y por restricciones económicas o sociales que crean incluso su situación de irregularidad (Domenech, 2005). El decreto es un ejemplo de cómo el discurso de los derechos humanos, apropiado por un sector político en términos de derecho a seguridad y justicia, puede llegar a ser utilizado en contra de grupos en situación de opresión, contraponiéndose el paradigma de la seguridad nacional al humanitario (Morales, 2016). Esto, como veremos, da cuenta a su vez, del paradigma inmunitario que se apropió en un momento de la política argentina bajo la distinción entre lo propio y lo ajeno bajo el eje de la eliminación de lo otro para la propia protección.

En este trabajo, nos abocamos a ese decreto porque pone de manifiesto la vulnerabilidad de los derechos humanos cuando el Estado se arroga el monopolio en decir qué es el derecho. En consecuencia, podemos mencionar con respecto al decreto un triple problema: por un lado, la inconstitucionalidad del decreto; por otro, la diferenciación discriminatoria entre ciudadano y migrante y, por último, la situación del migrante irregular y su acceso a justicia, pues hay allí una violación de sus derechos dada por las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentra y que lo obligan a vivir en la ilegalidad o en los márgenes. Ahora bien, a raíz de cómo se vincula el migrante indocumentado con el ámbito jurídico y el social desde la dificultad y la marginalidad, surge la pregunta de cómo se articula con la noción y ejercicio de los derechos humanos, desde un punto de vista más originario que el de la estatalidad, pues el

Estado, así como se erige como protector de los derechos, es también quien puede llegar a avasallarlos, distinguiendo al ciudadano del extranjero.

La elección de este decreto, que contrasta con la política migratoria que histórica y actualmente mantiene por principio Argentina, está dada porque pone de manifiesto la relación entre Estado, ciudadanía, soberanía y derechos y permite tomar conciencia del avance en materia de derechos humanos en el país más allá de toda nacionalidad, así como los riesgos que implica sujetar los derechos a la capacidad del Estado de decir el derecho.

3. SOBERANÍA, ESTADO Y CIUDADANÍA: EL PARADIGMA INMUNITARIO Y EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Una de las tensiones del discurso jurídico en lo que respecta a la condición de ciudadano y de migrante irregular en términos de políticas de exclusión puede retrotraerse a las implicancias del concepto moderno de soberanía construido a partir de la metáfora del Estado como un cuerpo cuya vida hay que conservar. Esta imagen da pie a partir de la modernidad a las políticas aplicadas en términos de inmunidad (García López, 2013, Esposito, 2005). El Estado no es solo el que se proclama protector y garante de derechos. El Estado, encierra en sí el poder de avasallar y está en la base de la exclusión y eliminación del otro a partir de la distinción entre el ciudadano y el extranjero.

La metáfora del cuerpo político ha sido utilizada tradicionalmente para referirse a la unidad orgánica entre las partes de una comunidad donde la jerarquía entre ellas y el orden corresponden a un ser «por naturaleza». Según la *Política* de Aristóteles, los ciudadanos eran los actores políticos, mientras que los que no eran ciudadanos eran bárbaros o dioses y el objetivo de la política era vivir bien. En la modernidad, por su parte, la metáfora orgánica es utilizada para construir el concepto de soberanía, pero el orden político no se considera ya como natural, sino como artificio, y la vida biológica en tanto tal se convierte en objeto de la política². Esto lo encontramos de manera gráfica en el *Leviatán* de Hobbes (2014), pensador que sienta las bases teóricas del Estado mo-

² Si bien con diferencias de interpretaciones, FOUCAULT (2007), AGAMBEN (2006) y ESPOSITO (2005), utilizan el término de *biopolítica* para designar una forma de ejercicio del poder sobre la vida biológica. Según Foucault (2007), el nacimiento de la biopolítica se sitúa en el siglo XVIII. Según Agamben (2006), la modernidad implica un reencuentro con la noción originaria que estuvo siempre a la base de la política: la que vincula el poder soberano a la nuda vida. Esposito (2005), por su parte, considera la biopolítica como fenómeno moderno y contemporáneo.

dermo y articula la noción de temor y guerra frente a lo que atenta contra la conservación y la vida del individuo y del Estado.

Según Hobbes (2014, pp. 3, 180-181), la soberanía es el alma del Estado e implica el gobierno de la voluntad y juicio del soberano sobre las partes del cuerpo político. Que la soberanía sea el alma significa que da vida al cuerpo político y que, sin poder soberano el Estado muere, desencadenándose la guerra de todos contra todos que siempre está al acecho. En este contexto, la conservación de la vida del cuerpo político depende de la protección de la vida de los súbditos y de la disuasión del temor mutuo mediante el poder absoluto, pero, al mismo tiempo, esta protección depende de la obediencia. A su vez, el Estado en tanto cuerpo político conforma una individualidad que está en estado de naturaleza con otros Estados y con quien no acata su voluntad, su ley. El objeto del orden jurídico es la seguridad y, quien atenta contra la vida del Estado, se convierte en enemigo.

Si nos situamos en la imagen del Estado como un cuerpo cuya alma es la soberanía como vida y dominio de ese cuerpo (y como propiedad), tenemos que la noción de cuerpo marca los límites, la frontera, el cuerpo propio y el ajeno. Mientras que los ciudadanos integran lo propio de ese cuerpo, el extranjero o el rebelde es el que está fuera de los límites de él o su enfermedad. Entonces, si la soberanía es poder supremo de decisión sobre el cuerpo político y sobre las medidas ante lo que amenaza su conservación, bajo el argumento de que se pone en peligro la vida y unidad del cuerpo político y la vida de los ciudadanos, se abre la lógica de inmunización: «Ya se trate de la vida del individuo o de la vida de la especie, la política ha de poner a salvo a la vida misma, inmunizándola de los riesgos que la amenazan de extinción» (Esposito, 2005, p.160). Pero esta lógica siempre se aplica a lo categorizado como lo otro: «El mal que ataca al cuerpo político –se trate de una invasión extranjera o de un conflicto civil– tiene su matriz patógena fuera de él y se le transmite por medio de la infiltración de un elemento contagioso no generado por el propio organismo» (Esposito, 2005, p. 174). El paradigma inmunitario funciona haciendo una distinción entre lo propio y lo ajeno, promueve el discurso de la eliminación de lo ajeno para la conservación de lo propio y da cuenta del carácter negativo del derecho que no puede afirmar directamente la vida sin negarla³ (Esposito, 2005, p. 35).

³ Para Esposito, en su origen, el derecho busca proteger y prolongar la convivencia entre los hombres de conflictos destructivos y, por ello, se vincula necesariamente con la vida y supervivencia de la comunidad y con lo que aleja su muerte, del mismo modo que sucede con la inmunización del organismo humano, pero no logra su objetivo de manera afirmativa sino indirecta y negativa (ESPOSITO, 2005, p. 35).

Ahora bien, el derecho, al situarse en el plano de la *in-munitas*, se opone a la *comunitas*, en el sentido de que se opone a lo común, y configura la ciudadanía partir de las nociones de persona y propiedad privada que siguen la lógica exclusión-inclusión (García López, 2022, p. 404). La ciudadanía se define por pertenencia a una comunidad nacional, por integrar un cuerpo político, por ser «propietario de una nacionalidad determinada común a quienes tienen el mismo título de propiedad». Lo propio, lo común, lo compartido, es la nacionalidad reconocida jurídicamente. Quienes no tienen el título correspondiente, no pertenecen, son excluidos. Y con ellos se aplica más fácilmente el estado de excepción, bajo el lema de la seguridad.

La lógica de distinción entre lo propio y lo ajeno que busca conservar la vida propia mediante la eliminación de la amenaza que significa la alteridad, nos sitúa entonces en una ciudadanía inmunitaria basada en las nociones de excepción, violencia, inmunización y vida como base del derecho (García López, 2022). Cabe resaltar la violencia intrínseca al derecho. El derecho se instituye a través de una violencia originaria, que es la única capaz de garantizarlo; pero, al instituirse el ámbito del derecho, lo que amenaza es lo que está por fuera del derecho – la exterioridad que se incluye por medio de su exclusión, con lo cual el derecho se erige como violencia sobre la violencia que significa la otredad del derecho (García López, 2022, pp. 398-399). Para neutralizar el peligro de la anomia, de lo que está por fuera del derecho, se incluye violencia a través del estado de excepción, es decir, la suspensión del derecho que implica para el sujeto el abandono, la vulnerabilidad extrema ante la violencia de la Ley (García López, 2022, p. 399). El poder soberano, en tanto poder supremo, dicta el derecho pero está por fuera de él y, en nombre de la soberanía y la protección, puede suspender la Ley misma (García López, 2022, p. 402, Agamben, 2006). En este sentido, la condición de soberanía de un Estado se arroga la capacidad de decir el derecho, de garantizarlo o de suspenderlo, a partir de su violencia originaria. En este marco, los refugiados, y podemos añadir, los migrantes sin papeles, son situados en excepción, expuestos en su nuda vida a la violencia soberana: «la norma queda suspendida y el refugiado es expulsado fuera del derecho y capturado en el interior de una zona de anomia, atrapado así en un espacio indeterminado, abandonado» (García López, 2022, p. 410). Por ello, al producir el derecho una ciudadanía inmunitaria, se vuelve «incapaz de proteger la vida desnuda», pues se dirige a la ciudadanía y «la vida, desnuda, queda así expuesta a cualquier violencia, situada en bando, a-bando-nada»

En la inmunización jurídica, el derecho debe protegerse a sí mismo para proteger la convivencia negando lo que afirma (ESPOSITO, 2005, p. 42).

(García López, 2022, p. 410). Esto toma su forma en el centro de detención como lugar del estado de excepción⁴.

Si trasladamos lo visto al caso del DNU 70/2017, notamos que los migrantes irregulares pasaron a ser aquello «otro» en tanto peligro que debe ser extraído fuera del país, aplicando un estado de excepción entendido etimológicamente como «sacado fuera» (Agamben, 2005, p. 30). Desde el paradigma inmunitario se busca legitimar la exclusión y se hace a partir de una suspensión del paradigma de los derechos humanos basada en la estigmatización de lo otro como enfermedad. En este caso, el migrante irregular deja de tener derechos, al perder su condición de ciudadano o de regular. Su estar fuera de la ley, lo convierte en el blanco de la vulnerabilidad y de la suspensión de los derechos humanos. La política migratoria argentina actual en términos jurídicos intenta integrar a los migrantes de cualquier condición (sea regular o irregular) a todos los derechos básicos que corresponden a cualquier ser humano independientemente de su propiedad, intentando avanzar por sobre la distinción propio-ajeno. Sin embargo, el DNU 70/2017, luego derogado por su inconstitucionalidad, efectuó la distinción entre la propiedad de la ciudadanía y la regularidad por sobre lo común de los derechos humanos. En este sentido, como sostiene García López (2022, p. 414): «Lo que nos plantea el carácter inmunitario de la ciudadanía es su capacidad de suspender derechos» y se hace necesario mostrar la vigencia del análisis de Arendt sobre cómo los derechos humanos pueden verse desprotegidos cuando se ven subordinados a los de ciudadanía y, por ende, al monopolio estatal de la garantía /abandono de los derechos.

4. HANNA ARENDT: DERECHOS HUMANOS Y CIUDADANÍA

Cuando hablamos de la figura del migrante irregular, sin papeles, se presenta la dificultad de que es precisamente quien está fuera de la Ley y de la comunidad: no es, pues, ciudadano ni es un residente regularizado. Por ello, queremos destacar la observación de Hannah Arendt en *Orígenes del Totalitarismo* (1998) sobre la complejidad que implica el paradigma de los derechos humanos en su mismo origen, porque, si bien con la Revolución Francesa se

⁴ Los centros de detención de migrantes clandestinos son comparados por AGAMBEN (2006, p. 221-222) con el campo de concentración en cuanto lo característico de este es que crea una región de anomia en que se suspenden los derechos, consistente en «la materialización del estado de excepción» y la «creación de un espacio en el que la nuda vida y la norma entran en un umbral de indistinción», pues delimitan un «un espacio en que el orden jurídico- normal queda suspendido de hecho y donde el que se cometan o no atrocidades no es algo que dependa del derecho, sino sólo del civismo y del sentido ético de la policía que actúa provisionalmente como soberana».

declaran los Derechos del Hombre y del Ciudadano, nos encontramos con el establecimiento de derechos por el hecho de ser hombres y por el hecho de ser ciudadanos, es decir en cuanto perteneciente a una comunidad política, en combinación con la soberanía nacional (Arendt, 1998, p. 229). Para Arendt, los derechos humanos no son derechos naturales, porque la naturaleza no garantiza el derecho a los derechos ni tampoco la Humanidad, como comunidad universal, sirve para garantizarlos: un gobierno mundial, cuya forma de universalidad es reconocida solo como entendimiento entre Naciones, nos sigue dejando en el mismo plano⁵.

Analizando la Alemania de entreguerras, Arendt (1998, p. 226) plantea las dificultades propias de los des-nacionalizados, apátridas y refugiados, ya que aquellos derechos que se habían considerado inalienables fueron perdidos con la pérdida de la nacionalidad. En este sentido, si la idea de tener derecho a derechos procede de la pertenencia a una comunidad, se pone en crisis la idea de unos derechos humanos basados en la naturaleza (Reyes Mate, 2010, p. 241). En efecto, «los derechos inalienables eran disfrutados solo por los ciudadanos de los países más prósperos. El resto carecía de derechos» (Arendt, 1998, p. 234).

Según el análisis de Arendt, para ver protegidos los derechos, es indispensable la pertenencia a una comunidad política fruto de un trabajo colectivo, de pluralidad, de libertad e igualdad en que todos puedan construir y modificar el mundo común en un espacio público que es, por definición, compartido. Cuando el Estado Nación se erige como única autoridad jurídica que reconoce y realiza los derechos, este discurso termina supeditando los derechos a la ciudadanía, pues entonces puede establecerse una diferencia entre quien es ciudadano y quien no lo es. En este sentido, los derechos garantizados por la pertenencia a un Estado se basan más en el nacimiento en un territorio o en la descendencia que en la condición o dignidad humana (Reyes Mate, 2010, p. 242). De allí, el peligro que ve Arendt en el hecho de que los derechos dependan, en efecto, de la pertenencia a un Estado, pues, cuando éste teme el uso de la libertad y las diferencias étnicas o lo desconocido, puede pretender eliminarlas, creando un lugar exterior al interior del Estado: el campo de concentración de refugiados, indocumentados, ilegales, delincuentes (Reyes Mate, 2010, p. 242). En estos campos los derechos de los deportados son suspendidos y quedan a merced de la voluntad del Estado. Ante estos peligros, pasa a ser

⁵ Sostiene GARCÍA LÓPEZ (2022, pp. 407-408) que con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se ponen en escena dos categorías: «persona como condición de pensabilidad de los derechos humanos y ciudadanía como condición de pensabilidad de los derechos fundamentales asociados al Estado-Nación», lo cual se explicaría siguiendo a Esposito, porque la noción de persona separa vida y derecho (separa la naturalidad del ser humano y la capacidad jurídica), dejando a la vida excluida del derecho.

importante que el Estado reconozca al ser humano los mismos derechos que reconoce a sus ciudadanos, ya que desde el principio se ha ligado Derechos Humanos y ciudadanía (Reyes Mate, 2010, p. 243).

Del migrante irregular tal como fue considerado en el DNU, luego derogado, de 2017 se puede sostener lo mismo que de los refugiados que escapaban del nazismo desde la perspectiva de Arendt: «Ni ciudadanos, ni sometidos al derecho regular, ni a la normalidad. Por el contrario, su lugar se situaba en la excepción, en la anormalidad» (García López, 2022, p. 409). Al perderse la condición de ciudadano, se pierden garantías, uno queda en estado de excepción. Si bien el caso de Argentina no es el mismo que el que se da en Europa ni tampoco Europa es la misma que en la época que escribe Arendt, es importante poner de relieve el caso de abandono de la condición humana de aquel que está fuera del Estado y queda sometido a éste, abandonado por éste o reconocido por éste, pero siempre en una situación de subalterno, de lo otro, de vulnerabilidad y de desigualdad con respecto al ciudadano y a la persona de clase media/alta. El inmigrante es convertido en amenazante y superfluo, descartable, deportable, un problema para el orden nacional y víctima privilegiada de prácticas totalitarias. El proyecto de la creación de un centro de detención para inmigrantes indocumentados en Argentina no se corre mucho de los peligros planteados por Arendt, porque quedan sometidos a la pérdida de derechos por el hecho diferencial de ser extranjeros sin papeles.

En este sentido, la figura del migrante indocumentado en el contexto del DNU 70/2017 permite repensar la figura del sujeto de los derechos humanos a partir de la relación entre nacionalidad, ciudadanía y derechos, y se pone en evidencia, a partir del planteo arendtiano, que hay algo fundamental antes de la abstracción de los derechos humanos, que es la pérdida de derechos consecuente a la pérdida de la ciudadanía y de la comunidad, y el derecho a tener derechos, es decir el derecho a ser reconocido como miembro de una comunidad en tanto ser humano, y de actuar en la pluralidad al interior de esa comunidad en tanto sujeto político (Delgado Parra, 2016, p. 15). Con la derogación del DNU, gracias al levantamiento del pueblo y de organismos defensores de los derechos humanos, Argentina se posiciona de un modo que intenta dar prioridad a la condición de humanos que todos compartimos más allá de la nacionalidad y busca crear mecanismos para facilitar el proceso de regularización de los migrantes sin papeles, si bien muchas veces el acceso se dificulta no porque no esté el derecho a regularizar la propia situación y residir libremente en Argentina, sino por acceso en términos culturales, económicos, sociales, es decir, por las condiciones materiales en que vive el migrante irregular (García, 2016).

5. SOUSA SANTOS: EL DERECHO OCCIDENTAL COLONIALISTA, EL OTRO LADO DE LA LÍNEA Y LOS UR-DERECHOS

Sousa Santos, en *Descolonizar el saber, reinventar el poder* (2010), retoma el «derecho a tener derechos» de Arendt como el derecho a crear y organizar el derecho en tanto ur-derecho, o sea, un derecho fruto de una injusticia que le da origen y que puede pensarse, en el caso de las representaciones que apoyan la modificación de la ley, a partir de la lógica histórica e ideológica detrás del derecho occidental de corte colonialista que estableció líneas divisorias excluyentes entre los seres humanos. En este sentido, es que Sousa Santos (2010, pp. 22, 24, 26) posibilita pensar el problema del migrante irregular desde una «sociología de las ausencias y de las emergencias», ya que es producido como no existente/eliminable o visibilizado como amenazante, y este sujeto en situación de vulnerabilidad es aquel que hoy necesita hacerse oír.

Sousa Santos (2010, p. 8) considera que el derecho occidental moderno y la epistemología dominante se asientan en lo que llama el «pensamiento abismal», que establece una línea entre sujetos, saberes y experiencias visibles, útiles, inteligibles, legales («este lado de la línea», sociedad civil) e invisibles, ininteligibles, peligrosos («el otro lado de la línea», estado de naturaleza), aun cuando se sostienen los derechos humanos como universales.

El paradigma de la modernidad concibe el derecho como regulación/emancipación social, pero se funda originariamente sobre la distinción entre sociedades metropolitanas y territorios coloniales, pues en las primeras se aplicaba la dicotomía regulación/emancipación, mientras que en los territorios coloniales regía la lógica de la apropiación/violencia (Sousa Santos, 2010, p. 30). Por lo tanto, aunque el derecho moderno divide las acciones en legales o ilegales de acuerdo con el derecho oficial u internacional y universaliza esta distinción, no se aplica el mismo paradigma a ambos lados de la línea (Sousa Santos, 2010, pp. 30-35).

Ahora bien, aunque estas líneas se han ido desplazando con el proceso de descolonización y la universalización de los derechos humanos, para Sousa Santos el paradigma se ha conservado, ya que se ha considerado una intrusión de eso «otro» dentro de las metrópolis bajo la forma de terroristas, trabajadores migrantes indocumentados y refugiados. Observa que, si uno analiza nuevas leyes antiterroristas y migratorias practicada en EEUU y algunos países de Europa, se hace patente que siguen la lógica del paradigma apropiación/violencia hacia estos «otros» (Sousa Santos, 2010, pp. 38-39).

Si bien Argentina se ha caracterizado desde la legislación de 2003/2004 por ser inclusiva y adherir al paradigma de los derechos humanos como uni-

versales, eliminando la línea entre ciudadano y extranjero en cuestiones de derechos básicos e inalienables, vemos sesgos y discriminación social cuando, por ejemplo, se dice que los migrantes vienen a quitar el trabajo y a usar los servicios públicos y que son una amenaza para la seguridad nacional por su relación con las drogas y la delincuencia. Se piensa aquí, en efecto, a través de un paradigma que opone un «nosotros», nacidos aquí, a esos «otros» que vienen de afuera, unos «otros» que no se adaptan al paradigma de la «civilización» argentina. Estas representaciones se utilizan para legitimar una lógica diferencial para con ellos (y por esto violenta), que se corre del paradigma de los derechos humanos. Como vimos, el DNU 70/2017 y quienes apoyan y comparten esta representación reproduce esta lógica.

De esta manera, si bien según el paradigma internacional de los derechos humanos universales los migrantes indocumentados deberían ser tratados en base al paradigma de la regulación/emancipación previsto en la Ley argentina, los derechos humanos son violados por el Estado, las corporaciones y parte de la sociedad con el supuesto objetivo de ser defendidos con el DNU 70/2017. Podemos notar que ocurrió lo que Sousa Santos (2010, p. 45) llama un «retorno del colonizador» y un fascismo social y contractual: se construye una segregación urbana y una red de relaciones de poder desiguales que concede al más fuerte poder sobre el más vulnerable, obligándolo a aceptar las condiciones impuestas para sobrevivir. Pensemos, en esta misma línea, que la situación de vulnerabilidad hace que los migrantes indocumentados sean subcontratados por corporaciones multinacionales para ser explotados en talleres clandestinos o en zonas rurales, lo cual es otra forma de violencia dentro del neoliberalismo, donde las fronteras se corren y el orden capitalista global neoliberal viola los derechos más fundamentales. Asimismo, cualquier derecho a acceso a justicia y regularización de permanencia en el país se ve dificultado por las barreras económicas, institucionales y de movilidad, generando que, por esa misma razón, queden en los márgenes y terminen siendo víctimas del decreto 70/2017, demonizados como amenazantes y deportados, sin posibilidad material y real de apelación.

A raíz de esto, podemos afirmar que, en la modificación de la Ley inmigratoria con el DNU, se intentó aplicar al migrante irregular la lógica de la violencia. Si bien en términos jurídicos esta Ley se derogó y se mantuvo la reivindicación de los derechos humanos sin importar si es ciudadano o extranjero, en las prácticas sociales y económicas en muchos casos terminan los migrantes irregulares en condiciones de vulnerabilidad.

Ahora bien, surge entonces la pregunta de cómo hacer frente a las políticas nacionales e internacionales y a las representaciones sociales que se valen de un discurso universalista de los derechos humanos, pero que generan división

social, racial y exclusión. Sousa Santos considera, como respuesta, la emergencia de un cosmopolitismo subalterno donde la parte débil pueda decir el derecho. Como él mismo observa, el cosmopolitismo ha significado universalismo, tolerancia, ciudadanía mundial, pero también ha justificado el privilegio de unos pocos. Por ello, considera necesario un cosmopolitismo contrahegemónico que, desde un pensamiento posabismal, piense desde el otro lado de la línea y formule una concepción intercultural de los derechos humanos que no avasalle los sectores oprimidos sino se ponga al servicio de una política progresista, emancipatoria (2010, pp. 64-65). En este sentido, pensar un cosmopolitismo nos permite reconectar nuevamente humanidad y ciudadanía en una comunidad global justa y emancipatoria para el cumplimiento de los derechos, que parta de la situación concreta, de las injusticias, de la reivindicación de las luchas de los oprimidos, algo que la Ley de inmigración actual intenta hacer pero sin poder siempre lograrlo materialmente.

Sousa Santos propone un concepto de derechos humanos situado, que se ajusta a la situación de los migrantes irregulares y que tiene que ver con los ur-derechos (derechos originales) que no son «naturales» sino derechos que existen en el proceso de ser negados, pues responden a injusticias originales. Dentro de estos se encuentra el derecho a organizar y participar en la creación de derecho, que es, como habíamos señalado, una versión más concreta del «derecho a tener derechos» de Arendt. Esto requiere una política emancipatoria de derechos entrelazada con políticas de democracia participativa, abierta a todos los oprimidos y marginados, incluidos los migrantes sin papeles. En este sentido, tanto organismos gubernamentales como ONGs deciden mostrar su apoyo a la regularización del migrante y ayuda al acceso al derecho para que estas personas puedan ver su condición de humanos protegida tras la derogación del DNU 70/2007.

Ahora bien, en este derecho a crear y decir el derecho y en este cosmopolitismo contrahegemónico que propone Sousa Santos, lo que se está poniendo en cuestión es el problema que representa el monismo jurídico que impide a los oprimidos decir el derecho, pues el problema no es solamente la relación entre ciudadanía y Estado en la situación del migrante sino cómo se ha entendido el orden institucional solamente desde el monismo jurídico.

6. WOLKMER Y LA NECESIDAD DEL PLURALISMO JURÍDICO

La protección de los derechos de los que están fuera del Estado, se dificulta por el monismo jurídico propio del paradigma de la modernidad que

considera al Estado como único administrador legítimo del derecho y de un derecho que es siempre, como observó Marx, ideológico.

Hasta ahora el paradigma dominante que ha prevalecido desde la modernidad es el de un derecho occidental monista, donde el Estado mismo se define, entre otras cosas, 1) como garante de seguridad de los derechos de quienes integran dicho Estado, 2) como un Estado soberano con poder sobre el territorio y sobre los individuos que circulan o viven en él, 3) como único administrador del derecho y con monopolio de la violencia legítima. En este sentido, sin Estado no hay derecho. Pero entonces, como ya habíamos planteado en otros apartados, ¿quién protege del Estado a quien está fuera del Estado, a quien no tiene ciudadanía en el territorio? El cosmopolitismo y el plano internacional (que se definen incluso en términos interestatales) buscan proteger los derechos humanos en cuanto humanos, pero no intervienen en la soberanía de los Estados sobre sus territorios y, dentro del territorio, se distingue entre ciudadano y extranjero en intersección con lo lícito y lo ilícito, estableciéndose formas de trato diferenciales con respecto a los derechos. A través de su legislación Argentina busca garantizar la igualdad, pero no siempre están las condiciones sociales y económicas para ello y aparecen proyectos como el DNU 70/2017 o disposiciones locales/provinciales que hacen diferencia entre nativo/extranjero.

El problema del monismo jurídico es que no permite al subalterno decir, cuestionar, crear o modificar el derecho, no habilita otras lógicas, y va aparejado a la ciudadanía y al Estado, del que el migrante indocumentado está ya siempre fuera antes de poder siquiera «pedir» sus derechos, porque esos derechos, como veía Arendt, no se tienen, sino que se tiene que contar con la posibilidad de pedir el derecho de adquirirlos.

De esta manera, el lugar del migrante irregular pone en cuestión la legitimidad de este monismo y las dicotomías abiertas por él dentro y fuera de la ley, porque los procedimientos de acceso a sus derechos no logran efectivizarse y porque no tienen la posibilidad de organizar el derecho desde sus necesidades y situación particular, estableciéndose de hecho una distinción discriminante entre en el nacional y el extranjero.

Por ello, se torna imperante si se quiere defender la universalidad de los derechos humanos sin ejercicio de violencia, pensar el derecho desde un pluralismo que ponga en igualdad de condiciones al extranjero y al ciudadano en cuanto humanos. Esto quiere decir pensar la posibilidad de que no solo rija el derecho oficial, estatal, que reprime a unos y protege a otros, sino también un derecho, una interculturalidad y una auto-organización que las minorías puedan ir generando en función de sus necesidades y situaciones de abandono y opresión, porque, como señala García (2008), el lenguaje jurídico, las dificul-

tades burocráticas, las prácticas discriminatorias y las representaciones de los ellas como amenaza, entre otras cosas, dificultan cualquier acceso a justicia, a igualdad y a todas las condiciones básicas de la vida humana a quien está en una situación de precariedad.

En este sentido, el pluralismo jurídico propuesto por Wolkmer (2003) establece un diálogo que toma en cuenta los diversos actores y grupos que intervienen en la construcción social de la realidad y de los derechos en su producción, uso y aplicación, trascendiendo los nacionalismos y los localismos, es decir las dicotomías, para dar una protección integral a todos los seres humanos. Wolkmer (2003, p. 16) propone un uso alternativo del Derecho, un proceso de construcción de formas jurídicas que devengan armas de lucha para la efectivización de los derechos que ya están en los textos jurídicos pero no están siendo aplicados o que aun ni siquiera existen; propone un derecho paralelo, emergente, insurgente, coexistente con el estatal, pero concebido desde una óptica democratizante.

Dado que, como señala Bourdieu, el derecho a decir el derecho es lo que da poder y el derecho es lo que dicen las personas legitimadas para decir el derecho al interior del campo jurídico, es importante repensar las relaciones de poder en que el migrante indocumentado o irregular queda invisibilizado o imposibilitado de decir, crear y hacer accesibles los derechos que le corresponden, le son necesarios y le son, en la práctica, negados.

7- CONCLUSIONES

Como señala Correas (1993, pp. 44-45), la convicción de que los derechos humanos deben ser defendidos es causa de muchas normas jurídicas pero también, puede haber una utilización, por parte del poder hegemónico, del discurso de los derechos humanos para producir cierta ideología (por ejemplo del Estado como protector de «algunos») produciendo incluso normas que violentan los derechos humanos (de los «otros»). Las leyes de los derechos de los migrantes y de las sanciones a la ilegalidad implican una concepción de las normas jurídicas en tanto regulación social y protección de los derechos humanos, pero también como control, expulsión, violencia.

Como afirman los y las pensadoras trabajadas, la particularidad histórica e ideológica del derecho occidental se basa en una monopolización de la facultad de decir y crear el derecho, arraigada en el Estado moderno, que ha llegado a dividir el mundo epistemológicamente en dos: lo lícito y lo ilícito, «nosotros» y «ellos», división que se hace patente en la noción de cuerpo político y

de inmunización que atraviesan el orden político, jurídico y social. El derecho occidental, aunque ha reconocido los derechos humanos y su universalidad, ha también dividido los individuos según a quiénes se aplican las normas y de qué manera, dándose una tensión, en el caso de los marginados, entre los derechos que les corresponde como seres humanos y las condiciones sociales y humanas en que realmente se encuentran, y específicamente entre los migrantes irregulares, entre sus derechos como ciudadanos y como seres humanos. El derecho tiene como origen la violencia y el estado de excepción para proteger de la violencia y la metáfora del Estado como un cuerpo político ha derivado en una lógica inmunitaria que atenta contra la noción de vida y de comunidad en su intento de protección a partir de la eliminación de lo otro.

En este sentido, creemos que, para analizar la situación social y jurídica actual del migrante indocumentado, se deben tener en cuenta las lógicas que subyacen a los derechos nacionales e internacionales y a las lógicas de regulación/ emancipación o violencia, sobre todo pensando en la imagen social e ideológica que circula de los migrantes indocumentados como amenaza para el orden y bienestar público, pero también pensando en las condiciones sociales particulares que obstaculizan que puedan acceder a justicia, convirtiéndolos en víctimas del neoliberalismo. La Ley argentina y la derogación del DNU 70/2017, intentando suspender la lógica misma de la violencia originaria del derecho, pone al ser humano por sobre su regularidad/ irregularidad, pero no faltan proyectos políticos que, cada tanto, ponen en jaque la lógica igualitaria prevista en la Constitución⁶.

Los migrantes indocumentados, aunque reconocidos por la Ley como sujetos de derecho, son privados de su propia dignidad a través de decretos como el DNU 70/2017, oportunamente derogado, o por las condiciones de acceso a los derechos. Por estar fuera de la legalidad y en condiciones precarias, sin acceso real al proceso de regularización, son despojados de la efectivización y materialización de sus derechos en cuanto seres humanos, estableciéndose una diferenciación no solo de clase con el resto de la sociedad sino de discriminación entre quien es ciudadano y quien no, demonizando a los que son obligados a habitar en los márgenes.

En este sentido, lo que se plantea en este trabajo es una puesta en evidencia de la inclusión y exclusión de la condición humana en las normas jurídicas y de su eficacia, en tanto se produce una tensión entre los derechos reconoci-

⁶ Recientemente en Salta se presentó un proyecto para cobrar asistencia sanitaria a los extranjeros no residentes de la provincia, lo cual despertó movilizaciones tras que un argentino muriera en Bolivia sin ser atendido. La Constitución prevé el derecho a la atención médica sin importar la nacionalidad.

dos por el Estado y la declaración universal de los derechos humanos, en el caso de los migrantes irregulares, cuando el paradigma de igualdad, libertad y emancipación de los derechos humanos se pone en tensión con el paradigma inmunitario de la seguridad y ciudadanía y cuando se buscan restringir las posibilidades de un uso alternativo del derecho y de un cosmopolitismo subalterno, porque la concepción moderna del Estado como administración del derecho (como quien detenta el monopolio jurídico) sigue operando como justificador y legitimador del orden social. Así, ambos paradigmas, tanto el del monismo jurídico como el del paradigma de regulación/emancipación, el planteo arendtiano de la conexión entre derecho y ciudadanía, y las nociones de paradigma inmunitario y estado de excepción de Esposito y Agamben (García López, 2013, 2022), ayudan a entender los problemas planteados por las representaciones sobre la figura del migrante irregular.

Cabe preguntarse, ahora, si es factible pensar los derechos fuera de la idea de la estatalidad y si la ruptura del monismo jurídico podría aportar algo para pensar los derechos humanos más allá y más acá de la adscripción a un Estado, desde un pluralismo jurídico y un diálogo intercultural. Quizás, no se trata solo de que el Estado garantice derechos, sino también de que los marginados, los migrantes (regulares e irregulares) puedan decir el derecho cuando se trata de la dignidad y condición humana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABIUSO, F.; PÉREZ RIPOSSIO, R. (2014). La ciudadanía en cuestión: miradas y representaciones del Poder Judicial con respecto al migrante sudamericano. En *VIII Jornadas de Sociología de la UNLP*. Ensenada. <http://jornadassociologia.fahce.unlp.edu.ar>
- AGAMBEN, G. (2006). *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-textos. Valencia.
- ARENDT, H. (1998). *Los orígenes del Totalitarismo*. Taurus. Madrid.
- (2016). *Escritos judíos*. Paidós. Barcelona.
- ARREDONDO, A. (13/9/2019). La ONU reclamó la derogación del decreto de Macri contra los migrantes. En *Página 12*,. <https://www.pagina12.com.ar/218137-la-onu-reclamo-la-derogacion-del-decreto-de-macri-contra-los>
- BOLETÍN OFICIAL DE LA NACIÓN (lunes 30 de enero de 2017). Año CXXV Número 33.555. Buenos Aires.
- CAGGIANO, S. (2008). Racismo, fundamentalismo cultural y restricción de la ciudadanía: formas de regulación social frente a inmigrantes en Argentina. En Novick, S. *Las migraciones en América Latina. Política, cultura y estrategias*. CLACSO. Buenos Aires.

- CAGGIANO, S. (24/7/2017) La nueva política migratoria argentina: control y exclusión. En *El país*.
- CENTENERA, M. (21/1/2017). Argentina responde a la ola de inseguridad con una política migratoria más dura. En *El país*. . https://elpais.com/internacional/2017/01/21/argentina/1485011557_658530.html
- CORREAS, O. (1993) *La sociología jurídica. Un ensayo de definición*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 23-52. Recuperado de <https://www.juridicas.unam.mx/>
- CUE, C. (30/1/2017). «Argentina, tierra de inmigrantes, entra en la guerra al extranjero por el miedo a la inseguridad». En *El País*. https://elpais.com/internacional/2017/01/27/argentina/1485544314_535161.html
- DELGADO PARRA, M. C. (2017?). El concepto de libertad en Arendt para el ejercicio de los derechos humanos. En *Nueva Época*, Año 10 N°41, Octubre 2016-marzo 2017, 6-25.
- DOMENECH (2005). *Políticas migratorias y estrategias de integración en Argentina: nuevas respuestas a viejos interrogantes*. Ponencia presentada en la XXV Conferencia Internacional de Población de la IUSSP realizada en julio en Tours, Francia.
- EFE (30/1/2017). Argentina endurece la Ley migratoria para perseguir a los extranjeros. En *La Vanguardia*. Rec. de <https://www.lavanguardia.com/internacional/20170130/413854286723/argentina-ley-migratoria.html>
- ESPOSITO, R. (2005). *Immunitas: protección y negación de la vida*. Amorrortu. Buenos Aires.
- (2003). *Communitas: origen y destino de la comunidad*. Amorrortu. Buenos Aires.
- FOUCAULT, M. (2007). *El nacimiento de la biopolítica*. Fondo de cultura económica. Buenos Aires
- GARCÍA, L. (2016). Personas migrantes y acceso a la justicia. Notas para pensar una tutela efectiva a partir de los casos judicializados de personas en situaciones de expulsión. En *Derecho y Ciencias Sociales*, Octubre 2016, n° 15, 21-46. ISSN: 1852-2971.
- GARCÍA LÓPEZ, D. J. (2013). *Organicismo silente*. COMARES. Granada.
- (2022). La exceptio como arché del derecho y la ciudadanía inmunitaria. En D'Amico, M.; Liberali, B.; Pérez Miras, A.; Raffiotta, E. C; Romboli, S. y Teruel Lozano, G. M (Eds.) *Europa, Società Aperta, Volume I, Problemi Attuali E Prospettive Future* (pp. 395-416). Editoriale Scientifica. Napoli.
- HOBBS, T. (2014) *Leviatán o la materia, forma y poder de una República Eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica. Argentina
- MORALES, P. V. (2016). Migraciones en Argentina. Entre el paradigma humanitario y la seguridad nacional. En *Bordes. Revista de política, derecho y sociedad*, ago-oct, 89-94.
- REYES MATE, M. (2010) «Hannah Arendt y los derechos humanos» en *Ciencia, Pensamiento y Cultura CLXXXVI* 742 marzo-abril, 241-243. ISSN: 0210-1963.

- SOUSA SANTOS, B. DE (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Ediciones Trilce– Extensión universitaria Universidad de la República. Montevideo.
- TUCHIN, F. (2016) «Argentina se revuelve contra la detención de inmigrantes» en *El país*, Buenos Aires, 9 de diciembre de 2016. https://elpais.com/elpais/2016/12/07/3500_millones/1481137831_245392.html?rel=mas)
- WOLKMER, A. C. (2003). *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*. CENEJUS.

L'UOMO POSTMODERNO NELLA SOCIETÀ DELLA PRESTAZIONE: ATTRAVERSO IL LAVORO PER LA RICERCA DELLA DIGNITÀ

MASSIMILIANO BARONI
Università di Parma

SOMMARIO: 1. *Introduzione.*–2. *Lavoro e società globale.* 2.1 Lavoro, dignità e società globale.–3. *Conclusioni: ri-costituzionalizzare il lavoro.*

1. INTRODUZIONE

Quello di lavoro è concetto non solo estremamente complesso e polisenso, bensì anche dotato di particolare valenza nel diritto costituzionale e, in particolare, nel diritto costituzionale italiano. Il riferimento al primo articolo della Carta fondamentale è naturale ed obbligato, pur se di per sé non esaustivo: il novero delle – numerose – disposizioni costituzionali espressamente o implicitamente riferite al lavoro testimonia invero la centralità antropologica, etica ed economica¹ affidatagli dalla Costituzione (il termine «lavoro» compare diciannove volte

¹ LUCIANI (2010) scrive di una *centralità antropologica* del lavoro «inteso come tratto tipico della condizione umana», precisando tuttavia che «oggetto del contratto non è l'«uomo», ma la sua forza-lavoro»: per tale ragione, quindi, il comma secondo dell'art. 4 Cost. avrebbe indicato il lavoro anche come *dovere*, così sottolineandone la dimensione del dover-essere e, in altre parole, la *centralità etica*: lavoro come «espressione primaria della partecipazione del singolo al vincolo sociale», che ne esce rinsaldato e rafforzato, anche grazie all'opera di «restituzione» messa in atto dal singolo nei confronti della società in cui egli lavora e che gli fornisce determinati beni e servizi. Completa il quadro descritto dall'A. la *centralità economica* del lavoro, ben testimoniata dagli articoli della c.d. Costituzione economica e finalizzata ad evidenziare come la futura Repubblica intendesse «innestare gli strumenti dello Stato sociale sull'economia

nella Carta costituzionale. Ne fanno espressa menzione il primo articolo; l'art. 4 Cost.; nei rapporti economici gli artt. 35, 36, 37, 38; 39 e l'art. 46 Cost.. Tutelano il lavoro – e la sua conservazione – gli artt. 51 e 52 Cost.. L'art. 99 Cost. disciplina il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, mentre gli artt. 117 e 120 regolano il riparto di competenze Stato-regioni e la potestà legislativa regionale).

Per quanto qui maggiormente interessa, dalla scelta operata in Assemblea costituente emerge chiaramente una disciplina del lavoro come fondamento della persona umana, libera e *dignitosa*, proiezione dell'inossidabile legame tra il lavoro e la considerazione che l'individuo ha di sé, con sé medesimo e nella società. Non è certo un caso che «due delle tre disposizioni costituzionali che citano espressamente la dignità hanno riguardo ai rapporti economici» (Apostoli, 12, 2019), data la strettissima e naturale relazione esistente tra economia, dignità e ciò che dovrebbe sintetizzare l'incontro dell'una con l'altra: il lavoro, appunto. Che, se certamente non è privo di una dimensione prettamente deontica, sintetizzabile nell'obbligo per ciascuno di partecipare attivamente al progresso sociale, dall'altro lato costituisce altresì un obbligo per lo Stato (e, dunque, una fonte di legittime pretese da parte individuale) affinché ciascuno possa essere messo in condizione di trovare la propria collocazione professionale, seguendo le proprie capacità (e non l'imperativo del più alto riconoscimento economico, che altro effetto non ha se non svilire tutti quei mestieri non sufficientemente profittevoli e, per questo, ritenuti quasi «inutili»). Si parla, in tal senso, di una «costante costituzionalizzazione del lavoro» (Salazar, 7, 2018), volta non tanto ad un diritto al lavoro propriamente inteso (come noto, non rinvenibile nel bagaglio giurisprudenziale della Consulta: esemplificativamente si vv. le sentt. nn. 174/1971 e 15/1982, nonché *a priori* la sent. n. 45/1965, ove la Corte ha avuto modo di specificare che «l'art. 4 Cost., come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione (...), così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto»), quanto a porre in essere quelle condizioni² – necessarie a far sì che il lavoro venga effettivamente letto e rego-

sociale di mercato, diffidando delle capacità autoregolatrici dell'iniziativa privata» (a differenza di quanto accade oggi, sic!).

² A livello dispositivo possono *prima facie* ricordarsi l'art. 2 del D. Lgs. 81/2008 (T. U. salute e sicurezza sul lavoro) che, nel definire il concetto di «salute» in ambito lavorativo fa espresso riferimento a quello «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assistenza di malattia o d'infermità»; oltre all'art. 2087 C. C., tramite cui trova tutela (in termini, tra l'altro, di un obbligo di *facere* datoriale), oltre all'integrità fisica anche la «personalità morale» del lavoratore. La correlazione tra dimensione fisica e morale/psicologica del lavoratore è ancora sottolineata, nel medesimo Testo Unico, dall'art. 28 D. Lgs. 81/2008, nelle forme dello stress lavoro-correlato. Più diffusamente, per una panoramica circa la correlazione tra tutela dispositiva della sicurezza sul lavoro e dignità della prestazione lavorativa si vv. *ex multis*, NUNIN (2019); nonché D'ORO (2007).

lato quale attività libera e dignitosa, a sua volta veicolo per una vita («esistenza», per l'art. 36 Cost.) che sia complessivamente tale.

Lavoro dunque da intendersi come diritto e dovere, esplicitamento dello spirito: proiezione, si è brillantemente detto, di quella «concezione immanentistica della vita» (Battaglia, 65, 1951) che affonda le proprie radici nella «coscienza di noi, come scaturigine di ogni conoscenza e di ogni azione» e che, tramite l'*opus operatum*, rimanda «all'intimità» (dello spirito e, potrebbe certamente dirsi, della persona in quanto tale)³. Lavoro, altresì, come collegamento fra comunità e Stato⁴: una sineddoche rappresentativa della parte per il tutto e – dunque – della persona umana quale portatrice dei valori riconosciuti dall'art. 2 Cost.⁵. Similmente – non per caso – a quanto può dirsi della configurazione «a maglie larghe» (D'Aloia, 2002; Bifulco, 1998) della Costituzione economica.

Ciononostante, pur essendo stato posto a fondamento della Repubblica, in virtù della sua feconda natura di pilastro attraverso il quale costruire un'impalcatura statuale a misura d'uomo, non può farsi a meno di notare come il lavoro sia andato in questi anni – e specie dagli anni '80 – ben oltre la «solitudine» che gli veniva intitolata dalla migliore dottrina (Zagrebelsky (2013), per il quale l'ascesa del lavoro a carattere fondante della *res publica* rappresenta la diffusione della democrazia, nella sua dimensione politica e sociale), subendo un ribaltamento di prospettiva: non più lavoro come fondamento della struttura sociale organizzata («dal lavoro alle politiche economiche, dalle politiche economiche all'economia»), ma – piuttosto – mera parte di un mondo in cui «dall'economia dipendono le politiche economiche; da queste i diritti e i doveri del lavoro»⁶. In un contesto che vede lo Stato, ormai inadatto al proprio ruolo-guida, capace unicamente di porsi nel solco già tracciato dal mercato.

Il lavoro, insomma, appare relegato alla base della piramide decisionale.

2. LAVORO E SOCIETÀ GLOBALE

Le profonde trasformazioni che nel corso del XXI secolo hanno interessato (*rectius*: investito) lo stato costituzionale, oggi si riverberano dunque – tra le altre cose – sul lavoro.

³ Altra attività che, per l'A., porta all'esplicitamento dello spirito è il gioco, il cui fine – «contingente» – si distingue dal fine – «necessario» – del lavoro. L'accostamento tra lavoro e gioco compare, pur se sotto una diversa luce, anche nei lavori di B.-C. Han, tra cui più recentemente HAN (2022).

⁴ MORTATI (1953).

⁵ MENGONI (1998).

⁶ ZAGREBELSKY, *ibid.*, che continua ricordando come la democrazia ne sia uscita impoverita, e la coesione sociale lacerata.

La progressiva appropriazione delle attribuzioni pubbliche per eccellenza da parte delle compagini privatistiche multinazionali rivela l'ormai completa erosione della rilevanza dello Stato novecentesco di fronte al Transnazionale (si è detto che «la frantumazione del territorio e il dissolvimento della collettività lasciano indeterminata l'individuazione del sovrano» – Raffiotta, 2018), che penetra la governance globale, dirigendola (non per «cupole planetarie» o «complotti globali», quanto come manifestazione prevalente di interessi coincidenti – Galli; Caligiuri, 2020) e – ciò che più conta – rivelando precise *tendenze costituzionali*: la conseguenza immediata è un diritto globale lasciato libero di atteggiarsi a potere sovrano, per effetto di una espansione orizzontale che sfugge ad ogni regolamentazione⁷.

Il paradigma funzionale della contemporaneità non è quello del lavoro come attività attraverso cui esplicitare, quasi spiegare, sé stessi; bensì quello della società della prestazione (*leistungsgesellschaft*), che alimenta la corsa alla sovrapprestazione e alla prevaricazione, sugli altri e soprattutto su di sé, perpetrando una narrazione meritocratica per effetto della quale è credenza diffusa che il merito sia l'unico *discrimen* tra successo ed insuccesso e che, anche per tale ragione, coloro i quali non raggiungono posizioni apicali non siano degni di adeguata valorizzazione all'interno del contesto sociale di riferimento.

Non solo: la globalizzazione determina una geografia umana esposta più a sporadiche opportunità che ad una precisa idea professionale (Bauman sottolineava l'accostamento tra l'attuale modello di cittadino ideale – ovverosia l'instancabile lavoratore, incapace di fermarsi – e il *turista* perpetuamente e costantemente errante, sempre in movimento e ossessionato dall'imperativo morale di dover fare); e la precarietà dell'azione istituzionale impedisce l'attecchimento di identità politiche (mentre l'assenza di confronto sociale e circolazione delle idee determina la sparizione di una coscienza sociale di classe). Ne deriva una vera e propria riconfigurazione dello Stato in favore dell'ortodossia economica (variamente indicata come neoliberista)⁸ e una perdita di attrattiva di argomenti a favore dell'egualitarismo (Crouch, 2003), non

⁷ Con l'espressione *tendenze costituzionali* si vuole rimarcare – non senza una certa dose di preoccupazione – il carattere quasi spontaneo, apparentemente inevitabile, dichiaratamente orientato alla crescita esponenziale, incurante di forma o definizione nonché, infine, manifestamente intollerante alla subalternità nei confronti del pubblico.

⁸ Il termine, che ricorre frequentemente in numerosi lavori, non ha un significato universalmente e unanimemente riconosciuto, venendo generalmente utilizzato quale leva critica verso politiche – (e/o filosofie) – economiche eccessivamente sbilanciate a favore del libero mercato e, correlativamente, a sfavore dell'intervento statale nell'economia; messe in atto soprattutto a partire dagli anni '80 (ad opera, ad esempio, di Ronald Reagan e Margaret Thatcher). Da notarsi, comunque, come non vi sia alcun economista che si autodefinisca neoliberista, e come dunque il termine si presti ad un utilizzo sovente nebuloso. Sul punto anche HARTWICH (2009).

a caso descritta come lampante evidenza della tensione tra dimensione rappresentativa ed economico-finanziaria.

In tale contesto, la repentina mutevolezza delle forme di prestazione di manodopera rende inadeguati anche i percorsi formativi tradizionali, e insieme a politiche di massiccia liberalizzazione e acritica fiducia nella capacità di autoregolamentazione del mercato fornisce ulteriore linfa al «disconoscimento di ogni ragione non economica» (ancora Bauman, 1999): sfuma, così, la rilevanza (anche pubblicistica) dell'istituzione universitaria⁹, mentre nei piani nazionali e governativi la dimensione culturale viene progressivamente accantonata e ridimensionata per far spazio alle discipline scientifiche, più proficue, oltre che industrialmente – ed elettoralmente – più facilmente spendibili (con buona pace della dimensione agambiana dell'*homo sacer*, cui sembra piuttosto fare da contraltare l'irruzione dell'*inumano* e l'emersione del *postumano* di Revelli).

Così il lavoro, tradizionalmente – e storicamente – sintesi di economia e dignità¹⁰, subisce il generale disimpegno delle istituzioni rappresentative sul fronte solidarista, insieme al tramonto del paternalismo aziendale.

Tale crisi di identità si riflette sull'apparato normativo di settore, oggetto di riforme disorganiche e (troppo) frequenti: la perequazione dei rapporti di

⁹ Enfatizzando un quadro già fortemente compromesso per effetto di problemi ormai endemici del settore, quantomeno in Italia. Tra le cause, la carenza di fondi (l'Italia non solo è da anni al di sotto della soglia media OCSE del 5% del PIL speso per il settore dell'istruzione, ma è addirittura in costante e progressivo calo da oltre un decennio); le condizioni di lavoro degli insegnanti, tanto con riferimento ai noti problemi di precariato, quanto relativamente alle retribuzioni e all'età dei medesimi, rispettivamente più basse e più alta della media OCSE (in altre parole, l'Italia ha insegnanti malpagati e anziani, con tutto ciò che ne deriva in termini di qualità dell'insegnamento, specie considerando le difficoltà di interazione con gli strumenti informatici, la cui essenzialità è stata brutalmente messa a nudo dalla pandemia); oltre all'abbandono scolastico, attestatosi in media al 14,5% nel 2018 (e del quale è ragionevole attendersi un'impennata nelle rilevazioni post-pandemia). Si aggiungano poi gli endemici squilibri nella distribuzione dei fondi e nelle disparità tra nord-sud, oltre – infine – ad un quadro normativo eccessivamente complesso e disorganizzato. Tra competenze statali, regionali, concorrenti, e competenze attribuite alle singole realtà territoriali e istituzioni scolastiche – continua CALVANO (2020) – l'autonomia scolastica sembra aver fallito tanto nel processo di democratizzazione che sembrava doversi introdurre negli anni '70 quanto in quello di efficientamento risalente alla legge Bassanini, costituendo anzi «la premessa per una sostanziale abdicazione dello Stato dai suoi compiti concernenti la funzione della pubblica istruzione», a sua volta causata da una prassi legislativa «prevalentemente ispirata a paradigmi economicistici». Tanto che – testimoniando la torsione del concetto stesso di istruzione, sempre più assimilata all'idea di formazione professionale – «l'abdicazione dello Stato dal compito dell'istruzione rende la sua trasformazione in servizio-merce, offerto sempre più tramite forme privatistiche, da parte di soggetti in competizione tra loro, in concorrenza per risorse sempre più scarse, si disvela allora nella sua essenza: un'incredibile miopia, un gesto autolesionistico di un padre che, avendo affamato i suoi figli viene da questi ucciso, uno scenario da Inferno dantesco cui non vorremmo certo dover assistere».

¹⁰ Lo slittamento della dignità individuale su un piano contabile è evidente, e testimonia ulteriormente la natura dello Stato neoliberale come Stato-economico (*rectius*: radicalmente economico), in cui il «triplice senso» teorizzato da Wendy Brown (per cui «lo Stato garantisce, spinge e promuove l'economia; lo scopo dello Stato è di facilitare l'economia, e la legittimità dello Stato è legata alla crescita dell'economia») si realizza in violazione del patto sociale.

forza tra lavoratore e figura datoriale, come risultante dall'assetto normativo del dopoguerra, ha ceduto il posto ad interventi legislativi di breve respiro, sovente reciprocamente antitetici e confusionari, comunque capaci di decretare il successo dell'ossimorica formula di «mercato del lavoro» (con buona pace della considerazione marxiana di questo come «altro dalla merce»), mentre il modello aziendale elevato a paradigma statuale sposta il baricentro verso il capitale. Paradigmatico – e per certi versi inedito – il caso italiano, il cui approccio normativo (e ideologico) al lavoro è stato irrimediabilmente mutato nientemeno che (anche) da una lettera, come noto inviata all'allora Presidente del Consiglio dei Ministri Silvio Berlusconi dall'allora Presidente in pectore della Banca Centrale Europea (nonché, a distanza di una decade, futuro PdCM Mario Draghi, unitamente al Presidente uscente Trichet), avente il preciso scopo di ammonire il Paese che il sostegno dell'Unione ad un'Italia compromessa dalla crisi economica sarebbe stato fermamente subordinato a determinate richieste (o, potrebbe dirsi oggi, condizionalità). Ebbene, tra le indicazioni fornite dall'inedito strumento di dialogo tra la BCE e l'Italia si annoverava altresì, insieme a «privatizzazioni su larga scala» (Lettera BCE – Italia, 5 Ag. 2011, punto *a*) una richiesta di profonda riforma del panorama legislativo in materia di tutela del lavoro, con specifico riferimento al sistema di contrattazione salariale collettiva. I cui interventi riformatori, secondo la Banca Centrale, avrebbero dovuto portare ad «accordi al livello d'impresa in modo da ritagliare i salari e le condizioni di lavoro alle esigenze specifiche delle aziende e rendendo questi accordi più rilevanti rispetto ad altri livelli di negoziazione» (Lettera BCE – Italia, 5 Ag. 2011, punto *b*). Una vera e propria deroga alla contrattazione collettiva nazionale, che – si è detto (Ciervo, 2015) – ha sublimato l'ossimorica formula di «mercato del lavoro» per imprimere una decisa e decisiva svolta neoliberalista al quadro normativo italiano, tradizionalmente caratterizzato sul punto da una particolare – sovente, forse, perfino eccessiva – attenzione all'equilibrio dei rapporti di forza tra i soggetti coinvolti. Facendo seguire, alle liberalizzazioni inaugurate con il D. Lgs. 276/2003, e al successo del lavoro somministrato, una trasformazione della flessibilità in precarietà, senza che ne seguisse tuttavia un incremento occupazionale né tantomeno un aumento della qualità di vita dei lavoratori (ben lungi dall'essere diventati, col tempo, maggiormente padroni di sé stessi). La strada della deregulation sarebbe poi proseguita con il Jobs Act e con la L. 148/2011 – caratterizzata dalla c.d. contrattazione di prossimità e dalla relativa possibilità, tramite la medesima, di giungere ad una deroga *in peius* della contrattazione collettiva nazionale – oltre che dal sistema-licenziamenti introdotto dalla nota «Legge Fornero»: il tutto avrebbe causato, quindi, un «sostanziale smantellamento» del diritto del

lavoro come tradizionalmente inteso in Italia, tramite una «destrutturazione dell'apparato di garanzie e diritti» derivato dell'intesa tra legislazione e contrattazione collettiva del dopoguerra. Così, si è portati ad affermare che «le mutazioni in chiave neo-liberista del 'mercato del lavoro' si sarebbero sviluppate 'al di là', se non 'al di fuori', del perimetro costituzionale¹¹.

Per il costituzionalista le implicazioni sono chiare: all'*homme situé*, capace di riunire nella propria figura il pluralismo di valori che ha caratterizzato lo sviluppo della democrazia liberale e, successivamente, il confluire di questa nello stato sociale (o viceversa), si sostituisce l'*homme performatif*, la *vita activa* harendetiana viene rimpiazzata dalla società della stanchezza (Han, 2010).

2.1 Lavoro, dignità e società globale

In un simile *terroir*, in cui l'assolutizzazione da parte del mercato non trova ostacoli di sorta, e la valorizzazione della persona coincide con una valutazione economica dell'individuo, come può dirsi rispettato il brocardo di dignità quale fine ultimo dell'ordinamento? Al cospetto della dittatura del profitto (in cui la commercializzazione dell'individualità è normalità), se la morale neoliberista comune è – al contrario di quanto si pensi – fortemente sbilanciata a favore (non di una rinnovazione, bensì) della perpetrazione del potere economico-politico, è ancora possibile trattare della dignità della persona umana? È una vita effettivamente degna, quella in cui assurge a punto cardinale della quotidianità un lavoro snaturato nel proprio scopo (poiché volto non al progresso sociale, ma unicamente al rinnovamento del profitto e al consolidamento dell'individualismo)? Quella società, in sostanza, in cui l'incentivazione all'azione e la responsabilizzazione dei singoli – di per sé certamente positive – vanno esacerbandosi sino ad assumere le fattezze di un despota tiranno, la cui unica capacità – anche e soprattutto nel caso in cui il singolo non riesca a raggiungere l'obiettivo di ricchezza personale – è quella di incolpare l'individuo stesso?

Quasi uno sfregio, pare potersi dire, dei fondamenti del lavoro così come pensato dai costituenti; e quindi dell'etica del lavoro, non più strumento per elevare la persona a parte di una più ampia rete relazionale tendente al miglioramento delle condizioni sociali generali, ma – ora – più simile ad una ruota in perpetuo movimento sferico, priva di un inizio ed una fine (*endless*: come,

¹¹ *Ibid.*

attualmente, è la caratteristica giornata lavorativa del XXI secolo)¹², il cui avanzare è permesso dalla corsa di ogni individuo verso la propria (solo la propria) realizzazione economica. Mostra di essersi perso, inesorabilmente, quel particolare modo di vedere e concepire il lavoro come «esplicamento dello spirito» (Battaglia, *supra*), e dunque di manifestazione della personalità di ciascuno. Personalità che oggi viene, invece, quotidianamente frustrata, quasi addomesticata e perciò asservita ad un unico fine: il profitto. Mentre lo Stato, lungi dal contrastare tale tendenza, rinuncia al proprio ruolo di baluardo contro lo svilimento della dignità umana cui guarda l'eccesso di mercato (con pochissime e sporadiche eccezioni)¹³. Tanto che «il disimpegno delle istituzioni rappresentative sul fronte del principio lavorista e solidarista, e quindi la crisi ontologica del lavoro e dell'uguaglianza, rivelano, nel medesimo percorso circolare, una crisi della portata deontologica del valore della dignità sociale» (Apostoli, 25, 2019, per cui, esemplificativamente, «la legge del mercato globale si è imposta sulla *Grundnorm* europeista di giustizia sociale») intrappolata dalla forza assolutizzante di un sistema economico diseguale e fortemente antitetico al concetto di dignità come attributo fondamentale del lavoro (di qualsiasi lavoro).

D'altronde, il lavoro ha da sempre rappresentato una fonte di possibili criticità per i rapporti umani in genere, ben potendo rivestire tanto una funzione nobilitante e finalizzatrice dell'umana *dignitas*, quanto – alternativamente – uno strumento di alienazione. Sino a poter approdare, come pare accada ora, ad alcune sue degenerazioni, in cui l'alienazione viene ammantata da un velo

¹² Anche in questo caso, in aperto contrasto (violazione?) con il disegno costituzionale dell'orario lavorativo ex art. 36 Cost., rappresentativo di quella «impronta protettiva della nostra Costituzione» che, ponendo la realizzazione della dignità dell'uomo al centro del proprio disegno costituzionale, e consapevole di quanto il lavoro possa assumere – per una vita dignitosa e degna di essere vissuta – le fattezze di una china scivolosa, decide di porre un freno (ed uno scopo) alla disciplina giuslavoristica. Si v. sul punto FERRANTE (2011).

¹³ Proprio l'illegittimità della perpetrazione senza soluzione di continuità della giornata lavorativa – caratteristica del secolo corrente – comincia a suscitare interesse nella regolamentazione statuale, come testimonia il caso francese (in cui – inverso da qualche anno – è formalmente vigente il c.d. «diritto di disconnessione», per effetto del quale è fatto obbligo alle imprese di maggiori dimensioni di negoziare con i propri dipendenti il diritto, per questi, di non rispondere alle email ed alle telefonate oltre un certo orario). In Italia il primo approdo del concetto di diritto alla disconnessione è rinvenibile nel Ddl 2229/17, art. 3 comma 76, mentre la sua effettiva introduzione nell'ordinamento si deve alla L. 81/2017, c.d. legge sullo smart working, per la quale debbono necessariamente prevedersi «misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche del lavoro» (non si parla, dunque, di un espresso «diritto alla disconnessione» *tout court*, pur essendone evidente e chiarissima la matrice). Sul punto è successivamente intervenuto anche il Garante privacy, che – forte dell'esperienza determinata dalla pandemia – ha puntualizzato come sia necessario assicurare «in modo più netto di quanto già previsto – anche quel diritto alla disconnessione, senza cui si rischia di vanificare la necessaria distinzione tra spazi di vita privata e attività lavorativa, annullando così alcune tra le più antiche conquiste raggiunte per il lavoro tradizionale» (Garante per la Protezione dei Dati Personali, Audizione 13 Mag. 2020, su <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9341993>).

che – attraverso la società della prestazione – ingenera nell'individuo la convinzione di una piena e totale autodeterminazione (dietro al quale si cela in realtà, come visto, un vero e proprio sdoppiamento dell'individuo, che – divenendo carnefice e vittima di sé stesso – finisce inevitabilmente per arenarsi in una spersonalizzazione di sé).

Oggi, invero, la coercizione non è (più) esterna (come invece nell'epoca marxiana), ma endogena, essendo stata elevata a carattere qualificante dell'uomo, per effetto del dominio assiologico del credo nel mercato e nella capacità riequilibratrice del medesimo. Quasi una «fede», che nelle pur sue innegabili positività – creazione di una classe media e generale innalzamento della qualità di vita, su tutte – ha tuttavia avuto quale principale effetto il fungere da scaturigine a due fondamentali distorsioni (attrazione della vita umana intorno all'orbita del profitto, con conseguente imperativismo della performatività; caratterizzazione del mercato medesimo in favore delle disuguaglianze, invece che contro alle medesime). Tra gli effetti: la sostituzione della solidarietà (teorico fattore unificante) con la competitività (quale concreto elemento disgregativo), la trasformazione della flessibilità in precariato, la deformazione della *gig economy* in occupazione *on demand*, la degenerazione dello smart working in reperibilità senza soluzione di continuità.

Inevitabile, di conseguenza, porre mente a quella lettura del disposto di cui all'art. 41 Cost. per cui – come esemplificativamente indicato anche in Corte cost., sent. n. 81/1992 (Pres. Borzellino, rel. Mengoni) – la dignità assurge al ruolo di «parametro di valutazione delle leggi regolatrici della libertà di iniziativa privata, e in particolare dei comportamenti degli imprenditori verso i prestatori di lavoro subordinato». Nonché, potrebbe aggiungersi, di ogni uomo, singolarmente considerato: in un'età in cui il lavoro permea ogni risvolto della quotidianità, ed in cui anche il prestatore di lavoro subordinato è latamente imprenditore di sé stesso, imponendosi autonomamente di non fermarsi mai, la dignità non riaffiora forse come un prisma obbligatorio, attraverso il quale leggere – e correggere – l'articolazione del rapporto uomo-lavoro?

3. CONCLUSIONI: RI-COSTITUZIONALIZZARE IL LAVORO

Mai come ora, dunque, occorre rifondare [la Repubblica, tramite] il lavoro.

Della Centralità del lavoro nello sviluppo della persona umana e, *a priori*, dell'inossidabile legame tra il lavoro e la considerazione che l'individuo ha di sé con sé stesso e nella società si è detto, e tantissimo – troppo, per questa sede – si potrebbe ancora dire.

Per tali ragioni, ribadendo come il lavoro sia fondamento di una persona umana libera e dignitosa, nonché esplicamento dello spirito (Battaglia, *op. cit.*) e collegamento fra comunità e Stato (Mortati, *op. cit.*), è possibile ricordare alcune ipotesi – anche da altri avanzate – per la ri-constituzionalizzazione del lavoro.

Concettualmente, ricordando come la prospettiva intergenerazionale della Costituzione permetta (e richieda) di includere nel proprio disegno anche le nuove forme di lavoro, indipendentemente dalle concrete modalità di estrinsecazione dell'attività umana; nonché – e anzi *a priori* – elaborando un approccio delle capacità (*capabilities approach*) che permetta a ciascuno di conseguire funzionamenti di valore e di dedicarsi alle «cose alle quali assegna con ragione un valore» (tale dev'essere l'uomo contemporaneo, che «non trovando la realtà o il mondo contemporaneo conforme alla sua intuizione, non ha accettato e non accetta il mondo e l'assetto sociale esistente e pretende di modificarlo» – Capograssi, 1953).

Programmaticamente, attualizzando il sistema di garanzie approntate dalla Carta nella dimensione postmoderna (*ex multis*: tutela dei *riders*; diritto alla disconnessione)¹⁴; incentivando la responsabilità sociale d'impresa; investendo in istruzione; premiando – realmente – il merito, senza divenire ciechi al bisogno; riducendo il crescente *skill mismatch* tra formazione e lavoro.

E ancora: se lavoro significa – tra le altre cose – sostentamento proprio ed eventualmente dei propri cari, oltre che riconoscimento immediatamente tangibile e spendibile del valore (non della persona, ma) della propria attività, allora ogni discorso in materia non può che partire e terminare ponendo l'accento sulla retribuzione. Che dev'esser tale da poter permettere al retribuito, dalla fascia più bassa in crescendo, di poter condurre una vita dignitosa. Per opportunità, per conduzione dello stile di vita, per consentirgli di far fronte alle necessità quotidiane (naturalmente), come di poter sostenere l'istruzione dei figli (chiaramente), come – infine – di potersi trovare, all'esito delle necessità,

¹⁴ *Money never sleeps*, mentre l'imperativo dell'*homme compétitif* è categorico ad ogni orario. La tendenza alla sovrapprestazione è costante, non conosce riposo, ed infatti «l'assenza di tempo libero è il nuovo status symbol»: poco conta che ne derivi una *società della stanchezza* (HAN, 2010). In Giappone il fenomeno ha oramai raggiunto una dimensione endemica, venendo elevato al rango di problema sociale *tout court*: *karōshi*, indica l'*overwork*, la «morte da troppo lavoro», lo stadio finale della sindrome da *burnout* (che ha registrato nel marzo 2021 l'ultimo caso accertato), mentre la questione inizia ad assumere contorni globali. La pubblicazione, nel 2021, del primo studio internazionale sul tema, rilasciato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità congiuntamente all'Organizzazione Internazionale del Lavoro, non lascia alcun dubbio: nel solo 2016 le lunghe ore di lavoro hanno portato a 745.000 morti per ictus e cardiopatia ischemica, facendo segnare un aumento del 29% dal 2000, mentre appare chiaro che lavorare per 55 ore o più a settimana costituisce un serio pericolo per la salute individuale («*a serious health hazard*»). Presentano ore lavorative superiori alla media europea (e comunque inferiori a quella italiana) Irlanda, Portogallo, Slovacchia, Lettonia, Spagna, Slovenia e Lituania, mentre il Paese europeo in cui si lavora di meno è la Germania, che è di converso uno dei migliori in termini di produttività.

un risparmio residuo – pur esiguo ma non meramente simbolico – da poter accantonare, investire, spendere per svago (del quale, si crede, si ha tanto bisogno quanto del poter affrontare le necessità). Nell'ordinamento italiano – e pressoché solo in questo, invero¹⁵ – il salario minimo non trova cittadinanza. E ciò, si noti, nonostante l'Unione – tramite la Commissione Occupazione e Affari sociali del Parlamento, su proposta della Commissione – abbia votato ed approvato, in ottemperanza al sesto Pilastro dei diritti sociali dell'Unione, la proposta di c.d. direttiva sul salario minimo (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adequate minimum wages in the European Union*. {sec(2020) 362 final} – {swd(2020) 245 final} – {swd(2020) 246 final}, Brussels, 28 Ott. 2020), per cui si prevede che quest'ultimo debba essere pari ad almeno il 60% della paga mediana lorda e ad almeno la metà della paga media lorda, ivi includendo, nella valutazione, il prezzo di un paniere di beni e servizi a prezzi reali, comprensivi di Iva e imposte; anche per i dipendenti della nuova *gig economy* (*riders*, su tutti), precari, stagisti e stagionali. Non solo: nella prima relazione sul tema, approvata a febbraio 2021, il limite minimo del salario era individuato nella soglia di povertà, salvo poi essere innalzato ai valori appena menzionati: ad ulteriore ennesima dimostrazione dell'insufficienza del minimo in senso assoluto inteso. In altre parole, il metro valutativo dev'essere quello che permetta di collocare il minimo della retribuzione non *al minimo necessario* per il sostentamento del lavoratore, in funzione meramente proporzional-retributiva dell'attività prestata dal medesimo, quanto piuttosto al *minimo* che sia *sufficiente* per poter soddisfare le – più ampie – esigenze di respiro e libera esplicazione dell'*individuo* che sta dietro al *lavoratore*. È, in altri termini, l'idea costituzionale del salario progressivo (D'Eufemia, 1958), che – andando oltre la mera quantificazione economica – attribuisce rilevanza alla sufficienza quale metro di valutazione della concreta situazione socio-economica e di vita del lavoratore, titolare di una legittima aspettativa (pretesa) a «quel complesso di beni immateriali che garantiscano la libertà dal bisogno rimuovendo anche gli ostacoli che non permettono il pieno sviluppo della persona umana»¹⁶. Ben si comprende, allora, il peso in Italia

¹⁵ In ordine decrescente per importo, il salario minimo è presente in Belgio (2.200 euro al 2021), Irlanda, Olanda, Belgio, Germania (1.614 euro), Regno Unito (1.598 euro, ufficialmente National Living Wage, mentre la dicitura minimum wage è riservata agli under-23, *ndr*); Francia (1.554 euro), Spagna, Slovenia, USA (1.024 euro), Malta, Portogallo, Grecia, Lituania, Slovacchia, Polonia, Estonia, Repubblica Ceca, Croazia, Romania, Ungheria, Turchia, Serbia, Bulgaria, Montenegro, Albania (242 euro). Dati Eurostat, su https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Minimum_wage_statistics.

¹⁶ ROMA (2006), per cui – come ricorda PETRELLA (2011) – si tratterebbe di adottare una visione personalistica della norma costituzionale, affermando che il principio di sufficienza implica la differenziazione dei trattamenti affinché gli stessi siano maggiormente aderenti alle esigenze individuali e familiari

dell'assenza di tale minima (nel senso citato, *ndr*) guarentigia, *a fortiori* a mente della circostanza per cui, contemporaneamente, l'Italia è anche l'unico Paese dell'Unione europea ove i salari sono diminuiti rispetto al 1990 (-3% in trenta anni. Francia e in Germania – nello stesso periodo di tempo – registrano un aumento del +30%. E fuori dall'Europa? Nel Regno Unito, a partire da aprile 2022, il salario minimo aumenterà da £8.91/h a £9.50/h, il che significherà un aumento complessivo di oltre mille sterline all'anno per il lavoratore medio *full-time*; mentre in USA i salari sono aumentati, rispetto al 1990, del +50% – dati OCSE). Come non vedere, in tale situazione, un art. 36 Cost. (non a caso anch'esso modificato, nel corso dei lavori in Costituente, in modo tale da sostituire alle *necessità fondamentali* una più piena *esistenza libera e dignitosa*) destinato a ridursi a mero *flatus vocis*?

Oltre alle problematiche strettamente relative alla retribuzione, e comunque alle medesime collegata, un'ulteriore criticità è quella rappresentata dalla durata della prestazione lavorativa (dunque, dalla distinzione tra lavoro e ciò che lavoro non è). Tale distinzione, oggi, è eccessivamente sfumata, quasi impercettibile, impalpabile. Inesistente, pressoché ineffettiva. D'altronde, *money never sleeps*, mentre l'imperativo dell'*homme compétitif* è categorico ad ogni orario. La tendenza alla sovrapprestazione è costante, non conosce riposo, ed infatti «l'assenza di tempo libero è il nuovo *status symbol*» (Bellezza; Paharia; Keinan, 2017); poco conta che ne derivi una società della stanchezza (Han, *supra*). In Giappone il fenomeno ha oramai raggiunto una dimensione endemica, venendo elevato al rango di problema sociale *tout court*: 過労死, *karōshi*, indica l'*overwork*, la «morte da troppo lavoro», lo stadio finale e definitivo della sindrome da *burnout* (che ha registrato nel marzo 2021 l'ultimo caso accertato)¹⁷, mentre la questione inizia ad assumere contorni globali. La pubblicazione, nel 2021, del primo studio globale sul tema, rilasciato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità congiuntamente all'Organizzazione Internazionale del Lavoro, non permette alcun dubbio residuo: nel solo 2016 le lunghe ore di lavoro hanno portato a 745.000 morti per ictus e cardiopatia ischemica, facendo segnare un aumento del 29% dal 2000, mentre appare chiaro che lavorare per 55 ore o più a settimana costituisce un serio pericolo per la salute individuale («*a serious health hazard*» – WHO, ILO, *Long working hours increasing deaths from heart disease and stroke*, 17 May 2021, su <https://www.who.int/news/item/17-05-2021-long-working-hours-increasing-deaths->

del lavoratore stesso. In particolare, il principio di sufficienza in tal maniera interpretato diverrebbe «quello che conferisce alla norma una portata ed un'incisività inedite», così BELLOMO (2002).

¹⁷ Dipendente Sony, come accertato dall'Ufficio di controllo sulle condizioni di lavoro giapponese e successivamente diffuso dalla televisione pubblica nipponica Nhk.

from-heart-disease-and-stroke-who-ilo. Nonché Fuerte, 2021). Il problema, poi, diviene ancor più evidente – e quasi grottesco – quando, come accade in Italia, ad un maggiore lavoro non corrisponda una maggiore produttività: il che significa compromettere la propria qualità di vita non solo alla ricerca di una maggiore profittabilità – il che sarebbe già di per sé inaccettabile, quantomeno a tali livelli – ma, addirittura, alla ricerca di un *risultato irraggiungibile*. L'Italia è il Paese in cui si lavora di più in Europa e – contemporaneamente – quello in cui la produttività è tra le più basse della zona UE. Presentano ore lavorative superiori alla media europea (e comunque inferiori a quella italiana) Irlanda, Portogallo, Slovacchia, Lettonia, Spagna, Slovenia e Lituania, mentre il Paese europeo in cui si lavora di meno è la Germania, che è di converso uno dei migliori in termini di produttività (OCSE 2021): i tedeschi, complessivamente, lavorano quasi il corrispondente di un giorno in meno degli italiani.

Due, allora, potrebbero essere le soluzioni. È prioritario introdurre un diritto alla disconnessione o – se si vuole ragionare in termini di obbligo – un obbligo (anche, morale?) di rispettare la naturale e necessaria suddivisione del proprio tempo tra lavoro e non. L'Europa sembra orientata a compiere tale passo: il Parlamento UE ha approvato a gennaio 2021 una risoluzione (European Parliament resolution of 21 January 2021 with recommendations to the Commission on the right to disconnect (2019/2181(INL), su https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_EN.html). Sulla medesima linea si stanno muovendo Portogallo e Francia, che – sulla scia della pandemia – hanno già introdotto un divieto datoriale di contattare i dipendenti dopo l'orario di lavoro) volta ad introdurre, tramite apposita Direttiva, «*the right for workers to switch off their digital tools including means of communication for work purposes outside their working time without facing consequences for not replying to e-mails, phone calls or text messages*» (invero, «il problema non è tanto la mail ricevuta alle otto di sera da parte del capo alla quale dovremmo rispondere. Ma sono le ripercussioni di una nostra mancata risposta», sottolinea Rosita Zucaro: ripercussioni, potrebbe aggiungersi, di fronte alle quali appaiono inadeguate le tutele previste dalla L. 81/2017, il cui art. 19 disciplina i tempi di riposo del lavoratore). Un passo, forse, *se non più vicino* a quella «terra promessa»¹⁸ di quindici ore lavorative settimanali che per John Maynard Keynes, nel 1930, la tecnologia ci avrebbe permesso di raggiungere entro la fine del secolo (scorso, *ndr*); *quantomeno più lontano* dalla sua distopica evoluzione attuale.

¹⁸ Non dissimile, per contenuto, alla più attuale e relativamente recente *hierarchy of needs* di Maslow.

Anche così facendo, tuttavia, l'attività lavorativa occuperebbe troppo tempo e spazio, non permettendo di anelare allo scopo – la più sintetica esigenza (Capograssi, 1953b) – di «liberarsi dall'automatismo del lavoro, da quell'ignorare il lavoro e il significato di quello che si sta facendo, da quella opaca riduzione del lavoro a pura forza applicata, e soggetta a un ritmo di tempo e di misura totalmente estraneo all'uomo che lavora» tipico della società contemporanea (cui ben si applica ciò che denunciava David Graeber quando scriveva che «frotte di persone, in Europa e Nord America, passano le proprie vite lavorative a compiere attività che, segretamente, ritengono del tutto inutili. Il danno morale e spirituale che deriva da questa situazione è profondo. È una cicatrice impressa nella nostra anima collettiva»). Tutti motivi, allora, per guardare ad una riduzione della settimana lavorativa a quattro giorni, in un percorso già intrapreso a livello nazionale dall'Islanda, o come sarà oggetto di sperimentazione in Spagna, o come annunciato da Finlandia e Nuova Zelanda, nonché dallo stesso Giappone; mentre nelle singole compagnie si ricordano gli esempi di Unilever (proprio in Nuova Zelanda), del gruppo Lasse Rheingans in Germania, ovvero di Cybozu e Microsoft Giappone (la quale, si noti, successivamente alla diminuzione della settimana lavorativa ha registrato un aumento di produzione del 39% – Cominardi, 2021). Per far sì, seguendo Capograssi e Guglielmo Giannini, che fondare la Repubblica sul lavoro non sia un mero esercizio di retorica costituzionale, riflettendo – piuttosto – l'idea del lavoratore come modo di vivere del soggetto, che non deve «nell'atto stesso del suo realizzarsi, trasformarsi nella negazione di sé stesso».

In definitiva, è necessario riscoprire il nucleo fondativo – *begriffskern* – del lavoro. È, questa, l'unica strada percorribile per recuperare l'originaria vocazione del lavoro quale mezzo di autorealizzazione individuale e promozione sociale, per creare una società maggiormente rispondente ad un principio di giustizia e una vita a misura di *homo dignus*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS / RIFERIMENTI BIBBLOGRAFICI / BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- APOSTOLI, A. (2019). *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3.
- B.-C. HAN (2022). *Le non cose. Come abbiamo smesso di vivere il reale*, Einaudi. Torino.
- BATTAGLIA, F. (1951). *Filosofia del lavoro*. C. Zuffi Edit. Bologna.

- BELLEZZA, S.; PAHARIA N.; KEINAN A. (2017). *Conspicuous Consumption of Time: When Busyness and Lack of Leisure Time Become a Status Symbol*, in *Journal of Consumer Research*, Vol. 44, issue 1, June 2017. Oxford Academic.
- BIFULCO, R. (1998). *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in Atripaldi V.; Garofalo G.; Gnesutta G.; Lotito P. F. (1998). *Governi ed economia*. CEDAM. Padova.
- C. COMINARDI (a firma di) (9 luglio 2021), *Non solo Islanda: anche il Giappone sosterrà la riduzione dell'orario di lavoro. E l'Italia?*, su *Il Fatto Quotidiano*.
- CALVANO, R. (2020). *L'istruzione, il Covid-19 e le diseguaglianze*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3.
- CAPOGRASSI, G. (1953). *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in *Opere*, V.
- *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, V, 1953 (b).
- CIERVO, A. (2015). *Con la scusa della crisi. Il neo-liberismo e le trasformazioni dello stato costituzionale. Riflessioni a partire da due recenti volumi di Pierre Dardot e Christian Laval*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3.
- CROUCH, C. (2003). *Postdemocrazia*. Laterza. Roma-Bari.
- D'ALOIA, A. (2002). *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*. CEDAM. Padova.
- D'EUFEMIA, G. (1958). *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*. Giuffrè. Milano.
- D'ORO, A. (2007). *Giurisprudenza costituzionale e sicurezza sul lavoro*, in *Ig. Sic. Lav.*, n. 3.
- FUERTE, K. (a firma di) (2021), *The «Karoshi» Phenomenon is Now a Worldwide Problem*, Institute for the Future of Education – Observatory.
- GALLI, G.; CALIGIURI M. (2020). *Il potere che sta conquistando il mondo. Le multinazionali dei Paesi senza democrazia*. Rubettino. Soveria Mannelli.
- HAN B.-C. (2010). *La società della stanchezza*. Nottetempo. Roma.
- HARTWICH, O. M. (2009). *Neoliberalism: The Genesis of a Political Swearword*. The Centre for Independent Studies Limited. NSW. St. Leonards.
- LUCIANI, M. (2010). *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, in *ADL*, n. 3.
- MENGONI, L. (1998). *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Ius*.
- MORTATI, C. (1953). *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica (Natura giuridica, efficacia, garanzie)*, in *Atti della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione*. Roma, 1953, vol. IV, tomo I, ora in *Raccolta di scritti*, vol. III, 1972. Milano.
- NUNIN, R. (2019). *Dignità e tutela della sicurezza sul lavoro. La normativa prevenzionistica nella prospettiva del diritto antidiscriminatorio*, in *Dignità, eguaglianza e Costituzione*. EUT. Trieste.
- PETRELLA, S. (2011). *Il principio della retribuzione proporzionata e sufficiente nel sistema italiano di contrattazione collettiva*.

- RAFFIOTTA, E. C. (2018). *L'Economia del XXI Secolo tra diritto globale e ordinamenti nazionali: la forza del mercato e la debolezza dello Stato*, in *Percorsi costituzionali*, 2-3.
- ROMA, G. (2006). *Sufficienza della retribuzione e differenziazioni territoriali*, in Garofalo D.; Ricci M. *Percorsi di diritto del lavoro*. Cacucci. Bari.
- S. BELLOMO (2002). *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*. Giappichelli. Torino.
- SALAZAR, C. (2018). *La Costituzione interpretata dalle parti sociali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2.
- V. FERRANTE (2011). *Dignità dell'uomo e diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, n. 1.
- ZAGREBELSKY, G. (2013). *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*. Einaudi. Torino.

UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA MOVILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

SARA M.^a MARCHENA GALÁN

Investigadora en Derecho Constitucional.

Universidad de Extremadura

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *El concepto de movilidad. Del paradigma clásico del transporte al nuevo paradigma de la movilidad.* 2.1 El paradigma clásico del transporte. 2.2 El paradigma de la movilidad y sus aportaciones.—3. *Movilidad y derechos.* 3.1 Libertad de circulación y la justicia de la movilidad. 3.2 El derecho a la movilidad. 3.3 Aproximaciones a un derecho a la movilidad en el ordenamiento jurídico español.—4. *Conclusiones.*—5. *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

La movilidad, aunque inherente al ser humano, constituye hoy en día uno de los principales objetos de debate en diferentes ámbitos, entre ellos el académico, el político y el social. La crisis de la COVID-19 puso de relieve la importancia de la movilidad en múltiples aspectos de la vida, incluidos los relacionados con los derechos fundamentales. Las medidas de limitación de la movilidad fueron claves para la contención de un virus que aún hoy en día, aunque con menor letalidad se transmite en los distintos puntos de encuentro de la vida social, económica, cultural o política. Tal limitación de la movilidad constituye a la vez un dique en el ejercicio de diferentes derechos, justificado, por supuesto, en la tutela de la salud pública como cuestión de interés general. Es un hecho que la limitación de la movilidad supone un linde en el ejercicio

de determinados derechos por lo que podemos afirmar que la realización de la movilidad posibilita o facilita el cumplimiento de derechos. Esto pareciera una obviedad, sin embargo, lo cierto es que la movilidad no se ha analizado, a menudo, como una herramienta fundamental para el ejercicio de la realización de derechos. Incluso desde el ámbito de las ciencias sociales, donde hay abundantes estudios sobre movilidad, es reciente la perspectiva que aborda este tema desde las necesidades de los sujetos y cómo esta influye o se ve influida por las condiciones particulares de cada persona que se mueve.

Así, en el presente trabajo trataremos de aproximarnos al concepto de movilidad para comprender todo lo que engloba, y veremos cómo se ha complejizado y convertido en una categoría más inclusiva, al trascender los significantes clásicos del mundo del transporte, el turismo o las migraciones, estudiados desde perspectivas cuantitativas de flujos y capitales. Veremos que estas nuevas perspectivas son relativamente recientes en el ámbito de las ciencias sociales, y que desde las mismas se han introducido cuestiones relacionadas con los derechos y con la idea de la movilidad en la justicia.

2. EL CONCEPTO DE MOVILIDAD. DEL PARADIGMA CLÁSICO DEL TRANSPORTE AL NUEVO PARADIGMA DE LA MOVILIDAD

Uno de los principales problemas a la hora de hablar de movilidad es la falta de claridad sobre el uso del término. *A priori*, movilidad es un término sumamente sencillo, derivado del latín *mobilis*, que se refiere a la cualidad de movable, pudiendo suponer un desplazamiento de un lugar a otro o el simple movimiento de un cuerpo¹. También puede utilizarse para hacer referencia al uso metafórico del movimiento de una posición a otra en la escala social². Aunque veremos que el concepto de movilidad es bastante complejo, en este artículo vamos a partir de la base de que la movilidad de la que hablamos es aquella que guarda relación con los desplazamientos, principalmente de tipo humano³.

¹ La movilidad física en el ámbito del deporte, la salud o la medicina es un tema muy recurrente con abundante literatura académica, lo cual añade cierta dificultad a la hora de filtrar resultados sobre movi-
lidades de otro tipo.

² Es lo que el sociólogo ruso Pitirim Sorokin acuñó en 1927 como «movilidad social», definida como el proceso por el cual los individuos pasan de una posición a otra en las escalas sociales previamente establecidas. También es muy abundante la cantidad de escritos académicos sobre este tema.

³ El desplazamiento también puede ser de cosas, mercancías, servicios, e incluso, en la actual era digital, de imágenes y audios.

En el ámbito de los desplazamientos, estos no pueden entenderse sin el surgimiento del transporte, de manera que este ha sido un elemento fundamental de estudio en distintos ámbitos, adquiriendo una importancia superior a la de los sujetos que se desplazaban. La razón de ello se encuentra en las propias condiciones en las que se desarrolla el transporte. No es objetivo del presente artículo realizar un análisis histórico, pero recordar que el surgimiento del transporte –remontándonos al uso de animales para ello–, está ligado directamente a la necesidad de transportar cargas materiales (Hawks, 1946, 12), nos sirve para comprender que este haya sido el elemento principal de estudio de la movilidad durante mucho tiempo. A ello hay que añadir que el acceso a los transportes ha estado sujeto, en sus orígenes, a minorías privilegiadas (Hawks, 1946, 21). No es hasta el siglo xvi que comienza a desarrollarse como tal un transporte consistente en el traslado de viajeros, o a percibirse el viaje como una fuente de placer (Hawks, 1946, 64). En este sentido, es en el siglo xvii cuando surge una especie de transporte colectivo⁴, que sería el precedente del denominado *ómnibus* (para todos) que aparece en el siglo xix junto con el primer ferrocarril de pasajeros. Así, la evolución del transporte ha estado ligada al desarrollo económico e industrial y, con él, el fenómeno de la movilidad.

2.1 El paradigma clásico del transporte

Sin embargo, movilidad y transporte no son sinónimos. El transporte es el principal «componente material de la movilidad» (Gutiérrez, 2010, 331), es decir, el soporte que facilita el desplazamiento, el vehículo, junto con la infraestructura necesaria para su uso. No obstante, como decíamos anteriormente, durante mucho tiempo han sido equiparados, dando lugar a lo que George Amar⁵ denomina «el paradigma clásico del transporte» (Amar, 2011, 13), consistente en una visión dominante sobre la movilidad en la que convergen tres valores principales: el incremento de la velocidad, traducido en ganancia de tiempo; el alcance del vehículo con relación al kilometraje; y el despacho, consistente en el número de pasajeros que se transportaban por hora, día o año (Amar, 2011, 14). De acuerdo con Amar, ha predominado en todas las esferas, una visión centrada en «la eficacia, la

⁴ Blas Pascal estableció en Francia cinco líneas que salían del palacio de Luxemburgo en horarios fijos y con unas rutas determinadas.

⁵ George Amar es un ingeniero, escritor y artista, además de investigador asociado de la Cátedra Teorías y Métodos de diseño innovador de la Escuela de Minas ParisTech PSA. Ex-Director de Investigación, Prospectiva e innovación de la empresa de transporte público de París. Experto en movilidad prospectiva y urbana.

fiabilidad y la seguridad de la 'gestión de flujo', concebida como flujo de partículas-pasajeros relativamente pasivas y uniformes» (2011, 15), en la que cuestiones que hoy en día están presentes no se tenían en cuenta, como puede ser el impacto en el medio ambiente o la sostenibilidad, la importancia del espacio público y su distribución, o las propias necesidades de los sujetos y sus condiciones individuales y/o sociales⁶. La movilidad es, como cualquier fenómeno social, de carácter contextual, es decir, actúa y se percibe de una manera u otra en función del momento histórico, de las condiciones sociales y culturales, y del desarrollo económico, industrial y tecnológico. De ahí que, con los primeros desarrollos industriales y el advenimiento de la Modernidad como adalid del progreso científico y tecnológico, no existieran preocupaciones en torno a cuestiones medioambientales, de acceso y de accesibilidad, de desigualdad, precariedad o derechos, fundamentalmente porque no formaban parte del debate social ni político.

Por su parte, el concepto de movilidad, tal y como se entiende hoy en día, trasciende los términos clásicos y de uso habitual de transporte, desplazamiento, tráfico o circulación. Los integra, pero no como elementos centrales, sino como instrumentos interrelacionados, que sirven para el desarrollo de algo más importante: la vida de los seres humanos. De ahí que se hable de la movilidad como un nuevo paradigma⁷ al constituir un cambio sustancial que abarca nuevos factores de interés que condicionan los modos de vida. Así, el nuevo paradigma pone de relieve que nuestra forma de movernos viene condicionada por las características y factores que nos atraviesan como sujetos, el contexto global en el que vivimos, y el sistema dominante que impera en cada época. Así, las distintas disciplinas comienzan a ser conscientes de ello, siendo las ciencias sociales las pioneras en estudiarlo y exponerlo, como veremos a continuación.

2.2 El paradigma de la movilidad y sus aportaciones

Es en la década de los años 1980 cuando se comienza a estudiar la movilidad atendiendo a las pautas de los desplazamientos de las personas y la relación

⁶ Resulta interesante resaltar que sí que existen a lo largo de la historia del transporte (y de la movilidad) momentos que muestran preocupación por cuestiones como el bienestar y la seguridad de los pasajeros, pero estos se producen sobre todo a partir de la industrialización, cuando resulta conveniente, no solo por los pasajeros y el orden público, sino por la integridad del transporte y la infraestructura, mantener ciertas garantías de seguridad. Su fin era meramente instrumental, por lo que no se puede decir que los sujetos fuesen el centro de esas medidas.

⁷ Se utiliza como concepto de paradigma el establecido por Thomas Kuhn en «La estructura de las revoluciones científicas» de 1962, donde demuestra que el mundo es percibido de manera diferente en función del paradigma científico que predomine, influyendo en los métodos y resultados de las investigaciones científicas.

con sus características individuales (Pazos, 2005, 85). Uno de los motivos de este avance cualitativo se encuentra en el aumento del interés por la interdisciplinariedad, en este caso, entre los distintos campos de las ciencias sociales, como la geografía y la sociología, e incluso la psicología. De esta manera, hacia finales del siglo xx comienza a desarrollarse literatura, tanto académica como de carácter divulgativo, sobre la movilidad por parte de diversos autores y autoras (Mom, 2017, 28) que van a conformar lo que se denomina el nuevo paradigma de las movilidades o el giro de la movilidad (Sheller, Urry, 2016, 1). Existe un debate sobre si realmente se puede considerar un nuevo paradigma o no (Randell, 2018)⁸, pero lo cierto es que se produce un tratamiento novedoso a nivel investigativo y propositivo sobre la movilidad, y esto es lo que aquí nos interesa.

Las nuevas movilidades hacen referencia a ese paradigma que se produce en el ámbito de las ciencias sociales, que introduce miradas novedosas sobre la movilidad, más allá de la forma clásica de abordarlas. Quienes se suman a este nuevo paradigma o forma de abordar la movilidad exponen que las ciencias sociales han ignorado o trivializado la importancia de los desplazamientos sistemáticos de las personas (Sheller, Urry, 2016, 208). Que el movimiento forma parte de la vida es una obviedad, pero por qué nos movemos, de qué manera, en qué circunstancias, contexto o condiciones lo hacemos, o si está sometido a reglas sociales, políticas, culturales o económicas, son preguntas cuyas respuestas no solo no son tan evidentes, sino que han comenzado a abordarse desde hace escaso tiempo (Schiller, Salazar, 2013, 85). Los estudios de las nuevas movilidades son definidos como un campo interdisciplinar emergente que explica las relaciones dinámicas entre el movimiento de un conjunto de cuerpos, objetos e ideas en su compleja dinámica relacional. Se comienzan a estudiar cuestiones sociales de desigualdad, poder y jerarquías en relación con el espacio, el territorio, las fronteras o las escalas, así como elementos culturales como los discursos, las representaciones, los imaginarios y los esquemas sociales, creándose una ontología relacional entre todos ellos (Sheller, 2014, 791). Volviendo con Amar, la transición del transporte a la movilidad no se trata simplemente de una reformulación del concepto ni de un cambio lineal, sino de una complejización que conlleva todo un conjunto de relaciones, de oportunidades y de sinergias que trascienden el valor velocidad-distancia como elemento nuclear del campo del transporte (Amar, 2011, 14). La movilidad comienza a ser, por tanto, un elemento de estudio del desarrollo humano en un contexto social y económico determinado, que se encuentra atravesado por los condicionantes

⁸ Richard Randell habla de una diversidad de paradigmas de ciencias sociales existentes o un paradigma de la teoría de sistemas con un enfoque de movilidad.

de los sujetos que se mueven, dando lugar a que se comiencen a plantear cuestiones que relacionan la movilidad con los derechos humanos.

Las aportaciones de los estudios de movilidad son diversas y abarcan una multitud de ámbitos que, como apuntábamos anteriormente, se interrelacionan: el mundo del transporte, el urbanismo, la ingeniería, las ciencias sociales (geografía, sociología, antropología, etc), la psicología o el mundo del derecho. Ello supone ciertas dificultades a la hora de realizar análisis concretos, ya que, el giro de la movilidad pretende atravesar con sus nuevas aportaciones distintos campos que, a su vez, requieren de especialización. Para evitar caer en imprecisiones o en generalidades, vamos a limitarnos a indicar un conjunto de aportaciones de los estudios sociológicos sobre la movilidad que nos permitan posteriormente relacionarlos con una visión de la movilidad desde el Derecho.

En este sentido, hay que partir de que la movilidad implica una serie de elementos comunes y, a la vez, distintivos. Por una parte, en todo desplazamiento, ya sea entre Estados, entre regiones, entre municipios, o ya sea para acceder a un punto de servicio, está presente un sujeto físico que se mueve o se desplaza por un motivo. Ese motivo puede estar determinado por una necesidad o una razón que será de un tipo u otro. Además, el desplazamiento requerirá, muy probablemente, de un medio de transporte, lo cual tendrá un coste económico. Tal desplazamiento conlleva un tiempo de duración, que puede ser mayor o menor y, por supuesto, hay un espacio en el que se desarrolla tal desplazamiento y que puede presentar unas condiciones y unas infraestructuras más o menos seguras, más o menos adecuadas, incluso más o menos estéticas. Todos estos elementos, el sujeto, la motivación, el medio de transporte, el tiempo y el espacio, están presentes en todo tipo de movilidades. Son elementos inherentes a la movilidad.

Dicho lo anterior, cada uno de esos elementos comunes se presentan o actúan de distintas formas, dando lugar a distintos tipos de movilidad. Dado que la categorización de cada una de ellas puede ser inabarcable, la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante OIM)⁹—que, a pesar de su nombre, analiza la movilidad más allá de las migraciones internacionales— establece tipologías de movilidad en función de los elementos que forman parte inherente de ella, como: el territorio y el espacio; las causas de la movilidad; el tiempo de permanencia; el marco jurídico regulador; la voluntariedad; y la condición documental de la persona que se desplaza (OIM, 2012, 22). Atendiendo a este conjun-

⁹ La OIM es una organización asociada a las Naciones Unidas, considerada como la principal organización internacional en materia de apoyo y ayuda a gobiernos y sociedad civil en relación con los movimientos migratorios a nivel internacional. Para más información, se puede consultar su página web: <https://www.iom.int/es>

to de elementos, no es el mismo tipo de movilidad la que conlleva una migración internacional que la movilidad cotidiana, entendida esta última como la suma de los desplazamientos que realiza la población de forma recurrente para acceder a bienes y servicios en un territorio determinado (Miralles-Guasch, 2009, 194).

A su vez, todas ellas van a estar condicionadas por las intersecciones¹⁰ que atraviesan al sujeto y las relaciones sociales: la clase, la etnia, el género, la procedencia, la identidad de género u orientación sexual, incluso la edad. Los nuevos estudios de la movilidad ponen de relieve que el sujeto protagonista de las investigaciones relacionadas con el transporte, el turismo o las migraciones ha sido el hombre blanco occidental de clase alta-media como sujeto normativo, dejando fuera la experiencia de otros sujetos como las mujeres, las personas migrantes, racializadas, o discapacitadas, entre otras (Mom, 2017, 26).

Lo anterior debe relacionarse con otra de las ideas expuestas por algunas de las personas teóricas de las nuevas movilidades, esto es, que no existe libre albedrío en el ejercicio de la movilidad. La concepción de que movernos o desplazarnos depende únicamente de nuestra voluntad, siendo completamente libre en el ejercicio de esa capacidad se convierte ahora en un mito. Por el contrario, se afirma que la movilidad, refiriéndose al conjunto de desplazamientos que va a realizar un determinado sujeto o grupo de sujetos a lo largo de sus vidas, están predeterminados por diversos factores interrelacionados: el territorio, la clase, el género, discapacidad, entre otros. Esto es lo que Noel B. Salazar y Glick Schiller denominan «regímenes de movilidad» (Schiller, Salazar, 2013, 187), definidos como sistemas cerrados que desarrollan una dinámica interna propia, en los que la movilidad está sujeta a esos condicionantes que conforman las intersecciones de los sujetos. Estos regímenes sostienen un sistema «construido para mantener altos niveles de desigualdad en un mundo relativamente homogeneizado normativamente» (Shamir, 2002, 199). En este sentido, para autores como Shamir, la globalización (Ulrick, 1997, 34), que se teoriza y se publicita como un fenómeno social, político y económico cuya máxima es la libertad de circulación y que se caracteriza por la hipermovilidad (Sassen, 2007), realmente constituye una «era de crecientes restricciones a la circulación» (Shamir, 2002, 197).

¹⁰ La interseccionalidad es un término acuñado por Kimberlé W. Crenshaw en 1989 para hacer referencia a que las políticas feministas y antirracistas se habían elaborado sin atender a determinados condicionantes que, interconectados, ahondan en la exclusión, la opresión o cualquier tipo de desventaja. Esos condicionantes que se interrelacionan son las intersecciones, que pueden ser de clase, «raza», género, discapacidad, etnia, religión, entre otras.

3. MOVILIDAD Y DERECHOS

Son múltiples las implicaciones que presenta el giro de la movilidad a nivel social, por lo que el mundo del Derecho no debe ser ajeno a estas nuevas perspectivas. No podemos comprender el Derecho como un conjunto de normas ajenas a la vida real, sino todo lo contrario. El Derecho es una herramienta para la organización de la vida humana, que requiere de una férrea conexión con la misma que permita dotarle de una naturaleza dinámica capaz de adaptar los derechos a las necesidades y objetivos humanos. El Derecho sirve a la vez como transmisor de los discursos dominantes y como herramienta de confrontación hacia los mismos (García Villegas, 1989, 34). En este sentido, toda esa concepción de la movilidad como sistemas de transportes, flujos y tráfico, también ha sido la dominante en el ámbito del Derecho. Prueba de ello es el conjunto de normativa existente en materia de transporte, predominantemente técnica, desde el ámbito del Derecho Administrativo, y contractual y de carácter privado desde el Derecho Mercantil. Sin embargo, desde áreas de conocimiento como el Derecho Constitucional o el Derecho Internacional Público no encontramos, en principio, ningún tipo de reconocimiento a un posible derecho a la movilidad.

3.1 Libertad de circulación y la justicia de la movilidad

Desde la sociología se han comenzado a establecer debates en torno a lo que Mimi Sheller ha denominado la «justicia de la movilidad» (Sheller, 2018, 1-20), considerándola un tema clave en el debate ético y político. Sheller parte de la premisa de que el derecho a la libertad de circulación es un derecho humano de carácter universal y, a su vez, que está imbricado de desigualdades relacionadas con exclusiones de clase, raza, sexo, sexualidad, género, discapacidad, y otras circunstancias individuales y sociales, en relación con el acceso y el uso del espacio público y de los recursos y medios de movilidad en las diferentes escalas móviles, es decir, desde la movilidad internacional hasta la movilidad cotidiana a las que hacíamos mención anteriormente.

Efectivamente, Sheller ha identificado el derecho por excelencia relacionado con los desplazamientos y el movimiento humano en general: el derecho a la libre circulación. La libre circulación es un derecho de origen liberal, perteneciente a la denominada como primera generación de derechos, que consiste en la libertad deambulatoria de los seres humanos. No solo es un derecho reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) o en diferentes Tratados Internacionales, como el Pacto Internacio-

nal de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) o la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), sino que forma parte del conjunto de derechos fundamentales de los textos constitucionales vigentes de los países democráticos. Su contenido consiste fundamentalmente en la libertad de circular por todo el territorio nacional de los Estados, así como la libertad de salir y entrar, y de establecer libremente el lugar de residencia. No implica, por sí misma, el establecimiento de medios para hacerla efectiva, con medios de transporte o infraestructuras, por ejemplo. Podemos afirmar que, hoy en día y, desde sus orígenes, predomina normativamente una concepción liberal del movimiento, consistente en la creencia del libre albedrío circulatorio. No es fruto de la casualidad utilizar en la anterior frase la palabra «creencia», ya que, en realidad, no se puede afirmar que no exista ningún tipo de intervención—ya sea estatal, supraestatal y por parte de entes privados—en la libertad de circulación. En todos los ámbitos de la movilidad, desde el migratorio, el turístico, hasta el cotidiano, existen normativas y regulaciones al respecto que no pueden desligarse del contexto económico y político. En el seno de la Unión Europea, la libre circulación ha constituido uno de sus pilares desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, donde se reconocía la libertad de movimiento y de establecimiento de las personas empleadas y prestadoras de servicios, hasta el establecimiento de la libre circulación por el hecho de ostentar la ciudadanía europea en el Espacio Schengen con el Tratado de Maastricht y, posteriormente, en el Tratado de Lisboa. Así, el motor de este desarrollo de la libertad de circulación como derecho ha sido, en esencia, económico, no social. Encontramos aquí un paralelismo con lo enunciado en las ciencias sociales, cuando decíamos que el transporte, como motor de la economía y la industria, se erigía en el centro de los estudios y las políticas, sin atender a cuestiones de corte social. La libre circulación de capital y mercancías, así como la libre circulación de trabajadores y, posteriormente, de ciudadanos y ciudadanas europeas, responde al hecho de que estos adquieren valor de cambio al ser puestos en circulación en el mercado (Zunino Singh, 2018, 35).

Sin embargo, no cabe duda de que la movilidad constituye un requisito que permite acceder a aquellos lugares en los que se ejercen y se desarrollan derechos. En términos de movilidad cotidiana, para garantizar el derecho a la atención sanitaria se requiere de centros sanitarios a los que acudir; para la efectividad del derecho a la educación se necesita acudir a centros educativos; para desarrollar el derecho al ocio y a la cultura se requiere poder acudir a lugares en los que realizarlos. Si además introducimos en la ecuación principios

constitucionales como el de igualdad¹¹, no puede admitirse que las oportunidades de movimiento estén sujetas a las circunstancias que cada sujeto tenga en una sociedad que presenta desigualdades. Para Sheller, aunque el concepto de justicia esté sometido a consideraciones ideológicas y filosóficas diferentes que pueden y deben entrar en el debate sobre la justicia de la movilidad, la respuesta a los principales problemas actuales debe estar en el establecimiento de un marco igualitario de imparcialidad, equidad e inclusión, en el que además, la justicia de la movilidad supere los límites del transporte y de lo urbano, complementándolo con perspectivas feministas, rurales, decoloniales, LGTBI, de acceso y de accesibilidad (Sheller, 2014, 21).

Así, desde una perspectiva social y de interdependencia e interrelación de derechos como *leitmotiv* de la doctrina de las Naciones Unidas, la libertad de circulación—como categoría jurídica básica de la movilidad—es un requisito fundamental de realización de otros derechos humanos: sanidad, educación, ocio, cultura, deporte, participación política¹², libertad de culto, etc, y por ello los poderes públicos deben establecer garantías para que pueda realizarse.

Cierto es que, jurídicamente puede plantearse de distintas maneras. Por un lado, de la forma ya mencionada: dotar de contenido social al derecho a la libre circulación, entendiéndolo como un derecho instrumental de otros derechos. Esto formaría parte de una reinterpretación de los derechos civiles y políticos que vienen proponiendo algunas juristas (Escobar Roca, 2012, 53) y que consisten fundamentalmente en conectar estos derechos, en este caso, la libertad de circulación, con el principio de igualdad, y en dotarlos de «contenidos prestacionales».

3.2 Reflexiones en torno al derecho a la movilidad

Actualmente, la expresión *derecho a la movilidad* constituye más bien un concepto sociológico y de carácter político, más que jurídico. Según Fridele Ballén Duque, puede definirse como el derecho al «libre desplazamiento en condiciones óptimas de relación entre medio ambiente, espacio público e infraestructura, cuya satisfacción permite que las personas alcancen múlti-

¹¹ Artículo 14 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE).

¹² Los problemas de transporte público durante la reciente jornada electoral de Chile son un ejemplo de la relación entre movilidad y participación política. Véase: EFE, 2021, La falta de transporte público y las largas colas marcan las elecciones en Chile, *Público* [en línea], 20 de diciembre. Disponible en: <https://www.publico.es/internacional/elecciones-chile-falta-transporte-publico-largas-colas-marcan-elecciones-chile.html> [consultado por última vez el 05/01/2022].

ples fines que dan valor a la vida» (2007, 170). George Amar, en su famoso *Homo Mobilis* concebirá la movilidad como un «cuasiderecho social como la salud o la educación, o un bien público, como el agua o la electricidad, del que nadie debería ser privado». Aunque el término «cuasiderecho» no sea jurídicamente correcto, ya que los derechos son o no son, es decir, no pueden ser casi derechos, resulta una definición interesante que ilustra perfectamente que la facultad de desplazarse resulta esencial para el desenvolvimiento y el desarrollo de la vida diaria de las personas y de sus derechos y, a pesar de ello, no está contemplado formalmente como un derecho en los ordenamientos jurídicos estatales.

Existen tres tipos de aproximaciones jurídicas al derecho a la movilidad. Por una parte, las que empieza a visibilizarse en algunas declaraciones institucionales¹³, por otro lado, las que integran la expresión en el seno de una normativa concreta¹⁴ y, finalmente, las que tienen un reconocimiento constitucional¹⁵. Cada una de ellas presenta un contenido diferente en función del contexto cultural, social y político.

Si analizamos la complejidad de configurar un derecho a la movilidad volvemos al inicio del artículo, donde comentábamos la dificultad de clarificar el uso concreto del término. Hemos dicho que movilidad no es lo mismo que transporte, por lo tanto, un derecho a la movilidad debería ser algo más que el derecho al transporte. Podría ser una conjunción de un derecho al transporte junto con un derecho a mantener en buen estado las infraestructuras, un derecho al medio ambiente que implique la sostenibilidad de los sistemas de transporte, derecho a la seguridad de los trayectos, etc. Esto presenta problemas en términos de eficacia jurídica, ya que, si diagnosticamos que uno de los principales problemas de movilidad de la ciudadanía es la falta de transporte, ¿no sería necesario contemplar un derecho al transporte? Si además introducimos todas las implicaciones que han supuesto los nuevos estudios de la movilidad, se deberían elaborar políticas públicas que atiendan a las necesidades de las personas en función de sus condicionantes individuales y sociales, entre ellos, el territorio en el que desarrollan su vida. Entonces, ¿cómo podemos conceptualizar un derecho a la movilidad que integre todas estas cuestiones sin caer en una abstracción jurídica?

¹³ El Ayuntamiento de Madrid en el año elaboró un manifiesto denominado «Por el derecho a la movilidad» en que conceptuaba este derecho como una conjunción de un derecho a la ciudad, a la inclusión, a la salud, a la soberanía energética, a la seguridad y a la proximidad.

¹⁴ En España, en el ámbito autonómico existen algunas leyes denominadas «de movilidad».

¹⁵ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla desde el año 2020 un derecho a la movilidad consistente en que: «Toda persona tiene derecho a la movilidad en condiciones de seguridad vial, accesibilidad, eficiencia, sostenibilidad, calidad, inclusión e igualdad».

Existen fundamentalmente tres metas cognoscitivas en el tratamiento científico del Derecho (Rehbinder, 1981, 21). Una de ellas se ocupa de la justicia del Derecho, examinando las ideas de valor existentes tras las regulaciones jurídicas. De esto ya hemos hablado cuando introducíamos la idea de la justicia de la movilidad. Es la *idealidad* del Derecho. Sin embargo, toda persona jurista debe preguntarse sobre el contenido de disposiciones jurídicas específicas, sobre la *normatividad* del Derecho. Y, además, debe preguntarse sobre la realidad social del Derecho, lo que sería la *facticidad* del Derecho. Entendemos pues que lo expuesto a lo largo del presente trabajo nos ayuda a establecer cierta idealidad con respecto a lo que podría ser un derecho a la movilidad, sin embargo, resulta necesario llevar a cabo una concreción de dicho derecho en las distintas escalas territoriales, tomando como referencia sus marcos normativos concretos, para poder adaptar el derecho a lo que concretamente necesite cada territorio y cada grupo social.

3.3 Aproximaciones a un derecho a la movilidad en el ordenamiento jurídico español

Como apuntábamos anteriormente, actualmente no existe en el ordenamiento jurídico español un derecho a la movilidad formal. El marco normativo existente en materia de transporte terrestre refleja el paradigma clásico del transporte que mencionábamos anteriormente, pues abunda la normativa técnica y administrativa¹⁶, sin duda necesaria, pero cualitativamente insuficiente.

Hay que tener en cuenta que existen dos regímenes normativos territoriales en materia de transporte. El Estado tiene competencias exclusivas sobre los ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por territorios de más de una Comunidad Autónoma (en adelante, CCAA)¹⁷. Por su parte, las CCAA pueden asumir competencias en materia de transporte de ferrocarril y carretera

¹⁶ Este marco jurídico está compuesto principalmente por: España. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007); Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE, núm. 182, de 31 de julio de 1987); Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE, núm. 241, de 8 de octubre de 1990); Real Decreto 1163/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 640/2007, de 18 de mayo, sobre normas de conducción y descanso y el uso del tacógrafo en el Transporte por Carretera (BOE, núm. 177, de 23 de julio de 2009); Real Decreto 366/2002, de 19 de abril, por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley de Transporte Terrestres (BOE, núm. 110, de 8 de mayo de 2002); o la derogada Ley 397/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (BOE, núm. 276, del 18 de noviembre de 2003), entre otras.

¹⁷ España. Artículo 149.1.21.a) de la CE de 1978 (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).

cuyos itinerarios se desarrollen en el ámbito interno de la autonomía¹⁸, además de la ordenación del territorio y el urbanismo¹⁹.

Entre el conjunto de normas estatales y autonómicas podemos encontrar cierto contenido que podríamos entender como esencial a la hora de configurar un derecho a la movilidad. Ejemplo de ellos es la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres²⁰, donde se establece un marco común y se indican como principios generales de la organización y del funcionamiento del sistema de transportes a nivel general, la satisfacción de las necesidades de la comunidad con el máximo grado de eficacia y con el mínimo coste social. Asimismo, contempla principios como la intermodalidad; un servicio de transportes para la ciudadanía que atienda a sus necesidades; y un mínimo coste social. Asimismo, incide en la obligación de los poderes públicos de promover la adecuada satisfacción de las necesidades de transporte de los ciudadanos en condiciones idóneas de seguridad, y con especial atención a las categorías sociales desfavorecidas y a las zonas y núcleos de población alejados o de difícil acceso. En este sentido, el artículo 20 de la misma ley, hace alusión a la reglamentación de la Unión Europea, según la cual, los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera se consideran obligaciones delimitadas por la Administración para satisfacer las necesidades de transporte, y que deben abarcar aquellos servicios que un operador privado no asumiría por no tener interés comercial en ello. Esta referencia es muy importante, porque se reconoce que existe un transporte que se concibe como un servicio de interés público que no debe estar sometidos a criterios de rentabilidad, sino atender a las necesidades de la ciudadanía.

En el ámbito autonómico, los Estatutos de Autonomía incorporan la competencia de transporte interno, habiéndose desarrollado en las diferentes leyes de ordenación de transporte de viajeros por carretera, presente en todas las CCAA. Hay que tener en cuenta que estas leyes comenzaron a desarrollarse en el año 1987, y las más recientes datan del año 2018, como es el caso de la Ley 9/2018, de 20 de diciembre, de transporte público de viajeros por carretera de Castilla y León²¹, que hace mención expresa en su exposición de motivos al derecho a la movilidad de las personas de su Comunidad cuyo instrumento para su cumplimiento debe ser el establecimiento de un servicio de transporte público de calidad.

¹⁸ España. Artículo 148.1.5.a) de la CE de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

¹⁹ España. Artículo 148.1.3.a) de la CE de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

²⁰ España. Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE, núm. 182, de 31 de julio de 1987).

²¹ Ley 9/2018, de 20 de diciembre, de transporte público de viajeros por carretera de Castilla y León (BOE, núm. 34. De 8 de febrero de 2019).

Otras CCAA han aprobado leyes denominadas «de movilidad», como es el caso de Catalunya²², que constituye una Ley pionera en Europa, Madrid²³, Comunidad Valenciana²⁴, Islas Baleares²⁵, o Asturias²⁶. En ellas encontramos referencias a la movilidad como derecho, así como elementos clave en la conformación de este. Por ejemplo, la Ley 12/2018, de 23 de noviembre, de Transportes y Movilidad Sostenible de la CCAA del Principado de Asturias, menciona expresamente el derecho a la movilidad como una cuestión de servicio público destinada a satisfacer las necesidades de desplazamiento de las personas, garantizando el derecho a la movilidad, prestando el servicio de forma continuada, con sujeción a un calendario, horarios, y en su caso, tarifas, aprobados por la Administración.

Otras normas importantes y que vienen a complementar las leyes de movilidad son las leyes de ordenación territorial y urbanística sostenible, como la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial urbanística sostenible de Extremadura²⁷, que integra en la ordenación del territorio elementos tan importantes como la movilidad sostenible, la cohesión social, la perspectiva de género y la participación ciudadana, estableciendo en su preámbulo que deben establecerse criterios de proximidad y diversidad de usos frente a las zonificaciones, reconociendo que la autonomía de la ciudadanía extremeña guarda relación con la proximidad de los servicios y las formas de movilidad, es decir, la autonomía de la persona y, con ella, su integridad, está relacionada con el acceso a servicios y, por tanto, con la realización de derechos. En este sentido, indica, además que estos criterios deben estar por encima de criterios económicos o productivos.

Como vemos, existe, al menos en la teoría, una cierta conciencia en el ordenamiento jurídico español, de la importancia de la movilidad en la vida humana y su relación con el acceso a derechos. No obstante, y aunque no sea el objeto del presente artículo profundizar sobre ello, nos planteamos qué garantías de cumplimiento e incluso de justiciabilidad se establecen para su cumplimiento, más allá del simbolismo declarativo presente en algunas de estas normas, como puede ser el preámbulo extremeño citado.

²² Ley 9/2003, de 13 de junio, de la movilidad (BOE, núm. 169, de 16 de julio de 2003).

²³ Ley 5/2009, de 20 de octubre, de Ordenación del Transporte y la Movilidad por Carretera (BOE, núm. 307, de 22 de diciembre de 2009).

²⁴ Ley 6/2011, de 1 de abril, de Movilidad de la Comunitat Valenciana (BOE, núm. 98, de 25 de abril de 2011).

²⁵ Ley 4/2014, de 20 de junio, de transportes terrestres y movilidad sostenible de las Illes Balears (BOE, núm. 172, de 16 de julio de 2014).

²⁶ Ley 12/2018, de 23 de noviembre, de Transportes y Movilidad Sostenible (BOE, núm. 281, de 16 de enero de 2019).

²⁷ Ley 11/2018. De 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura (BOE, núm. 35, de 9 de febrero de 2019).

4. CONCLUSIONES

Al inicio del artículo indicábamos que la presencia de la movilidad en el mundo del Derecho es relativamente reciente, y que su introducción ha venido de la mano de las ciencias sociales como disciplinas de estudio de la realidad material. De esta manera, hemos introducido una serie de reflexiones que pretenden poner de relieve que existe en nuestro tiempo una problemática referente al desplazamiento humano, que abarca desde las migraciones internacionales hasta el movimiento de la vivienda habitual al hospital más cercano. Así, la movilidad como fenómeno se presenta como un elemento a abordar desde las ciencias del conocimiento y de la regulación social, como la sociología, la filosofía o el Derecho. Los estudios de la movilidad han puesto de relieve que las percepciones clásicas sobre la movilidad están relacionadas con el sistema en el que vivimos, de manera que el tratamiento de las ciencias sociales sobre la misma parte de la misma premisa que el tratamiento de las ciencias jurídicas, aunque sean campos de estudio diferentes, y ello se ve reflejado en las normas jurídicas. De esta manera, la evolución de las perspectivas sobre la movilidad comienza a trasladarse de lo social a lo jurídico, dando lugar a normativas que integran el nuevo paradigma de la movilidad como un elemento a incorporar en sus regulaciones, es decir, normas que tienen presente que la movilidad es una herramienta para acceder a los servicios más básicos, donde se realizan derechos, siendo por tanto la movilidad un derecho de carácter instrumental que debe ser garantizado en aplicación de los principios de interrelación e interdependencia de derechos y del principio de igualdad constitucional e internacionalmente reconocido. En España ha sido en el ámbito autonómico donde se ha percibido esta necesidad y se ha elaborado normativa en esta materia, probablemente en relación con la conciencia de nuevos problemas relacionados con la movilidad en las ciudades, el medio ambiente, y la problemática de la despoblación en zonas rurales. Sin embargo, la aproximación jurídica a la movilidad aún resulta insuficiente, tanto desde el ámbito del Derecho Internacional y los derechos humanos, como desde el marco estatal y los derechos fundamentales, ya que no existe un reconocimiento expreso a tal derecho, ni tampoco se ha dotado de contenido social o instrumental al derecho a la libre circulación. El reconocimiento de un derecho tal a nivel constitucional, daría lugar a pensar sobre su justiciabilidad y sobre las garantías requeridas para su cumplimiento y, con él, el de otros derechos fundamentales.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMAR, G. (2011). *Homo mobilis. La nueva era de la movilidad*, La Crujía.
- BALLÉN DUQUE, F. (2007). «Derecho a la movilidad. La experiencia de Bogotá D. C.», *Prolegómenos: Derechos y Valores*, Bogotá, núm. 20, julio-diciembre de 2007.
- ESCOBAR ROCA, G. (2012). «Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución», *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*. Universidad de Alcalá.
- GARCÍA VILLEGAS, M. (1989). «El Derecho como instrumento de cambio social», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (86). Universidad Pontificia Bolivariana.
- GUTIÉRREZ, A. (2010). «Movilidad, transporte y acceso: una renovación aplicada al ordenamiento territorial», *Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, XIV.
- HAWKS, E. (1946). *Historia del transporte*, Barcelona, Editorial Juventud.
- MIRALLES-GUASCH, C. (2009). Movilidad cotidiana y sostenibilidad: una interpretación desde la geografía humana, *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*.
- MOM, G. (2017): «Los nuevos estudios de la movilidad. Historia de la movilidad. El automóvil y el desafío de las ciencias sociales. Historia del transporte y la movilidad. De la historia económica tradicional a los nuevos enfoques transversales». *Revista de la Historia de la Economía de la empresa*, 12.
- OIM. (2012). *Módulo II. Movilidad humana. Gestión fronteriza integral en la subregión andina*, Lima.
- PAZOS, M. O. (2005). «El estudio de la movilidad diaria en España: limitaciones en las fuentes y alternativas propuestas», *Ería. Revista cuatrimestral de geografía*, 66.
- RANDELL, R. (2018). «No paradigm to mobilize: the new mobilities paradigm is not a paradigm», *Applied Mobilities*.
- REHBINDER, M. (1981). *Sociología del Derecho*, Pirámide, Berlín
- SASSEN, S. (2007). *Una sociología de la globalización*, Katz Editores, Buenos Aires.
- SHAMIR, R. (2002). «Without Borders? Notes on Globalization as a Mobility Regime», *American Sociological Association*, vol. 23, núm. 2.
- SCHILLER, N. G., SALAZAR, N. B. (2013). «Regimes of Mobility Across the Glove», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 39(2).
- SHELLER, M. (2014). «The new mobilities paradigm for a live sociology». *Current Sociology Review*, 62(6), 2014, 789-811.
- (2018). *Mobility Justice. The Politics of Movement in an Age of Extremes*, London: Verso.
- SHELLER, M, URRY, J (2016). «Mobilizing the new mobilities paradigm», *Applied Mobilities*. <http://dx.doi.org/10.1080/23800127.2016.1151216>
- ULRICK, B. (1997). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós.
- ZUNINO SINGH, D. (2018). «Ciudades, prácticas y representaciones en movimiento. Notas para un análisis cultural de la movilidad como experiencia urbana», *Tempo Social*.

LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL DERECHO PENAL EN EL TEDH

SALVADOR MARTÍNEZ ROMPELTEN¹
UNED

SUMARIO: 1. *Planteamiento inicial.*–2. *El impacto del caso Kadi en la jurisprudencia del TEDH.*–3. *El caso Paulet como muestra de las garantías procedimentales.*–4. *El conflicto entre las medidas de protección del medioambiente y el derecho de propiedad: el caso G. I. E. M.* 4.1. Contextualización. 4.2. Acerca del artículo 7 CEDH. 4.3. El derecho de propiedad.–5. *El riesgo de quebrantamiento del principio de personalidad de la pena en las sanciones económicas de ámbito general.*–6. *Consideraciones finales.*

1. PLANTEAMIENTO INICIAL

Las siguientes líneas tienen por objeto analizar, desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), la relación que se da entre la protección del derecho de propiedad y el derecho penal. Cuando nos referimos al derecho penal, lo hacemos refiriéndonos tanto al *ius puidendi* en manos de los Estados, como también a las garantías intrínsecas que suponen la aplicación del derecho penal y su irradiación al derecho de propiedad.

El segundo párrafo del artículo 1 del Protocolo Adicional², en el que se garantiza el derecho de propiedad, fue sumamente cauteloso, de cara a manifestar que el

¹ Otra información de interés. Doctor en Unión Europea de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Profesor-tutor C. A. Lanzarote (UNED). Correo electrónico salmarinez@lanzarote.uned.es

² Artículo 1. Protección de la propiedad.

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

reconocimiento del derecho no implicaba limitar «el derecho que tienen los Estados de dictar leyes que estimen necesarias...para garantizar el pago...de las multas».

Aunque no es una referencia explícita en sí al derecho penal, el término «multa» o «*penalty*» en su versión inglesa, es claro que se circunscribe a la potestad de los Estados para fijar su régimen sancionador, abarcando dentro de este al ámbito penal.

Cuando se gestó reconocimiento del derecho de propiedad dentro del ámbito del Consejo de Europa, en ningún caso entraba dentro de los objetivos de los Estados limitar sus facultades nacionales, íntimamente vinculadas a la noción de soberanía³, de cara a dictar sus pertinentes normas de derecho interno para configurar el entramado de penas y demás medidas derivadas del ejercicio del *ius puidendi*.

En la materia específica en la que nos adentramos de las relaciones entre el derecho penal y el derecho de propiedad, desde la perspectiva de un Tribunal internacional como el TEDH, las dificultades son mayores que en el plano interno.

Para no caer en un razonamiento excesivamente abstracto, nos vamos a apoyar en casos concretos. De esta forma será más sencilla correcta comprensión de los problemas subyacentes a la temática que nos enfrentamos. No obstante, antes de ello, vamos a ir planteando una serie de cuestiones que posteriormente abordaremos en asuntos específicos.

En primer lugar, el TEDH tiene que acudir a la noción de «conceptos autónomos» para identificar si una medida tiene o no carácter penal, independientemente del *nomen iuris* que se le asigne en el ámbito interno⁴.

Ello supone que si el TEDH entiende que estamos ante una situación que implica o, mejor dicho, entra dentro del ámbito del derecho penal, ello supone *ipso facto*, la entrada en juego de otra serie de principios y derechos que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) establece en

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

³ La soberanía estatal fue uno de los motivos que impidieron incorporar el derecho de propiedad al CEDH y difirieron su incorporación posterior mediante el artículo 1 del Protocolo Adicional. Ver BARCELONA LLOP (2013), pp. 4 y 5.»las divergencias..., que obedecían tanto a la naturaleza del derecho de propiedad-pues había quien consideraba que era de carácter estrictamente económico y diversa, por tanto a la de los demás incluidos en el listado- como a reticencias ante la posibilidad de un control internacional de las decisiones que afectarían a este derecho.

El segundo argumento se puede comprender desde la perspectiva clásica de la soberanía estatal, que en cierto modo el texto el texto en forja».

⁴ QUERALT JIMÉNEZ (2008), p. 112. «El TEDH, consciente de su diversidad de sistemas jurídicos y tradiciones que abarca el sistema europeo, desde sus inicios optó por definir el significado de determinadas nociones convencionales, sobre todo, por la variedad de sentidos con la que aquellas contaban en los ordenamientos internos y, incluso, por tratarse de nociones ajenas a alguno de los sistemas internos».

materia penal. Y por ende, esto tendrá sus repercusiones en cuanto a la posible legalidad o no de las injerencias en materia del derecho de propiedad⁵.

A primera vista, bien podríamos decir, aún a riesgo de simplificar mucho las cosas, que en la relación del derecho penal con el derecho de propiedad tenemos dos niveles de garantía. En primer término tendríamos el entramado procedimental⁶ que, en cierta manera, es corolario de los pertinentes derechos defensa que tienen las partes, en un procedimiento con consecuencias penales.

Y por otro lado, tendríamos un aspecto de garantía del derecho de contenido más material. Aquí la controversia es mayor. Algunos autores consideran que la libertad para fijar las consecuencias y las multas es un ámbito de los Estados que, en todo caso, no corresponde fiscalizar desde la perspectiva del derecho de propiedad⁷. Lo cual casa muy bien con la ya aludida libertad que ostentan los Estados de cara a fijar su ámbito normativo en materia de política criminal. En todo caso, se defiende que el CEDH ya protege desde un punto de vista material con la prohibición de las penas o tratos inhumanos o degradantes del artículo 3.

No obstante, y tal como ya plasmó el propio Cesare Beccaria en su famosa obra «De los delitos y de las Penas»⁸ en el siglo XVIII, a mi modo de ver no

⁵ CASADEVALL (2012), p. 320. «En la demanda *Welch c. Reino Unido*, se discutía si la orden de comiso de una cantidad dineraria (en base a una presunción legal de enriquecimiento ilícito) subsiguiente a una condena por tráfico de estupefacientes, tenía la consideración de pena y como tal quedaba sometida al principio de no retroactividad, teniendo en cuenta que la Ley que preveía la confiscación era posterior a la comisión del delito por el cual el demandante había sido condenado. El TEDH entiende que la orden de comiso, en la medida en que quedaba vinculada a la condena por tráfico de estupefacientes, era constitutiva de una pena y por tanto sometida al principio de legalidad».

⁶ PINTO DE ALBUQUERQUE, PRECIADO DOMÉNCH (2017), p. 38. A colación del *asunto G. I. E. M. S. R. L. y otros c. Italia*, se argumenta que «una injerencia en los derechos garantizados por el art. 1 del Protocolo 1 no es legítima si no se da un previo debate contradictorio, respetando el principio de igualdad de armas, que permita debatir los aspectos importantes para resolver el caso. Sin embargo, la Ley italiana impone un mecanismo automático de aplicación del decomiso en los supuestos de urbanización ilícita que no permite al juez ponderar entre el objetivo legítimo de la medida y los derechos de los interesados afectados por la sanción.

Por ello, el tribunal estima que se ha vulnerado el art. 1 del protocolo 1 en el caso de todos los demandantes, por razón de la desproporcionalidad de la medida de decomiso».

⁷ Ver en este sentido Voto Particular del Juez Wojtyczek en el *asunto Paulet c. Reino Unido*, de 13 mayo de 2014. «Furthermore, the assumption in question is difficult to reconcile with the very wide margin of appreciation left to States in the field of criminal law, especially if the punishable acts fall outside the scope of the rights protected under the Convention and the Protocols. In principle, States are free to establish their criminal policy in that field provided that they observe the standards of criminal law set forth in Articles 3 and 7 of the Convention».

⁸ BECCARIA (2018), p. 91. Capítulo 25. Destierros y confiscaciones.» Pero el que es desterrado y excluido para siempre de la sociedad del que era miembro, ¿Deberá ser privado de sus bienes? Esta cuestión puede considerarse con diversos aspectos. Perder los bienes es una pena mayor que la del destierro; luego con proporción a los delitos debe haber casos por donde se incurra en perdimiento de todos o parte de los bienes y casos en que no. El perdimiento de todos debiera verificarse cuando el destierro decretado por la Ley fuere tal que anonade todas las relaciones que existen entre la sociedad y un ciudadano reo. Muere entonces el ciudadano y queda el hombre; y en el cuerpo político debe producir el mismo efecto que la muerte natural. Parecía, pues, que los bienes quitados al reo debieran tocar a sus legítimos sucesores más bien que al príncipe, puesto que la muerte y semejante destierro son lo mismo respecto del propio cuerpo político. Pero no me fundo en esta sutileza para atreverme a desaprobar las confiscaciones de los bienes. Si

se puede renunciar a despojar de todo límite material o sustantivo a la garantía del derecho de propiedad dentro del ámbito del derecho penal. Aunque para esto únicamente podamos acudir a la fiscalización en base a la proporcionalidad o enjuiciamiento particular.

Todo ello, y ya vamos finalizando con el planteamiento introductorio de la temática, tenemos que ponerlo en conexión con los desafíos y retos que se enfrentan los Estados en pleno siglo XXI para luchar contra la delincuencia a gran escala, el terrorismo internacional y demás amenazas a las que se enfrentan los Estados.

A tal fin, aparte de las acciones de orden interno, se han dictado toda una serie de medidas de ámbito internacional, suscritos tratados y demás instrumentos jurídicos, que sirven para hacer frente a la lucha que deben afrontar los Estados, con el fin de garantizar el derecho de seguridad de sus ciudadanos.

Esto, como es evidente, también tiene su reflejo en cuanto al derecho de propiedad. La casuística es muy compleja. Estamos hablando de poderes exorbitantes en algunos casos para luchar contra el terrorismo, blanqueo de dinero por acciones delictivas, delitos urbanísticos o tráfico de drogas y trata de personas o, por poner un ejemplo de máxima actualidad, imponer sanciones a un Estado agresor, como en el caso de la invasión de Ucrania. Pero, y en lo que a nosotros interesa, dichas medidas pueden llegar a ser, según los casos, desproporcionadas o, incluso, afectar a terceras personas de buena fe.

De ahí la importancia del estudio particular de esta temática en la casuística ya existente. Todo ello, de cara a extraer principios o reglas aplicables, en base al estudio de la jurisprudencia del TEDH y del propio TJUE, con los casos *Kadi* y *Nada* como máximo exponente.

2. EL IMPACTO DEL CASO KADI EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El caso *Kadi*⁹ aborda la asunción por parte de la Unión Europea (en adelante UE) de obligaciones impuestas en materia de lucha contra el terrorismo.

algunos han sostenido que éstas sirven de freno a las venganzas, y prepotencias privadas, no reflexionan que aun cuando las penas produzcan un bien no por esto son siempre justas, porque para ser tales deben ser necesarias; y una injusticia útil no puede ser tolerada de un legislador que quiere cerrar todas las puertas a la tiranía vigilante, que lisonjea con el bien de un momento y con la felicidad de algunos personajes esclarecidos, despreciando el exterminio futuro y las lágrimas de infinitos oscuros. Las confiscaciones ponen precio a las cabezas de los flacos, hacen sufrir al inocente la pena del reo y conducen a los mismos inocentes a la desesperada necesidad de cometer delitos. ¡Qué espectáculo más triste que una familia despeñada en el abismo de la miseria y de la infamia por los delitos de una cabeza, a la cual la sumisión ordenada por las leyes sería impedimento que prohibiese el estorbarlos, aun cuando tuviese medios para hacerlo!».

⁹ El caso dio lugar a tres sentencias. Las dos primeras sentencias del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 21 de septiembre de 2005, *Kadi/Consejo y Comisión* (T-315/01, Rec. p.

Concretamente, la congelación de fondos, acordada mediante Resolución del Consejo de Seguridad de la Organización Nacional de Naciones Unidas (en adelante, ONU), y el papel que debe desempeñar el sistema jurisdiccional de la propia UE en cuanto al control y garantías, desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

Aunque la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha sido objeto de gran controversia¹⁰, no es menos cierto que, en cuanto a la garantía del justiciable del control jurisdiccional del derecho de la UE, tiene un gran valor e importancia jurídica.

El hecho de revocar la pretendida «inmunidad» que consagraban las dos primeras sentencias con respecto a una norma de la UE, en cuanto que tiene su origen y razón de ser en una medida impuesta en el seno del Consejo de Seguridad de la ONU, es francamente muy positiva. Ello evita crear más zonas oscuras o vetadas al control jurisdiccional dentro de la UE.

Desde el punto de vista del derecho de propiedad, la lesión o quiebra de la proporcionalidad no radica tanto en el hecho, que bien podría justificarse por motivos de seguridad, dadas las terribles consecuencias del fenómeno del terrorismo, de que los bienes fueran incluidos en una lista sobre personas y entidades asociadas a Bin Laden. El problema radica en la imposibilidad de confrontar o hacer valer procesalmente, por alguna vía legal, la incorrección de dicha inclusión. Ello deriva o vincula la injerencia al derecho a la propiedad privada hacia su vertiente de tutela judicial efectiva.

Como ejemplo del impacto del caso en el TEDH es oportuno traer a colación el caso *Nada c. Suiza*, con sentencia de Gran Sala del TEDH, de fecha 12 de septiembre de 2012.

II-3649), y Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión (T-306/01, Rec. p. II-3533). Al ser recurridas se dictó sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2008, causa 402/05 y 415/05, Kadi. Revocando las dos sentencias iniciales. Link a la sentencia de la Gran Sala:

<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C, T, F&num=c-402/05%20p&td=ALL>. (Fecha visita 20 diciembre 2021).

¹⁰ ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «La impronta de las sentencias Francovich, Bosman, Kadi y Factortame en la jurisprudencia de la Unión Europea (1988-2013)», *Cuadernos Europeos De Deusto*, 50, 2014, pp. 201-220. DOI: <https://doi.org/10.18543/ced-50-2014>, p. 204. «Los derechos fundamentales y su protección en la Unión Europea son esenciales en la comprensión del Derecho contemporáneo y la solución que ha venido elaborando con paciencia el Tribunal de Justicia y las adaptaciones constitucionales, en particular, la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión justificarían la elección de una sentencia particularmente polémica pero también valiente como la sentencia Kadi, dictada en un recurso de anulación donde el Tribunal de Justicia enmienda la posición del Tribunal de Primera Instancia, relativiza el marchamo de las Naciones Unidas y obliga a ser más escrupuloso con la protección de los derechos fundamentales de todas las personas».

En primer lugar, podemos apreciar la recepción de la sentencia en los § 83¹¹ a 87 al abordar como jurisprudencia internacional aplicable al «Asunto Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra el Consejo y la Comisión (Tribunal de Justicia de la Unión Europea)».

En este caso, aunque Suiza no ha ratificado el artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH, sí se ve amparado de forma indirecta su derecho a la protección de la propiedad por la condena a Suiza, por vulnerar el artículo 8 y el artículo 13 del CEDH.

Al analizar el TEDH la posible violación constatada del artículo 13 CEDH, en el § 212, se puede ver la importancia del recurso argumentativo a la jurisprudencia del TJUE. El TEDH indica literalmente que «El Tribunal se refiere además a la conclusión del TJCE en donde establece «no es una consecuencia de los principios que rigen el ordenamiento jurídico internacional creado por las Naciones Unidas, que sea imposible proceder a un control jurisdiccional de la legalidad interna del Reglamento controvertido desde el punto de vista de los derechos fundamentales sea evitado por el hecho de que dicha medida esté destinada a aplicar una resolución del Consejo de Seguridad aprobada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas» (véase, sentencia Kadi del TJCE, § 299, *supra*, punto 86). El Tribunal considera que este mismo razonamiento debe aplicarse, *mutatis mutandis*, al presente caso, concretamente a la revisión por parte de las autoridades suizas sobre la conformidad de la Ordenanza de los Talibanes con el Convenio. Sostiene además que no hay ninguna disposición en las resoluciones del Consejo de Seguridad que evite que las autoridades suizas introduzcan mecanismos para verificar que las medidas adoptadas a nivel nacional en aplicación de esas resoluciones, sean de conformidad con el Convenio».

Más anecdótico, pero en todo caso muestra de la relevancia del caso *Kadi*, es su utilización argumentativa por parte del Tribunal Constitucional

¹¹ Ver § 83. «El Asunto Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas (asuntos C-402/05 P y C-415/05 P; en adelante «la sentencia Kadi») trataba de la congelación de los activos de los demandantes de conformidad con los reglamentos de la Unión Europea, adoptados en relación con la aplicación de las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1267 (1999), 1333 (2000) y 1390 (2002), que entre otras cosas, exige a todos los Estados miembros de la ONU, adoptar medidas para congelar los fondos y demás recursos financieros de las personas y entidades identificadas por el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad, como asociadas con Osama Bin Laden, Al-Qaeda o con los talibanes. En este caso, los demandantes se encontraban dentro de esa categoría y por lo tanto, sus activos habían sido congelados –una medida que para ellos constituía una violación de su derecho fundamental al respeto de la propiedad, protegido en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea («el Tratado de la CE»). Sostienen que la normativa del Tratado de la CE, había sido adoptada *ultra vires*».

Federal alemán en su sentencia Lisboa, con la finalidad de reservarse el derecho a la última palabra en materia de protección de derechos fundamentales ¹².

3. EL CASO PAULET COMO MUESTRA DE LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES

El caso *Paulet c. Reino Unido*, con sentencia de 13 de mayo 2014, aborda la problemática de la confiscación como sanción penal y sus exigencias procedimentales. Se trata de un asunto que se mueve dentro de una temática de gran controversia en el ámbito de los derechos humanos. La confiscación se decreta como consecuencia de una falsedad documental en la identidad nacional, con la finalidad de poder acceder al mercado laboral.

Aquí abordamos la sensible cuestión de la consideración penal o no de la inmigración «ilegal» o clandestina y sus consecuencias. Más si cabe, en aquellos casos en los que las personas se ven compelidas por el hambre o las mafias, en una conducta de emulación impuesta socialmente en sus lugares de origen y de difícil erradicación, de cara a poder alcanzar un estándar de vida y un futuro mejor, en lo que hoy en día todavía seguimos denominando primer mundo.

Afortunadamente, al menos en cuanto al uso del léxico, cada vez está más desterrada la expresión de inmigrantes ilegales, en favor de personas en situación de estancia irregular en el territorio nacional. Son matices terminológicos pero muy relevantes, ya que ningún ser humano puede o debe ser considerado ilegal.

En este sentido, aunque existen instrumentos en el plano internacional para proteger situaciones extremas como es el derecho de Asilo, lo cierto es que en el momento presente no existe una libertad de movimientos ni, recalco, un pretendido derecho a emigrar por razones económicas. Todo ello, sin perjuicio de las interesantísimas reflexiones de Ferrajoli sobre la

¹² VIDAL PRADO (2011), pp. 365-366 «La Ley fundamental aspira a integrar a Alemania en una comunidad de Estados pacíficos y libres, pero no renuncia a la soberanía contenida en última instancia en la Constitución alemana. Por eso no hay contradicción con respecto al objeto de apertura al Derecho internacional si el legislativo, excepcionalmente, no cumple con el derecho de los tratados internacionales-aceptando, sin embargo, las consecuencias correspondientes en las relaciones internacionales- en caso de que ésta sea la única manera de evitar una violación de los principios fundamentales de la Constitución (véase BverfGE 111, 307<317-318>). El Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas basó su Sentencia de 3 de septiembre de 2008 en el asunto Kadi en una interpretación similar, según la cual se pueden aducir principios jurídicos fundamentales de la Comunidad frente a la pretensión de validez de Derecho internacional de una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (TJCE, casos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P. EuR,2009, pp. 80<100 y ss.>)

consideración de la nacionalidad como la última discriminación que todavía perdura en pleno siglo XXI¹³.

En base a este contexto y a la necesidad de, al menos por un Tribunal internacional como el TEDH, poder conjugar los intereses nacionales y el interés particular, ponderar las circunstancias particulares de las personas que se pueden ver abocadas¹⁴, aun infringiendo el derecho penal, a quebrantar las normas de entrada en los Estados del primer mundo, resulta sumamente sugerente e importante detenerse sobre el caso *Paulet*.

La problemática que describe el caso es la siguiente. El demandante, nacional de Costa de Marfil, recurre a documentación de identidad falsificada de Francia, para poder acceder al mercado laboral británico.

Gracias a ello, logra un trabajo remunerado, que desempeña cumpliendo con todas las obligaciones correspondientes, tanto laborales como tributarias. En ningún momento vuelve a incurrir en ninguna ilegalidad, o a constituirse en un «problema» para el Reino Unido. Hasta que, tras más de cuatro años, es descubierta por las autoridades nacionales la falsedad documental, al intentar tramitar el carnet de conducir.

Como consecuencia de la falsedad documental, entre otras penas que se le imponen, se acuerda la confiscación de todos sus ahorros disponibles y generados con el trabajo remunerado que había realizado, una vez descontadas las correspondientes tasas y el coste de la vida. Aquí, es relevante insistir en que las cantidades generadas por su trabajo fueron reales y en nada se derivaban de actos ilícitos.

Tras los pertinentes recursos previos a agotar la vía interna, es interesante detenerse en el argumento de la Corte de Apelaciones para desestimar el abuso de jurisdicción o desproporcionalidad de la confiscación acordada, alegada por la defensa de Paulet.

Básicamente, lo que se viene a decir es que la falsedad, en cuanto a la identidad, tiene un carácter continuo. Por ello, aunque las ganancias obtenidas por su trabajo eran lícitas, la oportunidad para acceder a las mismas, con carácter de ventaja económica, se sustentaba en una ilegalidad.

¹³ FERRAJOLI (2010), pp. 116 y 117. «En la crisis de los Estados y de las comunidades nacionales que caracteriza este fin de siglo, conectada con fenómenos paralelos como las migraciones de masas, los conflictos étnicos y la distancia cada vez mayor entre Norte y Sur, es preciso reconocer que la ciudadanía ya no es, como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión y de igualdad. Por el contrario, cabe constatar que la ciudadanía de nuestros ricos países representa el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales».

¹⁴ Aspecto que, de ninguna manera justifico salvo en los supuestos más excepcionales pero si puedo llegar a comprender.

En cuanto a las cuestiones que alega el Gobierno británico para que se desestime la demanda, merece la pena detenerse brevemente en la aludida falta de agotamiento de la vía interna, al haberse planteado la queja del demandante, en base a categorías del derecho interno y no en base a los derechos amparados por el TEDH, esto es, la CEDH y sus Protocolos.

Al respecto, el TEDH recuerda que el propio proceder de los Tribunales internos en cuanto a dicha cuestión. Aquí de lo que se trata, como deja claro el TEDH, es permitir a los órganos internos examinar con carácter previo la alegada violación, para respetar el principio de subsidiariedad que debe regir en el sistema de protección de derechos del Consejo de Europa.

En otras palabras, que disponga de una oportunidad de enmendar, si procede, las violaciones acaecidas en el ámbito interno. Y la cuestión del *nomen iuris*, si estamos hablando de cuestiones jurídicamente análogas, no debe ser relevante. Lo contrario, como es obvio, supondría avocar al sistema a un excesivo formalismo en perjuicio de los ciudadanos, a quienes debe proteger el CEDH y sus Protocolos.

Ya entrado en cuestiones de fondo, vamos a centrarnos ahora en el planteamiento del asunto por parte del demandante. El primer aspecto a destacar es el reconocimiento en abstracto de la compatibilidad de la confiscación penal con el artículo 1 del Protocolo Adicional. Y lo justifica en casos de drogas, lavado de dinero y financiación del terrorismo. Pero la considera desproporcionada en el presente caso.

Abundando más en esta idea, en el § 55, el demandante plantea una categorización de los ilícitos penales, de cara a poder graduar las consecuencias, entre las que sería desproporcionada la confiscación en su supuesto.

Con respecto a los argumentos del Gobierno demandado, en cuanto a la procedencia y proporcionalidad de la confiscación, podríamos resumirlos en dos cuestiones. El interés público que avala la medida en cuanto a la regulación de la política migratoria y evitar que se saquen réditos económicos de violar las reglas del sistema de cupos existente.

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, a juicio del Gobierno se da debido cumplimiento a ello, dado que la confiscación estaba basada en una condena por un hecho delictivo, las cantidades exigidas eran menores a las obtenidas por el ilícito y era viable para el obligado, con base a su patrimonio presente, hacer frente a la misma.

En los §§ 64 a 69 el TEDH explicita su posición, destacando que las órdenes de confiscación constituyen una interferencia en el derecho de propiedad. Recuerda que, desde hace ya un tiempo prudencial por jurisprudencia consolidada, las confiscaciones deben ser analizadas desde el segundo

párrafo del artículo 1 del Protocolo Adicional. También se indica la aplicabilidad del principio de proporcionalidad, sobre el que se recuerdan las reglas básicas de funcionamiento.

El TEDH especifica que el motivo de infringir el derecho a la propiedad del demandante proviene de una cuestión procesal, en cuanto a la falta de enjuiciamiento, tal y como exigía la propia legalidad interna, de si se estaba o no ante un supuesto de abuso de derecho o, en términos del TEDH, si se había sometido la orden confiscatoria a un juicio de proporcionalidad.

Al detectar el fallo en cuanto a la aplicación de los requisitos exigibles, en este caso, la ponderación o aplicación de la proporcionalidad de la medida exigida a nivel interno, el TEDH no necesita seguir evaluando la medida, acordando la violación sin necesidad de entrar en un juicio hipotético acerca de si la orden de confiscación era o no proporcional.

Ya como último aspecto a comentar de la sentencia tenemos a la ausencia de valoración en cuanto al daño material, de cara a cuantificar la satisfacción equitativa, dada la ausencia de conexión entre el daño alegado y el quebranto procedimental en su derecho a la propiedad. No obstante, el TEDH sí entiende apropiado fijar una cantidad simbólica de 2.000 euros en concepto de daño moral, en compensación por la angustia generada por la falta de remedio en el ámbito interno para hacer valer su derecho.

Ya como cierre al análisis de la presente sentencia, hay que destacar que la misma contiene un voto discrepante del Juez Wojtyczek, quien entiende que en el presente caso no existe violación alguna del derecho de propiedad.

A mi modo de ver, lo más destacado de la argumentación del presente voto particular, que no comparto por las razones que expondré a continuación, radica en el § 5, cuando diferencia tajantemente las posesiones adquiridas de acuerdo a la legalidad y las adquiridas mediante conductas criminales, sin establecer ningún tipo de graduación a excepción de la entrada en juego de los artículos 4 y 7 del CEDH.

Aquí es donde, a mi entender, quiebra la argumentación del voto particular y por estimar el TEDH un vicio procedimental, no tenemos respuesta a la cuestión clave que se plantea en el caso. El interrogante del caso es si el acto ilícito afecta a todas las posesiones adquiridas o procede una moderación dado el carácter instrumental de la falsedad documental para acceder al mercado de trabajo. Dicho de otro modo, la cuestión principal es si es posible y hasta cuándo que el vicio de la obtención del permiso de residencia contamine todo el patrimonio generado por el ciudadano que obtuvo la residencia de forma fraudulenta.

Es evidente que cuando más tiempo se dilate el descubrimiento de la falsedad, aparte de entrar en juego en instituto de la prescripción del delito,

más absurdas pueden llegar a ser las consecuencias. Y, a mi modo de ver, aparte de los artículos 3 y el 7 del CEDH, la garantía del derecho de propiedad sí se ve afectada materialmente, en caso de quebrantarse la proporcionalidad o justo equilibrio entre los fines públicos en base a la prevención de los delitos y el respeto a los bienes particulares.

4. EL CONFLICTO ENTRE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE Y EL DERECHO DE PROPIEDAD: EL CASO G. I. E. M

4.1 Contextualización

El TEDH se ha visto compelido a dictaminar una saga de sentencias con Italia como Estado demandado, que culmina con la sentencia *G. I. E. M. S. R. L., y otros c. Italia*, de 18 de junio de 2018, que vamos a analizar de forma específica. Dichos asuntos tienen como telón de fondo la ponderación de intereses en juego por la implementación de normativa de protección medioambiental y la protección del derecho de propiedad.

Se entremezcla una problemática grave en cuanto al funcionamiento de la normativa urbanística que desemboca en una maraña legal para el particular¹⁵. Aquí se puede apreciar de forma clara lo que supone, desde la perspectiva de los derechos humanos, aplicar consecuencias penales, tales como la confiscación de propiedades por la conculcación de medidas protectoras del medioambiente y, al mismo tiempo, ser respetuosos con los principios básicos de derecho penal, cuando el defecto surge del déficit de calidad normativa.

Dadas las similitudes, en lo malo, con respecto al carácter alambicado y a la inseguridad jurídica del derecho urbanístico y registral español, dicha saga de sentencias pueden constituir un gran elemento de reflexión para el legislador español¹⁶.

¹⁵ En el § 237 de la sentencia *G. I. E. M. S. R. L., y otros c. Italia*, se destaca el factor de la falta de previsibilidad de la normativa urbanística. En adelante, todas las referencias a § se referirán a esta sentencia.

¹⁶ Especialmente delicado es el juego de equilibrios en cuanto a una declaración de ilegalidad *ex post* por una autoridad jurisdiccional, en contra del criterio de la propia Autoridad administrativa con competencias en la concesión de las licencias urbanísticas. Ello se aborda específicamente en el § 231 al destacar que la función del tribunal penal no es simplemente verificar que no se haya realizado ningún desarrollo urbanístico en ausencia o en incumplimiento del permiso de planificación, sino que también le compete determinar si dicho desarrollo, autorizado o no, es compatible con el ordenamiento jurídico en su totalidad.

Otra perspectiva a tener en cuenta, desde la óptica más general, de la vinculación entre la confiscación del objeto del delito, tal y como expone el Juez Motoc, es la importancia de la máxima latina «*Ex turpi causa non oritur actio*»¹⁷ y la necesidad de dar respuesta medios delictivos cada vez más sofisticados.

La tendencia es limitar al máximo la impunidad económica de las acciones delictivas. El problema de todo ello, como en muchos ámbitos en los que nos movemos al afrontar la defensa de los derechos, es un trazar una ponderación adecuada entre los distintos intereses en juego. Por un lado, tenemos la necesaria lucha contra los réditos económicos de las acciones delictivas y, de otro lado, la exigencia de la debida defensa de las garantías mínimas, en el marco de un Estado de Derecho, que marca la pertenencia al Consejo de Europa.

El motivo principal de queja en el caso G. I. E. M., independientemente de que se aleguen la violación de diferentes derechos como el artículo 7 CEDH¹⁸ y el artículo 1 del Protocolo Adicional, es dilucidar si procede la confiscación o decomiso, en el marco de un proceso penal, sin declaración de condena¹⁹.

4.2 Acerca del artículo 7 CEDH

El TEDH analiza primeramente si se ha conculcado el artículo 7 CEDH. Para ello, recuerda que el concepto de «pena» es concepto autónomo²⁰. De-

¹⁷ En su voto particular hace hincapié en que la confiscación sin condena es un tema de gran actualidad en el plano legal internacional. Resalta a su vez que la política criminal se centra cada vez más en el producto del delito como medio para combatir la actividad delictiva y sus consecuencias. De ahí que en las últimas décadas, se ha desarrollado una política criminal internacional para asegurar el decomiso del producto monetario del delito, como parte de la lucha contra el lucro proveniente del delito. Y es dentro de este espectro de actuaciones, añadimos nosotros, donde debe encuadrarse el resquicio al decomiso sin condena penal como elemento subsidiario del sistema.

¹⁸ Artículo 7 No hay pena sin ley.

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

¹⁹ Es muy relevante para el caso G. I. E. M. y otros c. Italia tener en cuenta que el mismo se enmarca en una saga de sentencias iniciada con el caso *Sud Fondi S.r.l. y otros c. Italia*, en la cual el asunto *Varvara* sí estimó posible, mediante la fijación de una serie de cautelas judiciales, acordar la confiscación de bienes sin declaración de condena penal. De ahí que el estudio de la última sentencia de la saga sea a su vez un repaso integral de los tres pronunciamientos en cuestión.

²⁰ Ver § 210.

biendo irse más allá de las apariencias, independientemente del *nomen iuris*²¹ en el derecho interno.

En su argumentación, el TEDH refleja los posicionamientos ya fijados con respecto a la materia en el caso *Sud Fondi*²², recordando que la confiscación por urbanización ilegal impuesta a los demandantes podría considerarse una «sanción», en el sentido de Artículo 7 CEDH, a pesar de no existir dictado condena penal.

Y justifica dicho razonamiento en los siguientes cuatro aspectos: la confiscación tiene que estar vinculada a un delito penal; la ilegalidad urbanística debe ser declarada por la jurisdicción penal; la sanción debe tener por objeto disuadir, a modo de castigo, por la urbanización ilegal y, por último, ser de gran entidad o severa.

Al TEDH lo que le interesa, de cara a la aplicación de las garantías del artículo 7 CEDH, es si la confiscación en el caso en concreto goza de carácter material de naturaleza penal.

Teniendo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales de *Sud Fondi* y *Varvara*, el TEDH entiende que sí estamos ante un supuesto confiscación por el desarrollo urbanístico ilegal de la propiedad. Y, por lo tanto, era una «sanción» en el sentido del artículo 7 del CEDH²³.

Otro aspecto que denota el carácter penal de la sanción es el carácter obligatorio y absoluto de la prohibición del desarrollo urbanístico ilegal. Y ello, sobre la base de que no sea necesario acreditar un daño o riesgo concreto al medioambiente²⁴.

Continuando con el análisis de la ya encuadrada dentro del ámbito penal «pena de confiscación», el TEDH se ocupa de un aspecto de capital importancia para el caso, esto es, la entidad o gravedad de la misma. Para el TEDH, la pena de confiscación por desarrollo urbanístico ilegal, en sí misma, es una sanción especialmente severa.

Asimismo, llama la atención que la misma se extiende no solamente a la porción de terreno donde se ha cometido la ilegalidad urbanística, sino que se extiende a la totalidad de la propiedad. Y todo ello, sin que exista ninguna compensación pecuniaria al respecto²⁵.

²¹ Este aspecto lo reitera el TEDH en el § 216, destacando que, sin un concepto autónomo de sanción, los Estados serían libres de imponer sanciones sin clasificarlas como tales, y las personas interesadas quedarían entonces privadas de las salvaguardias previstas en el artículo 7.1. CEDH.

²² Ver § 212.

²³ Ver § 222.

²⁴ Ver § 225.

²⁵ Ver § 227.

Tal y como se advertía al principio, uno de los aspectos más controvertidos que afectan al derecho urbanístico italiano, cuyos males tienen cierta analogía con lo que ocurre en ordenamiento jurídico español²⁶, basculan sobre el requisito de la previsibilidad en los efectos de la normativa penal. Si la norma no es previsible, ello conecta con el carácter volitivo que ostenta el derecho penal. Al entrar en juego el factor del error invencible, es evidente que no debe existir responsabilidad penal²⁷. Y ello con base en que el derecho penal se construye sobre la importancia del elemento mental que desempeña la conducta, en cuanto responsable de sus actos²⁸.

Además, sería incoherente, por un lado, exigir una base jurídica accesible y previsible y, por otro, permitir que una persona sea declarada ‘culpable’ y ‘castigarla’, aunque no haya estado en una posición de conocer el derecho penal debido a un error invencible del que no se puede culpar de ningún modo a la persona que incurre en él²⁹. Es por ello que la calidad de la Ley desempeña un factor preponderante en este tipo de cuestiones³⁰.

Sin embargo, el TEDH no excluye determinadas formas de responsabilidad objetiva, sin necesidad de acreditar el dolo o la negligencia, a modo de presunciones de hecho o de derecho. Pero, como contrapeso, el particular debe gozar de determinados derechos procesales que permitan defender su inocencia, so pena de conculcar el artículo 6.2 del CEDH, en cuanto a la misma³¹.

²⁶ El Gobierno español se ha hecho eco de esta problemática. Ver en este sentido «Consulta pública previa sobre el anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobada por real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la planificación territorial y urbanística». Aquí se expone sin tapujos que «La gran complejidad técnica y jurídica, tanto sustantiva, como procedimental, de dichos planes, agravada, si cabe, por la existencia no sólo de una nutrida legislación autonómica de ordenación territorial y urbanística sino, sobre todo, por las heterogéneas, dispersas y cada vez más numerosas afecciones procedentes de la legislación sectorial, tanto estatal como autonómica, unidas al largo periodo de tiempo que transcurre entre la entrada en vigor de dichos Planes y las sentencias que los anulan, hacen que los efectos de las mismas sean cada vez más perniciosos y supongan una amenaza grave y constante para la seguridad jurídica, además de una clara paralización de la potestad planificadora de las Administraciones públicas competentes.» Disponible en: https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/audienciainpublica/recursos/16_06_2021_consulta_publica_apl_seguridad_juridica.pdf

²⁷ Ver § 241.

²⁸ Aunque de la lectura del artículo 7 CEDH no se percibe dicho vínculo psíquico entre el elemento material del delito y la persona que se presume que lo cometió. Sin embargo, el fundamento de la sentencia y el castigo, y el concepto de «*guilty*» (en la versión inglesa del CEDH) y la noción correspondiente de «*personne coupable*» (en la versión francesa del CEDH) apoyan una interpretación según la cual el artículo 7 CEDH exige, a los efectos de castigo, un vínculo intelectual (conciencia e intención) que revela un elemento de responsabilidad en la conducta del autor del delito, en cuyo caso la pena será injustificada.

²⁹ Ello se puede ver en el § 241 al traer a colación la jurisprudencia consolidada de *Sud Fundi*.

³⁰ Esta idea se reitera nuevamente en el § 242 haciendo extensible también al caso presente.

³¹ Ver § 243.

En el caso presente, debe destacarse que no se dan ninguno de los supuestos que justifiquen la pena de confiscación. No se acredita el elemento psíquico de culpabilidad en cuanto a la condena y, tampoco, para el supuesto de basarse dicha condena en una responsabilidad objetiva, se han respetado los cauces procedimentales en cuanto a garantías del particular para defenderse ante dicho tipo de sanción «penal»³².

Respecto a la ausencia de condena penal, el TEDH no exige *stricto sensu* que sea necesaria la misma. Pero sí que se exige que en dicha declaración de culpabilidad, aún fuera del orden del ordenamiento penal, se hayan respetado los derechos contenidos en el artículo 7 y 6 del CEDH³³.

Otra cuestión controvertida abordada tiene que ver con el principio *societas delinquere non potest*³⁴. Aquí no se entra a debatir acerca de si los Estados pueden abrir el espectro penal a las personas jurídicas, como sujetos responsables penalmente, tal y como ha sucedido en España, rompiendo con ello uno de los principios básicos del derecho penal hasta la fecha. Lo que se pone de manifiesto es la falta de garantías procedimentales para las personas jurídicas. Por ello, no haber sido parte en el proceso ya supone una quiebra en las garantías para estas³⁵.

Aparte de ello, también es relevante, desde el punto de vista doctrinal y como aspecto de ámbito general extrapolable a una gran variedad de casos, el principio de personalidad de la pena. El TEDH trae aquí³⁶ a colación el *caso de A. P., M. P. y T. P. c. Suiza*, 29 de agosto de 1997, donde se recuerda que las penas, entre las cuales se encuadran las derivadas de evasión de impuestos, no se heredan. Ese principio fue reafirmado en el *caso Lagardère*, en el que el Tribunal reiteró que la norma de que la responsabilidad penal no sobrevive a la persona que ha cometido el delito. Este principio básico del derecho penal nos remite a la impasibilidad de castigar a terceros de buena fe por actos en los que no han intervenido. Otra cosa muy distinta es que no se puedan beneficiar de ellos, claro está.

Sobre la base de ello, concluye el TEDH, aplicando el principio de personalidad de la pena, no procede aplicar la confiscación a las personas jurídicas que no fueron parte en el proceso y no se demostró su culpabilidad³⁷.

³² Ver § 247.

³³ Ver §§ 252 y 253.

³⁴ Ver § 266.

³⁵ Ver § 257.

³⁶ Ver § 271.

³⁷ Ver § 274.

Dicho esto, ahora solamente queda dilucidar qué pasa con el caso de la única persona física en el presente caso, contra quién sí se dirigió la acusación y fue parte en el proceso.

En el caso de la persona física, se da la particularidad de que no se produce condena penal *estricto sensu*, pero sí formalmente en el sentido del TEDH. La condena penal no tiene cabida, dado que entra en juego el instituto de la prescripción del delito. Sin embargo, en el controvertido § 261 se indica que ello no es óbice para que queden fijados todos los elementos del delito y se cumplan con todos los requisitos procedimentales, de cara a llevar a cabo una declaración de responsabilidad penal. De ahí que el TEDH entienda que no se infringe el artículo 7 en relación con la persona física.

La no inclusión del instituto de la prescripción dentro de las garantías del artículo 7 CEDH, aparte de ser polémico, también generó disenso entre los jueces del TEDH. Buena muestra de ello es el voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del juez Pinto de Albuquerque³⁸.

4.3 El derecho de propiedad

Ya para ir finalizando, veamos que dice el TEDH con respecto al derecho de propiedad.

En cuanto a la capacidad de interferencia del Estado en el derecho de propiedad, el TEDH no pone en duda ni cuestiona la legitimidad de las políticas de protección del medioambiente, dado que ello tiene como efecto la protección del bienestar y salud de las personas³⁹. Sin embargo, también advierte la desviación entre los fines propuestos con las medidas de protección del medioambiente, consistentes en la confiscación de los terrenos afectados por un desarrollo urbanístico ilegal, y el destino final de los inmuebles. Siendo paradigmático el caso de un ayuntamiento que pretendía retener un complejo

³⁸ Basta leer con detenimiento los §§ 23 a 26 de su voto particular, para ver los argumentos en que sustenta su posición ante la cuestión. Por un lado, advierte del cambio de criterio con respecto a Sud Fundi y Varvara, en donde el principio *nulla poena sine culpa*, también se hace extensible a los plazos marcados por la Ley de cara a la persecución de los mismos. No en vano, ello es una exigencia derivada de la propia seguridad jurídica. Para el Juez Pinto de Albuquerque, la prescripción goza de carácter sustantivo y no opera como mera garantía procesal. Su argumento se cierra con una dura crítica, en el sentido de advertir de que el principio de intervención mínima del derecho penal se convierta en un instrumento que prive al imputado de las garantías del artículo 7 CEDH, entre las que se encuentra la prescripción de los delitos. Lo que no puede ser es que la subsidiariedad del derecho penal se convierta en un mecanismo para ampliar la pena más allá de la prescripción.

³⁹ Ver § 295.

confiscado por quebrantar normas urbanísticas, para dar respuesta a las necesidades habitacionales de su población más vulnerable⁴⁰.

Ahondando en ello, el TEDH, al analizar la proporcionalidad de la confiscación en relación con la protección del medio ambiente, marca los siguientes parámetros o factores a tener en cuenta: la posibilidad de medidas alternativas menos gravosas, como podría ser la demolición de las obras ilegales, la diferenciación entre categorías de suelo urbano o no, el alcance de la confiscación a terceros o el tener en cuenta el grado de culpabilidad o negligencia, en cuanto a la comisión de la infracción urbanística⁴¹.

Asimismo, también introduce la importancia de las obligaciones procedimentales como una vertiente más a tener en cuenta dentro de las garantías derivadas del artículo 1 del Protocolo Adicional.⁴² De la misma manera que se vio al analizar el artículo 7 CEDH, el artículo 1 del Protocolo Adicional tampoco establece garantías procedimentales explícitamente. Sin embargo, el TEDH recalca la garantía procedimental que ampara al particular en el ámbito del derecho de propiedad, para hacer valer su derecho, oponiéndose a las medidas que interfieran en el mismo.

Se trata, en fin, de garantizar que la injerencia en el derecho de propiedad se instrumentalice en un procedimiento contradictorio regido por el principio de igualdad de armas, en el que se puedan argumentar aspectos esenciales para resolver acerca del asunto en concreto. Si procedimentalmente no existe un cauce adecuado para defender la tutela judicial efectiva del derecho de propiedad, ya se está conculcando el derecho de propiedad desde una vertiente procedimental.

En el asunto que nos ocupa, el TEDH pone de manifiesto que la aplicación automática de la confiscación contraviene la vertiente procedimental de la garantía del derecho de propiedad, sobre todo para las personas jurídicas que ni siquiera tuvieron oportunidad de ser parte en el proceso judicial. Y ello, basándose en que impide valorar o adaptar la necesidad y proporcionalidad de la injerencia al caso en concreto. Impidiendo de esta forma fijar los medios menos lesivos para alcanzar el fin perseguido, que no era otro que la protección del medioambiente.

⁴⁰ Ver § 297.

⁴¹ Ver § 301.

⁴² Ver § 302

5. EL RIESGO DE QUEBRANTAMIENTO DEL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LA PENA EN LAS SANCIONES ECONÓMICAS DE ÁMBITO GENERAL

A nadie se le escapa que para afrontar situaciones de extraordinaria gravedad, a modo de ejemplo, el terrorismo a gran escala o la propia invasión de Ucrania, los Estados y las propias Organizaciones internacionales, como es el caso de la UE⁴³, pueden adoptar sanciones económicas de ámbito general.

No es el propósito de estas líneas entrar a valorar la idoneidad de las mismas o su fiscalización desde un hipotético juicio de convencionalidad, con base en la doctrina del TEDH. Para ello habría que realizar un estudio imposible de abarcar aquí.

Únicamente interesa resaltar, en cuanto a principio, el riesgo que entraña, en un mundo cada vez más polarizado o de bloques, en el que hasta hace no mucho algunos de lo que hoy en día se encuentran en algún Anexo de norma, que incluye sanciones económicas, en su momento fueron beneficiarios de la denominada «Golden Visa»⁴⁴, por inversión inmobiliaria en la UE⁴⁵, sancionar a alguien por la mera pertenecía a un colectivo específico.

Es evidente que las situaciones excepcionales requieren medidas excepcionales. Por algo, las propias constituciones regulan la suspensión de derechos, de cara a afrontar determinadas crisis constitucionales. Es por ello que, desde el punto de vista de la necesidad y efectividad de las medidas, se puede llegar a entender que las mismas deban tener un carácter general.

Sin embargo, el riesgo que ello entraña es la quiebra del principio de personalidad de la pena. En el caso de la UE, es de agradecer el esfuerzo realizado con este principio en las medidas adoptadas por la invasión de Ucrania, al indicar expresamente en el Anexo los motivos concretos que afectan a cada persona incluida en la lista.

Sin embargo, el hacer extensibles medidas restrictivas a un espectro cada vez más amplio de población, por el mero hecho de ser nacional de un Estado, haber prestado servicios o residido en determinados lugares, pertenecer a un

⁴³ Véase Reglamento (UE) No 269/2014 del Consejo, de 17 de marzo de 2014, relativo a la adopción de medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02014R0269-20220604>

⁴⁴ Aunque el Parlamento Europeo parece que ha reaccionado ante ello, <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20220304IPR24787/el-pe-quiere-prohibir-los-pasaportes-dorados-y-regular-los-visados-dorados>

⁴⁵ Ver <https://www.abc.es/internacional/dolce-vita-oligarcas-rusos-20220807192736-nt.html>

grupo étnico o religioso concreto o cualquier característica identitaria, son claramente aspectos que conculcan el principio de personalidad de la pena.

Otra cuestión que también podría haberse incluido expresamente, aun cuando podría catalogarse de redundante, en el Reglamento de medidas restrictivas por la invasión de Ucrania, es la doctrina emanada respecto al caso *Kadi*. Dado que imperiosas razones de orden público exigen adoptar la medida *inaudita parte*, habría que haber explicitado las garantías en cuanto a la tutela judicial efectiva, posibilitando un control a posteriori de la inclusión en el Anexo. De esta forma, formalmente, lo cual no reviste una importancia menor, seríamos más garantistas en aspectos de tanto calado como lo son las sanciones económicas.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Sin ánimo de extenderse, es de relevancia destacar algunos aspectos de lo comentado hasta ahora, con base en las siguientes ideas. Lo primero es la necesidad de aproximación sistemática a los asuntos que afecten al ámbito del derecho penal y el derecho de propiedad en el TEDH.

El segundo aspecto es que tenemos dos niveles de garantía en el derecho de propiedad. En primer término tenemos el entramado procedimental que, en cierta manera, es corolario de los pertinentes derechos defensa que tienen las partes, en un procedimiento con consecuencias penales. Aquí es relevante tener en cuenta la particularidad del concepto de nociones autónomas y todo lo dicho sobre sus consecuencias en el TEDH.

Y, por otro lado, un aspecto de garantía del derecho de contenido más material. Tras el análisis de la jurisprudencia del TEDH, estamos en condiciones de afirmar que aunque los Estados, por mor de su propia soberanía, disponen de un margen suficientemente amplio para fijar de acuerdo a su propio criterio su marco penal, esté, y también en el ámbito que nos ocupa, no es inmune a la facultad de control por parte del TEDH.

Otras cuestiones de importancia en el ámbito de las garantías del derecho de propiedad, en conexión con el derecho penal, son la calidad de la norma y la personalidad de la pena. Con respecto a lo primero, el derecho penal se sustenta sobre el principio de culpabilidad y si el justiciable no le es posible interpretar adecuadamente el ordenamiento jurídico, entrará en juego el error invencible, con lo que ello supone.

Por último, con respecto al principio de personalidad de la pena, no debemos olvidar que por muy graves que sean las situaciones a las que nos enfrentemos, aquí tenemos una línea roja. Quebrantarla sería retroceder al derecho penal premoderno anterior a Beccaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARCELONA LLOP, J.(2012). *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. CEPC. Madrid.
- BECCARIA, C. (2018). *De los delitos y de las penas, con el «Comentario» de Voltaire*. Alianza Editorial. Madrid.
- CASADEVALL, J.(2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, El Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- FERRAJOLI, L. (2010). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Trotta. Madrid.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.(2014), «La impronta de las sentencias Francovich, Bosman, Kadi y Factortame en la jurisprudencia de la Unión Europea (1988-2013)», *Cuadernos Europeos De Deusto*, 50, 2014, pp. 201-220.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, P; PRECIADO DOMÉNCH, C. H. (2020). *Hablemos de Derechos Humanos: La doctrina del TEDH y su aplicación en España desde los votos particulares del Juez Paulo Pinto de Albuquerque*. Tirant lo Blanch. Valencia
- QUERALT JIMÉNEZ, A.(2008). *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. CECP. Madrid.
- VIDAL PRADO, C.(2011). *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal alemán*. CEPC. Madrid.

IL RILIEVO POLITICO-COSTITUZIONALE DELLA LIBERA CONCORRENZA E LE SUE IMPLICAZIONI

MICHELE BARONE¹

CNR ISSIRFA. Università degli Studi del Molise

SOMMARIO: 1. *Introduzione.*–2. *La libera concorrenza: una questione soltanto economica?*–3. *Segue: il suo rilievo politico-costituzionale.*–4. *Il principio anti-monopolistico nella Costituzione.*–5. *Fondamento della libera concorrenza e implicazioni costituzionali.*–6. *Conclusioni.*

1. INTRODUZIONE

Della libera concorrenza si è discusso assai diffusamente nella dottrina non solo economica, ma anche giuridica.

Sembra utile, oggi, tornare approcciarsi a un tema di così grande rilievo poiché esso viene tutt'ora affrontato a partire da punti di vista assai diversi, che richiamano variegate concezioni di fondo della struttura delle nostre società e che mantengono ancora acceso e tutt'altro che pacificato il dibattito.

Questa breve riflessione, stimolata dal tema fondamentale del Convegno, avrebbe ben potuto articolarsi in relazione ad altre libertà che tradizionalmente, non senza ragione, vengono ritenute di rango superiore a quella di iniziativa economica².

¹ Dottore di ricerca in *Innovazione e gestione delle risorse pubbliche* (s.s.d.: diritto costituzionale) e assegnista di ricerca.

² Che comprende, anzi *implica*, la libertà di concorrenza *effettiva*, come si vedrà.

Tuttavia, rappresentando la libera concorrenza l'architrave che regge il processo di integrazione europea, da cui dipende, in ultima istanza, il futuro del costituzionalismo³ – quantomeno nell'ambito del «Vecchio Continente» – questo tema appare di particolare interesse proprio rispetto alla domanda di fondo che ha animato l'organizzazione di questo importante Convegno.

2. LA LIBERA CONCORRENZA: UNA QUESTIONE SOLTANTO ECONOMICA?

Il dibattito intorno alla tutela della concorrenza rileva non solo in una prospettiva *economica*, ma anche e forse soprattutto – come emergerà nel prosieguo – in una prospettiva *politico-costituzionale*.

Sotto il primo profilo, il concetto fondamentale a sostegno del meccanismo del mercato concorrenziale, per la *scuola classica*, è che in presenza di più operatori economici in competizione tra loro nell'ambito del medesimo mercato, la qualità dei prodotti tende a migliorare e, allo stesso tempo, i prezzi si riducono rispetto al livello che raggiungerebbero in situazione di monopolio, grazie alla tensione alla conquista dei consumatori che la competizione porta con sé, che produce l'ulteriore effetto positivo di un accrescimento della prosperità sul piano generale⁴. Inoltre, è il mercato concorrenziale ad essere in grado di assicurare la dinamicità e la capacità innovatrice del sistema nel suo complesso⁵.

Questa impostazione è stata sottoposta a critica dai sostenitori della teoria delle economie di scala, i quali definiscono «artificiosi» i meccanismi *anti-trust* (su cui v. *infra*, § 5) e affermano che l'innovazione dei processi produttivi è possibile solo tramite la concentrazione dei mezzi di produzione, che è in grado di abbattere i costi e di accrescere la produttività, risultando dunque più efficiente di un'organizzazione di tipo concorrenziale⁶.

Per altro verso, la teoria dei «costi di transazione» pone l'accento sulla circostanza che la partecipazione di un soggetto alle dinamiche di mercato comporta sempre dei costi: quando questi diventano troppo alti, «i soggetti saranno indotti a sostituire il principio della competizione negli scambi (e

³ Imprescindibile il riferimento alle opere di AZZARITI (2013 e 2021).

⁴ GALGANO (1982), p. 7 ss. Per una rassegna delle ragioni *economiche* a sostegno della preferibilità del mercato concorrenziale v. GIAMPIERETTI (2003), p. 462.

⁵ GIAMPIERETTI (2003), p. 477.

⁶ Cfr. GALBRAITH (1968), secondo cui vi sarebbe l'esigenza di pianificazione (e non l'obiettivo di generare situazioni di monopolio) alla base della proliferazione delle grandi imprese (p. 140).

quindi la loro indipendenza) con il principio collaborativo. Muovendo da questi presupposti, si finisce poi coerentemente per sostenere come una struttura di mercato concorrenziale risulti meno efficace di una monopolistica o tendenzialmente tale» (Giampieretti, 2003, p. 466 s., nota 83)⁷.

A queste posizioni potrebbe obiettarsi che la garanzia della concorrenzialità del mercato non è in contrasto con l'esigenza, di natura economica, che determinate tipologie di imprese – specie quelle connotate da un'organizzazione particolarmente articolata e costosa – assumano grandi dimensioni. In tali casi, infatti, il mercato rilevante tenderà ad ampliarsi da un punto di vista geografico, alla luce del numero ridotto delle imprese del settore e della loro grandezza: la concorrenzialità del mercato potrà, dunque, realizzarsi nell'ambito di questa più estesa area geografica in modo sostanzialmente non diverso da quanto avviene nel caso di mercati che insistono su territori più ristretti.

Non è questa, ad ogni modo, la sede adatta ad un'analisi approfondita – che richiederebbe una competenza specifica di settore – del grado di efficienza economica che un mercato concorrenziale riesce a generare rispetto a un mercato in cui, invece, la disponibilità dei mezzi necessari all'organizzazione dei processi di produzione dei beni ed erogazione dei servizi sia concentrata in poche o pochissime mani.

Sembra, invece, possibile e interessante interrogarsi, appunto, sulle *finalità politico-costituzionali* perseguibili attraverso l'uno o l'altro assetto del sistema economico.

3. *SEGUE: IL SUO RILIEVO POLITICO-COSTITUZIONALE.*

Assegnare finalità politico-costituzionali a un determinato modello economico potrebbe apparire come un modo per distorcerne la funzionalità, assicurata soltanto se la sua strutturazione si fonda su ragioni intimamente riconducibili all'obiettivo dell'efficienza economica, della massimizzazione dell'utilità.

Tuttavia, l'organizzazione economica non è *fine a sé stessa*, ma rappresenta un *mezzo* per il perseguimento di finalità *esterne* al sistema economico, a partire da quelle fissate dai principi costituzionali.

In Assemblea Costituente nessuno rifiutò concettualmente l'intervento pubblico nell'economia, proprio in virtù dell'assunto di fondo secondo cui quest'ultima è *strumento* della politica pubblica e dei suoi fini intrinsecamente

⁷ Al riguardo cfr. ZITO (1989), pp. 221 ss.

solidaristici. Nessuno sostenne l'inverso, ma neanche l'idea per cui le ragioni della politica – basata sulla Costituzione – e quelle dell'economia debbano essere considerate e bilanciate su un piano paritario⁸.

Il principale obiettivo politico-costituzionale perseguibile attraverso la garanzia della concorrenzialità del mercato è quello dell'*effettività* della libertà di iniziativa economica, che risulta evidente laddove si tenga conto della «doppia dimensione» che la caratterizza: libertà verso *lo Stato* e libertà verso *gli altri consociati*⁹.

Questi due volti della libertà di iniziativa economica non sono, invero, equiparabili. In effetti, in relazione al primo, questa libertà non può considerarsi inviolabile, poiché non attiene al *pieno sviluppo della persona umana* (art. 3, comma 2, Cost.)¹⁰. In coerenza con ciò, essa può ben considerarsi funzionalizzata agli obiettivi individuati dagli organi politico-rappresentativi¹¹ e riconducibili non solo a specifiche finalità dotate di copertura costituzionale (ad esempio, la tutela dell'ambiente), ma anche alla clausola generale dell'«utilità sociale» ex art. 41, comma 2 Cost¹² che, come tutte le formule aperte, lascia ampio spazio alla discrezionalità politica.

In relazione alla sua seconda dimensione, invece, la libertà di iniziativa economica potrebbe considerarsi alla stregua di vero e proprio diritto inviolabile, in virtù del collegamento con il principio di eguaglianza – nei termini di cui a breve si dirà –, e del principio in base al quale gli unici soggetti legittimati a circoscrivere lo spazio della libertà (entro stringenti limiti e al ricorrere di precise condizioni) sono quelli pubblici¹³.

⁸ Cfr. GIAMPIERETTI (2003), pp. 482 ss.

⁹ Cfr. GALGANO (1982), pp. 7 ss.

¹⁰ Anche se, come si accennerà *infra*, non sembra che la libertà di iniziativa economica possa essere del tutto soppressa senza sacrificare la democraticità stessa del sistema, alla luce dei canoni del costituzionalismo. Anche questa libertà, dunque, pare possa vantare un nucleo minimo di intangibilità, anche se non paragonabile a quello delle altre libertà inviolabili.

Sulla centralità della *persona* e dei suoi diritti nella Costituzione v., *ex plurimis*, CARLASSARE (2020), pp. 90 ss., MODUGNO (1995), p. 107, BALDASSARRE (1990), p. 20; v. altresì, di recente RUGGERI (2013), MORELLI (2020), pp. 31 ss.

Sul noto dibattito inerente al «catalogo» dei diritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 Cost. cfr. BARBERA (1975), pp. 80 ss., PACE (2003), pp. 20 ss.; RIDOLA (1997), p. 23; MODUGNO (1995), pp. 2 ss.

Insiste sul tema della garanzia dell'*effettività* dei nuovi diritti RODOTÀ (1980), pp. 169 ss.

¹¹ In tema di circuito dell'indirizzo politico v., su tutte, la fondamentale opera di CRISAFULLI (2015).

¹² Sul tema v., *ex plurimis*, PEDRINI (2013); LUCIANI (2020), pp. 67 ss.; SCODITI (2020), pp. 60 ss.; MARTINES (1969); RESCIGNO (1998).

Ciò non significa, tuttavia, che nell'ambito del potere decisionale in campo economico sia ammessa l'arbitrarietà (v. *infra*).

¹³ Nessun privato, infatti, può strumentalizzare e limitare a fini egoistici la libertà degli altri: nell'ambito dell'autonomia privata non c'è spazio per l'esercizio di potere. Ciò non significa che non possa verificarsi la prevalenza di un interesse su un altro, ma questo non in virtù di una privilegiata posizione di forza, ma solo dei *meriti* dimostrati nell'ambito dell'interazione tra i soggetti i cui interessi sono in conflitto.

La libertà di iniziativa economica trova, dunque, una piena garanzia in una dimensione, per così dire, *orizzontale*, cioè nell'ambito dei rapporti tra privati, ma può incontrare limiti, anche significativi, in una dimensione *verticale*, ossia quando si tratti dei rapporti tra i privati e l'apparato pubblico¹⁴.

Ciononostante, la dimensione orizzontale della libertà di iniziativa economica non sembra aver assunto, nell'ambito del dibattito su questo tema, il rilievo centrale che meriterebbe. Infatti, il concetto di 'libertà' – soprattutto negli ultimi decenni – è stato per lo più associato a quello di 'mercato', con la conseguenza che l'attenzione si è focalizzata sul profilo della libertà *del* mercato – allo scopo di contrapporre le virtù del capitalismo ai vizi del socialismo – piuttosto che su quello della libertà *nel* mercato¹⁵, attinente all'esigenza di *effettività* della libertà stessa¹⁶ e alla tipologia di intervento pubblico essa richiede¹⁷.

Eppure, questo volto della libertà di iniziativa sembra rappresentare il cuore del discorso, per lo meno in una prospettiva costituzionalistica, poiché è dall'azione dei soggetti privati che si trovano in una posizione di potere, più che da quella dei soggetti pubblici¹⁸, che deriva il maggior pericolo di compressione illegittima e arbitraria di questa libertà.

Da questo punto di vista, la libertà di iniziativa economica consiste nella libertà degli operatori di mercato di perseguire i propri interessi potendo competere con gli altri senza incontrare, in questi, alcun ostacolo che non sia esclusivamente basato sui loro *meriti*, ossia sul pregio dell'attività che svolgono. La libertà di iniziativa economica intesa in senso orizzontale si risolve, quindi, nella libertà di concorrenza e – sul piano sistemico – nella concorrenzialità del mercato.

Ebbene, in virtù del principio di eguaglianza sostanziale, gli «ostacoli» rilevanti, a questi fini, non possono limitarsi a quelli di natura giuridica, ma devono estendersi anche a quelli posti *in via di fatto*¹⁹. Se, invero, nessun operatore economico può essere formalmente abilitato a impedire ad altri l'accesso a (o la permanenza in) un determinato mercato, ben può accadere che alcuni di essi – o persino uno solo – si trovino in una posizione di forza tale da riuscire

¹⁴ Sul punto cfr. GIAMPIERETTI (2003), pp. 498 ss. In senso contrario a quanto sostenuto nel testo v. MORBIDELLI (1989), p. 6.

¹⁵ Su questa rilevante distinzione, cfr. PACE (1997).

¹⁶ Cfr. ZITO (1989), pp. 231 ss.

¹⁷ Sul punto cfr. GIAMPIERETTI (2003), p. 470, secondo cui il «merito principale di Smith non è [...], come generalmente si ritiene, quello di avere formulato una teoria economica della concorrenza. Al contrario, è proprio quello di avere mostrato una volta per tutte che i problemi relativi alle forme di mercato non possono restare confinati nel campo dell'economia, ma devono essere affrontati anche e soprattutto in chiave politica, collocandoli all'interno della più ampia dialettica tra libertà e potere».

¹⁸ Che, anche quando pongono limiti alla libertà di iniziativa economica sono comunque tenuti al rispetto dei principi di imparzialità e ragionevolezza.

¹⁹ *Contra* IRTI (1998), pp. 95 s.

a impedirlo di fatto e a prescindere da qualunque merito. In tali evenienze, la libertà di iniziativa economica non può considerarsi davvero garantita nella sua dimensione orizzontale, ossia in quanto *libertà di concorrenza* e dunque libertà di ciascun soggetto di poter *effettivamente* competere *nel* mercato. La libera concorrenza e la sua effettività sembrano, dunque, insite nella libertà di iniziativa economica privata²⁰.

Se, in definitiva, l'obiettivo politico-costituzionale fondamentale dell'organizzazione *complessiva* della società – declinata in successione dagli artt. 2 e 3 Cost. come «politica, economica e sociale»²¹ – è la garanzia più piena della libertà in ogni ambito in cui la ‘persona umana’ si sviluppa, in questa sede occorre domandarsi come esso possa effettivamente perseguirsi in quello del mercato²².

4. IL PRINCIPIO *ANTIMONOPOLISTICO* NELLA COSTITUZIONE.

Il presupposto fondamentale del discorso è che il mercato, lasciato a sé stesso, non è in grado realizzare alcuna finalità di rilievo costituzionale – neanche, quindi, l'effettività della libera concorrenza – né alcun obiettivo di interesse pubblico: i rapporti economici tra privati, infatti, tendono naturalmente a generare concentrazioni di risorse che possono giungere fino a situazioni di monopolio, favorendo, dunque, la formazione di veri e propri centri di «*potere privato*»²³.

Per questa ragione, anche nell'ambito di un sistema economico che riservi grande spazio al mercato, per la garanzia della sua *concorrenzialità* – e, quindi, dell'effettività della libera iniziativa economica in «senso *orizzontale*» – risulta comunque indispensabile la presenza di un apparato dotato di poteri

²⁰ Cfr. GALGANO (1982), pp. 7 ss. Tale conclusione, come si vedrà, appare preferibile rispetto ad altre di segno diverso (v. *infra*, § 5).

²¹ È vero che l'art. 2 fa riferimento alla solidarietà e non direttamente all'organizzazione; poiché, però, la solidarietà *richiede* organizzazione – senza la quale non può realizzarsi – il discorso sembra coerente.

Senza alcuna pretesa di avventurarsi in argomentazioni che esulano dal campo giuridico, sembra di poter sostenere che nell'essere umano l'istinto egoistico conviva con quello altruistico, senza che sia possibile individuare alcun primato (*contra* PADOA SCHIOPPA (1997), pp. 94 ss.). Sembra chiaro, però, che il primo non necessiti di alcuna forma di organizzazione – ognuno persegue *autonomamente* il proprio interesse egoistico, *in conflitto* con quello altrui – cosa che invece non può dirsi per l'agire *in favore dell'altro*, della *collettività*, e dunque per la *solidarietà*. Essa, infatti, affinché possa essere elemento *strutturale* di una società necessita di azioni coordinate, che presuppongono imprescindibilmente un'organizzazione che si basi sull'istituzione di un apparato pubblicistico. In tema, cfr., *ex plurimis*, CARLASSARE (2016); GIUFFRÈ (2002); RUGGERI (2017); APOSTOLI (2016); RODOTÀ (2014); MAZZETTI (2016).

²² Sul problema dell'effettività della libertà di iniziativa economica cfr. LIBERTINI (1979), p. 471.

²³ Sul punto v. *amplius infra*.

di tipo *publicistico* – la cui caratteristica fondamentale, come noto, è l'*unilateralità*²⁴ – deputato a governarne i processi.

In effetti, a ben vedere, alle radici della filosofia dello «stato regolatore» non v'è il superamento *tout court* dell'intervento pubblico nell'economia, bensì una sua *trasformazione*²⁵. Il mercato concorrenziale non è il frutto di alcun processo *spontaneo*: come viene autorevolmente insegnato, non solo esso è regolato e condizionato, ma è persino *costituito* dalla legge²⁶; l'unica *legge naturale* che in esso opera è l'istinto di ogni soggetto a perseguire il proprio utile²⁷. Ciò, evidentemente, conduce non all'equilibrio concorrenziale, ma a dinamiche di sopraffazione. In definitiva, l'equilibrio concorrenziale del mercato non è una condizione «naturale», ma lo è il suo opposto, il *disequilibrio*, generato dalla formazione di posizioni dominanti; di qui, l'imprescindibilità del ruolo regolatorio dei pubblici poteri.

Anche nell'ambito dell'Assemblea Costituente, era questa la convinzione radicata²⁸. Infatti, l'assunto largamente condiviso era che la filosofia del *laissez-faire* – cui si era ispirata, in principio, la società borghese²⁹ – andasse abbandonata. Sulla base di questo presupposto, comune obiettivo di tutta la Costituente era imprimere nella Costituzione il principio *antimonopolistico*, ossia della lotta alle concentrazioni del potere economico nelle mani dei priva-

²⁴ Sul punto, cfr. CORSO (2020), p. 196, con specifico riferimento al «potere amministrativo», che è, «essenzialmente, un potere unilaterale. Non solo nel senso che il suo esercizio incide unilateralmente nella sfera giuridica altrui, ma anche nel senso che la sua fonte non è contrattuale. Anche il datore di lavoro privato ha un potere direttivo verso il lavoratore, cui impartisce le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina della prestazione (art. 2104 c.c.): ma tale potere unilaterale ha una fonte contrattuale (tranne che nel lavoro forzato che non è ammesso nel nostro ordinamento)».

²⁵ Sul tema, cfr. LA SPINA, MAJONE (1991); CASSESE (1991).

²⁶ IRTI (1998), pp. 3 ss.

²⁷ Istinto che, peraltro, non sembra esaurire le caratteristiche che compongono quella che può essere definita la «natura umana»: v. *supra*, nota 21.

²⁸ Fra i tanti, v. Meuccio Ruini, che, nella seduta del 13 maggio 1947, significativamente affermò: «Un metropolitano che diriga l'attività privata (l'esempio è nei libri recenti di neoliberisti come l'Hayek) non compie niente che non sia liberale, anzi assicura la libertà della circolazione. [...] Del resto, fra parentesi, vi sono neoliberisti che, per introdurre e garantire la libera concorrenza, compromessa dal suo stesso giuoco spontaneo che produce deviazioni e monopoli, propongono... piani di intervento statale... neoliberista più macchinosi di altri piani».

²⁹ L'errore «in cui è incorsa la tradizione liberale è stato quello di ritenere che la logica che è sottesa al funzionamento del mercato espunge da quest'ultimo il fenomeno dell'autorità dal momento che l'atto tipico che in esso si realizza, lo scambio, presuppone la volontà dei soggetti di aderirvi e, quindi, la loro libertà. L'inesattezza di questo assunto non è stata peraltro messa in luce neanche da coloro che hanno criticato l'equivalenza tra mercato e libertà. Queste critiche infatti sono state avanzate in una prospettiva esterna al mercato, sostenendo cioè che la libertà che in esso si esercita è pesantemente condizionata dalla distribuzione iniziale dei beni [...]. Ebbene, se queste argomentazioni appaiono in larga misura corrette e condivisibili, non di meno esse, proprio perché condotte in una prospettiva esterna al mercato, lasciano in ombra il fatto che anche all'interno del mercato, all'interno cioè della logica contrattuale che è propria di quest'ultimo e che sembra apparentemente non toccata da problematiche concernenti i temi del potere e dell'autorità, possono porsi questioni di tal fatta che sono giuridicamente rilevanti». Così ZITO (1989), p. 233, nota 45.

ti³⁰, che sembra in effetti chiaramente ricavabile dalla sua trama, in particolare dal combinato disposto degli artt. 2, 3, comma 2, 41, e 43 Cost.

Dello stretto collegamento tra i primi 3 articoli citati già si è fatto cenno *supra* (spec. § 3); v. anche *infra* (§ 5). Quanto all'articolo 43, la circostanza che la Costituzione non imponga ma si limiti a *consentire* la riserva originaria o il trasferimento delle «situazioni di monopolio» dovrebbe indurre a ritenere non che queste ultime vengano *legittimate*, bensì che la riserva e il trasferimento rappresentino, all'opposto, *una* delle modalità che la Costituzione stabilisce per contrastarle³¹, autorizzata a determinate condizioni: in discussione non è l'*an* del contrasto alle situazioni di monopolio, ma solo il *quomodo*.

Alla configurazione di un principio generale antimonopolistico non osta, poi, la circostanza che proprio l'art. 43 ammetta monopoli «pubblici». Invero, ciò è dovuto al fatto che la concentrazione di risorse economiche in ambito pubblicistico non è equiparabile a quella in ambito privatistico. La caratteristica fondamentale che contraddistingue il potere pubblico, infatti, riguarda la *legittimazione democratica* e le finalità intrinsecamente solidaristiche della sua azione.

Sembra utile richiamare, a tal proposito, l'immagine del «custode della pubblica sicurezza» che «si faccia lui svaligiare dei viandanti in luogo dei delinquenti», utilizzata da Luigi Einaudi per esprimere la radicale avversione nei confronti delle situazioni di monopolio di qualunque natura (anche, dunque, pubblicistica)³².

Ebbene, la figura retorica utilizzata dall'illustre Padre Costituente non sembra cogliere perfettamente nel segno. Infatti, il custode della pubblica sicurezza e lo svaligiare hanno, «per natura», obiettivi completamente diversi: il primo, quello di proteggere i viandanti, il secondo quello di aggredirli a proprio vantaggio³³.

³⁰ Sul punto, cfr. il significativo passaggio di Palmiro Togliatti durante la seduta della prima sottocommissione del 16 ottobre 1946, in cui chiari che la lotta non era, in generale, contro la libera iniziativa e la proprietà privata dei mezzi di produzione, ma «contro le forme di proprietà monopolistiche, specie nel campo dei servizi pubblici, che tendono a creare nella società concentramenti di ricchezze [...] a danno della libertà della grande maggioranza dei cittadini, e quindi [...] a scapito dell'economia e della politica del Paese».

Come emerge chiaramente da queste parole, la contrarietà alla formazione di monopoli privati non connotava la sola corrente liberale rappresentata in seno all'Assemblea Costituente, ma anche quella social-comunista (riguardo alle posizioni di uno dei massimi esponenti del pensiero liberale, Luigi Einaudi, v. subito *infra* nel testo). Per entrambe, nello spazio aperto alla libera iniziativa economica dei privati avrebbe dovuto essere garantita la concorrenza e non risultare ammessa la formazione di centri di «potere privato». La divisione ideologica, dunque, non attecchiva al profilo della concorrenzialità del mercato – e, di conseguenza, alla necessità della regolazione *antitrust* –, ma «solo» allo *spazio* da riservare ad esso nell'ambito del sistema economico.

³¹ In relazione alle altre, v. *infra*, § 5.

³² Seduta antimeridiana Ass. Cost. 13 maggio 1947.

³³ Sembra, dunque, che il paragone andrebbe così riformulato: il custode della pubblica sicurezza che sottrae le armi allo svaligiare, se adempie al proprio dovere, non le usa per svaligiare a sua volta i

Pertanto, riservare originariamente o trasferire un monopolio allo Stato equivale a sottrarre a un privato un potere economico che avrebbe utilizzato per il proprio interesse – anche pregiudicando quello altrui, *senza meritarglielo*³⁴ – per reindirizzare le finalità d'uso di quel potere verso quello che rappresenta il faro della corretta azione dell'apparato pubblico: l'interesse della collettività. Ecco perché sembra di poter sostenere che i monopoli pubblici e quelli privati non possano considerarsi sullo stesso piano e che il principio antimonopolistico implichi propriamente la lotta contro i secondi e non anche contro i primi.

Altra cosa è affermare, proprio perché l'esercizio abusivo delle proprie funzioni da parte dei poteri pubblici è sempre possibile, che è ragionevole limitare l'esistenza dei monopoli pubblici *quanto più possibile*³⁵, e che, solo laddove la situazione di monopolio risulti effettivamente indispensabile per la garanzia di diritti costituzionali fondamentali – o estremamente vantaggiosa dal punto di vista economico –, il potere che ne deriva va affidato al «custode», che ha il dovere costitutivo di esercitarlo *nell'interesse dei «viandanti»*, ad essi rispondendo delle proprie azioni³⁶.

5. FONDAMENTO DELLA LIBERA CONCORRENZA E IMPLICAZIONI COSTITUZIONALI

Si è detto *supra* che l'intervento pubblico è imprescindibile ai fini del contrasto alla formazione dei monopoli privati e che le sue tipologie possono varia-

viandanti, ma per proteggerli ancor meglio dal pericolo di aggressione. È pur vero che un altro pericolo, quello di un esercizio abusivo della propria funzione da parte del custode – che, già dotato di ampi poteri connessi al proprio ruolo, li vede ulteriormente rafforzati per via del sequestro delle armi possedute dallo svalgiatore – non può mai dirsi del tutto scongiurato: resta però il fatto che di *abuso* si tratterebbe, laddove, invece, l'uso delle armi a danno dei viandanti da parte dello svalgiatore sarebbe nient'affatto sorprendente, ma anzi, per così dire, in linea con la logica (ancorché brutale) delle cose.

³⁴ Infatti, un operatore di mercato che non si trova in una posizione di potere non ha altro modo che dimostrarsi *più meritevole* degli altri se intende far prevalere il proprio interesse; viceversa, i soggetti che assumono una posizione di potere logicamente sfrutteranno quest'ultima, potendo sfuggire all'onere di svolgere attività pregevoli. Il merito, invero, ha un costo, che non ci si può ragionevolmente attendere che gli operatori siano disposti a pagare, a meno che non costituisca l'unica leva per la cura dei propri interessi.

³⁵ Sia per una ragione legata alla democraticità del sistema – su cui v. *infra*, § 5 –, sia oggi, naturalmente, anche in virtù dei vincoli che derivano dall'ordinamento europeo. Esula dagli obiettivi di questo breve contributo l'analisi di tali vincoli, nonché dell'effettiva ampiezza e intensità dei controllimiti al primato del diritto europeo in materia di contrasto ai monopoli (anche di natura pubblica). Rimanendo su un piano metodologico e generale, ci si limita, in questa sede, a rinviare alle osservazioni critiche relative all'attuale assetto del rapporto tra Costituzione e integrazione europea espresse da LUCIANI (2011), pp. 716 ss. Ad avviso dell'A., la «prospettiva costituzionale richiede di essere recuperata anche là dove, di fatto, al di là del formale ossequio alla dottrina dei controllimiti, la si è sterilizzata: nella prospettiva dell'integrazione sovranazionale» (ivi, p. 716).

³⁶ In effetti la formulazione dell'art. 43 sembra andare proprio in questa direzione: v. *infra*.

re sensibilmente. Ve ne sono alcune, infatti, finalizzate alla tutela della concorrenza, che sono funzionali ad assicurare la correttezza del funzionamento del mercato alla luce del principio di eguaglianza sostanziale: con esse non vengono stabiliti vincoli «*materiali*» al mercato (ossia attinenti alla *sostanza* delle modalità di produzione dei beni ed erogazione dei servizi); altre tipologie di intervento pubblico, invece, sono animate proprio da quest'ultimo obiettivo³⁷.

In questa sede, il discorso non può che focalizzarsi sulle prime, che rientrano nella categoria della c.d. «azione *antitrust*». Essa, prima ancora che alla rincorsa dell'efficienza sul piano economico, è rivolta alla garanzia dell'effettività della libertà di concorrenza³⁸. Ciò, secondo i dettami dell'eguaglianza sostanziale, declinata come rimozione degli «ostacoli di ordine *economico*...», 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... *economica*... del Paese» (art. 3, comma 2, Cost.).

Poiché gli interventi pubblici riconducibili all'azione *antitrust* sono *funzionali* a garantire l'effettività di una libertà che resta pur sempre «*negativa*», esulano da quest'ambito quelli rivolti al perseguimento di fini costituzionali *ulteriori*, che rappresentano, invece, *limitazioni* della libertà di iniziativa economica³⁹. Alla luce di ciò, sembra di poter rinvenire il fondamento costituzionale dell'azione *antitrust* nell'art. 41, comma 1 Cost.⁴⁰: disposizione *rafforzata* poi dal comma 2, che vieta che l'attività economica privata si svolga «in modo da recare danno alla... libertà», la quale è *anche* libertà di iniziativa economica, che a tali fini giunge in rilievo in relazione alla sua «dimensione *orizzontale*»⁴¹. La libertà di concorrenza rappresenta, insomma, il corollario

³⁷ Sul punto, cfr. RAMAJOLI (2008), pp. 155 s., la quale, pur sottolineando la difficoltà e forse l'arbitrarietà della scelta di una denominazione piuttosto che di un'altra – anche per le diversità che intercorrono tra le discipline giuridiche e quelle economiche, nonché tra le lingue attraverso cui vengono trattate – distingue tra regolazione e pianificazione.

³⁸ Cfr. GIAMPIERETTI (2003), pp. 471 s. Invero, «ciò che differenzia la concorrenza dal monopolio (al di là della questione della superiorità economica dell'una o dell'altro) va ricercato nel diverso modo con cui i due sistemi consentono di pervenire alla composizione degli interessi dei soggetti presenti nel mercato: nel caso della concorrenza l'assetto che si raggiunge attraverso lo scambio è il frutto di determinazioni autonome che, interagendo, definiscono un certo risultato; nel caso del monopolio l'interazione di decisioni autonome viene sostituita dalla determinazione assunta da uno o più soggetti che è in grado di imporsi, in tutto o in parte, nei confronti degli altri e quindi di disciplinare in via unilaterale, o se si vuole autoritativa, l'assetto degli interessi che si realizza con l'atto di scambio» Così ZITO (1989), *loc. ult. cit.*

³⁹ Sul tema del loro ampliamento in conseguenza della revisione dell'art. 41 Cost. (tramite la l. cost. n. 1 del 2022), v. *ex plurimis*, DI SALVATORE (2022).

⁴⁰ Sul punto cfr. PACE (1997), p. 178, secondo il quale l'idea che la libertà di concorrenza sia insita nella libertà di iniziativa economica potrebbe considerarsi errata solo qualora si intendesse questa libertà come riferita soltanto all'azione statale: assunto, tuttavia, non condivisibile.

⁴¹ PACE (1997), p. 179.

della libertà di iniziativa economica⁴², insieme ai conseguenti meccanismi finalizzati a renderla *effettiva* – quelli riconducibili, appunto, all'azione *antitrust* –, che possono, quindi, anche annoverarsi tra gli strumenti funzionali alla garanzia dell'effettiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione economica del Paese (art. 3, comma 2, Cost.)⁴³.

Sembra possibile, a questo punto, ricavare una prima implicazione del rilievo politico-costituzionale della libera concorrenza: gli interventi a garanzia della sua effettività risultano *doverosi*.

Se questo è vero, le tesi che rinvergono il fondamento costituzionale della libertà di concorrenza nei commi 2 o 3 dell'art. 41 risultano poco convincenti.

In primo luogo, poco persuasivo è il tentativo di ricavarla dall'«*utilità sociale*» di cui al comma 2⁴⁴. In tale prospettiva, infatti, potrebbe farsene a meno laddove dovesse riscontrarsi la sua inutilità sociale, o addirittura il suo carattere pregiudizievole, ad esempio, per l'efficienza economica. Se si aderisce a quanto sin qui sostenuto, tale conclusione non potrebbe essere accolta: non lo consentirebbe la sostanziale inviolabilità della libertà di concorrenza – «dimensione *orizzontale*» della libertà di iniziativa economica – che deriva dal suo fondamento *politico-costituzionale*, prima ancora che economico⁴⁵.

Vi è, poi, chi rinviene il fondamento della libertà di concorrenza nel comma 3 dell'art. 41⁴⁶; neanche in quest'ottica, però, la tutela della concorrenza risulterebbe *doverosa*: essa sarebbe soltanto *compatibile* con la Costituzione. Inoltre, la diade «programmi e controlli» sembra rimandare non già alla regolazione *antitrust*, ma alla fissazione di vincoli *sostanziali* all'attività economica. Ciò parrebbe confermato dagli obiettivi a cui la disposizione costituzionale funzionalizza programmi e controlli: indirizzare e coordinare l'attività economica a fini sociali (e, oggi, *ambientali*: l. cost. n. 1 del 2022). Ebbene, per tali scopi sarebbero necessari gli interventi volti a *limitare* la libertà di iniziativa economica, piuttosto che a renderla *effettiva*: la funzione *antitrust* è ben lungi dall'esaurire il novero dei fini sociali che la Repubblica potrebbe o dovrebbe perseguire.

⁴² FERRI (1961), p. 532.

⁴³ Ciò non è contraddetto dalla circostanza che nel mercato non ci sia spazio per alcuna garanzia di risultato, che può essere ottenuto soltanto grazie ai *meriti* dell'operatore economico. In quest'ambito, infatti, l'osservanza del principio di eguaglianza sostanziale sembra consistere nella garanzia di *chance effettive* di accesso e permanenza del mercato, che risulterebbero pregiudicate dalla assenza o carenza di tutela della concorrenzialità.

⁴⁴ OPPO (1988), p. 332.

⁴⁵ A ciò si aggiunga che, pur potendo la concorrenzialità del mercato essere considerata in certa misura «*socialmente utile*», la clausola generale dell'*utilità sociale* sembra rimandare piuttosto ai vincoli *sostanziali* che i pubblici poteri sono abilitati dalla Costituzione a porre al mercato.

⁴⁶ GUARINO (1992), p. 39.

Il principio di doverosità della garanzia della libertà di concorrenza non implica, beninteso, un *favor assoluto* della Costituzione per il modello del mercato concorrenziale. In base ad esso, «semplicemente, nei settori economici aperti alla libera iniziativa dei privati – e quindi, sul piano sistemico, al *mercato* – la concorrenzialità è una condizione irrinunciabile; di converso – è questa la seconda implicazione del rilievo politico-costituzionale della libera concorrenza – nei settori economici in cui per determinate ragioni⁴⁷ non possa assicurarsi una reale concorrenzialità, l’iniziativa economica privata non può che essere *limitata*: in caso contrario, essa si risolverebbe inevitabilmente in una libertà *per pochi* e dunque, in definitiva, in una *non-libertà*⁴⁸.

In altre parole, se la libertà di concorrenza è l’aspetto *fondamentale* della libertà di iniziativa economica ed implica che *tutti* debbano poterla esercitare *effettivamente*, laddove ciò non sia concretamente possibile è imprescindibile limitare la libertà di iniziativa, attraverso modalità che possono variare sensibilmente a seconda del caso, ma accomunate da un’essenziale caratteristica: sarà l’apparato pubblico il protagonista del processo di produzione dei beni o erogazione dei servizi.

Fermi restando i principi sin qui esposti, in particolare quello dell’inammissibilità della formazione di «poteri privati», la Costituzione lascia ampio spazio alla discrezionalità degli organi politico-rappresentativi rispetto alle scelte di politica economica (nei limiti della ragionevolezza e non arbitrarietà). Cionondimeno, dalla sua trama sembra emergere l’opportunità – nel solco dei dettami basilari del costituzionalismo democratico – di limitare quanto più possibile anche i poteri pubblici⁴⁹ in campo economico, il che è indubbiamente favorito dal modello del mercato concorrenziale.

Pertanto, se un rilievo politico-costituzionale preminente è assunto dalla dimensione orizzontale della libertà di iniziativa economica – la libertà di concorrenza –, ciò non significa che la sua dimensione *verticale* non ne abbia alcuno. Quest’ultima, però – a differenza della prima – risulta recessiva quando dalla sua garanzia derivi pregiudizio per altri valori costituzionali, con cui non può essere bilanciata su di un piano di parità.

⁴⁷ Legate alle caratteristiche economiche del settore, come ad esempio la particolare scarsità delle risorse in esso utilizzate che, in certi casi, può dar luogo ai cosiddetti «monopoli naturali».

⁴⁸ La libertà o è *di tutti* – ossia, quantomeno, *accessibile a tutti* su di un piano di parità – ovvero non è: la «libertà per pochi», infatti, altro non è che posizione privilegiata e, dunque, di potere. Sul punto, PACE (1997), p. 178.

⁴⁹ Nonostante, come detto *supra*, ben diverse rimangano le caratteristiche degli uni e degli altri, che rendono in definitiva costituzionalmente illegittimi i primi e legittimi i secondi.

6. CONCLUSIONI

In queste pagine si è tentato di sostenere che la tutela della concorrenza abbia fondamenti *politico-costituzionali*, prima che economici.

In particolare, essa ha la primaria funzione di rendere effettiva la dimensione fondamentale della libertà di iniziativa economica, quella relativa ai rapporti tra i privati, che rappresenta il «nucleo» della libertà, tutelato dalla Costituzione in modo ben più intenso rispetto a quel che attiene ai rapporti tra i privati e l'apparato pubblico. Infatti, attraverso l'azione *antitrust*, si impedisce essenzialmente che uno o più operatori economici possano assumere una posizione dominante, in grado di limitare *di fatto* la libertà degli altri nell'ambito del mercato.

Questa funzione della tutela della concorrenza sembra provocare effetti positivi sulla democraticità del sistema nel suo complesso: i «poteri privati», infatti, sono in grado non solo di minare il pieno esercizio dell'altrui libertà, ma anche di esercitare indebite pressioni sugli organi pubblici, potenzialmente in grado di deviarne la funzione, come chiaramente evidenziato dai Costituenti alla luce della drammatica esperienza del regime fascista.

Proprio per tali ragioni, la tutela della concorrenza sembra *doverosa*: dove c'è libertà di iniziativa economica deve esserci anche libertà di concorrenza e dove quest'ultima non può essere garantita, va specularmente limitata anche la prima, la quale altrimenti da libertà *di tutti* si tramuterebbe in libertà *per pochi* e dunque nella sua negazione, in quanto fonte di privilegio e potere. In tali casi, il sistema economico-produttivo dovrà essere inevitabilmente indirizzato, anche *nella sostanza*, dall'apparato pubblico.

L'impostazione qui proposta deve, tuttavia, fare i conti con la circostanza che la libera concorrenza ha rappresentato il perno del processo di integrazione *economica* europea. Ebbene, sembra di poter affermare che, fino a quando questa non si sarà pienamente tramutata in integrazione *politica* – con tutto ciò che ne consegue –, non potrà che risultare favorita la tendenza a considerare la garanzia di tale libertà come una questione prettamente economica: il che, per una paradossale eterogenesi dei fini, rischia in alcuni casi di giungere a pregiudicare l'effettività della libertà stessa.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

APOSTOLI, A. (2016). Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità. *Costituzionalismo.it* (1).

- AZZARITI, G. (2013). *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* Roma-Bari: Laterza.
- (2021). *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*. Roma-Bari: Laterza.
- BALDASSARRE, A. (1990). Libertà (problemi generali). Enciclopedia giuridica Treccani. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana.
- BARBERA, A. (1975). Art. 2. Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Bologna-Roma: Zanichelli.
- CARLASSARE, L. (2016). Solidarietà: un progetto politico. *Costituzionalismo.it* (1).
- (2020). *Conversazioni sulla Costituzione*⁴. Cedam: Padova.
- CASSESE, S. (1991). Stato e mercato dopo le privatizzazioni e *deregulation*. *Riv. trim. dir. pubbl.*, pp. 378 ss.
- CHESSA, O. (2016). *La costituzione della moneta*. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio. Jovene: Napoli.
- CORSO, G. (2020). *Manuale di diritto amministrativo*⁹. Giappichelli: Torino.
- CRISAFULLI, V. (1939). Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico. Ora in Id. (2015). *Prima e dopo la Costituzione*. Editoriale Scientifica: Napoli.
- DI SALVATORE, E. (2022). Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione. *Costituzionalismo.it* (1).
- ESPOSITO, C. (1962). I TRE COMMI DELL'ARTICOLO 41 DELLA COSTITUZIONE. *GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE*, PP. 33 SS.
- FERRI, G. (1961). *Concorrenza*. *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII. Giuffrè: Milano.
- GALBRAITH, J. K. (1968). *Il nuovo Stato industriale*. Einaudi: Torino.
- GALGANO, F. (1982). Art. 41. Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Bologna-Roma: Zanichelli.
- GIAMPIERETTI, M. (2003). Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni. *Diritto e società*, pp. 439 ss.
- GIUFFRÈ, F. (2002). *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*. Giuffrè: Milano.
- GUARINO, G. (1992). Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie. *Quaderni Costituzionali* (1).
- IRTI, N. (1998). *L'ordine giuridico del mercato*. Laterza: Roma-Bari.
- LA SPINA, A. E MAJONE, G. (1991). Lo Stato regolatore. *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione* (3).
- LIBERTINI, M. (1979). Il mercato: i modelli di organizzazione, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, III. Cedam: Padova.
- LUCIANI, M. (2011). Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana. *Diritto e società* (4), pp. 635 ss.
- (2020). Certezza del diritto e clausole generali, in *Questione giustizia* (1).
- MARTINES, T. (1969). Concetti indeterminati e attività interpretativa della Corte costituzionale. In Aa. Vv., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*. Riccardo Patron: Bologna.

- MAZZETTI, L. (2016). *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*. Bononia University Press: Bologna.
- MODUGNO, F. (1995). *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*. Giappichelli: Torino.
- MORBIDELLI, G. (1989). Iniziativa economica privata. Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XVII. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana.
- MORELLI, A. (2020). Il principio personalista nell'era dei populismi. In M. Della Morte, F. R. De Martino e L. Ronchetti (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*. Il Mulino: Bologna, pp. 31 ss.
- OPPO, G. (1988). L'iniziativa economica. *Rivista di Diritto Civile* (3).
- PADOA SCHIOPPA, T. (1997). *Il governo dell'economia*. Il Mulino: Bologna.
- PACE, A. (1997). Libertà «del» mercato e «nel» mercato (pp. 175 ss.). In Aa. Vv., *La costituzione economica*. Cedam: Padova.
- (2003). *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*. Cedam: Padova.
- PEDRINI, S. (2013). «Le clausole generali». *Profili teorici e aspetti costituzionali*. Bononia University Press: Rastigliano (BO).
- RAMAJOLI, M. (2008). La regolazione amministrativa dell'economia. *Diritto amministrativo* (1).
- RESCIGNO, P. (1998). Appunti sulle «clausole generali». *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle Obbligazioni* (1-2).
- RIDOLA, P. (1997). *Diritti di libertà e costituzionalismo*. Giappichelli: Torino.
- RODOTÀ, S. (1980). Statuti e carte delle libertà. *Politica del Diritto* (2), pp. 169 ss.
- (2014). *Solidarietà. Un'utopia necessaria*. Laterza: Roma-Bari.
- RUGGERI, A. (2013). Il principio personalista e le sue proiezioni. *Federalismi.it* (17).
- (2017). Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale. *Rivista AIC* (2).
- SCODITTI, E. (2020). Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali. *Questione giustizia* (1).
- ZITO, A. (1989). Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali. *Jus* (2-3), pp. 219 ss.

LA INFLUENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LAS RELACIONES DE CONSUMO EN EL PERÚ: LA TUTELA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

MARÍA-PÍA GUADALUPE DÍAZ DÍAZ ¹
Universidad de Turín/Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el derecho peruano.*–3. *Personas con discapacidad y derecho de consumo en el Perú.*–4. *Estudio de caso de persona con discapacidad como consumidora de servicios financieros.* 4.1 Antecedentes 4.2 Planteamiento del caso 4.3 Argumentos del Tribunal.–5. *Discusión sobre los principales argumentos del Tribunal.*–6. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante la Convención) es uno de los instrumentos internacionales de derechos humanos más relevantes de los últimos años. Su alcance no se ha limitado al derecho público, sino que con mucha fuerza viene impactando día a día en el derecho privado, principalmente a partir de su artículo 12. A través de este artículo se ha reconocido un derecho primordial que avala la

¹ Doctoranda en Derecho en la Universidad de Turín (Italia) y becaria por la misma casa de estudios. Doctoranda en cotutela con la Universidad de Sevilla (España). Visiting Scholar Universität Hamburg. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla (España). Magíster en Estudios Interdisciplinarios de Género por la Universidad de Salamanca (España). Ex becaria Universidad de Salamanca. Miembro de la Asociación de Derecho Público Comparado y Europeo (Italia).

participación de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico, esto es, el reconocimiento de su plena capacidad jurídica.

En líneas generales los cambios resaltantes van desde la definición de persona con discapacidad², hasta el reconocimiento de su plena capacidad jurídica, la que incluye la capacidad de ejercicio, pasando por la consagración de derechos más específicos como son: el derecho a los apoyos y ajustes razonables³. Todo ello dentro de un marco de principios (que también son derechos subjetivos⁴) donde destacamos a la igualdad y no discriminación y la accesibilidad, que orientan el entero articulado de la Convención y en atención a los cuales debe regir su interpretación y aplicación.

El Estado peruano ha ratificado la Convención⁵ y con ello ha adquirido una serie de obligaciones que tienen impacto directo en el derecho interno. Más allá de que los derechos contenidos en la convención hayan adquirido rango constitucional en nuestro sistema jurídico, el impacto también se ha visto reflejado en la legislación que se ha elaborado y en aquella que se ha reformado en función a este tratado de carácter vinculante, de modo que la normativa vigente sea convencionalmente como constitucionalmente adecuada. Sin embargo, el estudio de caso que analizamos nos muestra que las relaciones de consumo en la práctica siguen presentando riesgos y limitaciones para la participación de las personas con discapacidad.

El presente estudio explora la influencia del derecho constitucional en las relaciones de consumo donde participan personas con discapacidad en el Perú, a partir del estudio de caso sobre discriminación a consumidor con discapacidad de servicios bancarios y financieros. Se analizan las implican-

² Que puede parecer poco pero que marca la diferencia en el enfoque de su abordaje, donde se adopta la definición de discapacidad del modelo social que separa a la persona de la discapacidad, de manera que la discapacidad no radica en la persona sino en la sociedad, y se presenta a través de barreras de distinta índole que impiden su participación plena en igualdad de condiciones. Definición también reconocida por el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia del expediente 1153-2013-PA/TC de 21 de agosto de 2014, en cuyo fundamento jurídico 6 sostiene: «[...] el nuevo enfoque de la discapacidad lo que resalta es que las alegadas limitaciones o dificultades no emanan de la persona misma, sino de una sociedad que no ha realizado determinados ajustes para garantizar que este colectivo pueda gozar, en condiciones de igualdad, del plexo de derechos y principios que nuestro ordenamiento resguarda.»

³ De conformidad con la Observación General nro. 1 del Comité ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, los ajustes razonables y los apoyos se erigen como derechos de las personas con discapacidad, los cuales son independientes entre sí, a la vez que complementarios (párr. 34). Tema sobre el cual ha coincidido nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia del expediente 4104-2013-PC/TC de 18 de mayo de 2015, en cuyo fundamento jurídico 18 habla sobre la existencia de un derecho fundamental a la aplicación de ajustes razonables.

⁴ Como se detalla en los artículos 5 y 9 de la Convención.

⁵ De acuerdo al procedimiento interno de ratificación de tratados internacionales sobre derechos humanos, fue aprobado por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.º 29127, de fecha 30 de octubre de 2007, y posteriormente ratificado por el Presidente de la República mediante Decreto Supremo N.º 073-2007-RE, de fecha 30 de diciembre de 2007, finalmente entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

cias que ha tenido la Convención en el derecho peruano interno desde su ratificación y entrada en vigor, asimismo se analiza la protección de las personas con discapacidad en el derecho de consumo. La parte central comprende el estudio de caso donde se resalta la integración de los derechos de las personas con discapacidad, aportados por la Convención al derecho peruano, en el ámbito del derecho de consumo. Se detallan los principales cuestionamientos sobre la puesta en práctica de estos derechos en el ámbito del consumo que involucra principalmente el actuar de los proveedores de servicios ofrecidos al público.

2. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO PERUANO

En el ámbito del derecho constitucional peruano, que nos ocupa en el presente estudio, la vinculación internacional del Estado peruano hacia la Convención seguida conforme al procedimiento establecido en la Constitución Política⁶, trae como consecuencia que dichas normas pasen a formar parte del derecho nacional⁷. Para ser más precisos, una vez en el derecho interno peruano, ocupan la categoría de normas de nivel constitucional. Como señala Castillo Córdova (2018), «normas constitucionales adscriptas de origen convencional, que son las normas que conforman el derecho convencional constitucionalizado» (p. 39).

Se trata pues, de que las normas convencionales contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos se constitucionalizan al momento de volverse parte del derecho nacional peruano. De esta manera se ubican, junto con las normas constitucionales estatuidas (Castillo Córdova, 2018), en la máxima jerarquía en nuestro sistema normativo⁸. Además que, tanto normas constitucionales como normas convencionales sobre derechos humanos persiguen la misma finalidad: reconocer y regular el contenido esencial de los derechos humanos, y en virtud de la propia constitución sirven de criterio

⁶ En atención al artículo 56 de la Constitución Política los tratados internacionales sobre derechos humanos requieren ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República.

⁷ De conformidad con el artículo 55 de la Constitución Política que señala expresamente: «Los tratados Celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.»

⁸ De conformidad con el artículo 138 segundo párrafo de la Constitución Política que a la letra dice: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera [...]»

interpretativo para establecer el contenido constitucional de los derechos fundamentales⁹ (Castillo Córdova, 2018).

En ese sentido los derechos convencionales constitucionalizados se convierten en derechos que obligan al Estado peruano y la sociedad, en tanto la persona es «fin Supremo» como señala el artículo 1 de la Constitución Política¹⁰. Recae principalmente en los poderes públicos el deber de garantizar su plena vigencia¹¹ que apuntan a la realización de la persona¹² y que le asisten por el hecho de ser lo que es y valer lo que vale (Castillo Córdova, 2018). Los derechos fundamentales y los derechos humanos, apuntan de igual manera a ese fin último por el cual el ser humano logra su realización personal, de ahí que ocupan la misma jerarquía en el derecho interno.

De manera más concreta, los derechos al reconocimiento de la capacidad jurídica, el acceso a los apoyos y al otorgamiento de ajustes razonables incorporados por la Convención al derecho peruano con rango constitucional adquieren un status importante y relevante. De un lado constituyen garantías individuales, y de otro lado, irradian sus efectos hacia todo el sistema jurídico-político¹³.

Como garantías individuales, determinan, aseguran y limitan la posición jurídica del individuo (Tolé Martínez, 2004). De acuerdo a Robert Alexy, es aconsejable concebir a los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas que otorgan un derecho a acciones negativas del Estado (Alexy, 1993). Según Häberle, se trata de derechos reaccionales que ejemplifican la libertad frente a y contra el Estado (Häberle, 1993). O dicho en términos más sencillos como apunta César Landa, confieren un doble efecto: efectos privados de defensa de la persona y efectos públicos de contención de la autoridad (Landa, 2002; 2010). De esto podemos concebir la idea de personas con discapaci-

⁹ En atención a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política que a la letra dice: «Las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.»

¹⁰ Que a la letra dice, «Artículo 1.— La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.»

¹¹ Conforme se señala en el primer párrafo del artículo 44 de la Constitución Política que a la letra dice: «Artículo 44.— Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos [...]»

¹² El fundamento de los derechos se configura entonces en la realización de la persona que también se encuentra conectada con la plena realización del proyecto de vida, en tanto el ser humano es un ser ontológicamente libre lo que lo hace digno (ESPINOZA ESPINOZA, 2012, pp. 179 y ss; FERNÁNDEZ SESA-REGO, 2022, p. 166).

¹³ A este punto, por si quedan dudas, vale recordar que el catálogo de derechos fundamentales del Art. 2 de la Constitución peruana no es taxativo, de ahí que el Art. 3 aclare sobre la posibilidad de considerar más derechos en esta lista, especialmente aquellos que se sustentan en la dignidad humana. Claramente esto se conecta con la cuarta disposición final y transitoria donde se hace referencia a los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

dad reclamando el respeto (no intromisión) o la protección (acción) de estos derechos ante las autoridades estatales frente a un atropello concreto, como es el caso que analizaremos más adelante.

Complementariamente, irradian efectos hacia todo el sistema jurídico-político. Como apunta Häberle (1993) «la visión unidimensional individuo/Estado es notoriamente insuficiente; los derechos fundamentales son y operan en el plano objetivo y transpersonal, por ejemplo, como fines estatales, mandatos constitucionales y principios para el desarrollo legislativo [...] los derechos fundamentales como sistema de valores» (p. 154). De allí que sea este jurista que nos aporte la famosa teoría del doble carácter de los derechos fundamentales. Bajo esta dimensión denominada objetiva, estamos diciendo que por un lado, los derechos convencionales constitucionalizados tienen alcance frente al legislador, quien desarrolla los derechos fundamentales a través de las normas para darles mayor accesibilidad y contribuir a su operatividad en la realidad.

Tal es así que, aunque con retraso, después de varios años de la ratificación de la Convención, se ha desarrollado nueva normativa y se ha reformado aquélla que se encontraba ya vigente, dirigidas a la tutela de las personas con discapacidad en línea con este instrumento internacional. Podemos mencionar brevemente los avances legislativos más resaltantes como la Ley 29973 Ley General de la Persona con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2012, y su Reglamento aprobado mediante D. S. 002-2014-MIMP.

Con esta legislación se concretiza el modelo social de la discapacidad en el derecho peruano, tal es así que se incluye la definición de persona con discapacidad conforme a este modelo¹⁴. Se reconoce que a las personas con discapacidad le asisten los mismos derechos que al resto de la población sin perjuicio de las medidas específicas establecidas en normas nacionales e internacionales para el alcance de la igualdad material (art. 3). Finalmente es de destacar: el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación de manera específica a este grupo (art. 8), el derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, donde se incluyen los apoyos y ajustes razonables para la toma de decisiones (art. 9), el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 11), y el derecho a la accesibilidad (arts. 15 y ss.), entre otros.

También es necesario mencionar el Decreto Legislativo 1384, de 3 de septiembre de 2018, que modifica principalmente el Código Civil, donde se reco-

¹⁴ Que textualmente dice: «Artículo 2.— La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.»

noce la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, que incluye la capacidad de goce y de ejercicio, además se regulan los sistemas de apoyo, salvaguardias y ajustes razonables para tales efectos. Entre la normativa complementaria también encontramos: el D. S. 016-2019-MIMP que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, de 25 de agosto de 2019, que establece la obligaciones de las entidades públicas y privadas que brindan servicios públicos a otorgar ajustes razonables a las personas con discapacidad cuando sean requeridos; también el D. S. 007-2021-MIMP que aprueba la Política nacional multisectorial en discapacidad para el desarrollo al 2030, de 5 de junio de 2021; y la R. M. 347-2021-MIMP que aprueba el Protocolo para otorgar ajustes razonables a personas con discapacidad para la manifestación de su voluntad en actos que produzcan efectos jurídicos, de 20 de diciembre de 2021.

De otro lado, desde esta dimensión objetiva también alcanzan a los órganos jurisdiccionales, orientando las decisiones de los tribunales como es el caso que analizaremos en el presente estudio. El derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica, el derecho de acceso a los apoyos y al otorgamiento de ajustes razonables son derechos que al haber adquirido rango constitucional en el sistema peruano van más allá de la defensa individual ante un caso concreto y buscan tener una repercusión general en todo el sistema jurídico-político.

3. PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DERECHO DE CONSUMO EN EL PERÚ

El derecho de consumo en el Perú ha pasado por un proceso evolutivo donde se ha llegado a reconocer a la igualdad y no discriminación¹⁵ también como un derecho que toma vigencia y debe ser respetado en este ámbito. En tanto que la vulneración de este principio— derecho no es exclusiva del Estado, sino también puede provenir de otros particulares¹⁶.

¹⁵ De conformidad con el artículo 2.2 de la Constitución Política que a la letra dice: «Toda persona tiene derecho (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole». En palabras del Tribunal Constitucional (2005) «Cuando la desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional estaremos frente a una discriminación y por tanto frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable» (párr. 62).

¹⁶ Como analizamos en un trabajo anterior (DÍAZ DÍAZ, 2021), la afectación de derechos fundamentales no es exclusiva del Estado, sino también es posible que provenga de otros particulares, de los cuales también podemos exigir su respeto, a esto se denomina la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (TOLÉ MARTÍNEZ, 2004; CARPIO MARCOS, 2003; LANDA ARROYO, 2014; VIVAS TESÓN, 2017; VIVAS

En la misma línea la propia Constitución señala que es deber del Estado el defender los intereses de los consumidores y usuarios (art. 65). Sin embargo, antes de la reforma de 1998 la protección del consumidor ante la discriminación en el Perú no estaba tan desarrollada. El artículo 65 de la Constitución se entendía apartado del derecho privado, lo que generaba una situación de «tolerancia» a la discriminación particularmente en el ingreso a establecimientos privados bajo «el derecho de elegir a sus clientes». Esto trajo consigo sendas denuncias a raíz de las prohibiciones de ingreso a locales nocturnos por motivos principalmente raciales (Delgado Capcha, 2020).

La discriminación ha sido parte del día a día del colectivo de personas con discapacidad y lamentablemente en algunos contextos todavía lo sigue siendo. Con el desarrollo de los derechos humanos, el principio-derecho de igualdad y no discriminación se ha consagrado como piedra angular que encabeza la mayor parte, por no decir todos, los tratados internacionales sobre derechos humanos, aunque siga siendo todavía una lucha para varios colectivos. Con el constitucionalismo se recogió la mayor parte de los derechos humanos en calidad de derechos fundamentales (Castillo Córdova, 2018). Para el derecho constitucional peruano, el principio-derecho de no discriminación de la mano con el principio-derecho a la igualdad, «forman parte de los cimientos de nuestro Orden Constitucional que irradia las relaciones horizontales y verticales del ordenamiento jurídico.» (Landa Arroyo, 2021, p. 71).

Como señalábamos en un trabajo anterior, es el ámbito del consumo uno de los espacios más recurrentes donde se vulnera el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (Díaz Díaz, 2022). Tal es así que, el principal antecedente de la prohibición de la discriminación en el consumo en el Perú aparece en 1998 con la Ley 27049 que lo reconoce e incorpora al Decreto Legislativo 716 Ley de Protección al Consumidor. El cumplimiento de esta primera Ley de Protección al Consumidor que data de 1991, pasa a formar parte de las funciones del Indecopi con su creación en 1992, específicamente a cargo de la Comisión de Protección al Consumidor. Actualmente, ya derogada, esta Ley es la antecesora del actual Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el Código), aprobado mediante Ley 29571 vigente desde octubre de 2010 que regula la prohibición de discriminación en su artículo 38,

Tesón, 2021). De conformidad con el artículo 38 de la Constitución se señala que «Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir y defender la Constitución», al respecto el Tribunal Constitucional (2004) ha concluido que de este artículo «[...] se desprende que los derechos fundamentales vinculan no sólo a los poderes públicos sino también a los particulares. En consecuencia, también al interior de una institución, en principio privada, como puede ser una Asociación, se impone el deber de respetar los derechos fundamentales» (fj. 2).

por motivo «[...] de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole [...]», asimismo señala que todo trato diferente debe obedecer a causas objetivas y razonables.

Siguiendo la línea de lo señalado por el Tribunal Constitucional, estaremos frente a un acto de discriminación en el consumo, cuando efectuada una distinción de trato, esta no obedezca a causas justificadas. Y es que la libertad contractual, que incumbe tanto la libertad de contratar por la cual se decide cómo, cuándo y con quien se contrata; y la libertad contractual por la cual se determina el contenido del contrato¹⁷, como todo derecho constitucional, no está exenta de límites dentro de un Estado social y democrático de derecho, siendo estos: el orden público y otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos (Landa Arroyo, 2014). Entonces la regulación de la prohibición de la discriminación en el consumo constituye uno de los límites a esa libertad contractual que se sustenta en la premisa de que los derechos de las personas también deben estar garantizados en el ámbito jurídico privado (Vivas Tesón, 2021; Vivas Tesón, 2021a).

Los derechos reconocidos por la Convención y que con el acto de ratificación de este tratado forman parte del derecho nacional peruano al nivel constitucional, han traído como consecuencia un cambio de paradigma de la discapacidad. A partir del reconocimiento de la capacidad jurídica, entre otros derechos específicos y principios, la persona con discapacidad adquiere un rol activo en la sociedad y como consecuencia de ello, en el tráfico jurídico como actor directo.

Cuando hacemos referencia a actor directo¹⁸, queremos decir que, a diferencia del modelo anterior en que eran sustituidos por un curador, ahora

¹⁷ Se debe hacer referencia a los artículos 2 numeral 14 y 62 de la Constitución Política del Perú que señala: Artículo 2.— «Toda persona tiene derecho: [...] 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público». Artículo 62.— «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.»

¹⁸ Cabe señalar que la excepción la tendremos ante el caso de un apoyo con representación, donde sin quitarle la capacidad plena a la persona con discapacidad, es el apoyo quien realiza el acto reconstruyendo la voluntad de la persona asistida. Como señala Enrique Varsi (2021), «*La participación personal y directa de la persona con discapacidad es la regla, y su no participación, que sea el apoyo el que intervenga, es la excepción.*» (p. 222). Sobre este caso no haremos mención en este trabajo, ya que nuestro estudio se enfoca en las personas con discapacidad que interactúan como consumidores y el específico caso de la discriminación; aunque es perfecto resaltar que en el primer caso cabe la discriminación por asociación, esta es, la que afecta a las personas que prestan asistencia o asociadas a las personas con discapacidad (NACIONES UNIDAS, 2018, párr. 20; FAVALLI, 2021, p. 132; VIVAS TESÓN, 2021, pp. 206-207).

pueden participar por cuenta propia, ya sea con o sin ajustes razonables, o asistidos por un apoyo o persona de confianza. Se da paso a la autonomía de las personas con discapacidad en el derecho privado de donde previamente se les había apartado y marginado bajo pretextos como el de su propia seguridad (Marín Calero, 2005). Sin embargo, la condición de discapacidad puede impactar de diferentes maneras en el contexto de las transacciones de consumo (Waddington, 2022). Se presentará el riesgo de sufrir discriminación y por otro lado las limitaciones en el acceso al mercado de consumo, donde destacamos el acceso a la información para la toma de decisiones.

El acceso a la información es fundamental para transmitir conocimientos al consumidor aunque gran parte está disponible solo para quienes podemos verla (Müller, 2018), esto es dirigida solo a un tipo de consumidor, excluyendo al colectivo de personas con discapacidad. No se puede pensar en la toma de decisiones de una persona con discapacidad sin que previamente haya entendido de qué trata el acto y cuales serán sus efectos. La información pre contractual deberá ser emitida de modo tal que sea comprendida por el consumidor. Aquí podemos traer a colación el «consentimiento informado» que sirve como herramienta para educar a los consumidores a través de proveer información considerada importante antes de aceptar un determinado servicio y que permite la elección autónoma (Griffiths, 2014).

Sobre este punto entran a tallar los apoyos y ajustes razonables. Dos derechos específicos relacionados con la toma de decisiones que se conectan con el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y que se manifiestan como mecanismos que van a contribuir a lograr el ejercicio de esa capacidad en la realidad. Estos derechos deben ser respetados en el ámbito de las relaciones de consumo, donde su vulneración tendrá repercusión directa con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, motivo sobre el cual versa el caso objeto del presente estudio.

4. ESTUDIO DE CASO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO CONSUMIDORA DE SERVICIOS FINANCIEROS

4.1 Antecedentes

Previamente a la explicación y análisis del caso concreto, incluimos una breve reseña del Indecopi, el órgano del cual ha emanado la decisión objeto del presente estudio.

Desde su creación en 1992, el Indecopi cumple principalmente las funciones de promoción del mercado y la protección de los derechos de los consumidores. Hablando en específico de esta última función, el Código aprobado por Ley 29571, regula las normas de protección y defensa de los consumidores, donde toda infracción a estas normas es de su conocimiento primario (art. 105). Para estos propósitos, Indecopi recibe denuncias o las interpone de oficio (art. 107) e inicia procedimientos sancionadores donde está facultado a dictar medidas cautelares (art. 109), imponer medidas de corrección (art. 114 y ss.) y multas a los proveedores de bienes o servicios, que pueden llegar hasta 450 UIT (art. 110). Los órganos competentes, en materia de derechos del consumidor son, en primera instancia, la Comisión de Protección al Consumidor, y en vía de apelación la Sala Especializada en Protección al Consumidor.

Es a partir de la jurisprudencia donde podemos encontrar el alcance de las disposiciones normativas en esta materia a los casos concretos y la forma de su aplicación. Una muestra de ello es el caso sobre discriminación por discapacidad en el consumo resuelto en enero de 2021 por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual mediante Resolución 0175-2021/SPC-INDECOPI¹⁹, última instancia administrativa dentro del procedimiento por infracción a la normativa del consumo en el Perú. Se toma en consideración este caso en particular sobre discriminación en el consumo, debido a que los hechos y la resolución del caso se dieron dentro del marco de la nueva normativa peruana vigente que reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

4.2 Planteamiento del caso

El caso trató de una persona con discapacidad sensorial (visual) que acude a una entidad financiera a solicitar una tarjeta de crédito, que previamente había sido ofrecida por la entidad insistentemente de manera telefónica. Sin embargo, luego de haber firmado el contrato, haber registrado su huella dactilar e incluso haber marcado los dígitos para su clave, la tarjeta no le es entregada debido a que la entidad requería la presencia de una tercera persona que sea su «curador»²⁰, debido a su discapacidad. El consumidor alegó en ese momento que sufría una discapacidad visual pero que no tenía ninguna dificul-

¹⁹ Para la lectura del texto de la Resolución nos remitimos al siguiente enlace: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/02/Resolucion-0175-2021-SPC-Indecopi-Expediente-185-2019-LP.pdf>

²⁰ Que se trata de la persona que estaba llamada a sustituir en la toma de decisiones a las personas con discapacidad luego de un proceso de interdicción, normativa que actualmente se encuentra derogada.

tad al ser una persona autónoma, no obstante, la entidad financiera reiteraba la presencia de una tercera persona (curador), debido a que, de acuerdo con la verificación de los datos identificativos del consumidor en el software de la entidad, éste figuraba con «restricción: incapacidad mental».

Ante estos hechos, el consumidor denunció haber sufrido un acto de discriminación por motivo de discapacidad en el consumo. A su vez la entidad denunciada sostenía que su conducta estaba justificada, debido a que, del reporte de la identificación del consumidor obtenido de su software, éste figuraba con «incapacidad mental», señalando que no hubo un trato discriminatorio en la exigencia de una tercera persona. La denuncia es declarada fundada en primera instancia por la Comisión de Protección al Consumidor de Junín. Luego de las correspondientes apelaciones de ambas partes el caso es conocido por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

4.3 Argumentos del Tribunal

Dentro de los principales argumentos, el Tribunal invoca el principio-derecho a la igualdad que vincula a todo el ordenamiento jurídico alcanzando también la regulación especial sobre protección al consumidor (párr. 51-52). Agrega que basta la existencia de un trato desigual que no se encuentre justificada de manera objetiva y razonable para configurar un acto discriminatorio en el ámbito del consumo, independientemente de la causa que origine el trato desigual (párr. 53-54). Reconoce que existen actos de discriminación en el consumo más graves que otros cuando el motivo es una de las categorías históricas (sexo, raza, etc.), lo que es valorado al momento de graduar la sanción (párr. 55). Se menciona lo referido a la carga de la prueba, donde corresponde al consumidor demostrar la existencia de un trato desigual y al proveedor la existencia de una causa objetiva que justifique dicha práctica (conforme se encuentra recogido en el art. 39 del Código).

Entrando al fondo del asunto, cuando analiza lo referido a las personas con discapacidad hace mención a la Convención y los deberes que implica para el Estado peruano en virtud de su ratificación, en especial sobre la plena capacidad jurídica reconocida en el art. 12, que se ha incluido en el derecho peruano a través de la Ley 29973 y el Código Civil a partir de la reforma del D. L. 1384. Resalta el hecho de que las personas han dejado de ser declaradas en interdicción y sustituidas por los curadores, pasando a un sistema de apoyos y ajustes razonables para el ejercicio de su capacidad jurídica (párr. 75-78).

En el análisis del caso en concreto el Tribunal de Indecopi comprueba que ha existido un trato desigual contra el denunciante en virtud que la entidad financiera ha reconocido su negativa de entregarle la tarjeta de crédito si no concurre un curador (párr. 82). Ahora respecto a que dicha negativa responda a causas objetivas y razonables, el Tribunal concluye que los argumentos de la entidad, de que fue a) en virtud de su reporte biométrico que consignaba que se trataba de una persona con «incapacidad mental» y b) la política interna de la entidad requería la presencia de un curador, carecen de justificación. En atención al argumento a), el Tribunal señala que el denunciante presentó su documento de identidad donde figuraba su discapacidad sensorial, lo que pudo ser corroborado por la entidad directamente en RENIEC o en el carnet CONADIS del denunciante, además de que esto fue manifestado por el denunciante en todo momento y que no requería la presencia de una tercera persona (párr. 92-93). En atención al argumento b) señala expresamente que,

«Una política interna no puede ser sustento para que un establecimiento brinde un servicio diferenciado que podría vulnerar derechos de consumidores, dado que tanto el Estado como los particulares se encuentran obligados a respetar los derechos fundamentales ... y no hacer diferencias donde la Ley no la hace.» (párr. 93).

Reforzando este último argumento, señala el Tribunal que,

«... el procedimiento interno debía ser aplicado ... siempre y cuando estuviera en consonancia con lo dispuesto por la Convención en su art. 12 ... donde se reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes (ámbito privado y público) al reconocimiento de su personalidad jurídica ... deben reconocer que las personas con discapacidad (mental o física) tienen capacidad jurídica ...» (párr. 97).

Finalmente, el Tribunal desde una postura garantista sostiene que aún en el supuesto de que el denunciante tuviera una discapacidad mental como arrojaba el sistema biométrico de la entidad, ésta no debió requerirle la presencia de una tercera persona para la entrega de la tarjeta de crédito, debido a que de acuerdo a la normativa nacional y supranacional goza de capacidad de ejercicio y no requiere de un curador para contratar servicios financieros (párr. 100).

Siendo en virtud de dichos argumentos que el Tribunal confirma la resolución de primera instancia por la existencia de trato diferenciado por parte de la entidad financiera sin responder a una justificación objetiva y razonable, por lo que se trata de un acto de discriminación grave en el consumo por motivo de discapacidad (párr. 102-103). Es de resaltar que aparte de la sanción de 25 UIT contra la entidad financiera, se han confirmado también las medidas correcti-

vas impuestas por la Comisión en primera instancia, sin embargo, el Tribunal agrega como medida correctiva complementaria adicional y que resulta interesante su análisis, que la entidad financiera:

«... cumpla con dejar de solicitar a las personas con discapacidad (física o mental) la presencia de una tercera persona (curador) para la contratación o entrega de productos financieros y modifique sus procedimientos según lo dispuesto por la normativa nacional y supranacional respecto a las personas con discapacidad (Parte resolutive artículo cuarto).»

5. DISCUSIÓN SOBRE LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

Como primer punto, tenemos que con esta decisión el Indecopi concretiza varios de los derechos dirigidos a personas con discapacidad, de rango constitucional, en el ámbito del consumo y los analiza en conjunto con el principal derecho afectado en el caso concreto que es la igualdad y no discriminación. Parte del entendimiento que como consecuencia de la ratificación de la Convención el Estado peruano ha adquirido deberes y los traslada al derecho de consumo. Esto es, se incluye en el ámbito del consumo el derecho al reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, señalando que esta comprende la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Haciendo expresa mención a que esta regla opera incluso cuando se trate de personas con discapacidad mental.

Como segundo punto, se concretiza en el ámbito del consumo la participación de las personas con discapacidad a través de los apoyos y los ajustes razonables, los cuales operan a elección o petición de la propia persona con discapacidad, sin tener que ser impuesto o exigido por el proveedor. Esto se puede advertir de lo señalado por el Tribunal en el párrafo 100 y en el artículo cuarto de la parte resolutive, donde se ordena dejar de solicitar la presencia de una tercera persona para la contratación o entrega de productos financieros, sea que se trate de una persona con discapacidad física o mental, dado que goza de capacidad plena.

Con esta última medida, se está reconociendo la autonomía individual y la capacidad para tomar sus propias decisiones de las personas con discapacidad en el ámbito del consumo, que se conectan directamente con los nuevos criterios interpretativos de rango constitucional adquiridos en virtud de la Con-

vencción²¹. Por otro lado, abre la puerta a un mejor desarrollo del derecho a los ajustes razonables, dado que si se defiende que la persona con discapacidad pueda participar de manera independiente, en muchos casos, para que ello sea efectivo, la entidad proveedora de servicios abiertos al público, estará en la obligación de otorgarlos de acuerdo a las situaciones particulares que requiera la persona con discapacidad en un caso concreto. Esto en atención a que las medidas de accesibilidad no están garantizadas en la realidad peruana en todos los espacios, de modo que entran a tallar los ajustes razonables en casos particulares como medio para garantizar la accesibilidad, a modo de justicia individual (Naciones Unidas, 2014, párr. 26).

Definitivamente nos encontramos frente a nuevos retos en el ámbito del consumo que involucran una serie de obligaciones a los proveedores de servicios ofertados al público. Estos van desde la adaptación de sus políticas internas de atención a personas con discapacidad, capacitación al personal de atención al público y la adaptación de los documentos para la contratación de servicios. Destacamos este último punto trascendental que incluye la adaptación de la información que se debe proporcionar al consumidor con discapacidad para que esta sea comprensible y pueda tomar una decisión sobre un determinado servicio.

Cabe señalar que el Código regula el acceso a la información como un derecho de los consumidores en su art. 1²² y como una obligación de los proveedores en su art. 2²³. Se precisa esta debe ser «de fácil comprensión» y «fácilmente accesible». La comprensión y la accesibilidad de la información en el consumo deben interpretarse de conformidad con los derechos de las personas con discapacidad que forman parte de nuestro derecho interno de rango constitucional. Esta obligación se relaciona con los ajustes razonables, sin embargo va más allá, pues al ser regulado como obligación en el código imponen una actitud positiva de acción, esto es, se deberá informar en tal modo aun cuando el consumidor no lo pida (Müller, 2018). Cabe precisar además que el propio Código reconoce la vulnerabilidad de ciertos consumidores en el mercado donde se encuentran las personas con discapacidad²⁴, por lo que su protección en este ámbito se considera de interés para el Estado.

²¹ Principios contenidos en el artículo 3 de la Convención.

²² Se regula en el numeral 1.1., inciso b) Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y **fácilmente accesible**, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses...». (La negrita es nuestra)

²³ Se regula en el numeral 2.2. que dicha información a proporcionar debe ser «veraz, suficiente, **de fácil comprensión**, apropiada, oportuna y **fácilmente accesible**...». (La negrita es nuestra)

²⁴ como se señala en el artículo VI numeral 4 del Código.

Finalmente, el caso planteado nos muestra que a pesar de que las obligaciones de los proveedores de servicios ofrecidos al público están regulados en la normativa vigente, los escenarios de consumo en el Perú no están preparados para un consumidor con discapacidad. La accesibilidad en la información precontractual como la adaptación de los contratos a formatos alternativos, que debería regir como una medida de accesibilidad de los servicios ofrecidos al público, no se encuentra garantizada en estos espacios, por lo que los ajustes razonables jugarán un rol importante para su inclusión. Por lo que se podría pensar en la necesidad de una normativa específica de tutela y promoción de personas con discapacidad en el ámbito del consumo. Mientras tanto la labor de Indecopi es indispensable para tratar cada caso particular y corregir los escenarios de consumo a futuro.

6. CONCLUSIONES

Las relaciones de consumo en el Perú no son ajenas al respeto de los derechos de las personas con discapacidad.

El derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica, el derecho a la participación con apoyos y a recibir ajustes razonables de las personas con discapacidad han adquirido rango constitucional en el Perú con la ratificación de la Convención.

El rango constitucional que han adquirido los derechos de las personas con discapacidad, viene permitiendo su exigencia de protección individual en el ámbito del consumo, y por otro lado viene influyendo directamente en el actuar de los órganos estatales, principalmente la labor del legislador y de los órganos de justicia administrativa especializada en protección al consumidor.

Los derechos de las personas con discapacidad, incorporados por la Convención al derecho peruano, han sido reconocidos también en el derecho de consumo en el Perú a partir de la jurisprudencia del Indecopi.

La labor de la justicia administrativa del Indecopi es fundamental para el juzgamiento de los casos de discriminación de personas con discapacidad en el ámbito del consumo y la corrección de los escenarios del consumo a futuro, donde el respeto por sus derechos tiene como fin último su realización personal en este ámbito y en la sociedad permitiendo su inclusión.

La legislación peruana incorpora obligaciones jurídicas a los proveedores de servicios públicos sean estatales como privados para garantizar la integración de las personas con discapacidad, donde se destaca el otorgamiento de ajustes razonables y que ha sido, de manera indirecta, considerado por el Inde-

copi en línea con el actuar independiente de las personas con discapacidad en el ámbito del consumo de servicios financieros. Sin embargo la normativa sigue siendo general, por lo que consideramos la necesidad de un mayor desarrollo legislativo del derecho a los ajustes razonables en el ámbito del consumo con la finalidad de permitir la participación de las personas con discapacidad en estos espacios. El rango constitucional que ha adquirido este derecho permite su influencia frente al legislador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEX, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- CARPIO MARCOS, E. (2003). La interpretación de los derechos fundamentales, *Derecho PUCP* (56), 563-530.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. (2018). El derecho constitucional sobre Derechos Humanos. *Derecho y Sociedad*, 33-42.
- DELGADO CAPCHA, R. (2020). Una mirada global a la discriminación en el consumo. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Recuperado de: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7918/Libro%20UNA%20MIRADA%20GLOBAL%20A%20LA%20DISCRIMINACION%20EN%20EL%20CONSUMO-Jurisprudencia%20del%20Indecopi%20%28Versi%20Digital%29%20%281%29.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- DÍAZ DÍAZ, M.-P. G. (2021). El derecho a la identidad como derecho fundamental en el Perú: el desarrollo de la protección jurídico-constitucional hasta nuestros días. *Actualidad Civil*(81), 33-52.
- (2022). El consumidor con discapacidad: entre autonomía, discriminación y justicia administrativa. *Persona y Familia*, 11(1), 135-161.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2012). *Derecho de las personas, concebido y personas naturales*. Tomo I. Lima: Grijley.
- FAVALLI, S. (2021). *Disabilità, diritti umani e diritto internazionale*. Milán: Giuffrè.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2022). *Il diritto come libertà*. Roma: Quodlibet Ius Ricerche.
- GRIFFITHS, M. (2014). Consumer acquiescence to informed consent: The influence of vulnerability, motive, trust and suspicion. *Journal of Customer Behavior* 13(3), 207-235.
- HÄBERLE, P. (1993). Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1 (1), 149-168.

- INDECOPI. Sala Especializada en Protección al Consumidor. (23 de enero de 2021). Resolución nro. 0175-2021/SPC-INDECOPI. Recuperado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/02/Resolucion-0175-2021-SPC-Indecopi-Expediente-185-2019-LP.pdf>
- LANDA ARROYO, C. (2002). Teorías de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional* (6), 49-71.
- (2010). La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. En Bazán, V. & Nash, C. (Edit.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La fuerza normativa de la Constitución* (pp. 17-42). Uruguay: Konrad Adenauer.
- (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THEMIS*(66), 309-327.
- (2021). El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. *Estudios Constitucionales*, 71-101.
- MARÍN CALERO, C. (2005). *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- MÜLLER, G. (2018). El consumidor hipervulnerable frente a la información. En *Actas del XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor*. Buenos Aires: Universidad Nacional del Sur. Recuperado de <https://www.derechouns.com.ar/xviii-congreso-argentino-de-derecho-del-consumidor/>
- NACIONES UNIDAS. Asamblea General (2006). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (19 de mayo de 2014). Observación General N° 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.
- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (26 de abril de 2018). Observación General nro. 6: sobre la igualdad y no discriminación.
- TOLÉ MARTÍNEZ, J. (2004). La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales. El estado de las cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Revista Derecho del Estado* (16), 99-144.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. (1 de abril de 2005). Sentencia recaída en el expediente 0048-2004-PI/TC.
- (18 de mayo de 2015). Sentencia del expediente 4104-2013-PC/TC.
- (21 de agosto de 2014). Sentencia del expediente 1153-2013-PA/TC.
- (26 de agosto de 2004). Sentencia recaída en el expediente 1848-2004-AA/TC.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2021). *Tratado de derecho de las personas. Capacidad* (Primera ed.). Lima: Universidad de Lima.
- VIVAS TESÓN, I. (2017). *Persona, familia y sucesiones*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- (2021). *Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos*. Madrid: Tecnos.

Sociedad digital

DERECHOS FUNDAMENTALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ESTADO SOCIAL, DEMOCRÁTICO Y DIGITAL DE DERECHO

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA ¹
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Estado de Derecho e inteligencia artificial.*–3. *Estado democrático e inteligencia artificial.*–4. *Estado social e inteligencia artificial.*–5. *Referencias bibliográficas.*

1. INTRODUCCIÓN

En los modernos Estados sociales y democráticos de Derecho, y en relación con los derechos fundamentales, la llamada revolución digital aporta una doble vertiente: en primer lugar, la interacción entre la computación, la electrónica, las telecomunicaciones, la matemática, la ingeniería, la inteligencia artificial, la robótica y otras ciencias conexas, puede generar nuevas e importantes facultades que se interpreten como parte del objeto de algunos derechos fundamentales ya reconocidos y, en su caso, se plasmen en las leyes que los desarrollen e, incluso, es posible que sea necesario promover cambios constitucionales que incorporen otros derechos, como ha empezado a ocurrir con los

¹ Me ocupé con más detalle de estas cuestiones en *Derecho fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons, Madrid, 2022. orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0033-6159>; correos: presno@uniovi.es; presnolinera@gmail.com blog El Derecho y el revés: <http://presnolinera.wordpress.com>; twitter: @PresnoLinera; página web académica <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>

llamados «neuroderechos»², que han sido reconocidos en fechas recientes (25 de octubre de 2021) en la Constitución chilena (Reche Tello, 2021), cuyo artículo 19.1 *in fine* dispone que «El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La Ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella»³.

A este respecto, desde el Parlamento Europeo se «pide a la Comisión [Europea] que estudie la posibilidad de presentar una iniciativa relativa a los neuroderechos, con el objetivo de proteger el cerebro humano contra la injerencia, la manipulación y el control por parte de la neurotecnología impulsada por la IA [y] anima a la Comisión a que defienda una agenda de neuroderechos a nivel de las Naciones Unidas con el fin de incluir estos derechos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, concretamente en lo que respecta a los derechos a la identidad, al libre albedrío, a la privacidad mental, a la igualdad de acceso a los avances en materia de aumento del cerebro y a la protección frente al sesgo algorítmico» (Resolución sobre la inteligencia artificial en la era digital, párrafo 247). A mi juicio, convendría reflexionar sobre si la IA supone una transformación esencial en lo que respecta a las dimensiones sub-

² Cabe mencionar la *NeuroRights Initiative*, que ha sido promovida por el Centro de Neurotecnología de la Universidad de Columbia, y que aspira a que se reconozcan, en el plano internacional y nacional, los siguientes derechos: 1) el derecho a la identidad, evitando el riesgo de control externo de la integridad física y mental; 2) el derecho a la libertad de pensamiento y el libre albedrío para elegir las propias acciones frente a manipulaciones externas; 3) el derecho a la privacidad mental como capacidad de mantener los propios pensamientos protegidos frente a divulgaciones no consentidas; 4) el derecho a que los beneficios de las mejoras de la capacidad sensorial y mental a través de la neurotecnología se distribuyan de forma justa entre toda la población, y 5) el derecho a la protección contra el sesgo algorítmico, o la capacidad de garantizar que las tecnologías no introduzcan prejuicios; al respecto, YUSTE, R. y OTROS «It's time for Neuro-Rights?», *Horizons*, núm. 18, <https://www.cirsd.org/en/horizons/horizons-winter-2021-issue-no-18/its-time-for-neuro-rights> (a 20 de marzo de 2023).

³ Sobre la necesidad de atender a la incidencia de informática y la inteligencia artificial en nuestras constituciones, véanse, en la doctrina española, SÁNCHEZ BARRILAO (2018): «Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica», en VALLS PRIETO. (coord.) *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 21-76; Sarrión Esteve (2020): «El derecho constitucional en la era de la inteligencia artificial, los robots y los drones», en PÉREZ MIRAS Y OTROS (dirs.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, I, pp. 321-334; Balaguer Callejón (2021): «La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital», en Nascimento Gomes Y OTROS (coords.) *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80.º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte, Fórum, 2021; BALAGUER CALLEJÓN (2002): *La Constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; Hernández Ramos (2021): *Una mirada a la inteligencia artificial desde el Derecho constitucional*, texto inédito amablemente facilitado por el autor. Para un conocimiento exhaustivo en el ámbito europeo, VARIOS AUTORES (2021): *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press; De Gregorio (2022): *Digital Constitutionalism in Europe Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press.

jetiva y objetiva de los derechos fundamentales y, en su caso, si es aconsejable la constitucionalización de nuevos derechos fundamentales, una reforma legal de los mismos o si, en realidad, las facultades que se tratan de garantizar ya están en buena medida amparadas por derechos fundamentales «clásicos», como la integridad física y moral, la libertad ideológica y religiosa, la libertad personal, las libertades de expresión e información...

Por su parte, y antes de llegar a los neuroderechos, el Gobierno español ha promovido y aprobado, como parte de la llamada Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial –medida 28–, la llamada Carta de derechos digitales⁴, culminada el 14 de julio de 2021, aunque es un texto sin valor jurídico alguno y que, como se declara en las llamadas «Consideraciones previas», «no trata de crear nuevos derechos fundamentales sino de perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros... La Carta no tiene carácter normativo, sino que su objetivo es reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital plantea, así como sugerir principios y políticas referidas a ellos en el citado contexto. Con ello, también, proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos de forma que, siendo compartida por todos, permita navegar en el entorno digital en que nos encontramos aprovechando y desarrollando todas sus potencialidades y oportunidades y conjurando sus riesgos. Y contribuir a los procesos de reflexión que se están produciendo a nivel europeo y, con ello, liderar un proceso imprescindible a nivel global para garantizar una digitalización humanista, que ponga a las personas en el centro»⁵.

A nuestro juicio, lo necesario es, precisamente, entre otras cosas, convertir en auténticas normas jurídicas mandatos y prohibiciones específicos que garanticen un acceso claro y manejable a los datos personales que se usan así como el derecho a compartirlos o transferirlos de manera sencilla; el estable-

⁴ https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf (a 20 de marzo de 2023).

⁵ La Carta menciona la indudable base que supone el Título X de la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y el más reciente Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, el primero de los cuales regula el derecho a la neutralidad de Internet, el de acceso universal a Internet, el derecho a la seguridad digital, el derecho a la educación digital, la protección de los menores en Internet, el derecho de rectificación en Internet, el derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales, el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, los derechos digitales en la negociación colectiva, la protección de datos de los menores en Internet, el derecho al olvido en búsquedas de Internet y en servicios de redes sociales y servicios equivalentes, el derecho a la portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes y el derecho al testamento digital.

cimiento de mecanismos eficaces para combatir las discriminaciones y los sesgos, con especial atención a la protección de las personas y los grupos vulnerables; la regulación del uso de las tecnologías de IA por parte de las autoridades policiales y judiciales así como del registro y la vigilancia humana a través de sistemas de identificación biométrica remota; el régimen de responsabilidad y rendición de cuentas, los derechos de propiedad intelectual derivados del uso de tecnologías relativas a la IA y los derechos de los usuarios y consumidores; las obligaciones de los desarrolladores y desplegados de la IA; el sistema de recursos frente a decisiones tomadas por sistemas de IA; el régimen de uso de las tecnologías de IA en el ámbito de la defensa y la seguridad; la regulación del empleo de la IA para los diferentes sistemas de transporte, en particular para la autorización de los vehículos autónomos; el establecimiento de una autoridad nacional de control...

Por eso, se echa en falta en la ENIA una mayor concreción de las reformas normativas necesarias —«todo sistema de Inteligencia Artificial, debe respetar los derechos fundamentales, equidad en el acceso y prevención contra la discriminación, así como también los derechos del mundo «analógico». También se apostará por un impulso normativo de revisión y reformas legislativas para la plena habilitación y operatividad del nuevo escenario tecnológico dentro de un marco democrático—» (p.66), al menos de los concretos ámbitos iusfundamentales en los que se consideran necesarias, pues siendo imprescindible un marco europeo es también necesario actualizar el Derecho nacional. Obviamente, además de precisar las modificaciones precisas es imprescindible un impulso político e institucional para llevarlas a cabo.

A este respecto, y como muestra de una Carta con «valor jurídico», cabe mencionar la aprobación, mediante la Lei n.º 27/2021 de 17 de mayo, de la *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*, que incluye, además de la proyección de derechos clásicos, como las libertades de expresión, manifestación, asociación o participación, en el mundo digital, y de reconocer derechos recientes, como el derecho al olvido y la protección contra la geolocalización abusiva, el uso de la inteligencia artificial y los robots:

«1. El uso de la inteligencia artificial se guiará por el respeto a los derechos fundamentales, garantizando un justo equilibrio entre los principios de explicabilidad, seguridad, transparencia y responsabilidad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto y estableciendo procesos para evitar prejuicios y discriminaciones. 2 – Las decisiones tomadas mediante algoritmos que tengan un impacto significativo en los destinatarios deberán ser comunicadas a los interesados, ser susceptibles de recurso y ser auditables en los términos previstos por la ley. 3 – Los principios de beneficencia, no maleficencia, respeto a la autonomía humana y justicia, así como los principios y valores consagrados en el

artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, a saber, la no discriminación y la tolerancia, se aplicarán a la creación y utilización de robots.» (artículo 9).

En todo caso, las regulaciones nacionales, en el entorno europeo, deben insertarse en un auténtico marco jurídico común, que vaya más allá de las recomendaciones y las indicaciones de tipo ético, no en vano en este ámbito juega un papel especialmente relevante el principio de precaución, que guía la legislación de la Unión Europea⁶ y que, por citar otro ejemplo, puede encontrarse en el enunciado del artículo 18.4 de la Constitución española («La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos»), aunque hay quien defiende que en este ámbito –y en otros de similar complejidad como la investigación embrionaria humana– debe postularse la superación de la distinción entre Derecho duro vinculante y Derecho blando no vinculante (*hard* y *soft law*) como la mejor opción para una eventual regulación internacional de IA (García San José, 2021, 261).

Además de la vertiente acabada de comentar, la IA y las tecnologías conexas permean tres principios estructurales del Estado: su carácter de Estado de Derecho, su condición de Estado democrático y la garantía del Estado social, cuestiones a las que nos referiremos en las siguientes líneas.

2. ESTADO DE DERECHO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En lo que al Estado de Derecho se refiere, el uso de la IA debe, primero, someterse al principio de legalidad, tanto en el sentido amplio de este término, entendido como principio de juridicidad o sumisión a normas jurídicas, como, en su caso, en el sentido más preciso de regulación por leyes. Aquí nos encontramos con diferentes retos, aunque el principal sería, hay que insistir en ello, el de sujetar a disposiciones jurídicas y no meramente a dictados éticos el desarrollo, el despliegue y el uso de la IA. Al respecto el Parlamento Europeo ha sido claro: «los legisladores deben abordar los riesgos que plantea actualmente la toma de decisiones basada en la IA» y pide «un entorno normativo para la IA que proporcione una gobernanza eficaz y garantice la protección de los

⁶ Así, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, se dice que «las actividades de investigación en el ámbito de la robótica deben llevarse a cabo de conformidad con el principio de precaución, anticipándose a los posibles impactos de sus resultados sobre la seguridad y adoptando las precauciones debidas, en función del nivel de protección, al tiempo que se fomenta el progreso en beneficio de la sociedad y del medio ambiente».

derechos fundamentales» (párrafo 16 de la Resolución sobre la inteligencia artificial en la era digital). En esa línea, conforme al «Eje estratégico 6» de la ENIA española, aunque se sigue apelando a la ética, se propone establecer un marco ético y normativo que refuerce la protección de los derechos individuales y colectivos, a efectos de garantizar la inclusión y el bienestar social⁷.

Ahora bien, y volviendo a la Resolución sobre la IA en la era digital, «el nivel de la intervención reguladora debe ser proporcional al tipo de riesgo individual o social que entraña el uso de un sistema de IA; subraya, a este respecto, la importancia de distinguir entre casos de uso de la IA de «alto riesgo» y de «bajo riesgo»; concluye que la primera categoría requiere más salvaguardias legislativas estrictas, mientras que la segunda, en muchos casos requerirá requisitos de transparencia para los usuarios finales y los consumidores» (párrafos 298 y 133).

Y por citar aquí también una normativa jurídica ya en vigor, cabe mencionar la canadiense Directive sur la prise de décisions automatisée/ Directive on Automated Decision-Making, de 1 de abril de 2019⁸, que tiene por objeto garantizar que los sistemas automatizados de toma de decisiones se desplieguen de manera que se reduzcan los riesgos para la ciudadanía y las instituciones gubernamentales y den lugar a una toma de decisiones más eficaz, precisa y conforme a la legislación canadiense. Esta norma prevé, entre otras cosas, que se aplicará a cualquier sistema, herramienta o modelo estadístico utilizado para recomendar o tomar una decisión administrativa y a cualquier sistema de toma de decisiones automatizado desarrollado o adquirido después del 1 de abril de 2020. También que se publicarán, a través de todos los canales de prestación de servicios utilizados, avisos, en un lenguaje sencillo y en un lugar destacado, de que la decisión tomada se realizará en su totalidad o en parte mediante un sistema automatizado de apoyo a la decisión.

La Ley establece que, como regla, habrá que hacer público cualquier código fuente que tenga el Gobierno de Canadá y contempla medidas preventivas y de control: por una parte, antes de poner en marcha la producción de un sistema automatizado se deben desarrollar procesos para que los datos y la información utilizados se sometan a pruebas para detectar sesgos involuntarios en los datos y otros factores que puedan afectar injustamente a los resultados; por

⁷ En particular, se dice que «el potencial impacto positivo del desarrollo y despliegue de la IA genera expectativas, pero también incertidumbres debidas a las implicaciones éticas, legales, sociales y económicas. Para que España pueda ponerse en la vanguardia política y social en esta revolución tecnológica es necesario crear el marco de actuación apropiado. Debemos evaluar si nuestras normas de convivencia están adaptadas a las necesidades del momento, si es suficiente con el marco ético y jurídico que nos ha acompañado hasta hoy o qué ajustes y revisiones necesita para preservar los derechos de la ciudadanía en un mundo digital y anteponer objetivos éticos y democráticos al desarrollo de la IA»; p. 19.

⁸ <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592> (a 20 de marzo de 2023).

otra parte, se deben desarrollar procesos para supervisar los resultados de los sistemas de decisión automatizados que eviten los resultados involuntarios y permitan verificar el cumplimiento de la legislación reguladora de forma programada. Finalmente, se garantiza que el sistema automatizado de toma de decisiones permita la intervención humana cuando sea necesario así como la obligación de proporcionar a los usuarios todas las opciones de recurso disponibles para impugnar la toma de decisiones administrativas automatizadas.

En segundo lugar, y parafraseando el título de un trabajo de Cerrillo i Martínez (2019), es necesario «abrir las cajas negras» que ocultan el uso de la IA por parte de las Administraciones públicas y ello como una garantía adicional del respeto a varios de los principios proclamados en el artículo 9.3 CE y que son consustanciales al Estado de Derecho: el de legalidad, el de la publicidad de las normas, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Además, y como recuerda Carles Ramió (2018), la falta de transparencia puede ser un problema de singular importancia debido al relevante liderazgo del sector privado en el desarrollo de aplicaciones basadas en el uso de algoritmos, lo que, además de reforzar la dependencia de las entidades privadas pudiera suponer un problema de cierta gravedad a la hora de negociar las condiciones contractuales. Julián Valero (2019, 89) propone inspirarse en el ejemplo de la Ley francesa 2016-1321, de 7 de octubre, donde la regulación específica sobre la inteligencia artificial parte de la distinción entre la existencia de una solicitud de acceso o de una obligación de publicidad activa de las Administraciones públicas, que exige difundir las reglas esenciales en las que se basan los algoritmos.

En suma, la ciudadanía debe de poder conocer tanto los proyectos dirigidos a la introducción de IA como los sujetos, públicos o privados, que los van a desarrollar; también, de dónde van a salir los datos, cómo se van a captar, los plazos de ejecución de los proyectos y los resultados esperados y la inversión económica que requerirán, y todo ello de la manera más sencilla posible (Velasco Rico, 2019, 78).

En tercer lugar, y muy relacionado con lo que se acaba de comentar, la IA puede contribuir de manera muy relevante a dar efectividad al derecho a una buena administración, reconocido de manera expresa en el artículo 41 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y que puede entenderse implícitamente incluido también, por citar otro ejemplo, en el artículo 9.3 de la Constitución española. A este respecto, el Consejo de Estado italiano declaró, en la sentencia 2270, de 8 de abril de 2019, que

«en general, no se puede discutir que un mayor nivel de digitalización de la Administración Pública es fundamental para mejorar la calidad de los servicios

prestados a los ciudadanos y usuarios... hay que destacar las indudables ventajas que se derivan de la automatización del proceso de toma de decisiones de la administración mediante el uso de un procedimiento digital y a través de un «algoritmo» –es decir, una secuencia ordenada de operaciones de cálculo– capaz de evaluar y calificar electrónicamente una multitud de solicitudes.

La utilidad de este modo operativo de gestión del interés público es especialmente evidente en lo que se refiere a los procedimientos seriados o normalizados, que implican la tramitación de un gran número de solicitudes y se caracterizan por la obtención de datos ciertos y objetivamente verificables y la ausencia de toda apreciación discrecional.

Ello, en efecto, se ajusta a los cánones de eficacia y economía de la actuación administrativa, que, de acuerdo con el principio constitucional de buen funcionamiento de la actuación administrativa (artículo 97 de la Constitución), exigen a la Administración la consecución de sus fines con el menor gasto de medios y recursos y a través de la agilización y aceleración del *iter procedimental*...

Señala Ponce Solé (2019b, 56) que el desarrollo de la tecnología puede facilitar el proceso de la personalización y la anticipación en la prestación de los servicios públicos y reducir de forma significativa algunas de las barreras que tradicionalmente han dificultado este proceso, no siendo la masificación ya un obstáculo.

En cuarto término, sigue vigente el reto de sujetar a control jurisdiccional la actuación administrativa que se sirva de la IA (De La Sierra Morón, 2020, 2022) y las iniciativas que pretenden llevar a cabo en España tanto el Ministerio de Trabajo como la Agencia Tributaria española podrían ser unas buenas muestras; así, por citar el primer ejemplo, según la Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021 por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, «se utilizarán modelos predictivos, mediante la implementación de inteligencia artificial en la Herramienta de Lucha contra el Fraude, para la planificación de actuaciones en materia de seguridad y salud laboral, como se desarrolla en el Eje 3 de este Plan, relativo al fortalecimiento y modernización de la ITSS... Se mejorará la explotación de información y datos, a través de la inteligencia artificial, para planificar actuaciones de control del trabajo no declarado... Se introducirán técnicas de inteligencia artificial para tratar toda la información recibida en el Buzón y hacerla útil para la planificación de la actividad inspectora...».

No obstante, debe tenerse en cuenta que «el uso de algoritmos, la clasificación de los sujetos mediante perfiles de riesgo de incumplimiento y el tratamiento de datos de forma automatizada... con objeto de seleccionar las empresas a inspeccionar puede plantear múltiples problemas jurídicos. De un lado,

las normas de protección de datos y, de otro, las normas antidiscriminación y de protección de la intimidad pueden suponer límites jurídicos al uso de estas técnicas» (Todolí Signes, 2020, 317).

En todo caso, y como señala Huergo Lora, 2021, 91 y ss.), siempre que la predicción algorítmica «aporte algo, tiene que estar sometida a control. Utilizando las categorías bien conocidas, en estos casos la predicción algorítmica y, como fundamento de ella, el algoritmo, forman parte del expediente administrativo y, como tal, está sometida a control (que, en el caso del contencioso-administrativo, incluye su entrega a las partes para formalizar la demanda o la contestación). Ese control jurisdiccional será más fácil o más difícil, pero, en esencia, no se distingue demasiado del que ejercen los jueces y tribunales sobre otro tipo de tecnologías que también utiliza la Administración y que están sometidas a esa verificación, que normalmente se lleva a cabo con la ayuda de informes periciales.

Si los jueces se pronuncian todos los días sobre actos administrativos que están basados en juicios técnicos de tipo económico (por ejemplo, los relativos a la resolución, modificación o liquidación de concesiones administrativas), químico (en evaluaciones ambientales o autorizaciones ambientales integradas, o en procedimientos sancionadores sobre estas materias), médico (responsabilidad patrimonial de la Administración) o de ingeniería (cumplimiento de contratos de obra), ¿por qué no habrían de pronunciarse sobre actos administrativos que utilizan predicciones algorítmicas? Y, si el juez llega a la conclusión de que los elementos que se le suministran no le permiten saber si «el algoritmo» discrimina o no, o si utiliza parámetros que no deberían tenerse en cuenta en esa decisión administrativa, creo que la respuesta más probable será anular esa decisión. Pero, en mi opinión, el marco argumental del control jurídico del uso de la inteligencia artificial por la Administración debería ser éste, es decir, el de someter los sistemas de inteligencia artificial a control jurídico allí donde contribuyan a determinar el contenido de la actuación administrativa».

Sobre estas cuestiones puede ser ilustrativo el conocido caso *SyRI* (acrónimo de System Risk Indication), el sistema que empleaba el Ministerio de Asuntos Sociales y Empleo de los Países Bajos para rastrear posibles fraudes al Estado a partir de la agregación de datos sobre ingresos, pensiones, seguros, tipo de casa, impuestos, multas, integración, educación, deudas o subsidio de desempleo de los contribuyentes. Esos datos se comparaban luego con un perfil de riesgo creado a partir de la información de quienes ya habían cometido fraude y se elaborada una lista de personas que se podía conservar hasta dos años. Pues bien, la Corte de Distrito de La Haya sentenció el 5 de febrero de 2020 que, si bien es lícito acudir a herramientas de este tipo si concurre un interés público que lo justifique y se han adoptado las medidas oportunas para

que la injerencia sea la menos posibles en la vida privada de las personas investigadas, en el caso concreto concluyó que el sistema *SyRI* no ofrecía suficientes garantías y no respetaba el principio de proporcionalidad requerido para su compatibilidad con el derecho a la vida privada amparado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El órgano judicial tuvo en cuenta también que la normativa aplicable no ofrecía información alguna sobre cómo determinados datos o circunstancias podían implicar un incremento del riesgo ni era posible comprobar cómo se formaba un perfil de riesgo o cómo resultaba el tratamiento de datos de aquellas personas que no derivan en perfiles de riesgo. Y es llamativo que el Gobierno holandés alegara que el funcionamiento del algoritmo debía ser oscuro, pues de lo contrario no se obtendrían datos masivos sobre el comportamiento de los ciudadanos de la suficiente calidad ya que éstos ajustarían su comportamiento a los parámetros del algoritmo empleado (Lazcoz y Castillo, 2020, 217 y ss).

El caso *SyRI* puede también valorarse como una muestra de la relevancia del control jurisdiccional como garantía frente al uso abusivo de la IA, pero, además, es necesario un control social por parte de la ciudadanía y para ello es imprescindible, por una parte, que, como se comentará más adelante, dicha ciudadanía tenga formación adecuada en la materia y, además, que disponga de la información precisa, algo que forma parte del Eje 5 de la ENIA —«se mejorará la calidad de los datos aportados y su accesibilidad, fomentando la cultura de orientación al dato, utilizando algoritmos transparentes y explicables, estrechando la relación entre la Administración y la ciudadanía» (p. 57)— y que está por ver si se convierte en realidad.

Y volviendo a la posibilidad de control jurisdiccional, también deben estar sometidas al mismo las decisiones de las autoridades administrativas independientes que, a su vez y de acuerdo con las propuestas de las instituciones europeas, actúen como autoridades nacionales de control sobre la aplicación de la IA.

En quinto lugar, es inherente al Estado de Derecho la garantía de una serie de derechos, inicialmente de índole «civil» y ahora también de carácter democrático y social, y, como hemos visto con más detalle en páginas anteriores, poca duda cabe sobre la necesidad de asegurar el disfrute de tales derechos en un contexto dominado por la IA.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Por lo que hace relación con el principio estructural del Estado democrático, es sabido que son consustanciales al mismo el reconocimiento del plura-

lismo de los grupos y las asociaciones, el respeto a las minorías y la participación ciudadana en las diferentes funciones del Estado (legislativa, ejecutiva, jurisdiccional), participación que es al tiempo un derecho fundamental y un mandato de actuación para los poderes públicos, como se evidencia, por ejemplo, en el artículo 9.2 de la Constitución española, en la línea, a su vez, del artículo 3.2 de la Constitución italiana.

En este ámbito, y en primer lugar, la IA es susceptible de ser aplicada en los procesos en los que la ciudadanía está llamada a participar en la elaboración de normas jurídicas y ello tanto para obtener datos e informaciones que puedan ser tenidos en cuenta en la decisión pública final como para valorar si se ha llegado a cabo un auténtico proceso participativo, pues uno de los riesgos del uso de la IA radica, precisamente, en la desigual capacidad de intervención ciudadana⁹. En la Declaración de Tallin sobre la administración electrónica, de 6 de octubre de 2017, se asume el compromiso de «que los medios digitales se utilicen para dar voz a los ciudadanos y a las empresas, permitiendo a quienes toman las decisiones políticas recabar nuevas ideas, implicar en mayor medida a los ciudadanos cuando se trata de la creación de servicios públicos y proporcionar mejores servicios públicos digitales».

En segundo término, y en lo que tiene que ver con la aplicación de sistemas de IA en los procesos políticos de selección de representantes y de adopción de decisiones (referendos), la cuestión decisiva es si con ello se contribuye a mejorar la calidad de los antedichos procesos participativos, es decir, si garantizando requisitos esenciales del derecho de participación –que se ejerza de manera universal, libre, igual, directa y secreta–, facilita su ejercicio y aporta más transparencia y confianza a la ciudadanía, «con el fin de ampliar el debate político y favorecer una mejor y más legítima adopción de las decisiones políticas» (Principio n.º 6 del Anexo a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la democracia electrónica (e-democracia), adoptada el 18 de febrero 2009), sin olvidar que más y mejor tecnología no conduce por sí misma a más y mejor democracia (Principio n.º 49).

⁹ Canals i Ametller: «Incidencia del avance tecnológico en el Derecho Público (elaboración, práctica, docencia e investigación», en PUENTES COCIÑA/QUINTIÁ PASTRANA (coord.s) *El Derecho ante la transformación digital: oportunidades, riesgos y garantías*, Barcelona, Atelier, pp. 42 y 43; con carácter más general, GAMERO CASADO (2018): «El Derecho Digital a participar en los asuntos públicos: redes sociales y otros canales de expresión», en De La Cuadra Salcedo/Piñar Mañas (dirs.) *Sociedad Digital y Derecho*, Madrid, BOE/Red.es, pp. 225-236; sobre las experiencias en España y Estados Unidos, ARROYO JIMÉNEZ (2017): «Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América», en Martín Delgado (dir.) *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, Madrid, INAP, pp. 231-258.

En esta línea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2017, sobre la democracia digital en la Unión Europea: posibilidades y retos (2016/2008(INI):

«1. Subraya las potenciales ventajas de la democracia digital, que se define como el apoyo y el refuerzo de la democracia tradicional por medio de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y que puede complementar y reforzar los procesos democráticos añadiendo elementos de empoderamiento de los ciudadanos a través de diversas actividades en línea que incluyen, entre otras cosas, la administración pública electrónica, la gobernanza electrónica, la deliberación electrónica, la participación electrónica y la votación electrónica; acoge con satisfacción que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) permitan a un número de ciudadanos cada vez mayor participar en los procesos democráticos...

3. señala que la democracia digital por sí misma no garantiza la participación política y que también debe abordarse un entorno no digital al objeto de procurar la participación política de los ciudadanos en paralelo a la democracia digital;

35. Destaca la necesidad de proteger, con carácter prioritario, la intimidad y los datos personales cuando se utilicen herramientas de democracia digital, y de fomentar un entorno más seguro en Internet, en particular por lo que se refiere a la seguridad de la información y de los datos, incluido el «derecho al olvido», así como de ofrecer garantías frente al software de vigilancia y la verificabilidad de las fuentes; pide, además, un mayor uso de los servicios digitales basados en habilitadores clave, como una identidad digital segura...; aboga por la creación de registros públicos digitales seguros y la validación de las firmas electrónicas para evitar interacciones fraudulentas múltiples, en consonancia con las normas de derechos humanos europeas e internacionales y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; subraya, por último, que los problemas de seguridad no deben convertirse en un elemento disuasorio para la inclusión de individuos y grupos en los procesos democráticos

36. Insiste en la necesidad de mejorar la democracia a través de la tecnología, que debe usarse en un entorno seguro que esté a salvo del mal uso de las herramientas tecnológicas (por ejemplo, robots para el envío de correo basura, elaboración anónima de perfiles y usurpación de identidad), y recuerda la necesidad de respetar las normas jurídicas más exigentes...»

Es sabido que en España y en otros Estados las herramientas electrónicas ya se vienen usando para, por citar algunos ejemplos, agilizar el recuento de cualquier proceso electoral o consulta popular o facilitar la recogida de firmas en una iniciativa ciudadana, pero, a diferencia de lo que ha ocurrido en Estonia, ni el voto electrónico ni, menos todavía, un sistema de votación basado en la tecnología *blockchain*, han generado de momento expectativas amplias ni

parecen augurar resultados que sean, en términos participativos, mucho mejores que los mecanismos ahora existentes¹⁰.

Y volviendo a la IA, la varias veces mencionada Resolución del Parlamento Europeo sobre la inteligencia artificial en la era digital observa que «las plataformas tecnológicas dominantes hoy en día no solo tienen un importante control sobre el acceso a la información y su distribución, sino que también utilizan tecnologías de IA para obtener más información sobre la identidad y el comportamiento de una persona, y el conocimiento de su historial de decisiones; considera que esta elaboración de perfiles plantea riesgos para los sistemas democráticos, así como para la salvaguardia de los derechos fundamentales y la autonomía de los ciudadanos; destaca que esto genera un desequilibrio de poder y plantea riesgos sistémicos que podrían afectar a la democracia».

Señala también que «las plataformas digitales pueden ser utilizadas, también mediante aplicaciones de marketing basadas en la IA, por la injerencia extranjera y para difundir desinformación y ultrafalsificaciones, actuando como redes de propaganda, troleo y acoso con el objetivo de socavar los procesos electorales; destaca que el aprendizaje automático permite, en particular, el uso selectivo de datos personales para manipular a votantes que no sean conscientes de ello, creando mensajes personalizados y convincentes; hace hincapié en la importancia de unas estrictas obligaciones de transparencia que se hagan cumplir de manera efectiva» (párrafos 90 y 91).

4. ESTADO SOCIAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Finalmente, y a propósito del carácter social del Estado, la dimensión prestacional que lo caracteriza, así como la búsqueda de la mayor igualdad real posible, deben, como ya se ha dicho antes, evitar que en la era digital se consoliden sesgos que pueden afectar y discriminar a numerosas personas y a grupos sociales. Aquí no nos cansaremos de insistir en la necesidad de articular, especialmente para los poderes públicos, prescripciones normativas que establezcan obligaciones precisas y no meras políticas de fomento y promoción, como, por ejemplo, las incluidas en la reciente Ley 15/2022, de 12 de

¹⁰ Sobre el uso electoral de la tecnología *blockchain*, GARCÍA MAJADO/PRESNO LINERA (2022): «Democracia local y tecnología *blockchain*», en Díaz González *Blockchain y Gobiernos locales*, Madrid, Fundación Democracia y gobierno local, pp. 237-274; en general, Castellanos Claramunt (2020): *Participación ciudadana y buen gobierno democrático: posibilidades y límites en la era digital*, Madrid, Marcial Pons; SÁNCHEZ MARTÍNEZ (2020): «Desafíos democráticos en el ecosistema digital», en Solar Cayón (ed.) *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de Derecho*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, pp. 79-119.

julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuyo artículo 23 dispone: «1. En el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio. 2. Las administraciones públicas, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos. 3. Las administraciones públicas y las empresas promoverán el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido...»

En segundo lugar, y en lo que respecta al propio acceso de la ciudadanía al mundo digital, su efectividad dependerá también de las actuaciones formativas y de las dotaciones económicas que aporten los poderes públicos y, en tal sentido, cabría interpretar que tienen un claro contenido prestacional. En esta línea, la Resolución del Parlamento Europeo de 3 de mayo de 2022 «pide a los Estados miembros que hagan de las capacidades y la alfabetización digitales un componente de la educación básica y el aprendizaje permanente; pide un sistema educativo en materia de IA de alto rendimiento que fomente la alfabetización, las capacidades y la resiliencia digitales desde una edad temprana, comenzando en la educación primaria; hace hincapié en que el desarrollo de planes de estudios eficaces para la educación digital requiere voluntad política, recursos suficientes e investigación científica; pide a la Comisión que promueva la introducción de cursos de competencias computacionales y de IA en todas las escuelas, universidades e instituciones educativas europeas; recalca que dicho desarrollo de capacidades es necesario en la misma medida en la educación de adultos que en la educación primaria y secundaria; solicita una iniciativa política global y coherente de la Comisión y de los Estados miembros sobre las capacidades y la educación en materia de IA a escala de la Unión, así como una iniciativa legislativa sobre la IA en el lugar de trabajo» (párrafo 205).

Por su parte la ENIA subraya «la necesidad de crear una ciudadanía capacitada, que pueda entender las opciones y decisiones de los sistemas «inteligentes». La formación en materia de competencias digitales debe abordarse desde la Educación Infantil, incluyendo la formación en pensamiento computacional, con el fin de crear una sociedad culta en tecnologías digitales fomentar las vocaciones STEM y reducir la brecha de género. En los niveles de Formación Profesional (FP) y la Universidad se debe realizar un mayor esfuerzo educativo en IA para garantizar que toda la ciudadanía tenga una base de pensamiento computacional... La inclusión de la IA en el entorno formativo no se puede ni debe restringir únicamente hacia áreas relacionadas con las ciencias, la tecnología, las ingenierías y las matemáticas (STEM, por sus siglas en inglés) sino que tiene que incluir componentes humanísticos y de las ciencias sociales (STEAM) para abordar los diferentes aspectos relevantes en la IA, con un enfoque interdisciplinar» (p. 31).

Además, la dimensión social de los derechos, unida al principio democrático, da una nueva perspectiva a la eficacia de éstos, que no sólo ha de ser vertical (frente a los poderes públicos), sino, al menos en algunos casos, también horizontal (entre individuos, dentro de la sociedad) y ahí deben tenerse también en cuenta la informática, la IA, la robótica y las tecnologías conexas y su incidencia en las relaciones laborales y en el ámbito del Derecho del consumo.

Por lo que respecta a las primeras, si se utiliza la IA en el trabajo los empleadores deben ser transparentes sobre la misma y su influencia en las condiciones laborales, debiendo informar a los trabajadores y a sus representantes antes de utilizar dispositivos y prácticas basados en la IA. En España, a través de la modificación introducida en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores por el artículo único de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre (la llamada *Ley rider*) para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, se ha ampliado el derecho al comité de empresa que, conforme al apartado 4.d, «con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a... ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles».

En lo que hace referencia al segundo ámbito, los consumidores deben contar con normas especiales de protección, deben ser informados si están interactuando con un dispositivo de IA y, en su caso, deberá estar disponible algún mecanismo de revisión humana del mismo; además, habría que facilitarles medios para combatir la vigilancia comercial o la fijación de precios persona-

lizada, que puede ser una forma encubierta para la aplicación discriminatoria de tarifas. Un sector especialmente sensible, y al que por tanto habría que prestar especial atención, es el de los seguros, donde a las indudables ventajas que aportan la IA y las tecnologías conexas (mejorar la precisión de la prima, simplificar la tramitación, reducir el fraude, acelerar la liquidación de siniestros...) hay que sumar un buen número de importantes riesgos (intromisión en la vida privada, menos transparencia, exclusión de personas como resultado de la individualización del riesgo, posibles discriminaciones...) (Muñoz Paredes, 2020, 141 y ss.).

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARROYO JIMÉNEZ, L. (2017): «Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América», en Martín Delgado, I. (dir.) *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, Madrid, INAP, pp. 231-258.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2021): «La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital», en Nascimento Gomes, A. y otros (coords.) *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80.º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte: Fórum.
- (2022): *La Constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.
- CANALS I AMETLLER, D. (2019): «Incidencia del avance tecnológico en el Derecho Público (elaboración, práctica, docencia e investigación», en Puentes Cociña, B./Quintía Pastrana, A. (coord.s) *El Derecho ante la transformación digital: oportunidades, riesgos y garantías*, Barcelona, Atelier, pp. 31-50.
- CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (2020): *Participación ciudadana y buen gobierno democrático: posibilidades y límites en la era digital*, Madrid, Marcial Pons.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2019): «Com obrir les caixes negres de les administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algorismes», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58), pp. 13-28.
- DE GREGORIO, G. (2022): *Digital Constitutionalism in Europe Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press.
- DE LA SIERRA MORÓN, S. (2020): «Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración Pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53.
- GAMERO CASADO, E. (2018): «El Derecho Digital a participar en los asuntos públicos: redes sociales y otros canales de expresión», en De la Quadra-Salcedo, T./Piñar Mañas, J. L. (dirs.) *Sociedad Digital y Derecho*, Madrid, BOE/Red.es, pp. 225-236.

- GARCÍA MAJADO, P./PRESNO LINERA, M. Á. (2022): «Democracia local y tecnología blockchain», en Díaz González, G. M. (dir.) *Blockchain y Gobiernos locales*, Madrid, Fundación Democracia y gobierno local, pp. 237-274.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D. (2021): *La Europa de los derechos ante los avances científicos y tecnológicos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- HERNÁNDEZ RAMOS, M. (2021): *Una mirada a la inteligencia artificial desde el Derecho constitucional*, inédito.
- HUERGO LORA, A. (2021): «Administraciones Públicas e inteligencia artificial: ¿más o menos discrecionalidad?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 96-97, pp. 78-95.
- HUERGO LORA, A. (dir.)/DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (coordinador) (2020): *La regulación de los algoritmos*, Thomson Reuters, pp. 181-234.
- LAZCOZ MORATINOS, G./CASTILLO PARRILLA, J. A. (2020): «Valoración algorítmica ante los derechos humanos y el Reglamento General de Protección de Datos: El caso SyRI», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 9, núm. 1, pp. 207-225.
- MUÑOZ PAREDES, M. L. (2020): «Big data y contrato de seguro: los datos generados por los asegurados y su utilización por los aseguradores»; en Huergo Lora, A. (dir.)/Díaz González, G. M. (coordinador) *La regulación de los algoritmos*, Thomson Reuters, pp. 129-162.
- PRESNO LINERA, M. Á. (2022): *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons.
- (2022): *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Madrid, Marcial Pons.
- PSYCHOGIOPOULOU, E./DE LA SIERRA MORÓN, S. (eds.) (2022): *Digital Media Governance and Supranational Courts*, Edward Elgar.
- PUENTES COCIÑA, B./QUINTIÁ PASTRANA, A. (coords.) (2019): *El Derecho ante la transformación digital: oportunidades, riesgos y garantías*, Barcelona, Atelier.
- RAMÍO, C. (2018): *Inteligencia artificial y Administración pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público*, Madrid, Catarata.
- RECHE TELLO, N. (2021): «Nuevos derechos frente a la neurotecnología: la experiencia chilena», *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 112, pp. 415-446.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (2018): «Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica», en AA. VV. *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Cizur Menos, Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 21-76.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O. (2020): «Desafíos democráticos en el ecosistema digital», en Solar Cayón, J. I. (ed.) *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de Derecho*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, pp. 97-119.

- SARRIÓN ESTEVE, J. (2020): «El derecho constitucional en la era de la inteligencia artificial, los robots y los drones», en Pérez Miras, A. y otros (dirs.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Madrid, CEPC, I, pp. 321-334.
- TODOLÍ SIGNES, A. (2020): «Retos legales del uso del big data en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 59, pp. 313-337.
- VALERO TORRIJOS, J. (2019): «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, pp. 82-96.
- VELASCO RICO, C. «Vigilando al algoritmo. Propuestas organizativas para garantizar la transparencia», en Puentes Cociña, B./Quintiá Pastrana, A. (coords.) *El Derecho ante la transformación digital: oportunidades, riesgos y garantías*, Barcelona, Atelier, pp. 73-90.
- YUSTE, R. Y OTROS «It's time for Neuro-Rights?», *Horizons*, núm. 18, <https://www.cirsd.org/en/horizons/horizons-winter-2021-issue-no-18/its-time-for-neuro-rights>

SERVIZI DI INTELLIGENCE E STATO DI DIRITTO: UNA COMPARAZIONE TRA ITALIA E SPAGNA

MARCO SCHIRRIPA ¹

Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

SOMMARIO: 1. *Introduzione.*–2. *I sistemi di intelligence italo-spagnoli a confronto.* 2.1 I controlli parlamentari sulle attività di intelligence.–3. *Brevi considerazioni sulla disciplina del segreto di Stato.*–4. *Considerazioni conclusive.*

1. INTRODUZIONE

Come accadde nel 2001, a seguito del terribile attentato alle Torri Gemelle, la guerra in Ucraina ha riportato al centro del dibattito giuridico (e, più in generale, di quello pubblico) la delicata questione di aggiornare l'architettura di intelligence nazionale ed europea al fine di far fronte, con maggiore efficacia, alle minacce inerenti la sicurezza nazionale degli Stati.

La sicurezza occupa da sempre uno spazio centrale nell'ambito del costituzionalismo ² poiché costituisce il presupposto logico, oltre che giuridico, per la effettività dei diritti fondamentali, basti pensare che la *Dichiarazione dei di-*

¹ Ricercatore Senior in Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria.

Il presente contributo, scritto nel 2022, è stato pubblicato, in versione parzialmente aggiornata, sul n. 2/2024 della rivista *SUDEUROPA. Quadrimestrale di civiltà e cultura europea*, che l'A. ringrazia per averne consentito la riproduzione anche in questa sede.

² Vd., *ex plurimis*, FROSINI (2006).

ritti dell'uomo e del cittadino del 1789, all'art.2, la annovera tra i diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo assieme alla libertà, la proprietà e la resistenza³.

Il concetto di sicurezza è, però, in continua evoluzione, soprattutto nell'attuale era digitale⁴ che porta con sé enormi opportunità e, al contempo, nuove pericolose minacce.

Ed è proprio per fare fronte alle nuove sfide odierne che l'attività d'intelligence diventa sempre più necessaria e preziosa per la sicurezza delle democrazie e dello Stato di diritto.

La parola intelligence deriva dal latino *intelligere*, che significa «capire», «comprendere».

Essa, quale complesso di attività finalizzate alla sicurezza, è caratteristica propria di ogni entità territoriale od organizzazione di esseri umani ed è volta ad ottenere e proteggere informazioni, a difendere luoghi e documenti che possano arrecare danno all'integrità di una comunità.

La storia dell'intelligence⁵ è molto vasta e complessa e, per sua stessa natura, non può essere qui illustrata adeguatamente.

Già nell'Iliade ci si imbatte in attività di raccolta delle informazioni quando il troiano Dolone, catturato da Ulisse e Diomede mentre tentava di avvicinarsi alle navi achee per origliare le decisioni dei capi greci, una volta scoperto, è a sua volta costretto a rivelare ai due achei le posizioni dell'esercito troiano.

La storia dei 'servizi segreti' è, dunque, antica quanto l'uomo e, per la complessità e volatilità degli assetti internazionali presenti e futuri, la funzione di intelligence assume attualmente un'importanza ancora maggiore di quanto già non avesse in passato.

Ad oggi, i servizi di intelligence sono pienamente integrati negli Stati democratici e le loro attività sono oggetto di normativa specifica⁶.

La legge disciplina, infatti, l'organizzazione delle agenzie di informazione, l'applicazione del segreto di Stato, i poteri assegnati agli organismi di controllo parlamentare anche a tutela degli stessi servizi di intelligence. Questi ultimi, per l'appunto, non vanno pensati come un luogo del 'non-diritto' ma, al contrario, quale strumento a 'servizio' dello Stato di diritto.

³ Vd. Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, art. 2: «*Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza*».

⁴ Cfr. G. DE VERGOTTINI (2019).

⁵ Per un'efficace sintesi sulla storia dell'intelligence vd. CALIGIURI (2021) ed anche MOSCA, GAMBACURTA, SCANDONE, VALENTINI (2008).

⁶ Al riguardo vd. CALIGIURI (2021); GIUPPONI, (2007); RUÍZ MIGUEL, (2003).

In tutti i paesi democratici è ormai profonda la consapevolezza del ruolo essenziale degli organismi di intelligence in quella che lo storico inglese Adam Tooze ha recentemente definito l'epoca delle *policrisi*⁷.

Oggetto del presente contributo sarà, dunque, l'analisi e la comparazione del complesso mondo dell'intelligence all'interno di due Stati di diritto come l'Italia e la Spagna, per studiarne il quadro giuridico, gli elementi di convergenza e di dissonanza, i punti di forza e di debolezza.

2. I SISTEMI DI INTELLIGENCE ITALO-SPAGNOLI A CONFRONTO

La storia dei servizi di intelligence spagnoli può farsi risalire al 1977, anno della fusione di due strutture franchiste come il *Servicio Central de Documentación*⁸ (SECED) e una parte del *Servicio de Información del Alto Estado Mayor* (SIAEM). L'unione delle suddette agenzie comportò la creazione del *Centro Superior de Información de la Defensa* (CESID), nato il 14 luglio 1977 per sostituire le agenzie di intelligence germogliate sotto la dittatura di Francisco Franco.

L'intelligence spagnola moderna nasce, quindi, nel contesto della fine di una dittatura, senza un modello strutturato precedente e divenendo un mero aggregato di burocrazie che si contendevano l'ambito delle attività di informazione⁹.

Nel panorama italiano, invece, al termine del secondo conflitto mondiale ed a seguito della nascita della Repubblica italiana e dell'introduzione della Costituzione, il d.lgs. 21 aprile 1948 n.955 riorganizzò l'intelligence ponendo le basi per l'istituzione, nel 1949, di un unico Servizio Informazioni delle Forze Armate (SIFAR) alle dirette dipendenze del Capo di Stato Maggiore della Difesa. Ancora, nel 1966, in seguito ad una circolare del ministro Tremelloni, il SIFAR cambiò denominazione in SID (Servizio informazioni difesa), posto sotto la stretta direzione del Ministro della Difesa. Bisognerà aspettare il 1977 – con la legge 801 – per avere, in Italia, una regolamentazione legislativa che offrisse una ordinata ed organica disciplina dell'organizzazione dei servizi di sicurezza con l'istituzione del Servizio informazioni per la sicurezza militare (SISMI) e del Servizio informazioni per la sicurezza democratica (SISDE).

⁷ Cfr. TOOZE (2022).

⁸ Il SECED, fondato nel 1972, fu il servizio d'intelligence in vigore fino alla transizione alla democrazia, nel 1977.

⁹ Cfr. BLANCO VALDÉS (1990).

Ad oggi, il quadro normativo dell'intelligence spagnola, trova la sua fonte principale nella *Ley 11/2002*¹⁰ che rappresenta il frutto di un complesso processo di riforme avviato all'inizio degli anni 2000. Si tratta di una disposizione normativa snella, composta da 12 articoli suddivisi in tre capi (*Disposiciones generales; De la organización y régimen jurídico; Del control*), cui si aggiungono tre disposizioni aggiuntive, una disposizione transitoria, una derogatoria e tre disposizioni finali.

Grazie alla *Ley 11/2002* si è raggiunta una regolamentazione unitaria e sistematica dell'intelligence spagnola, adeguata alle disposizioni costituzionali¹¹, raccogliendo la natura, gli obiettivi, i principi, le funzioni, gli aspetti fondamentali dell'organizzazione e del regime giuridico-amministrativo delle attività di informazione, nonché il loro controllo parlamentare e giudiziario, elementi essenziali per il funzionamento efficace e trasparente dei servizi di informazione.

Anche in Italia, nella prima decade degli anni Duemila, si è giunti ad una riforma organica che ha disciplinato il comparto dell'intelligence: si tratta della Legge 3 agosto 2007 n.124, contenente 46 articoli divisi in sei Capi, aventi ad oggetto la struttura del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, le disposizioni organizzative, le garanzie funzionali, il controllo parlamentare, la disciplina del segreto di Stato e le disposizioni transitorie e finali.

In entrambi i Paesi, dunque, avvenimenti quali la caduta del muro di Berlino, la dissoluzione dell'Unione Sovietica e del Patto di Varsavia, la fine della 'guerra fredda', l'attentato alle Torri Gemelle del 2001 e i conseguenti stravolgimenti degli equilibri internazionali, avevano reso obsolescenti le norme risalenti al 1977 e si è optato per una decisa rivisitazione della cornice legislativa dell'intelligence.

L'art. 1 della *Ley 11/2002*, prevede il superamento del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) e l'istituzione del *Centro Nacional de Inteligencia* (CNI), l'agenzia di intelligence ufficiale spagnola che agisce sia come agenzia di intelligence estera che nazionale¹².

L'obiettivo essenziale del CNI è fornire al governo spagnolo tutte le informazioni necessarie per prevenire ed evitare qualsiasi rischio o minaccia che

¹⁰ Per visionare il testo completo della legge si rimanda a <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-8628>.

¹¹ Per un approfondimento sul sistema di intelligence spagnolo si rimanda a REVENGA SÀNCHEZ (2019); DÍAZ FERNÁNDEZ (2004), Fernández Rodríguez, J. J. (2020); PÉREZ-VILLALOBOS (2002); SANSÓ-RUBERT (2019).

¹² Per un'analisi sulle funzioni del Centro Nazionale di Intelligence spagnolo, Vd. CARBAYO (2022).

influenzi l'indipendenza o l'integrità della Spagna, i suoi interessi nazionali, le istituzioni e lo Stato di diritto. Allo stesso modo, la legge prevede che gli obiettivi specifici del CNI siano determinati e approvati annualmente dal Consiglio dei Ministri. Come prevede l'art. 3 della *Ley* 11 del 2002, spetta al Governo approvare, annualmente, gli obiettivi del CNI mediante la cd. *Direttiva di Intelligence* coperta da segretezza.

Mentre il CNI si configura come un organismo pubblico speciale organicamente annesso al Ministero della Difesa, in Italia, invece, le due agenzie di sicurezza e informazione interna ed esterna (AISI e AISE), rispondono direttamente al Presidente del Consiglio, cui è affidata l'alta direzione e la responsabilità generale della politica di intelligence. Una leggera analogia può riscontrarsi tra il CNI ed il Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), creato in Italia allo scopo di «*assicurare piena unitarietà nella programmazione della ricerca informativa del Sistema di informazione per la sicurezza, nonché nelle analisi e nelle attività operative dei servizi di informazione per la sicurezza*»¹³. Disciplinato nel dettaglio all'art.4 della l.124/2007, il DIS viene posto al centro dell'apparato di intelligence italiano, rappresentando il punto di contatto tra le agenzie di informazione ed il Governo.

Provando a sintetizzare i compiti del DIS, essi riguardano la direzione ed il coordinamento dell'attività di informazione e della sicurezza cibernetica; la verifica ed il controllo delle attività svolte dalle Agenzie di intelligence; l'elaborazione di analisi strategica; la comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri delle analisi informative prodotte dal SISR; la promozione dello scambio di informazioni tra Agenzie e Forze di Polizia; la tutela del segreto di Stato; la formazione del personale dell'intelligence.

La *ratio* che ha accompagnato l'istituzione del DIS sembra essere stata, dunque, quella di prevedere un organo istituzionale di raccordo e di regia unitaria che coordinasse l'attività di intelligence ricoprendo un ruolo di controllo e garanzia sulle attività svolte.

Con la riforma del 2007, quindi, il DIS riveste una posizione di assoluta centralità nell'apparato di sicurezza, assicurando maggiore unitarietà nella programmazione della ricerca informativa attraverso una canalizzazione verso il decisore politico.

Il coordinamento del flusso delle informazioni tra AISE ed AISI si rende necessario anche al fine di superare la logica della rigida separazione territoriale e geografica dell'attività di intelligence, la quale deve confrontarsi sempre più con minacce, interferenze ed azioni ostili che travalicano i confini definiti.

¹³ Cfr. art. 4 comma 2 della legge 124/2007.

Tornando alla Spagna, la struttura organizzativa del CNI è disciplinata dal *Real Decreto 436/2002, de 10 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica del Centro Nacional de Inteligencia*¹⁴ ed è la seguente: in primo luogo, la Direzione, il cui vertice ha il grado di Segretario di Stato. Il Segretario di Stato Direttore del CNI è nominato con regio decreto ed il suo mandato dura cinque anni, anche se il Consiglio dei Ministri ha il potere di sostituirlo in qualsiasi momento.

In Italia, invece, l'incarico di Direttore del DIS, designato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, ha la durata massima di otto anni ed è conferibile, senza soluzione di continuità, anche con provvedimenti successivi, ciascuno dei quali di durata non superiore al quadriennio¹⁵.

Le funzioni del Segretario di Stato Direttore del CNI prevedono, soprattutto, la promozione dell'azione del *Centro Nacional de Inteligencia*, il coordinamento ed il raggiungimento degli obiettivi di intelligence fissati dal Governo.

È, inoltre, prevista una Segreteria Generale, diretta dal Segretario Generale del CNI, con il grado di Sottosegretario. Il Segretario Generale è nominato con Regio Decreto su proposta del Ministro della Difesa, il quale propone il candidato tra persone con riconosciuta esperienza e competenza professionale nel campo dell'intelligence¹⁶. Il Segretario Generale, inoltre, sostituisce il Direttore del CNI in caso di assenza, vacanza o malattia, si tratta, dunque, di un organo di supporto e di assistenza nella gestione delle attività del CNI. Sotto questo profilo, si può azzardare un parallelismo in Italia con la figura dell'Autorità delegata. Quest'ultima, si configura come un ente ausiliario del Presidente del Consiglio dei Ministri che lo investe in modo formale di una competenza derivata, revocabile, senza che ciò comporti un trasferimento della titolarità del potere, che resta in capo al Presidente del Consiglio.

Quale consigliere di diretta fiducia del Presidente del Consiglio, l'Autorità delegata svolge un ruolo decisivo per presidiare contemporaneamente due fronti: quello di raccordo e filtro quotidiano, con il supporto del DIS, tra le agenzie operative e il Presidente del Consiglio dei Ministri; quello delle relazioni tra il presidente e i ministri che compongono l'organo collegiale, ossia il Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (CISR).

Il ruolo di Autorità Delegata può essere ricoperto da un Sottosegretario di Stato o da un Ministro senza portafoglio, il quale non può esercitare funzioni di governo ulteriori rispetto a quelle ad essa delegate dal Presidente del Consi-

¹⁴ Consultabile al seguente link: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-9161>.

¹⁵ La durata dell'incarico, precedentemente fissata per massimo 4 anni e rinnovabile una sola volta, è stata modificata col Decreto legge 30 dicembre 2021, n. 228.

¹⁶ Il capo della Segreteria Generale è attualmente Arturo Relanzón.

glio dei Ministri. Quest'ultimo non può, inoltre, delegare le funzioni che sono ad esso attribuite in via esclusiva dall'art. 1 della l.124/2007.

Tornando al CNI, va evidenziato che ad esso spetta operare in stretto coordinamento con gli altri servizi di informazione dello Stato spagnolo, al fine di costituire una autentica comunità di intelligence. A tal fine è prevista l'istituzione della *Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia*, presieduta dal primo Vicepresidente del Governo e Ministro degli affari economici e trasformazione digitale e composta da vari Ministri tra cui quello del Lavoro, della Difesa, dell'Interno, nonché dal Capo di Gabinetto della Presidenza del Governo, dal Segretario di Stato per la Sicurezza e dal Segretario di Stato Direttore del Centro Nazionale di Intelligence, che svolge le funzioni di Segretario della Commissione¹⁷.

Tra i suoi compiti si annoverano quello di: proporre al Capo del Governo gli obiettivi annuali del Centro Nazionale di Intelligence (i quali devono integrare la Direttiva di Intelligence); valutare lo stato di realizzazione degli obiettivi del Centro Nazionale di Intelligence; vigilare sul coordinamento del Centro Nazionale di Intelligence con i servizi di informazione delle Forze di Sicurezza dello Stato e degli organi dell'Amministrazione civile e militare.

I membri della Commissione, inoltre, sono obbligati a mantenere segrete le informazioni che ricevono.

È possibile individuare alcune analogie tra la Commissione delegata del governo per gli affari di intelligence spagnola ed il Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica italiana (CISR), il cui compito principale consiste nell' «*elaborare gli indirizzi generali e gli obiettivi fondamentali da perseguire nel quadro della politica dell'informazione per la sicurezza*»¹⁸. Entrambi gli organi rappresentano, nei rispettivi Paesi, un fondamentale punto di sintesi per tutta l'attività di intelligence, operando una pianificazione integrata delle politiche di informazione per la sicurezza.

2.1 I CONTROLLI PARLAMENTARI SULLE ATTIVITÀ DI INTELLIGENCE

Come tutte le agenzie di intelligence operanti nelle democrazie stabilizzate, il *Centro Nacional de Inteligencia* è un organismo sottoposto al principio

¹⁷ Vd. art. 4 del *Real Decreto 399/2020, de 25 de febrero, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno*.

¹⁸ Art. 5 della l.124/2007.

del controllo parlamentare, come specificamente contemplato, per la prima volta in Spagna, dalla *Ley* 11 del 2002.

All'art.11 è, infatti, previsto che, nel rispetto dell'autonomia parlamentare, sia la *Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados* (conosciuta anche come *Comisión de Secretos Oficiales*) del *Congreso de los Diputados de España* ad effettuare il controllo sulle attività del CNI, essendo a conoscenza sia degli obiettivi approvati dal Governo che della relazione annuale sullo stato di realizzazione degli stessi e delle attività relative. Tra i membri della Commissione corre l'obbligo, nei termini del Regolamento della Camera dei Deputati, di custodire il segreto sulle informazioni e sui documenti che ricevono.

Tale Commissione è di cruciale importanza all'interno dello Stato di diritto spagnolo, poiché è per suo tramite che il potere legislativo ha accesso alle informazioni sulla spesa pubblica classificata, ai segreti d'ufficio e controlla l'attività del Centro nazionale di intelligence (CNI).

La *Comisión de Secretos Oficiales* è stata istituita nel 1995 con la Legge 11/1995¹⁹, che disciplina l'utilizzo e il controllo dei crediti destinati alle spese riservate. È stata però la *Ley* 11/2002 che ne ha esteso i poteri a tutte le informazioni classificate di cui i servizi segreti spagnoli sono a conoscenza.

Conformemente alla *Resolución de 11 de mayo de 2004 de la Presidencia del Congreso de los Diputados sobre secretos oficiales*²⁰, può far parte della Commissione un solo deputato per ogni gruppo parlamentare del Congresso e la direzione è affidata al Presidente del Congresso dei Deputati.

Per l'elezione di ogni componente, fino al 2022, era necessaria la maggioranza dei tre quinti del Congresso dei Deputati, ovvero 210 deputati favorevoli all'elezione. Tale macchinosa procedura rendeva complicata la composizione dell'organismo a causa di veti incrociati tra i vari gruppi parlamentari al momento del voto.

La polemica sullo spionaggio nei confronti di sessantasei leader indipendentisti attraverso il sistema Pegasus²¹ ha sottolineato l'importanza che la Commissione si riunisca con solerzia e, tramite una *resolución* della Presidenza del Congresso dei Deputati del 26 aprile 2022²², è stato cambiato il sistema di elezio-

¹⁹ Il testo della legge è disponibile al seguente link: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-11339#:~:text=En%20los%20%C3%A9rminos%20previstos%20en,conformidad%20con%20la%20normativa%20parlamentaria%2C>.

²⁰ Vd. https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/o1655-2004-eci.html.

²¹ Cfr. *La prima vittima di Pegasus*, in *La Vanguardia* (<https://www.internazionale.it/magazine/2022/05/12/la-prima-vittima-di-pegasus>).

²² Cfr. <https://www.congreso.es/es/cem/resc26042022>.

ne, in modo che i membri della Commissione necessitino solo della maggioranza assoluta della Camera per essere eletti e non più della maggioranza di tre quinti.

In Italia, l'organo di sorveglianza parlamentare sull'operato dei servizi di sicurezza è il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR). La grande rilevanza del COPASIR in Italia è *deducibile già dal fatto che la legge del 2007 gli riserva ben 9 articoli (artt.30-38), a conferma del fondamentale ruolo di controllo svolto dal Parlamento*²³ nelle attività relative all'intelligence, al fine di evitare l'affermarsi di un rapporto esclusivo tra i vertici dei Servizi ed il Governo. Contrariamente a quanto accade in Spagna, in Italia la presidenza dell'organo di controllo parlamentare è obbligatoriamente affidata ad un membro dell'opposizione, al fine di garantire nella maniera più robusta il ruolo del Parlamento sui temi della sicurezza della Repubblica rispetto all'attività di Governo e di affermare un netto esempio del principio di separazione dei poteri tipico di uno Stato di diritto.

I poteri dell'organo parlamentare italiano sono tutt'altro che innocui e prevedono un compito di verifica *«sistematica e continuativa» dell'attività dei servizi di intelligence, allo scopo di appurare che tali attività si svolgano nel rispetto della Costituzione e delle leggi «nell'esclusivo interesse e per la difesa della Repubblica e delle sue istituzioni»*²⁴.

Il progressivo ampliamento del controllo democratico in un settore delicato come quello dell'intelligence è stato confermato, dopo la riforma del 2007, anche dalla legge 133 del 2012 e dalla legge 198 del 2015, che hanno contribuito a potenziare ulteriormente il ruolo del COPASIR, inquadrandolo quale sorvegliante generale di tutto l'apparato di intelligence per la sicurezza nazionale.

Al Comitato parlamentare spettano anche degli obblighi da rispettare: in particolare, l'obbligo dei suoi componenti ad attenersi al segreto relativamente alle informazioni acquisite, anche dopo la cessazione dell'incarico²⁵.

Inoltre, il COPASIR ha il dovere di presentare al Parlamento una relazione annuale *«per riferire sull'attività svolta e per formulare proposte e segnalazioni su questioni di propria competenza»*²⁶.

²³ Sul tema vd. PICIACCHIA (2017)

²⁴ Art. 30 c.2 della l.124/07.

²⁵ Art. 36 c.1 della l.124/07.

²⁶ Art. 35 c.1 della l.124/07. Al comma successivo la legge specifica che il COPASIR *«può, altresì, trasmettere al Parlamento nel corso dell'anno informative o relazioni urgenti»*.

3. BREVI CONSIDERAZIONI SULLA DISCIPLINA DEL SEGRETO DI STATO

Il tema dei controlli parlamentari sull'attività dei servizi di intelligence apre ad una più ampia riflessione da sempre al centro del dibattito costituzionale: il bilanciamento tra i principi di trasparenza e pubblicità dei processi decisionali in uno Stato di diritto e la necessità di secretare «*le attività la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica*»²⁷. Tale problematica si pone al centro della disciplina del segreto di Stato, istituto che non è disciplinato esplicitamente né dalla Costituzione italiana né da quella spagnola e che, tuttavia, ricopre una indiscutibile funzione a tutela della *salus rei publicae*.

I segreti di Stato sono espressione della cosiddetta «ragione di Stato»²⁸. Il ricorso di tale strumento da parte dei governi ha carattere eccezionale, poiché la pubblicità del potere esecutivo costituisce una caratteristica essenziale di qualsiasi stato democratico ma, per l'appunto, la regola del «*potere pubblico in pubblico*» ammette qualche tipo di eccezione purché prevista da leggi chiare e precise²⁹.

In Italia, la configurazione giuridica del segreto di Stato è figlia, in particolare, della giurisprudenza della Corte Costituzionale che, con le sue sentenze, ha tracciato le linee fondamentali dell'attuale disciplina sul segreto di Stato, ritenuto legittimo laddove indispensabile a garantire «*il supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, e cioè l'interesse dello Stato comunità alla propria integrità territoriale, indipendenza e – al limite – alla stessa sua sopravvivenza. Interesse presente e preminente su ogni altro in tutti gli ordinamenti statali, quale ne sia il regime politico, che trova espressione, nel nostro testo costituzionale, nella formula solenne dell'art. 52, che proclama la difesa della Patria 'sacro dovere del cittadino'*»³⁰. Sempre secondo la Consulta, è «*solo nei casi nei quali si tratta di agire per la salvaguardia di questi supremi, imprescindibili interessi dello Stato che può trovare legittimazione il segreto in quanto mezzo o strumento necessario per raggiungere il fine della sicurezza*»³¹. La struttura impostata dalle sentenze della Corte ha trovato piena trasposizione nella precedente legge 801 del 1977 e nella attuale legge 124 del 2007, inquadrando il segreto di Stato quale vincolo posto dal Presidente del Consiglio dei Ministri – mediante apposizione, opposizione, o conferma

²⁷ Art. 39, c.1, della l.124/07.

²⁸ Espressione resa celebre da Giovanni Botero nel suo trattato del 1589, «*Della ragion di stato*».

²⁹ Al riguardo vd. BOBBIO (2011).

³⁰ Vd. Corte Cost. sent. n.82 del 1976.

³¹ Vd. Corte Cost. sent. n.86 del 1977.

dell'opposizione – su atti, documenti, notizie, attività, cose e luoghi la cui conoscenza non autorizzata può danneggiare gravemente gli interessi fondamentali dello Stato. Si tratta, dunque, di un atto politico che può essere disposto esclusivamente dal Presidente del Consiglio dei Ministri in quanto vertice del potere esecutivo.

La configurazione del segreto di Stato – concepito quale elemento di tenuta dell'intero sistema democratico – è sottoposta alla previsione di alcuni limiti e garanzie. La legge 124/2007, infatti: esclude tassativamente che il segreto di Stato possa riguardare informazioni relative a fatti eversivi dell'ordine costituzionale o concernenti terrorismo, delitti di strage, associazione a delinquere di stampo mafioso, scambio elettorale di tipo politico-mafioso; limita la durata del vincolo a 15 anni, ulteriormente prorogabili dal Presidente del Consiglio dei Ministri per un periodo che non può complessivamente superare i 30 anni; impone al Presidente del Consiglio dei Ministri di motivare l'opposizione e la conferma dell'opposizione del segreto di Stato³².

Vale la pena sottolineare che il segreto di Stato si differenzia dalle classifiche di segretezza³³, le quali non sono opponibili all'Autorità giudiziaria. L'art.42 della legge 124/2007 prevede un meccanismo in base al quale la classifica di segretezza viene automaticamente ridotta al livello inferiore – es. da «riservatissimo» a «riservato» – trascorsi cinque anni dalla data della sua apposizione e, dopo ulteriori cinque anni, cessa ogni vincolo di classifica. Questi automatismi non si applicano quando i termini di efficacia del vincolo sono prorogati con provvedimento motivato dall'ente che ha apposto la classifica o dal Presidente del Consiglio dei Ministri *nel caso di proroga superiore ai quindici anni*.

In Spagna, a differenza dell'Italia (in cui all'interno della stessa legge viene regolata l'attività dei servizi di informazione per la sicurezza e la disciplina sul segreto di Stato), esiste una apposita legge³⁴ che riguarda i *secretos oficiales* e che risale all'epoca franchista: la *Ley sobre secretos oficiales* (LSO) n.9/1968 del 5 aprile³⁵. Nel preambolo di tale norma si afferma l'importanza del principio di pubblicità: «*Es principio general, aun cuando no esté expresamente declarado en nuestras Leyes Fundamentales, la publi-*

³² Va ricordato che, su richiesta del Presidente del COPASIR, il Presidente del Consiglio dei ministri è tenuto a esporre, in una seduta segreta, il quadro informativo idoneo a consentire l'esame nel merito della conferma dell'opposizione del segreto di Stato. Se ritiene infondata l'opposizione, il Comitato ne riferisce a ciascuna delle Camere per le conseguenti valutazioni.

³³ L'ordinamento italiano prevede quattro classifiche di segretezza, cui corrispondono crescenti livelli di protezione: segretissimo (SS), segreto (S), riservatissimo (RR), riservato (R).

³⁴ Sulla disciplina del *secreto de Estado* in Spagna, vd., *ex plurimis*, SANCHEZ FERRO (2006) e RUIZ MIGUEL (2016).

³⁵ Disponibile al link <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1968-444>.

ciudad de la actividad de los Órganos del Estado, porque las cosas públicas que a todos interesan pueden y deben ser conocidas de todos», ma, poco dopo, si riconosce che «*si la publicidad ha de ser característica de la actuación de los Órganos del Estado, es innegable la necesidad de imponer limitaciones, cuando precisamente de esa publicidad puede derivarse perjuicio para la causa pública, la seguridad del mismo Estado o los intereses de la colectividad nacional*». Ration per cui, anche in Spagna il principio di pubblicità al quale sono sottoposti gli organi dello Stato, viene meno dinanzi a quelle attività il cui «*conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado*»³⁶.

L'art. 4 della LSO è di particolare rilevanza, poiché attribuisce la competenza esclusiva a dichiarare le materie come 'segrete' o 'riservate' al *Consejo de Ministros* ed alla *Junta de Jefes del Estado Mayor*. A tali organismi, inoltre, è conferito anche il potere di cancellazione dei materiali classificati e la facoltà di concederne l'autorizzazione all'accesso (artt. 7 e 11.2 della LSO).

È il caso di evidenziare che la disciplina del segreto di Stato in Spagna è da tempo molto criticata, poiché risulta essere anacronistica (è antecedente alla stessa Costituzione spagnola del 1978) ed eccessivamente sintetica. Infatti né la LSO né il suo regolamento di attuazione, approvato con decreto n.242/1969³⁷, stabiliscono un termine di durata per la classificazione dell'informazione 'segreta' o 'riservata'. Inoltre, non è previsto l'obbligo di fissare un termine di revisione dell'informazione classificata per stabilire se è possibile declassificarla, il che ha condotto taluni a considerare la Spagna come il paese dei 'segreti eterni'³⁸.

Il problema principale con la regolamentazione dei *secretos oficiales* in Spagna è, dunque, il processo di declassificazione delle informazioni, poiché non è contemplata, come avviene in Italia, una disciplina di scadenze automatiche delle classificazioni.

A tal proposito, il *Partido Nacionalista Vasco* (PNV) si batte da anni per l'approvazione di un disegno di legge che riformi la LSO fissando il termine di massimo di 25 anni per le materie classificate come 'segrete' e a 10 anni per le materie classificate come 'riservate'³⁹.

³⁶ Art. 2 Ley n.9 del 1968.

³⁷ Consultabile su <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1969-263>.

³⁸ Vd. SENDÍN MATEOS, (2020).

³⁹ Sul punto, vd. <https://www.epe.es/es/politica/20220503/congreso-entierra-nueva-ley-secretos-13587722>.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Alla luce di quanto esposto, la prima importante differenza che emerge sul piano della comparazione tra i servizi di sicurezza italiani e spagnoli, è che questi ultimi sono strutturati in forma unitaria con l'istituzione del *Centro Nacional de Inteligencia*. In Spagna, dunque, al contrario dell'Italia – e della gran parte delle democrazie europee come Germania, Francia e Regno Unito – non viene adottato il sistema a doppio binario delle agenzie di informazione che prevede l'istituzione di due diversi organi deputati alla sicurezza interna ed esterna, ma si predilige il paradigma della *reductio ad unum*, ossia la concentrazione delle attività all'interno di un'unica agenzia.

Nel panorama internazionale dell'organizzazione dei servizi di intelligence spiccano due modelli principali: il modello del monopolio dell'intelligence da parte di un singolo organo (o modello unico) e il modello della pluralità di organi⁴⁰. Il primo modello è più raro e trova maggiore applicazione nell'Europa orientale e in America Latina (Grecia, Olanda, Slovacchia, Slovenia, Argentina, Brasile, Cile, Colombia, Messico, Perù e Spagna), il secondo modello è quello più diffuso tra i paesi della Nato e dell'Unione europea.

In un'epoca in cui la demarcazione tra sicurezza interna ed esterna è sempre meno tangibile, la scelta del modello unico ha una sua *ratio* e mira a garantire una maggiore efficienza. L'approccio plurale, d'altro canto, è garanzia di trasparenza, impedisce l'eccessiva concentrazione dei poteri e, soprattutto in questa fase storica, consente maggiore specificità e profondità nella conoscenza e nel contrasto delle nuove minacce.

Entrambe le opzioni sono foriere di vantaggi e svantaggi da considerare: la scelta tra il modello di monopolio e quello della pluralità delle agenzie di informazione, in ogni caso, risponde all'insieme di circostanze storiche, amministrative, geopolitiche e a criteri di tempestività ed efficacia che sono escluse da questa analisi.

Per quanto concerne il modello della pluralità organica è certamente più diffuso nelle democrazie occidentali (Germania, Australia, Canada, Francia, Israele, Italia, Nuova Zelanda, Portogallo e Regno Unito) e, a sua volta, può inquadrarsi come «modello della pluralità minima» e modello della «pluralità massima»⁴¹, quest'ultimo ha negli Stati Uniti il suo esempio più lampante⁴².

⁴⁰ Cfr. RUIZ MIGUEL (2003).

⁴¹ Cfr. RUIZ MIGUEL (2002).

⁴² La comunità di intelligence statunitense è tra le più vaste ed articolate al mondo e conta ben 17 agenzie di informazione. Per un approfondimento vd. Richelson (2015).

D'altro canto, un'analogia tra il sistema di intelligence spagnolo e quello italiano, consiste nella presenza di un organo interministeriale di coordinamento che afferma una tendenza internazionale alla direzione strategica e al coordinamento unitario delle attività di informazione (il CISR in Italia e la *Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia* in Spagna).

Si registrano, invece, numerose differenze nella comparazione tra i due organi di controllo parlamentare: l'attività del COPASIR italiano appare più strutturata rispetto a quella della *Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados* spagnola che, come si è detto, ha riscontrato negli anni profonde difficoltà persino nella fase della sua composizione.

Il controllo parlamentare sull'attività di intelligence del Governo è cruciale per l'affermazione dello Stato di diritto e per scongiurare possibili derive per le quali la *salus rei publicae* diventi territorio per azioni sconfinanti nell'arbitrio. Agli organismi parlamentari di controllo non spetta soltanto di verificare che le agenzie di intelligence svolgano i loro compiti in conformità con il quadro normativo, ma anche che le loro attività siano caratterizzate da legittimità, tutela dei diritti e delle libertà fondamentali ed efficienza nel rispetto degli obiettivi fissati dalle precise linee guida indicate dalle autorità competenti⁴³. Il tutto affinché non si possa configurare un servizio di intelligence che agisca in modo autonomo, che sia esclusivamente appannaggio del Governo o che, ancora peggio, venga utilizzato per scopi non istituzionali o non adeguati ad uno Stato di diritto.

Si è fatto cenno, infine, al delicato bilanciamento dei valori costituzionali che l'esercizio del segreto di Stato impone in Italia come in Spagna e si è visto come, la nazione iberica, necessiti di un aggiornamento della *Ley 9/1968 sobre secretos oficiales* (LSO), divenuta ormai anacronistica poiché antecedente alla stessa Costituzione spagnola.

In conclusione, la comparazione tra Italia e Spagna dimostra la complessità di delineare i confini, inevitabilmente scivolosi, della disciplina legislativa dell'intelligence ma, allo stesso tempo, manifesta l'utilità del confronto tra diverse normative al fine di un miglioramento reciproco all'interno di uno Stato di diritto.

In un mondo senza più univoci punti di riferimento e caratterizzato dalla *coopetition* (fusione dei termini *cooperation* e *competition*), il ruolo dell'intelligence rappresenta un patrimonio sempre più importante per la tenuta degli Stati e per la difesa della democrazia con le armi della democrazia.

⁴³ CONSEJO DE EUROPA (2010)

Un esempio su tutti riguarda la cosiddetta ‘guerra normativa’, che vede in ‘coopetizione’ gli Stati per imporre a livello internazionale le regole legislative più vantaggiose per i propri interessi. Si tratta di uno scontro geopolitico di cui si parla poco ma che si sta manifestando in maniera imponente⁴⁴.

Di fronte ad una realtà globale che muta vorticosamente, l’intelligence costituisce un asset strategico per gli Stati e delinearne i confini giuridici serve non solo ad evitare che essa diventi uno scudo politico che qualcuno possa usare per rafforzare la propria posizione, ma per fugare anche ogni dubbio sul sospetto che possa divenirlo⁴⁵.

TABELLA COMPARATIVA TRA IL SISTEMA ITALIANO E SPAGNOLO

Termine di comparazione	Italia	Spagna
Legge di riforma dell’intelligence	Legge 124/2007	Ley 11/2002
Servizi di informazione antecedenti alla legge di riforma dell’intelligence	Servizio informazioni per la sicurezza militare (SISMI) e del Servizio informazioni per la sicurezza democratica (SISDE) fino al 2007	<i>Centro Superior de Información de la Defensa</i> (CESID) fino al 2002
Organo di direzione politica	Presidente del Consiglio dei Ministri	Presidente del Governo
Organo di supporto e di assistenza alle Agenzie di informazione	Autorità Delegata	Segretario Generale del <i>Centro Nacional de Inteligencia</i>
Organo di Coordinamento Interministeriale	Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (CISR)	<i>Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia</i>

⁴⁴ Per approfondire il tema della geopolitica del diritto, vd. MONATERI (2013).

⁴⁵ Cfr. MINNITI (2014).

Agenzie di informazione a competenza generale e organi di riferimento	AISE ed AISI. Rispondono entrambe direttamente al Presidente del Consiglio e sono coordinate dal Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS)	<i>Centro Nacional de Inteligencia</i> . Risponde al Ministero della Difesa
Organo di Controllo Parlamentare	Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copasir)	<i>Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados</i>
Disciplina sul Segreto di Stato	Artt. 39-42 della Legge 124 del 2007	<i>Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (LSO)</i>

BIBLIOGRAFIA

- BLANCO VALDÉS, ROBERTO L. (1990), *La ordenación constitucional de la Defensa*, Madrid, Tecnos;
- BOBBIO, N. (2011), *Democrazia e segreto*, Einaudi;
- CALIGIURI, M. (2021), *Intelligence, Enc. Italiana*, X Appendice, p.792;
- CALIGIURI, M. (2021), *Intelligence e diritto. Il potere invisibile delle democrazie*, Rubbettino;
- CARBAYO, L. (2022), *El marco legal del Centro Nacional de Inteligencia (CNI)*, in <https://www.lisanews.org/inteligencia/el-marco-legal-del-cni-espanol/>;
- CONSEJO DE EUROPA (2010), *Seguridad vs Democracia. Los controles democráticos en las Fuerzas Armadas y servicios de seguridad*, Pamplona, Laocoonte;
- DE VERGOTTINI, G. (2019), *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e della emergenza normalizzata*, in *Rivista AIC*, n. 4., pp. 65-85;
- DÍAZ FERNÁNDEZ, A. (2004), *El servicio de inteligencia español a la luz de la teoría de la organización*, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 48, pp. 19-40;
- DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio M. (2005), *Los servicios de inteligencia españoles. Desde la guerra civil hasta el 11-M. Historia de una transición*, Madrid, Alianza Editorial;
- Fernández Rodríguez, J. J. (coord.) (2020), *Seguridad y libertad en el sistema democrático*, Tirant lo Blanch;
- FROSINI, T. E. (2006), *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in forumcostituzionale.it;
- GIUPPONI, T. F. (2007), *Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence*, in www.forumcostituzionale.it;

- MINNITI, M. (2014), *Intelligence e democrazia*, in *Gnosis*, n.4;
- MONATERI, P. G. (2013), *Geopolitica del diritto*, Laterza, Roma-Bari;
- MOSCA C., Gambacurta S., Scandone G., Valentini M. (2008), *I servizi di informazione e il segreto di stato (legge 3 agosto 2007, n. 124)*, Giuffrè, Milano, pp.5-17;
- MOSCA, C. (2018), *Democrazia e intelligence italiana. Dieci anni dopo tra cultura, diritto e nuove sfide della democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli;
- PÉREZ-VILLALOBOS, M. C. (2002), *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*, Granada, Grupo Editorial Universitario;
- PICIACCHIA, P. (2017), *Parlamenti e costituzionalismo contemporaneo. Percorsi e sfide della funzione di controllo*, Napoli, Jovene;
- POGGI, A. (1999), *Servizi di informazione e sicurezza*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino;
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2019), *The Control of the Spanish National Intelligence Service from a Comparative Perspective*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116, pp. 13-47;
- RICHELSON, J. T. (2015), *The U. S. Intelligence Community*, 7th Edition, Routledge;
- RUIZ MIGUEL, C. (2002), *Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid;
- RUIZ MIGUEL, C. (2003), *Problemas actuales del derecho de los servicios de inteligencia*, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n. 15;
- RUIZ MIGUEL, C. (2016), *Secreto de Estado*, in *Conceptos fundamentales de inteligencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia;
- SANCHEZ FERRO, S. (2006), *El secreto de Estado*, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid;
- SANSÒ-RUBERT, D. (2019), *Los servicios de inteligencia como objeto extraño de regulación constitucional*, in *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 5, No. 2, (2019), pp. 127-138;
- SANSÒ-RUBERT, D. (2006), *La articulación de la comunidad de inteligencia española: realidad y perspectiva de futuro*, *Boletín de Información del CESEDEN* n. 297, Madrid, CESEDEN, Ministerio de Defensa, pp. 49-68;
- SANSÒ-RUBERT, D. (2007), *¿Es la inteligencia la respuesta a los nuevos riesgos y amenazas?*, in *Revista Ejército de Tierra Español*, n. 794, año LXVIII, Madrid, Ministerio de Defensa, pp. 78-84;
- SENDÍN MATEOS, J. A. (2020), *Secreto de Estado*, in *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.18, pp. 258-273;
- TOOZE A. (2022), *Welcome to the world of the polycrisis*, in *Financial Times*, 28 ottobre;
- VELASCO, F., NAVARRO, D., ARCOS R. (Eds.), (2010), *La inteligencia como disciplina científica*, Madrid, Editorial Plaza y Valdés y Servicio de Publicaciones del Ministerio de Defensa.

LA PROVOCADA MODIFICACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DEL CONSTITUCIONALISMO POR LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y LOS AVANCES FUTUROS

SONIA MARÍA FERNÁNDEZ LÓPEZ ¹
UNED

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2 *Efectos de la revolución tecnológica en el constitucionalismo.*–3 *La necesidad de una legislación interestatal de la IA que cubra las libertades y derechos constitucionales.*–4 *Los derechos de los robots y la protección de nuevas tecnologías en una sociedad futura.*–5 *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

La revolución tecnológica crea nuevas figuras en las que surgen nuevas libertades constitucionales que deben ser analizadas y protegidas. Los sistemas constitucionales están arraigados en el pasado y necesitan una evolución y desarrollo para poder proteger los nuevos modos de vida de la sociedad. En el presente trabajo se pretende hacer un análisis de los derechos y libertades constitucionales que deben regularse frente a la vulnerabilidad de los individuos en nuevos modos de comportamiento provocados por los avances tecnológicos. También se pretende el estudio de la proyección futura de la regulación de la convivencia con robots humanoides o nuevos modelos inteligentes cuyos derechos también deben ser regulados por la legislación a nivel interestatal.

¹ Doctoranda en Derecho de la Unión Europea por la UNED.

Desde el punto de vista del derecho constitucional la revolución tecnológica que vivimos en nuestros días, así como la esperada en los años futuros, deben determinar nuevas formas de derechos de libertad que deben reconocerse en el ámbito de las libertades constitucionales. Las Constituciones estatales deben extender su protección a una serie de reglas supraconstitucionales globales que son producto de la evolución de la tecnología.

Los problemas jurídicos que acarrea la tecnología informática no encuentran en la dimensión estatal la solución al conflicto, ya que no están todavía rotas las barreras para una protección común, general e internacional, que proteja a todos los individuos frente a la vulnerabilidad de sus derechos en la red.

El análisis de las libertades constitucionales y la revolución tecnológica que crea nuevas figuras que deben ser protegidas, no puede desarrollarse a nivel estatal, sino mediante mecanismos supranacionales y procesos de globalización para la protección de un bien común.

En la actualidad la situación está cubierta mediante el ejercicio de aplicar las libertades constitucionales estatales a las nuevas dimensiones de los avances tecnológicos. Pero la dificultad para la protección se ve agravada dentro de un ámbito mayor que es el acceso de la red a cualquier parte del mundo.

Tenemos libertades que no presentan los mismos grados de amplitud dentro de cada país, como la libertad de información que en algunos países está vetada por el Estado, la libertad de comunicación, asociación, política etc. Van anclándose dentro de unas esferas de desarrollo que están anquilosadas y que necesitan una revisión y un margen más amplio de control y de percepción dentro de una realidad diferente marcada por el mundo de la tecnología.

Esta nueva dimensión en la que nos encontramos, en la que surgen nuevos modos de comportamiento y desarrollo social del individuo, hace necesario adaptar y reformar las legislaciones que no han sufrido adaptación hacia los avances tecnológicos en este nuevo mundo que se nos plantea.

Las nuevas formas de libertad convocadas por una sociedad tecnológica en vertiginoso desarrollo imponen la necesidad clara y formal de una nueva concepción y protección en cuanto a la libertad informática y la protección de la privacidad o libertad informática negativa que supone el derecho a no difundir informaciones personales o privadas.

La formas de vida que plantean las nuevas tecnologías implican un cambio en el paradigma de percepción de la realidad para los individuos, y aunque ha habido una evolución jurisprudencial respecto a los derechos y libertades, queda abierta toda una nueva evolución de percepciones y modos de comportamientos dentro de la red que implican la necesidad de una regulación y de

una análisis evolutivo con respecto a la protección de nuevas figuras que deben estar dentro del marco de la regulación constitucional de los estados.

Es necesario el reconocimiento de un derecho a la identidad personal como nuevo derecho según la proyección social de la personalidad del individuo, que como bien dice (Frosini, 2004, 132), «*se asimila a un interés del sujeto a ser representado en la vida social con su verdadera identidad*», algo que ya muchas plataformas comienzan a reprogramar para que el usuario pueda acreditar mediante documentos de identificación que el perfil le pertenece.

Es por ello por lo que debemos avanzar hacia una nueva concepción de las libertades y derechos frente a las nuevas tecnologías. Buscando una forma adecuada de protección dentro de un mundo global en el que se prima la protección de la esfera privada y se sostenga el derecho a recibir información, el derecho a poder estar *educados* dentro de una red que hoy en día ofrece un peligro para personas que todavía están en sus primeras etapas de formación y desarrollo.

Se hace necesario un sistema de protección global para que la tecnología avance por caminos precisos, que sirvan para la evolución del individuo, para que se vuelva más inteligente y que la humanidad avance hacia un futuro prometedor.

En este sentido es necesario el estudio de la etiología, que es la ciencia que estudia el origen de las cosas, para poder programar un futuro en el que los seres humanos puedan convivir con otras formas de vida como los robots humanoides que se conocen como AIXAB, una inteligencia artificial similar a la biológica o humana. En un futuro estas máquinas serán capaces de reproducir a la perfección los movimientos del ser humano y la evolución permitirá dotar de mayor inteligencia y conciencia a los algoritmos y redes neuronales.

Con el estudio de la cognición humana los ingenieros pretenden desarrollar modelos computacionales del comportamiento humano, en unos años esta robótica avanzada facilitará la mejora de los humanos comunes, pudiendo realizar cualquier tarea que realice un ser humano.

Sin embargo, la percepción de nuevos entes inteligentes que tengan capacidad para decidir, e interactuar con la sociedad, supone un punto y aparte, en cuanto a la valoración desde un conflicto entre derechos y desde un punto de vista de equilibrio entre valores, algo que, incluso siendo la libertad de manifestación de pensamiento reconducible a un valor superior, estaría limitada por criterios rigurosos que deben diferenciar la vida humana de los entes tecnológicos.

2. EFECTOS DE LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA EN EL CONSTITUCIONALISMO

En nuestro país ha habido una verdadera resistencia a la reforma constitucional, pudiendo hablar de dos reformas en cuarenta años, la primera con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht y la segunda por exigencias de la Unión Europea en cuanto a la situación financiera en España.

Si bien es cierto que el texto constitucional es susceptible de mejora, los avances tecnológicos promulgan abrir un proceso reformador urgente, aunque puedan salvarse un número de preceptos y grupos normativos que puedan mantener su validez a lo largo del tiempo. La reforma es necesaria para el futuro de España y para adecuar la legislación a entes supranacionales que evolucionan su legislación debido a un crecimiento de la sociedad tecnológica en vertiginoso desarrollo.

Haciendo alusión a (Torres del Moral, 2020, 53-64) la interpretación jurídica puede ser más o menos abierta o cerrada, pero según Torres, no debe innovar el texto interpretado más allá de lo que éste da de sí, porque entonces lo que se produce es una mutación constitucional que falsea el texto de origen, a no ser que termine consolidándose. Es por ello por lo que, aunque percibamos un límite en el espíritu del precepto interpretado, debemos valorar en todo caso el falseamiento de la norma suprema.

Una continuidad de reformas puntuales del texto no es aconsejable, por cuanto el proceso de consolidación tardaría años y estamos en tiempo de descuento con la velocidad hacia la que avanzan las nuevas tecnologías y las necesidades que ya se hacen transcendentales y palpables dentro del ámbito social, y que debemos ir asumiendo prudentemente debido a la revolución tecnológica que provoca una necesidad de reforma inmediata.

En materia de derechos, se pueden aumentar por Ley orgánica las garantías de muchos derechos sociales incluidos en el capítulo III del título I de la Constitución, lo que según (Torres del Moral, 2020, 63) disminuiría la urgencia de una reforma constitucional, pero en mi opinión debemos orientarnos hacia una necesidad formal de una nueva concepción y protección en cuanto a la libertad informática y la protección de la privacidad o libertad informática negativa, es por ello que se hace necesario un cambio o una reforma constitucional acelerada.

Las nuevas tecnologías suponen un cambio en el paradigma de percepción de la realidad para los individuos y en cuanto a sus derechos y libertades tenemos un abanico amplio por cubrir y reseñar en relación con una nueva

evolución de percepciones y modos de comportamiento dentro de la red, que hacen necesario un nuevo marco regulativo a nivel internacional.

Es por esto que debe avanzarse hacia una nueva concepción de las libertades y derechos frente a las nuevas tecnologías, y con ello no podemos solamente mirar hacia una interpretación de los parámetros de la Constitución, sino que es necesaria una revolución legislativa para garantizar el principio de legalidad, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como bien se establece en las garantías jurídicas del art. 9 de la Constitución.

En la actualidad todavía estamos lejos de las condiciones objetivas para que la democracia representativa y el Estado de Derecho comprometido con los derechos humanos se asienten como estructuras universales de la convivencia (Lucas Murillo de la Cueva, P., 2020, 65-86) sin embargo, ya hay sociedades desarrolladas de países europeos que participan de la cultura jurídico-política euroatlántica, y en las que no se valora la posibilidad de prescindir del constitucionalismo que supone la garantía de la libertad e igualdad de las personas. Es por ello por lo que parte de la Doctrina insiste en que la solución a los problemas no está en nuevas concepciones de lo que la Constitución y los derechos e instituciones que recoge deban ser, sino en recuperar su esencia y en hacer realidad los principios en los que descansa el constitucionalismo de derivación liberal (Lucas Murillo de la Cueva, P., 2020, 73).

Seguramente hay que introducir las modificaciones que sean necesarias y pulir los detalles valorando las ventajas e inconvenientes de las soluciones que se propongan y ser prudentes como bien dice (Lucas Murillo de la Cueva, P., 2020, 75) en la aplicación de técnicas de ingeniería constitucional.

La decisión sobre la modificación constitucional derivada de los progresos tecnológicos afecta a los intereses de todos y tiene que ver con los equilibrios posibles y con los necesarios en los distintos sectores sociales ya que suponen una fase deliberativa debiendo optar por las posibilidades más apropiadas que armonicen los intereses presentes y futuros en juego.

Los derechos que reconocen instrumentos internacionales universales y de ámbito europeo siempre pueden ser objeto de actualización, pero la solución no está en la enumeración de los derechos reconocidos constitucionalmente sino, siguiendo a (Lucas Murillo de la Cueva, P., 2020, 82), en incorporar aquellos que por su importancia lo merecen.

Ha habido principios rectores que han sido objeto de desarrollo legislativo y podría llevarse a las Constituciones esta realidad dando a los derechos sociales una cobertura superior a la que ofrecen las leyes. Pero para ello hay

que observar detenidamente la redacción que se le da, que debe abarcar la proyección futura y la evolución del derecho dentro de la sociedad actual.

Cada estado tiene ahora un fragmento de soberanía y hemos pasado de una supremacía absoluta de las constituciones hacia las constituciones parciales² no vinculadas según una jerarquía, expresando una tendencia hacia un patrimonio común de derechos y asignando a nivel supranacional una centralidad en la protección de los derechos (Häberle, 2018, 2).

Según (Häberle, 2018, 8) debe dedicarse una reflexión específica a la conexión política y jurídica general entre las tres formas de vida constitucional y más aún entre las tres esferas culturales, en las que hay intensas interconexiones, interacciones y procesos osmóticos, y también referencias y actualizaciones, así como migraciones entre el estado constitucional cooperativo por un lado y las comunidades constitucionales regionales y transnacionales o la comunidad internacional. La idea de derechos humanos ha emigrado desde el contexto nacional al internacional y los derechos fundamentales de la UE remiten a diversos modelos nacionales y sus verdades constitucionales que a su vez repercuten en las constituciones nacionales.

En esta reflexión hay que dejar patente las crisis y desafíos del constitucionalismo en las tres esferas de la vida jurídica, entre las que resaltamos internet como espacio libre al margen de la Ley y del Estado. Se enfrenta aquí el constitucionalismo a enormes tareas en las que se deben elaborar reformas cautelosas.

El entrelazamiento de las constituciones parciales nacionales, regionales e internacionales pretende favorecer un constitucionalismo universal, no un derecho ni un estado mundiales. Siguiendo a (Häberle, 2018, 11) el constitucionalista nacional, regional o universal debería funcionar siguiendo varios métodos, como la comparación constitucional como quinto método de interpretación, el paradigma de los niveles textuales para investigar los procesos mundiales de producción e implementación de los textos constitucionales, así como su transfiguración, su actualización y extrapolación.

En el período en el que vivimos de globalización, las sociedades no pueden adaptarse tanto al ámbito de las Constituciones estatales dado que responden a una serie de reglas supraconstitucionales de carácter global y no local. Según (Caporrino, 2012, 27) el derecho parece estar vinculado a procesos económicos y políticos que van en la dirección de la despolitización,

² Según HÄBERLE, P. (2018). Il costituzionalismo como progetto della scienza, *Nomos*, 7. «*Specificamente nel diritto internazionale si parla di «costituzioni parziali» per i seguenti motivi: fattualmente e giuridicamente sono contratti di lunga durata, simili alle costituzioni; inoltre gioca un ruolo la vincolatività giuridica nello spazio.*».

la descentralización y la desformalización. La sociedad difiere a escala global erosionando la importancia de las fronteras territoriales y produce una enorme demanda de normatividad no estatal que va en busca de su reconocimiento. De hecho, los regímenes privados globales han dado lugar a un derecho global fuera del estado, generando expectativas normativas en busca de validación legal, lo que supone el nacimiento de un derecho heterárquico, policontextual y sin unidad política.

Esto es, es un derecho que va a derivar de normas parajurídicas que se producen al margen de la Ley en la frontera del proceso económico y tecnológico. Sin embargo, la reestructuración de las instituciones europeas de acuerdo con los principios clásicos del Estado de derecho moderno debe garantizar la uniformidad y la validez de los sistemas normativos, asegurando así la isonomía de la Ley (Caporrino, 2012, 43).

El principio de legalidad es la piedra angular de las democracias constitucionales modernas, pero no está claro el papel que debe desempeñar para garantizar la democracia constitucional (Rosenfeld, 2001, 274 y ss.). Pero como indica Rosenfeld, depende del significado prescriptivo que uno le atribuya (Rosenfeld, 2001, 1309).

En nuestra opinión hay que valorar la intensa actividad productiva de normas que no emanan de instituciones estatales con facultades legislativas que están señalando el cambio de clima internacional en las relaciones entre estados, que a su vez generan interpretaciones divergentes desintegrando la uniformidad en la fase de aplicación y tornando soluciones de *soft law*, en esta situación de crisis de legalidad nacional e internacional se pretenden encontrar mediaciones jurídicas que establezcan soluciones flexibles y dinámicas en el escenario jurídico (Caporrino, 2012, 37).

El proceso de la integración europea ha supuesto una aceleración del proceso de coordinación de las legislaciones de los Estados miembros. La necesidad de una regulación uniforme ha puesto de relieve la necesidad de resolver el conflicto entre la unicidad del mercado y la construcción de un sistema jurídico lo más homogéneo posible en relación con el peligro que representa la coexistencia de sistemas heterogéneos (Caporrino, 2012, 45).

Es por ello necesaria una integración política y jurídica que exprese una soberanía efectiva teniendo en cuenta la identidad y necesidad de los pueblos europeos a pesar de las múltiples disgregaciones y diferencias.

Llegados a este punto, debemos cuestionarnos que, si las Constituciones son el reflejo y la síntesis de la sociedad, ¿cómo se manifiesta en las mismas la sociedad tecnológica encaminada a un futuro incierto de evolución?

Siguiendo a (Frosini, 2004, 130) los individuos no pueden adaptarse al ámbito de las constituciones estatales, dado que responden a una serie de reglas supraconstitucionales, de carácter global y no local, por lo que los problemas jurídicos que plantea la tecnología informática no encuentran en la dimensión estatal la sede más idónea para solucionarlos.

En esta situación es necesario redefinir unos nuevos derechos en relación con la protección de las nuevas situaciones jurídicas relacionadas con las nuevas tecnologías, como la libertad informática positiva (Frosini, 2004, 131) ³ y negativa (Frosini, 2004, 131) ⁴, que asumen una nueva forma del tradicional derecho de libertad personal. En este sentido nos encontramos con un derecho a la identidad personal como nuevo derecho a la personalidad que como bien argumenta (Frosini, 2004, 132) está constituido por la proyección social de la personalidad del individuo, que se asimila a un interés del sujeto a ser representado en la vida social con su verdadera identidad.

Nos encontramos con un derecho de libertad informática, con la libertad de comunicar para transmitir y recibir, es por ello por lo que siguiendo a (Frosini, 2004, 133) esta nueva concepción *tecnologizzata* de la libertad de comunicación resulta forzado sostener los contenidos de las libertades constitucionales tradicionales y es la libertad informática la que representa la nueva libertad constitucional de la sociedad tecnológica.

Según (Olivetti, 2020, 395-430) la forma más relevante de impacto de las nuevas tecnologías en los derechos está representada por la aparición de nuevos derechos fundamentales que sirven para proteger a la persona de las amenazas resultantes de las nuevas tecnologías y se orientan también a la prestación efectiva aprovechando las nuevas oportunidades que las nuevas tecnologías han generado con respecto a los derechos fundamentales ya existentes.

Siguiendo a (Olivetti, 2020, 402-403) podemos distinguir nuevos derechos fundamentales que han surgido frente a la sociedad digital en dos categorías: los nuevos derechos que protegen a la persona de amenazas por el uso de las nuevas tecnologías por parte de entidades públicas o particulares que ac-

³ «La libertad informática positiva expresa la facultad de ejercitar un derecho de control sobre los datos concernientes a la propia persona que están fuera del marco de la *privacy* por haberse convertido en elementos de *input* de un programa electrónico, y, por tanto, libertad informática positiva, o derecho subjetivo de reconocimiento, de conocimiento, de corrección, de recopilación o añadidura de datos en una tarjeta electrónica personal».

⁴ «La libertad informática negativa, expresa el derecho a no difundir ciertas informaciones de carácter personal, privado, reservado».

túan siguiendo la lógica de las libertades o de los llamados *Abwehrrechte*⁵. También tenemos un nuevo derecho fundamental asimilable a los derechos sociales o de ejecución, que permiten a la mayoría de los ciudadanos utilizar cada vez más un medio de comunicación, que es el derecho al acceso a internet. Por otro lado, ante las nuevas amenazas generadas por las nuevas tecnologías se ha introducido legislación para proteger algunos intereses fundamentales que han generado nuevos límites y restricciones como en la libertad de expresión. Es por ello por lo que se está tratando con nuevos límites y restricciones provistos por reglas legales para equilibrar los efectos nocivos del uso de las tecnologías.

Por eso debemos considerar la libertad informática como una libertad constitucional. Según (Teruel Lozano, 2016, 217-243), la neutralidad en la Red se ha convertido en un principio esencial para garantizar el pluralismo en el ciberespacio considerando la Internet como un servicio público⁶.

3. LA NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN INTERESTATAL DE LA IA QUE CUBRA LAS LIBERTADES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

Los componentes del Derecho constitucional acaban institucionalizándose en instrumentos jurídicos internacionales, encontrándonos con un Derecho constitucional más flexible y adaptable que las Constituciones normativas (Sanchez Barrilao, 2020, 347-373).

La Constitución española no tiene una referencia expresa al derecho a gozar de los beneficios que produce la ciencia, pero podemos entender un acercamiento a su interpretación derivada de los artículos 20.1 b) y 44.2. Según (Martín Guerrero, 2020, 491-505) este derecho fundamental a la investigación científica comprendería de este modo tres posiciones jurídicas diferentes: una libertad jurídica para realizar las acciones englobadas dentro de ámbito de la ciencia, un derecho de defensa que protegería esa libertad jurídica

⁵ Que son el derecho a la protección de datos personales, el derecho al olvido o el derecho a la privacidad histórica, el derecho a no ser objeto de decisiones automatizadas, el derecho fundamental a no ser «golpeado» por decisiones «exclusivamente algorítmicas».

⁶ Este reconocimiento de la neutralidad en la Red y la declaración como servicio universal de los servicios de comunicaciones electrónicas es la línea que ha mantenido la Unión Europea en el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicación electrónicas, y el Reglamento (UE) n.º 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la UE.

y un derecho de acciones positivas del Estado encaminado a facilitar el ejercicio de esa libertad por su titular.

Los problemas jurídicos que plantean las nuevas tecnologías de la información tanto en el derecho constitucional como en el derecho privado ya no pueden encontrar en la dimensión estatal el foro adecuado para su resolución, por ello el análisis de la relación entre las tecnologías y las libertades constitucionales no puede dejar de realizarse en el prisma del derecho comparado pues es un tema que escapa a la dimensión estatal para involucrarse en los procesos de globalización (Frosini, 202, 273-289).

En este sentido cabe hacer referencia a la Propuesta de Reglamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (*Ley de inteligencia artificial*) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión⁷. Dentro de las razones de la propuesta se hace mención a que los mismos elementos y técnicas que potencian los beneficios socioeconómicos de la IA pueden dar lugar a nuevos riesgos o consecuencias negativas para personas concretas o la sociedad en su conjunto por lo que la UE debe buscar un enfoque equilibrado. Es por ello por lo que debe valorarse un enfoque coordinado sobre las implicaciones éticas y humanas de la IA.

El 19 de febrero de 2020 la Comisión publicó el Libro Blanco sobre la IA⁸ que define las opciones para promover la adopción de la IA y a su vez aborda los riesgos vinculados a los usos de esta nueva tecnología. La Propuesta del Reglamento Europeo y del Consejo, a su vez pretende desarrollar un ecosistema de confianza proponiendo un marco jurídico que logre que la IA sea fiable, segura, digna de confianza, ética y se base en los valores y derechos fundamentales de la UE.

El Consejo Europeo en sus Conclusiones de 2019⁹ relativas al Plan Coordinado sobre la IA, destacó la importancia de garantizar el pleno respeto de los derechos de los ciudadanos europeos y pidió que se revisase la legislación pertinente en vigor para garantizar su adaptación a los nuevos retos de la IA. También se hacía mención a que la legislación de la UE debe ser adecuada para su finalidad y fomentar la aplicación y el desarrollo transfronterizo de las

⁷ Bruselas, 21.04.2021. COM (2021) 206 final. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF (Último acceso 15.08.2022).

⁸ En Comisión Europea, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, COM /2020) 65 final, 2020. Accesible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf (Último acceso 15.08.2022).

⁹ Consejo de la Unión Europea, *Inteligencia artificial: b) Conclusiones relativas al Plan Coordinado sobre la Inteligencia Artificial– Adopción*, 6177/19, 2019. Accesible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6177-2019-INIT/es/pdf> (Último acceso 15.08.2022).

tecnologías basadas en la IA, debiendo garantizar que se adapte a nuevas oportunidades y retos que plantea la inteligencia artificial en cuestiones de seguridad, privacidad, responsabilidad, toma de decisiones y medidas sin interacción humana. También se insistía en la necesidad de establecer requisitos adecuados de ciberseguridad para la IA garantizando la rendición de cuentas y la protección de derechos fundamentales.

A su vez el Parlamento Europeo en octubre de 2020 aprobó varias resoluciones relativas a la IA sobre la ética ¹⁰, responsabilidad civil ¹¹ y derechos de propiedad intelectual ¹². En esta primera resolución sobre la ética se hace mención a la necesidad de contar con un marco regulador efectivo y armonizado que se base en el Derecho de la Unión, la Carta y el Derecho internacional en materia de derechos humanos y aplicable, en particular a tecnologías de alto riesgo para establecer normas iguales en toda la Unión y proteger sus valores. Así mismo cualquier nuevo marco que regule la inteligencia artificial debe prever obligaciones jurídicas y principios éticos para desarrollo de la IA, la robótica y las tecnologías conexas que deben respetar la Carta y perseguir el respeto de *«la dignidad humana, la autonomía y la autodeterminación de la persona, la prevención de daños, la promoción de la equidad, la inclusión y la transparencia, la eliminación de sesgos y la discriminación, también en lo que respecta a grupos minoritarios, así como respetar los principios de limitación de las externalidades negativas de la tecnología empleada, de explicabilidad de las tecnologías y de garantía de que las tecnologías sirvan a las personas y no las sustituyan ni decidan por ellas, con el objetivo último de elevar el bienestar de todo los seres humanos»*¹³.

Se hace mención a que la confianza de los ciudadanos en la inteligencia artificial sólo puede basarse en un marco regulador ético por defecto y ético garantizando que toda inteligencia artificial respete los Tratados, la Carta y el

¹⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas, 2020/2012(INL). Accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html (Último acceso 15.08.2022).

¹¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, 2020/2014(INL). Accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html (Último acceso 15.08.2022).

¹² Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial, 2020/2015(INI). Accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_ES.html (Último acceso 15.08.2022).

¹³ Como se puede ver en el Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas. 8.10.2020 (2020/2012(INL)). Accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0186_ES.pdf (Último acceso 15.08.2022).

Derecho derivado de la Unión. Por lo que toda medida legislativa relativa a la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas debe respetar los principios de necesidad y proporcionalidad.

El uso malicioso de la IA afectará a la forma en la que construimos y administramos la infraestructura digital y la forma de diseñar y distribuir los sistemas de IA, debiendo prevenir mediante la legislación los daños de estos usos maliciosos ¹⁴.

Cabe destacar que las oportunidades basadas en la IA, la robótica y las tecnologías conexas dependen de los macrodatos y se señala la necesidad de una masa crítica de datos para entrenar los algoritmos y refinar los resultados, por lo que la Comisión debe crear un espacio común que respete la normativa europea de protección de datos, que deberá ser actualizada para abordar los riesgos que plantean estas tecnologías. En este sentido cabe hacer mención a (Sarrión Esteve, 2020, 321-333) que indica que el Parlamento Europeo es consciente de que los macrodatos pueden capacitar dispositivos de IA a modo de redes neuronales y modelos estadísticos que sirvan para predecir algunos acontecimientos y comportamientos y estos sistemas computacionales van a ser capaces de tratar, aprender y resolver problemas, tomando decisiones a partir de Big Data.

En la Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo COM (2021)206 final, se indica que la Comisión propone un marco reglamentario sobre inteligencia artificial con unos objetivos específicos ¹⁵.

Para alcanzar estos objetivos se presenta un enfoque normativo horizontal, equilibrado y proporcionado, con opciones reglamentarias que resistan el paso del tiempo, incluyendo mecanismos flexibles que permitan la adaptación a medida que evoluciona la tecnología. Estas normas armonizadas deben partir de un enfoque proporcionado que se base en los riesgos, estableciendo una metodología de gestión de riesgos con diferentes requisitos que deben cumplirse. Las obligaciones impuestas serán previsibles, proporcionadas y claras para garantizar la seguridad y respeto de la legislación, cabe destacar que, en determinados sistemas de IA, sólo se proponen obliga-

¹⁴ Ver documento relativo al Taller que se convocó en la Universidad de Oxford sobre el tema en febrero de 2017, trayendo expertos en seguridad de IA, drones, ciberseguridad, sistemas de armas autónomos y contraterroismo. En Brundage, M., *et al* (2018), *The Malicious Use of Artificial Intelligence: For-rescasing, Prevention and Mitigation*. Accesible en: <https://maliciousaireport.com/> (Último acceso 15.08/2022).

¹⁵ 1.– Garantizar que los sistemas de IA introducidos y usados en el mercado de la UE sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y valores de la Unión. 2.– Garantizar la seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación en la IA. 3.– Mejorar la gobernanza y la aplicación efectiva de la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y los requisitos de seguridad aplicables a los sistemas de IA. 4.–Facilitar el desarrollo de un mercado único para hacer un uso legal, seguro y fiable de las aplicaciones de la IA y evitar la fragmentación del mercado.

ciones mínimas en materia de transparencia cuando se usan robots conversacionales o ultrafalsificaciones.

Estas normas se aplicarán por un sistema de gobernanza a escala de los Estados miembros y con un mecanismo de cooperación a escala de la Unión estableciéndose el Comité Europeo de IA. La legislación debe ser coherente con la de la Unión vigente, así como con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Derecho derivado de la Unión en materia de protección de datos, de los consumidores y no discriminación e igualdad de género. Con relación a los sistemas de IA de alto riesgo se integrará la propuesta en la legislación sectorial vigente en materia de seguridad para garantizar la coherencia. La propuesta del Reglamento relativo a máquinas de la misma fecha refleja el enfoque del marco legislativo que busca la garantía de la seguridad del producto final.

La base jurídica de la propuesta del Reglamento se basa en el art. 117 del TFUE, que trata de la adopción de medidas para garantizar el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, que se hará mediante la aplicación de normas armonizadas de la UE y a su vez el art. 16 TFUE, ya que la propuesta tiene normas referidas a la protección de las personas en relación con el tratamiento de datos personales, restricciones del uso de sistemas de IA para la identificación biométrica remota en espacios de acceso público.

La propuesta se fundamenta en marcos jurídicos existentes, es proporcionada y en caso de sistemas de IA de alto riesgo se exigen requisitos que permitan reducir los riesgos de la IA para los derechos fundamentales y la seguridad. La Comisión sometió la propuesta a una evaluación de impacto que examinó posteriormente el Comité de Control Reglamentario emitiendo finalmente un dictamen favorable el 21 de marzo de 2021. Se examinaron distintas opciones para alcanzar el objetivo de la propuesta evaluándose cuatro opciones¹⁶.

¹⁶ La primera consistía en un instrumento legislativo de la UE que estableciese un régimen voluntario de etiquetado, la segunda una estrategia sectorial *ad hoc*, la tercera un instrumento legislativo horizontal de la UE que se apoyase en un enfoque proporcionado basado en los riesgos y la tercera + un instrumento legislativo horizontal de la UE que se apoyase en un enfoque proporcionado basado en riesgos y en códigos de conducta para sistemas de IA que no fuesen de alto riesgo y la cuarta opción, un instrumento legislativo de la UE que estableciese requisitos obligatorios para todos los sistemas de IA, con independencia del riesgo que conllevasen. Finalmente, la Comisión optó por la opción tercera +, que consistía en un marco regulatorio que se aplicase únicamente a sistemas de IA de alto riesgo que deberían seguir un código de conducta en cuanto a datos, documentación, trazabilidad, comunicación de información, transparencia, vigilancia humana, solidez y precisión. Esta opción implicaría una reducción del riesgo de que se vulnerasen los derechos fundamentales y se pusiese en peligro para la seguridad de las personas, fomentando la supervisión y cumplimiento efectivos. Para evitar las desventajas para las pymes, esta opción incluye disposiciones que facilitan el cumplimiento de los requisitos y reducen los costes. Las empresas que utilicen o desarrollen IA no considerada de alto riesgo tendrán que cumplir unas obligaciones mínimas de información.

La propuesta del Reglamento pretende garantizar un elevado nivel de protección de los derechos fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la obligación relativa a las pruebas *ex ante*, así como la gestión de riesgos y la vigilancia humana contribuirán a reducir el riesgo a adoptar decisiones asistidas por IA erróneas o sesgadas en distintos ámbitos. También cabe destacar los controles *ex post* que permitirán ofrecer compensaciones a las personas que vean vulnerados sus derechos ¹⁷.

Este nuevo marco jurídico de la Unión define unas normas armonizadas en materia de IA que impulsan el desarrollo y la adopción en el mercado interior de la IA ofreciendo un nivel elevado de protección de los intereses públicos y derechos fundamentales ¹⁸.

Debe prohibirse el uso de sistemas de IA para la identificación biométrica remota *en tiempo real* de personas físicas en espacios de acceso público cuando invadan los derechos y libertades de las personas afectadas, salvo en tres situaciones definidas con precisión en las que su utilización es estrictamente necesaria ¹⁹. Estas normas con las excepciones basadas en el art. 16 del TFUE, deben aplicarse como *lex specialis* respecto a las normas sobre el tratamiento de datos biométricos que figuran en el art. 10 de la Directiva (UE)2016/680 con lo que se regula de forma exhaustiva dicho uso y tratamiento de datos biométricos conexos. Hay que destacar que todo tratamiento de datos biométricos y datos personales de otra índole asociado al uso de sistemas de IA para la identificación biométrica, distintos del uso de sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real en espacios de acceso público con fines de aplicación de la Ley regulada por el Reglamento debe cumplir todos

¹⁷ Se imponen restricciones a la libertad de empresa (art. 16), libertad de las artes y de las ciencias (art. 13), cuando se desarrolle y utilice tecnología de IA de alto riesgo. Las obligaciones que exigen mayor transparencia no afectarán de forma desproporcionada al derecho a la protección de la propiedad intelectual (art. 17.2), ya que sólo se aplica a la información mínima necesaria para ejercer un derecho a la compensación y sólo exigirán la transparencia necesaria hacia autoridades de supervisión y las que aplican la ley.

¹⁸ Cabe destacar que para evitar la elusión del Reglamento y asegurar la protección efectiva de las personas físicas ubicadas en la Unión, el Reglamento debe aplicarse a proveedores y usuarios de sistemas de IA establecidos en un tercer país cuando la información de salida generada por dichos sistemas se utilice en la Unión. Pero el Reglamento no debe aplicarse a autoridades de un tercer país ni a organizaciones internacionales que actúen en el marco de acuerdos internacionales con fines de cooperación policial y judicial. Por otro lado, los sistemas de IA desarrollados o utilizados con fines militares quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento cuando su uso sea competencia exclusiva de la política exterior y de seguridad común regulada en el título V del TUE.

¹⁹ Como la búsqueda de posibles víctimas de un delito, incluidos menores desaparecidos, amenazas para la vida o la seguridad física de las personas o amenazas de atentado terrorista y la detección, localización, identificación o enjuiciamiento de autores o sospechosos de delitos mencionados en la Decisión Marco 2002/585/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190 de 18.7.2002, p.1.) Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32002F0584> (Último acceso 15.08.2022).

los requisitos que derivan del art. 9.1 del Reglamento (UE)2016/679²⁰, el art. 10.1 del Reglamento (UE)2018/1725²¹, y el art. 10 de la Directiva (UE)2016/680²², incluso cuando las autoridades competentes sean quienes usen dichos sistemas con fines distintos de la aplicación de la ley.

Los sistemas de IA de alto riesgo deben diseñarse para que su funcionamiento pueda ser vigilado por personas físicas antes de su introducción en el mercado, las medidas deben garantizar que el propio sistema no pueda desactivar que responda al operador humano y que las personas físicas a quienes se les encomiende la vigilancia tengan competencias necesarias para desempeñar la función. Es por ello por lo que deben presentar un nivel de precisión, solidez y ciberseguridad adaptado a su tiempo para evitar consecuencias negativas para los derechos fundamentales.

Es necesario que una persona física o jurídica que se define como proveedor asuma la responsabilidad asociada a la introducción en el mercado de un sistema de IA de alto riesgo independientemente de si es quien diseña el sistema. También conviene definir las responsabilidades de los usuarios que utilizan sistemas de IA de alto riesgo debiendo hacerlo conforme a las instrucciones de uso, así como definir otras obligaciones relacionadas con la vigilancia del funcionamiento de los sistemas de IA.

Los proveedores deben cumplir las normas armonizadas del Reglamento (UE) 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo²³ para garantizar el

²⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) DO L 119 de 4.5.2016, p. 1/88. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=es> (Último acceso 15.08.2022).

²¹ Reglamento (UE) 2018/1725 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, y la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE (DO L 295 de 21.11.2018, p. 39/98). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32018R1725> (Último acceso 15.08.2022).

²² Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. (DO L 119 de 4.5.2016, p 89/131). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32016L0680> (Último acceso 15.08.2022).

²³ Reglamento (UE) 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea, por el que se modifican las Directivas 89/686/CEE y 93/15/CEE del Consejo y las Directivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE y 2009/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga la Decisión 87/95/CEE del Consejo y la Decisión 1673/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 316 de 14.11.2012, p12). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2012:316:FULL&from=DE> (Último acceso 15.08.2022).

cumplimiento de los requisitos previstos en la propuesta de Reglamento. Antes de entrar en el mercado los sistemas de IA de alto riesgo deben someterse a una evaluación de conformidad que garantice su fiabilidad. Cuando aparezcan modificaciones sustanciales de los productos es conveniente que el sistema de IA se someta de nuevo a una evaluación de conformidad, incluso en sistemas de IA que siguen aprendiendo después de ser introducidos en el mercado es necesario establecer normas que indiquen que no son modificaciones sustanciales los cambios en el algoritmo y en su funcionamiento que hayan sido predeterminados por el proveedor y se hayan evaluado en el momento de la evaluación de la conformidad.

Estos sistemas de IA de alto riesgo deben llevar el marcado CE para acreditar su conformidad con el Reglamento y poder circular libremente. En situaciones determinadas la rápida disponibilidad de tecnologías innovadoras puede ser crucial para la salud y seguridad de las personas por ello los Estados miembros pueden autorizar la introducción en el mercado de un sistema de IA que no hayan sido sometido a una evaluación de la conformidad. Cabe destacar que los sistemas de IA asociados a productos que el Reglamento no considera de alto riesgo deben ser seguros una vez introducidos en el mercado, debiendo aplicar como red de seguridad la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo²⁴.

4. LOS DERECHOS DE LOS ROBOTS Y LA PROTECCIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS EN UNA SOCIEDAD FUTURA

La primera cuestión que debe plantearse y que desarrollaremos a lo largo de este apartado es si los ordenamientos jurídicos vigentes son adecuados para hacer frente a los avances de la robótica o deben hacerse más genéricas las normas jurídicas existentes para que se puedan incluir las disposiciones relativas a la robótica o bien ¿es necesaria una disciplina jurídica autónoma para los robots?

Estamos en una fase inicial de reflexión sobre los efectos que puede provocar la tecnología de la robótica a largo plazo tanto sociales como éticos y jurídicos. Para ello debemos centrarnos en la responsabilidad por el comportamiento de los robots, siguiendo a (Froomkin, 2018) 25 si el acto es de creación artística puede implicar al derecho de autor o al de patentes, o si el acto se

²⁴ Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos (DO L 11 de 15.1.2002, p.4) Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:011:0004:0017:es:PDF> (Último acceso 15.08.2022).

²⁵ Froomkin, A. M. (2018, pp. 21-24).

traduce en un daño causado por un robot afecta con seguridad a los contornos del Derecho Penal y Civil.

Si uno entiende que las máquinas no alcanzarán el nivel de autoconciencia de un ser humano es normal responsabilizar a los seres humanos por las acciones de un robot, pero qué ocurrirá si estos sujetos llegan a alcanzar niveles de conciencia en los que se les pueda otorgar responsabilidad legal o moral.

El informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica²⁶, recoge junto al Libro Blanco²⁷ las incertidumbres sobre la aplicación del marco jurídico existente en relación a los riesgos que presentan los sistemas de IA y otras tecnologías digitales, llegando a la conclusión de que la legislación vigente sobre seguridad de productos ya recoge un concepto amplio de protección de la seguridad frente a los riesgos derivados del producto en función de su uso, pero hay que introducir disposiciones que aborden de forma explícita los nuevos riesgos que deriven de las tecnologías digitales emergentes para ofrecer mayor seguridad jurídica²⁸.

Por ello para elaborar un futuro marco regulador específico sobre la IA hay que determinar su ámbito de aplicación, hay que tener en cuenta las directrices del grupo de expertos de alto nivel, estableciendo unos requisitos para las aplicaciones de IA que entrañen riesgo elevado debiendo contar con las características clave detalladas²⁹.

²⁶ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica. COM/2020/64 final. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0064> (Último acceso 15.08.2022).

²⁷ Accesible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf (Último acceso 15.08.2022).

²⁸ Se recogen varias opciones en el Libro Blanco como: 1) El comportamiento autónomo de algunos sistemas de IA a lo largo de su ciclo de vida puede llevar a importantes cambios en los productos y tener repercusiones en la seguridad lo que puede llevar a requerir una nueva evaluación de riesgos. 2) También pueden valorarse obligaciones explícitas para los productores con relación a los riesgos para la salud mental de los usuarios en el caso de la colaboración con robots humanoides. 3) La legislación de la UE sobre seguridad de los productos puede prever requisitos específicos para abordar riesgos que deriven de datos incorrectos en la fase de diseño, así como mecanismos para garantizar que la calidad de datos se mantenga mientras se usen los productos y sistemas de IA. 4) La opacidad de sistemas basados en algoritmos que pueden abordarse mediante requisitos de transparencia. 5) Es posible que sea necesario adaptar y clarificar las normas en vigor en el caso de programas autónomos comercializados separadamente o descargados en un producto tras la comercialización de este último, cuando tenga repercusiones en la seguridad. 6) Dada la complejidad creciente de las cadenas de suministros en lo que se refiere a las nuevas tecnologías, las disposiciones que exigen de manera específica colaboración entre los agentes económicos de la cadena y los usuarios pueden aportar seguridad jurídica.

²⁹ Hacemos referencia a los datos de entrenamiento, datos y registro de datos, información que debe facilitarse, solidez y exactitud, supervisión humana y requisitos específicos en el caso de determinadas aplicaciones de IA, como las empleadas para la identificación biométrica remota.

En el Libro Blanco también se hace mención a que a la hora de diseñar e implantar un sistema que dependa de una evaluación de conformidad previa debe prestarse atención a determinados aspectos³⁰. Por lo tanto, las evaluaciones de conformidad deben ser de obligado cumplimiento para todos los agentes económicos sujetos a los requisitos, el control de cumplimiento debe ser parte del sistema de vigilancia del mercado, debiendo garantizar en caso de aplicaciones de IA de riesgo elevado y otras de IA una acción judicial efectiva para las partes que hayan sufrido repercusiones negativas.

Inicialmente desde un punto de vista ético cualquier daño que cause un sistema inteligente sería responsabilidad de las personas que se encargan de su diseño y programación, pero en el caso de que aumente su autonomía y capacidades de autoaprendizaje y decisión y su relativa impredecibilidad siguiendo a (Muñoz Vela, 2021, 105-110), se empieza a producir una disociación entre el responsable ético y el jurídico. Es por ello por lo que la ética es más importante que nunca en la sociedad digital, trayendo a colación las palabras de (Muñoz Vela, 2021) 31.

Por lo tanto en la actualidad, un sistema de Inteligencia Artificial no puede ser responsable ni ética ni jurídicamente ni tampoco tiene personalidad jurídica o moral, es por ello que existen lagunas que se evaluarán a lo largo de los próximos años en cuanto a la responsabilidad imputable a sujetos por los hechos y decisiones tomadas por los robots o sistemas de IA, por ello deben establecerse los límites o restricciones para limitar los niveles de autonomía e impredecibilidad que adquiera el sistema.

En este sentido debemos hablar de *ética artificial* que se centra en analizar los problemas morales que pueden surgir al interactuar con robots inteli-

³⁰ En este sentido pasamos a detallarlos: «1) Puede que no todos los requisitos enumerados anteriormente se adecúen a una evaluación de conformidad previa. Por ejemplo, el requisito relativo a la información que debe facilitarse no suele prestarse a una verificación compatible con este tipo de evaluación. 2) Debe tenerse especialmente en cuenta la posibilidad de que determinados sistemas de IA evolucionen y aprendan de la experiencia lo que puede requerir evaluaciones reiteradas a lo largo del ciclo de vida de dichos sistemas. 3) La necesidad de verificar los datos utilizados en el entrenamiento, así como las técnicas, procesos y metodologías de programación y entrenamiento empleados para construir, probar y validar los sistemas de IA. 4) Cuando una evaluación de la conformidad muestre que un sistema de IA no cumple los requisitos, por ejemplo, los relativos a datos empleados para entrenarlo, los fallos detectados tendrán que ser corregidos mediante, por ejemplo, un nuevo entrenamiento del sistema de la UE de tal manera que se garantice el cumplimiento de todos los requisitos aplicables».

³¹ «Por más que los expertos prosigan en sus intentos de emular completamente la mente humana, no es posible todavía con el estado de la tecnología actual, por lo que un sistema de Inteligencia Artificial avanzado, dotado de un cierto grado de autonomía, con capacidad de aprendizaje y con las mayores capacidades de razonamiento lógico, no tiene consciencia, carece de emociones, de estados de ánimo, no tiene sentimientos aunque los simulemos –no siente amor, odio, tristeza, simpatía, orgullo, envidia o apatía–, no puede sentir ni discernir entre lo correcto o incorrecto, entre lo bueno y lo malo, más allá de las instrucciones incorporadas en su diseño o adquiridas durante su entrenamiento y funcionamiento mediante capacidades de autoaprendizaje».

gentes que exhiban patrones de conducta diferenciados, complejos y capaces de tomar decisiones con base en conceptos abstractos, exhibir rasgos característicos de personalidad y asumir cierta noción de responsabilidad en cuanto a las decisiones que han tomado (García– Prieto Cuesta, 2018).

Cabe hacer mención al Programa marco que financió la Comisión Europea denominado ETHICBOTS en el área de Ciencia y Sociedad³² que se inició el 1 de noviembre de 2005 y finalizó a los dos años, fue impulsado y coordinado por un grupo multidisciplinario de investigadores en IA, robótica, antropología, filosofía moral, filosofía de la ciencia, psicología y ciencias cognitivas para identificar y analizar cuestiones tecnoéticas relativas a la integración de seres humanos y seres artificiales, en el que se analizaron tres tipos de integración³³.

Las cuestiones éticas cruciales incluyen la preservación de la identidad humana y la integridad, aplicaciones de los principios de precaución, discriminación económica y social, autonomía y rendición de cuentas del sistema artificial, responsabilidades por aplicaciones de guerra, naturaleza e impacto de los vínculos cognitivos y afectivos humano-máquina en los individuos y en la sociedad. Dentro de la UE también tenemos el Programa SPARC que fomenta el uso de los robots en todos los ámbitos socioeconómicos posibles y el proyecto RockEU que es el continuador del ETHICBOTS, mediante el cual se pretende conseguir una Declaración Universal relacionada con la roboética.

Como indica (García-Prieto, 2018) paulatinamente los robots irán adquiriendo mayor complejidad en su funcionamiento y comportamiento, así como una gradual independencia respecto al diseñador original, llegándose a plantear sistemas robóticos que encuentren un nivel de consciencia semejante al de los humanos pudiendo dejar de necesitar a la especie humana desde una perspectiva evolutiva. Es por ello por lo que la personificación o humanización de los robots son procesos naturales dentro de la evolución de la industria y es probable que se acaben alcanzando robots con inteligencia comparable a la del ser humano.

La Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica³⁴ establece la posibilidad de crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan considerarse personas electrónicas responsa-

³² Accesible en: <http://old.scuoladirobotica.it/en/progettoecethicbots.html> (Último acceso 15.08.2022).

³³ 1) La Integración humano-softbot, lograda por la investigación de IA en tecnologías de la información y la comunicación. 2) La Integración no invasiva humano-robot, lograda por la investigación robótica en sistemas autónomos que habitan entornos humanos y 3) La Integración física e invasiva, lograda por la investigación biónica.

³⁴ P8_TA (2017)0051. Accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html (Último acceso 15.08.2022).

bles de reparar los daños que puedan causar y aplicar la personalidad electrónica a los supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente.

Siguiendo a (Barrio Andrés, 2018, 61-85) apostamos por una disciplina autónoma que se ocupe de los robots lo que justifica una posición a favor del Derecho de los Robots con reglas jurídicas que otorguen respeto a los deberes y responsabilidades de los involucrados en la innovación robótica. Este Derecho de los Robots debe respetar los valores consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Aunque en la actualidad aún estamos lejos de tratar a los robots y sistemas de inteligencia como entidades autoconscientes portadoras de derechos o responsables, es el momento de plantear cómo distribuir los derechos y deberes cuando los sistemas robóticos interactúen de forma que creen beneficios y lesiones.

5. CONCLUSIONES

En nuestra opinión es necesaria la elaboración de un Derecho de los Robots como marco jurídico entre los principios fundamentales del Estado constitucional de Derecho y el desarrollo de sistemas robóticos y de inteligencia artificial.

Las novedades robóticas impulsan a crear nuevas raíces legales enmarcadas en la transparencia y en un entorno que cubra el contexto social, jurídico y ético para que los robots sean más seguros y respondan a conductas éticas propias de la evolución de la tecnología.

Debe establecerse un sistema de registro de robots inteligentes, con seguros obligatorios o en su defecto la creación de un fondo de compensación de daños y perjuicios, así como crear organismos autónomos que supervisen y controlen las funciones y actuaciones de los robots.

Es necesario regular un código ético sobre robótica para que sirva de orientación en el diseño, producción y el uso de la robótica a través de una Agencia Europea que se ocupe de su cumplimiento.

Es viable la creación de una personalidad jurídica electrónica que supondrá el reconocimiento de la capacidad del robot para ser titular de derechos y obligaciones, claro está por determinar si la capacidad será plena, limitada, directa o representada dependiendo de la categoría o el nivel de inteligencia del robot.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRIO ANDRÉS, M. (dir.) (2018). *Del Derecho de Internet al Derecho de los Robots*. En Barrio Andrés, M., *Derecho de los Robots*. Madrid: Wolters Kluwer España, S. A.
- BRUNDAGE, M. *et al* (2018). The Malicious Use of Artificial Intelligence: Forescasting, Prevention and Mitigation. Accesible en: <https://maliciousaireport.com/> (Último acceso 15.08/2022).
- CAPORRINO, V. (2012). *Pluralismo e tecniche di regolamentazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- FROOMKIN, A. M. (2018). Prólogo. En Barrio Andrés, M., *Derecho de los Robots*. Madrid: Wolters Kluwer España, S. A.
- FROSINI, T. E. (2004, abril–junio). Nuevas Tecnologías y Constitucionalismo. *Revista de Estudios Políticos* (núm. 124).
- (2020). Il Constitucionalismo nella Società Tecnologica. En Pérez Miras, A., Teruel Lozano, G. M., Raffiotta, E. C., Iadicicco, M. P., *Setenta años de la Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*. Volumen V. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
- GARCÍA-PIRIETO CUESTA, J. (2018). ¿Qué es un robot? En Barrio Andrés, M., *Derecho de los Robots*. Madrid: Wolters Kluwer España, S. A.
- HÄBERLE, P. (2018). Il costituzionalismo come progetto della scienza, *Nomos*, 2.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2020). La Constitución en tiempos de crisis. En Pérez Miras, A., Teruel Lozano, G. M., Raffiotta, E. C., Iadicicco, M. P., *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución Española, Volumen I: Balances y perspectivas den la Europa constitucional*. Primera edición. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- MARTÍN GUERRERO, J. M. (2020). Una aproximación constitucional al derecho a gozar de los beneficios de la ciencia. En Pérez Miras, A., Teruel Lozano, G. M., Raffiotta, E. C., Iadicicco, M. P., *Setenta años de la Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*. Volumen II. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- MUÑOZ VELA, J. M. (2021). Ética y Responsabilidad. En Muñoz Vela, J. M. (dir.) *Cuestiones éticas de la Inteligencia Artificial y repercusiones jurídicas. De lo dispositivo a lo imperativo*. Navarra: Editorial Aranzadi, S. A. U.
- OLIVETTI, M. (2020, Maio/ago). Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano. *Revista Estudos Institucionais*. v. 6, n. 2.
- ROSENFELD, M. (2001). *The rule of Law, and the legitimacy of constitutional democracy, in Working Paper*, n. 36, Cfr. *Lo Stato di diritto*.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (2020). Globalización y Europa: pasado y presente. En Pérez Miras, A., Teruel Lozano, G. M., Raffiotta, E. C., Iadicicco, M. P., *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución Española, Volumen I: Balances y perspectivas den la Europa constitucional*. Primera edición. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

- SARRIÓN ESTEVE, J. (2020). El Derecho Constitucional en la era de la Inteligencia Artificial, los Robots y los Drones. En Pérez Miras, A., Teruel Lozano, G. M., Raffiotta, E. C., Iadicicco, M. P., *Setenta años de la Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*. Volumen V. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- TERUEL LOZANO, G. M. (2016). Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*. Dialnet, n.º 9.
- TORRES DEL MORAL, A. (2020). La Constitución española, objeto de culto y de acoso, en su XL aniversario. En Pérez Miras, A., Teruel Lozano, G. M., Raffiotta, E. C., Iadicicco, M. P., *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución Española, Volumen I: Balances y perspectivas den la Europa constitucional*. Primera edición. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

LEGISLACIÓN

- Conclusiones del Consejo Europeo relativas al Plan Coordinado sobre la IA de 2019. Consejo de la Unión Europea, *Inteligencia artificial: b) Conclusiones relativas al Plan Coordinado sobre la Inteligencia Artificial-Adopción*, 6177/19, 2019. Accesible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6177-2019-INIT/es/pdf> (Último acceso 15.08.2022).
- Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190 de 18.7.2002, p.1.). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32002F0584> (Último acceso 15.08.2022).
- Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos (DO L 11 de 15.1.2002, p.4). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:011:0004:0017:es:PDF> (Último acceso 15.08.2022).
- Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. (DO L 119 de 4.5.2016, p 89/131). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32016L0680> (Último acceso 15.08.2022).
- Directrices éticas para una IA fiable. Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías. Oficina de Publicaciones, 2019, <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-es> (Último acceso 15.08.2022).

- Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas. 8.10.2020 (2020/2012(INL)). Accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0186_ES.pdf (Último acceso 15.08.2022).
- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica. COM/2020/64 final. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0064> (Último acceso 15.08.2022).
- Libro Blanco sobre la IA: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza. COM/2020/65 final, 2020. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf (Último acceso 15.08.2022).
- Programa marco ETHICBOTS. Accesible en: <http://old.scuoladirobotica.it/en/progettoecethicbots.html> (Último acceso 15.08.2022).
- Propuesta de Reglamento Europeo y del consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA. Bruselas, 21.04.2021. COM (2021) 206 final. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar: e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF (Último acceso 15.08.2022).
- Reglamento (UE) 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea, por el que se modifican las Directivas 89/686/CEE y 93/15/CEE del Consejo y las Directivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE y 2009/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga la Decisión 87/95/CEE del Consejo y la Decisión 1673/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 316 de 14.11.2012, p12). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ: L:2012:316: FULL&from=DE> (Último acceso 15.08.2022).
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DO L 119 de 4.5.2016, p. 1/88). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=es> (Último acceso 15.08.2022).
- Reglamento (UE) 2018/1725 RELATIVO a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, y la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE (DO L 295 de 21.11.2018, p. 39/98). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32018R1725> (Último acceso 15.08.2022).

Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. P8_TA (2017)0051. Accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html (Último acceso 15.08.2022).

Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas. 2020/2012(INL). Accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html (Último acceso 15.08.2022).

Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial. 2020/2014(INL). Accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html (Último acceso 15.08.2022).

Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial. 2020/2015(INI). Accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_ES.html (Último acceso 15.08.2022).

DIRITTO E TECNOLOGIA. IL COSTITUZIONALISMO ALLA PROVA DI INTERNET

VALENTINA CAVANI

Università di Modena e Reggio Emilia

SOMMARIO: 1. *Introduzione: il costituzionalismo e il nuovo potere sovrano.*–2. *Il rapporto tra diritto e tecnologia.*–3. *Internet e la rivoluzione digitale.*–4. *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali.*–5. *La libertà di manifestazione del pensiero in ambito digitale.* 5.1 *La moderazione dei contenuti.* 5.2 *Le piattaforme digitali creano diritto.* 5.3 *Le piattaforme digitali applicano il (proprio) diritto.*–6. *La governance di Internet.*–7. *E quindi, il costituzionalismo?*

1. INTRODUZIONE: IL COSTITUZIONALISMO E IL NUOVO POTERE SOVRANO

«Il costituzionalismo non è dottrina, metodo oppure, meglio ancora, tecnica del passato, ovvero ancorata al passato. È piuttosto come un plebiscito che si rinnova ogni giorno: perché sviluppa nuove forme di valorizzazione e di tutela della libertà dell'individuo» (T. E. Frosini, 2019: 189).

Queste parole ben rappresentano il punto di partenza (e, forse, la stessa conclusione) delle riflessioni che seguiranno.

Volendo iniziare da una definizione di costituzionalismo, quella che – tra le tante – meglio si adatta agli scopi odierni è quella di «tecnica della libertà» (B. Mirkiné Guetézévitch, 1933). Le diverse declinazioni del costituzionalismo (la separazione dei poteri, le garanzie costituzionali, la tutela dei diritti fonda-

mentali) possono, infatti, essere interpretate come tecniche per l'affermazione della libertà dell'individuo.

Pur nella diversità degli ambiti, queste tecniche convogliano verso un unico fine, quello di delimitare giuridicamente il potere sovrano.

Come sappiamo, dalla sua stessa origine, la teoria costituzionale lotta con il problema del controllo del potere. «Nel «senso moderno», questa disciplina stabilisce regole o costruisce istituzioni capaci di proteggere le libertà personali da vincoli esterni» (A. Simoncini, E. Longo, 2022: 30). Secondo questa idea, il diritto costituzionale ha sempre seguito l'evoluzione del potere sovrano, adeguando e adattando il suo intervento alla fisionomia che esso ha assunto nel tempo.

In un primo momento il potere da limitare fu quello (privato) del Re e lo strumento prescelto fu la legge parlamentare e la sua istituzione espressiva, lo Stato. Successivamente, la sovranità da contenere fu proprio quella (pubblica) dello Stato e da qui la nascita delle costituzioni «rigide» del secondo dopoguerra.

L'avvento del XXI secolo e della cosiddetta «era digitale» ha aperto una nuova stagione per il costituzionalismo, perché esso si trova dinanzi a un potere sovrano nuovo e diverso, sotto tutti i punti di vista. Oggi, infatti, la sovranità non ha più caratteri necessariamente privati o pubblici, personali o collettivi, ma essenzialmente *tecnici*. La potenza da limitare e «costituire» positivamente non è più quella privata del re o quella pubblica dello Stato, ma un nuovo tipo di potenza che oggi può presentarsi sia sotto forma privata che pubblica: «È il paradigma tecnologico che si presenta come dominante, come fattore di liberazione della persona e di innovazione irresistibile, dunque, irrinunciabile» (A. Simoncini, 2017: 2020).

L'incidenza del fattore tecnologico sul costituzionalismo abbraccia una quantità di fenomeni – dalle comunicazioni digitali all'intelligenza artificiale – destinati a modificare profondamente l'identità dell'individuo e la sua coscienza sociale, con modalità spesso ancora ignote e a ritmi inusualmente accelerati.

2. IL RAPPORTO TRA DIRITTO E TECNOLOGIA

Definita la portata del cambiamento, occorre indagare quale sia stata (o quale sia tuttora) la risposta del diritto.

Il diritto, come regola di condotta delle (e per le) società umane, è sempre una reazione ad accadimenti. Rispetto ai quali viene «dopo». Ma allo stesso tempo, è anche un tentativo di prevenirli¹: «In questa relazione con i fatti si

¹ Non a caso l'espressione 'previsioni normative' è spesso utilizzata quale sinonimo di 'norme giuridiche'.

colloca sia la carica prescrittiva del diritto, sia la sua ragionevolezza, nel senso, appunto, di «adeguatezza ai fatti» (T. Groppi, 2020: 675).

In questa sede, i «fatti» che rilevano sono innanzitutto gli sviluppi e i prodotti delle tecnologie.

L'influenza della tecnologia sul paradigma giuridico non è certo un'esperienza esclusiva dell'epoca in cui viviamo.

Nel corso della storia, l'avanzare della tecnologia ha costretto l'uomo a forgiare nuovo diritto per far fronte a nuove sfide e nuovi problemi: dalla stampa alle automobili ogni grande invenzione ha sempre richiesto l'intervento del diritto per poter operare senza intaccare l'ordinato funzionamento della società umana.

Tutta la storia umana mostra come la relazione diritto-tecnologia sia sempre esistita e come le grandi innovazioni tecniche abbiano determinato svolte epocali nella scienza giuridica².

Inevitabilmente il diritto reagisce ai mutamenti della società e della tecnologia: a una società in fermento, profondamente mutata dalle nuove tecnologie, deve corrispondere un diritto sempre più pronto ad adattarsi ai diversi contesti.

Si può, pertanto, affermare che la pressione dell'innovazione tecnologica sul sistema giuridico sia una costante storica³.

Niente di nuovo, dunque. Ma è proprio così?

Se le precedenti osservazioni possono convincere del fatto che «l'intreccio tra fattore tecnologico e Stato vestfaliano non costituisc(e) affatto un fenomeno inedito», deve esserne, tuttavia, immediatamente colto l'attuale mutamento di segno.

La creatività umana, coniugata con l'economia capitalistica globale del terzo millennio, ha impresso allo sviluppo tecnologico un'accelerazione mai sperimentata prima, compiendo passi che ci spingono a interrogarci un po' più nel profondo sul ruolo e sull'adeguatezza del diritto.

3. INTERNET E LA RIVOLUZIONE DIGITALE

La pressione dell'evoluzione tecnologica sul diritto si è fatta quasi incontenibile con l'avvento di Internet.

² Sulla possibilità di attingere alle esperienze maturate dalle rivoluzioni tecnologiche del passato per inquadrare le problematiche portate dalle tecnologie digitali si veda G. GHIDINI, D. MANCA, A. MASSOLO, 2020, i quali avanzano l'ipotesi «forse non del tutto peregrina» che «non poche delle novità offerte e/o annunciate sul piano economico e sociale dalle tecnologie digitali trovano alcune significative corrispondenze [...] con le risposte sociali determinate dalle rivoluzioni tecnologiche del passato».

³ Come ben argomentato da P. Costanzo: «Di un congeniale intreccio tra sviluppo del fattore tecnologico ed evoluzione dello Stato moderno sembra, per vero, lecito ragionare non da oggi» (P. COSTANZO, 2012).

«Nel Ventunesimo secolo si staglia chiaramente l'orizzonte giuridico dell'Internet. Che è anche il nuovo orizzonte del costituzionalismo contemporaneo» (V. Frosini, 2000).

Internet si è ormai emancipato dal franteso ruolo di mero mezzo di comunicazione di massa (al pari di stampa, radio e televisione) per trasformarsi in un contenitore in cui possono riversarsi le molteplici dinamiche dell'esistenza umana.

La Rete rappresenta una vera e propria «dimensione», nuova e prima inimmaginabile, in cui risultano astrattamente esercitabili tutti i diritti e le libertà fondamentali.

Rispetto al contesto analogico, questa nuova dimensione presenta strutturali discontinuità, che inevitabilmente comportano una rimodulazione (se non il superamento) di alcuni tra i caratteri fondamentali dello Stato moderno.

Ad essere in pericolo è soprattutto l'applicazione del principio della sovranità nazionale, a causa della perdita di senso che l'uso della Rete infligge alla nozione stessa di territorio, ma anche a causa della debolezza intrinseca della sua *governance*, per la difficoltà di ridefinire i contorni delle responsabilità e del controllo.

In Rete sfuma la stessa, storica, distinzione tra pubblico e privato⁴: nella società digitale «queste dimensioni sono costantemente mescolate, soggetti privati assumono volontariamente funzioni tradizionalmente proprie dei pubblici poteri, mentre i soggetti pubblici sono spesso costretti a rivolgersi a privati (e non volontariamente li scelgono) per poter continuare ad assolvere le proprie funzioni» (A. Simoncini, E. Cremona, 2022: 256).

La sovrapposizione tra privato e pubblico che connota la dimensione digitale «determina il germinare di incistamenti, di ibridazioni, e di istituti giuridici in transito tra le maglie dei fenomeni di regolazione globale e delle Costituzioni singolo-nazionali. Una area grigia in cui le categorie giuridiche gius-pubblicistiche classiche tendono a perdere aderenza» (A. Venanzoni, 2018: 297).

Il diritto pubblico è, dunque, chiamato a una sfida importante, forse epocale, di fronte a quella che può definirsi una vera e propria rivoluzione⁵.

⁴ Per una ricostruzione in chiave storica sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, cfr. B. SORDI, 2020. Norberto Bobbio, alla voce *pubblico/privato* redatta per l'*Enciclopedia* Einaudi nel 1981, parlava al proposito di una «grande dicotomia», di una distinzione idonea a «dividere l'universo in due sfere, congiuntamente esaustive [...] e reciprocamente esclusive». Oggi, dinanzi all'enorme potere esercitato dai poteri privati in Rete la scenografia disegnata da Bobbio negli anni '80 va ripensata. Non c'è più la stessa certezza né sui soggetti, né sulle attività.

⁵ Questa terminologia è utilizzata da L. FLORIDI, 2017. D'altra parte, la capacità rivoluzionaria di Internet non deve stupire. Si pensi, infatti, alle inaspettate e sorprendenti similitudini dell'avvento della Rete con altri fenomeni verificatisi nel corso della storia e finanche con il mondo romano. La rete di Internet, così come la rete stradale dei romani, è nata per fini militari: Internet, nato come arpanet, per le comunicazioni militari; le strade romane per lo spostamento delle legioni. Eppure, entrambe le reti, in momen-

E come ogni rivoluzione che si rispetti, essa comporta una rottura: «Nel cuore di questa rottura si deve aprire una riflessione sul ruolo della scienza costituzionalistica in una società reticolare globale in cui le dimensioni spaziali e temporali differiscono radicalmente rispetto a quelle attorno cui la scienza costituzionalistica liberal-democratica si è storicamente formata» (A. Venanzoni, 2018: 296).

Un simile cambiamento ha portato a ritenere che la società contemporanea stia vivendo un nuovo «momento costituzionale» (E. Celeste, 2018).

Per questo motivo è necessario interrogarsi sulla perdurante validità dei principi del costituzionalismo moderno, sul se e sul come gli stessi possano sopravvivere al dirompente impatto della tecnologia digitale.

4. L'IMPATTO DELLA TECNOLOGIA SUI DIRITTI FONDAMENTALI

Un ottimo banco di prova per verificare l'impatto di Internet sul costituzionalismo è quello dei diritti fondamentali, tradizionalmente codificati nelle costituzioni statali.

D'altronde, «la pressione che il contenuto dei diritti subisce per effetto del dinamismo tecnologico è un dato pressoché generalmente condiviso» (M. Betzu, 2012, 18).

I diritti costituzionali, volti a garantire le libertà fondamentali degli individui, sono la positivizzazione formale dei valori morali e normativi nella legge suprema di uno Stato nazionale. Questi diritti realizzano un duplice scopo. Da un lato, servono a proteggere il loro titolare da interferenze ingiustificate e permettono la partecipazione alla sfera politica. Dall'altro, agiscono come limiti all'esercizio del potere da parte dello Stato, creando sfere private di autonomia.

Non solo, più in generale «sono i diritti a determinare e qualificare i poteri, attribuendo a questi ultimi forma e sostanza, non solo in base alla capacità dei primi di assoggettare i secondi, ma anche in forza dell'esigenza – che è propria del costituzionalismo moderno – di collegare l'intero sistema dei poteri ai diritti, assegnando all'ordinamento in quanto tale il compito di prestare una effettiva garanzia ai diritti ritenuti fondamentali» (G. Azzariti, 2013, 58).

Il progresso tecnologico ha portato con sé sfide inedite per i diritti fondamentali, creando la paradossale situazione per cui gli stessi si trovano sì di

ti storici apparentemente tanto diversi, hanno finito per mutare la società, intensificando i commerci e le comunicazioni e ampliando così gli orizzonti economici e culturali.

fronte a nuove forme e nuove opportunità di esercizio, ma anche a nuove minacce e a nuovi pericoli ⁶.

Ancora più incisivamente, è mutato il soggetto su cui grava il dovere corrispondente al diritto esercitato dall'individuo: se in passato tale posizione era ricoperta esclusivamente dallo Stato (il quale ha da sempre svolto un compito fiduciario nella tutela delle libertà dei propri cittadini), nell'ecosistema digitale si fa sempre più rilevante il ruolo esercitato dai poteri privati nel rispetto dell'autonomia dell'individuo.

L'ascesa della società digitale ha portato a un cambiamento paradigmatico in cui il potere pubblico non è più l'unica fonte di preoccupazione per il rispetto dei diritti fondamentali e la tutela della democrazia.

In questa sede si intende verificare la portata del cambiamento, e le sue conseguenze, prendendo a riferimento quella che, forse, può ritenersi la libertà «di più immediata percezione sul web» (M. Bassini, 2021: 6): la libertà di manifestazione del pensiero.

5. LA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO IN AMBITO DIGITALE

Sin dalle origini, con la nascita dello stato liberale e la garanzia delle libertà negative, rinsaldate all'interno delle carte fondamentali, il costituzionalismo europeo ha collocato in una posizione centrale la libertà di manifestazione del pensiero, «facendone il caposaldo di ogni società democratica e la cifra distintiva di questo modello» (O. Pollicino, 2017: 3).

La libertà di espressione rappresenta il diritto fondamentale che, tra i vari che hanno derivato dall'avvento di Internet un nuovo spazio di esercizio, in maniera più ricorrente è associato allo sviluppo della dimensione digitale.

Sedes materiae privilegiata per l'inquadramento dei riflessi costituzionali di Internet, «è soprattutto rispetto a questo diritto fondamentale che la rete sembra aver provocato conseguenze di non secondario momento» (M. Bassini, 2021: 7).

La Rete ha realizzato una sostanziale trasfigurazione dello spazio di esercizio di questa libertà da una connotazione eminentemente pubblicistica a una di natura anche privatistica.

L'evoluzione di Internet ha profondamente mutato il carattere bidimensionale della libertà di espressione (tradizionalmente incentrata sul rapporto

⁶ È quel carattere «ambiguo» della modernità che Zygmunt Bauman ha messo in luce da tempo (Z. BAUMAN, 2010).

Stato-cittadino) aggiungendo un terzo attore nella regolazione del discorso pubblico: le piattaforme digitali⁷.

Queste ultime rappresentano i «gatekeepers»⁸ del «mercato delle idee»⁹ perché, in un regime di sostanziale oligopolio, sovrintendono al processo di produzione, distribuzione e controllo del flusso informativo sulla Rete.

Nelle più recenti analisi giuridiche, è ormai invalsa la qualificazione delle piattaforme come «poteri privati»: cioè, soggetti che agiscono nelle forme del diritto privato, ma che, per la loro posizione di forza economica e/o sociale, sono capaci di incidere sull'esercizio delle libertà fondamentali dei singoli¹⁰.

Questi «moligopolisti»¹¹ stanno sviluppando, di fatto, un'autorità e un'influenza politica un tempo riservate alle istituzioni pubbliche.

Lo stesso Mark Zuckerberg, CEO di Facebook, ha affermato che «in a lot of ways Facebook is more like a government than a traditional company»¹².

La trasformazione è epocale: «era probabilmente dai tempi delle corporazioni delle città comunali e rinascimentali che soggetti privati economici non detenevano un così pervasivo potere para-statale sul discorso pubblico, imponendo regole alla circolazione delle idee e limiti a determinate opinioni» (M. Monti, 2019: 36).

Dato atto del legame che unisce i prestatori di servizi alla libertà di espressione, occorre valutare all'atto pratico quali sfide il nuovo ecosistema digitale popolato da poteri privati abbia provocato rispetto alla tutela di questo diritto.

Sono soprattutto due le domande che il costituzionalista deve porsi¹³.

⁷ Come provocatoriamente suggerito da Jack Balkin «la libertà di parola è un triangolo» (J. M. BALKIN, 2018).

⁸ Il primo utilizzo in senso figurato del termine *gatekeeper* si deve a Kurt Lewin che lo usò per descrivere il ruolo di una moglie o di una madre nel decidere quali cibi presentare in tavola (K. LEWIN, *Frontiers in Group Dynamics*, in *Human Relations*, 1947).

⁹ Questa metafora, di stampo liberale classico, le cui radici filosofiche risalgono ai lavori di John Milton (*Areopagitica*, 1644) e James Stuart Mill (*Sulla libertà*, 1859), è stata poi utilizzata nei pareri della Corte suprema degli Stati Uniti. In primis, nella *dissenting opinion* del giudice Holmes nella decisione del caso *Brahm vs. United States* (1919) e, successivamente, nell'opinione concorrente del giudice Douglas nella decisione della caso *Rumely vs. United States* (1953). Sui pericoli di una ricezione supina di tale metafora nell'ambito digitale, cfr. O. POLLICINO, 2017.

¹⁰ Quello delle autorità private (o poteri privati) è tema antico, frequentato tanto dalla dottrina privatistica (si ricordi per tutti il libello *Le autorità private* di Cesare Massimo Bianca del 1977) quanto da quella pubblicistica (per la quale non si può non richiamare la monografia di Giorgio Lombardi *Potere privato e diritti fondamentali* del 1967). Pure nella letteratura straniera il tema ritorna dapprima nei cosiddetti «private interest governments» di Wolfgang Streeck e Philippe Schmitter e poi, su tutti, nella vastissima produzione scientifica di Gunther Teubner.

¹¹ Cfr. N. PETIT, 2020.

¹² In *vox.com*, 2 aprile 2018. Ancora, F. Pasquale, con riferimento alla piattaforme digitali nota che «they were private companies, but they controlled vital resources and enjoyed a power similar to that of a public authority» (F. PASQUALE, 2015).

¹³ Autorevolmente suggerite da G. PITRUZZELLA, 2018, 47.

Di fronte ai cambiamenti epocali passati in rassegna, possiamo mantenere inalterati i vecchi schemi concettuali, elaborati avendo a mente il potere pubblico come unico pericolo da cui difendersi?

Oppure dobbiamo tentare di adeguarli a una nuova realtà, imposta dal travolgente sviluppo tecnologico, prendendo coscienza del fatto che una minaccia alla libertà di espressione oggi può venire anche (e soprattutto) da soggetti privati?

«Dancing in the street» fu il commento Alexander Meiklejohn, filosofo del diritto¹⁴, a una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America (New York Times Co. v. Sullivan, 1964) che aveva negato il potere dello Stato di intervenire su chi esercita la propria libertà di manifestazione del pensiero.

Cosa succede, oggi, alla luce del ruolo sempre più preponderante dei poteri privati? Si può ancora «ballare per strada»¹⁵?

Il primo passo è certamente analizzare il ruolo svolto dalle piattaforme digitali e comprendere i mutamenti profondi che la libertà di manifestazione del pensiero sta subendo per poter immaginare quali rimedi possa (ancora) offrire il costituzionalismo.

5.1 La moderazione dei contenuti

L'attività che più riflette la capacità delle piattaforme di incidere sulle dinamiche di esercizio della libertà di espressione è quella di moderazione dei contenuti.

Quest'ultima rappresenta l'insieme dei meccanismi di *governance* che strutturano la partecipazione a una comunità online, al fine di favorire la cooperazione tra gli utenti e prevenire la commissione di abusi.

La moderazione è attività connaturale all'esistenza stessa della piattaforma sul web e, contrariamente a quanto si è tentato inizialmente di sostenere, non è un'attività neutrale¹⁶.

Nel dizionario leggiamo che 'moderare' significa «contenere entro giusti limiti». Nel caso dei contenuti *online*, equivale a dire che le piattaforme digi-

¹⁴ Si veda la citazione riportata in H. KALVEN, JR., *The New York Times Case: A Note on «The Central Meaning of the First Amendment»*, *Supreme Court Review* 191, 1964, 221, nt. 125.

¹⁵ Così G. CONTI, 2018.

¹⁶ «Queste piattaforme tecnologiche, infatti, sono tutt'altro che neutrali, essendo prodotte da poche (e ricchissime) società commerciali che realizzano larghissimi profitti attraverso la raccolta, l'elaborazione e la vendita dei dati personali degli utenti che le utilizzano, fornendo sia informazioni che valutazioni realizzate attraverso l'elaborazione di questi dati» (A. SIMONCINI, 2019: 70).

tali hanno il potere di stabilire i confini entro i quali gli utenti possono esprimere il proprio pensiero.

La moderazione, dunque, non è solo un insieme di regole tecniche, ma contribuisce a definire lo *standard* di protezione della libertà di espressione in ambito digitale.

In senso lato, l'attività in esame comprende due diversi aspetti. Il primo si riferisce alla rimozione dei contenuti contrari alle condizioni d'uso del servizio, nonché all'imposizione di sanzioni (ad esempio, la sospensione o cancellazione del profilo) a carico di chi li abbia postati: si parla in questo caso di moderazione «in senso stretto» o di *hard moderation*. Il secondo aspetto, invece, si riferisce all'organizzazione, distribuzione e disseminazione dei contenuti stessi, attraverso una loro gerarchizzazione atta a migliorare l'esperienza degli utenti. A questi sono offerti, infatti, i contenuti che più possano loro interessare: si parla, con riferimento a tale attività, di «cura dei contenuti» (o *soft moderation*).

In entrambi i casi, ciò che risulta evidente è la dimensione tutta contrattuale, e quindi privatistica, in cui si colloca l'attività di «moderazione/raccomandazione» svolta dalle piattaforme.

Un'attività attraverso cui, nel vuoto della regolazione pubblica e con il favore dell'elevata tecnicità degli spazi e degli strumenti utilizzati, rischia di delinearsi un ordinamento giuridico autonomo, «autoprodotto» dalle medesime piattaforme e nel quale le stesse svolgono sempre più attività un tempo di esclusivo appannaggio del potere statale¹⁷.

5.2 Le piattaforme digitali creano diritto

Come detto, attraverso la moderazione dei contenuti le piattaforme digitali «governano» l'esercizio della libertà di espressione in Rete.

Gli strumenti che gli intermediari usano per «governare», tuttavia, non sono leggi create da un parlamento democraticamente eletto, ma piuttosto regole stabilite in documenti contrattuali variamente denominati: «termini di servizio», «condizioni d'uso», «standard della comunità», ecc¹⁸.

Questi ultimi sono sì, formalmente, accordi tra privati, eppure hanno caratteristiche evidenti che li avvicinano a vere e proprie fonti normative¹⁹.

¹⁷ Cfr. R. NIRO, 2021: 1379-1380.

¹⁸ Per comodità di esposizione si utilizzerà nel prosieguo l'acronimo *ToS* (*Term of Service*).

¹⁹ Nel 2009, Mark Zuckerberg ha definito i termini di servizio «il documento di governo in base al quale vivremo tutti»: *Update on Terms*, Facebook, 17 febbraio 2009.

In primo luogo, i *ToS* si applicano a milioni di persone. Se si considera la posizione monopolistica di cui le grandi piattaforme godono sul web e il fatto che non sia possibile per un utente esprimere il proprio pensiero al di fuori dell'utilizzo delle stesse, si potrebbe sostenere che i termini di servizio si applicano a tutti gli utenti del web (così come le norme statali si applicano a tutti i cittadini).

In secondo luogo, i *ToS* non sono – generalmente – il frutto di un incontro simmetrico di volontà: l'utente non ha possibilità di negoziare le clausole contenute nei *ToS* sebbene, tramite l'accettazione delle stesse, stia conferendo alla piattaforma il diritto di tenere condotte limitative (se non *tout court* espropriative) dei propri diritti costituzionali.

Non sono mancati tentativi di comparazione di questi accordi a documenti di natura costituzionale²⁰.

Quello che è certo è che, comunque li si voglia qualificare, questi documenti hanno dato corpo a un vero e proprio «diritto dei privati», ossia «quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo» (W. Cesarini Sforza, 2018).

Come detto, tuttavia, i *ToS* scontano un totale difetto di legittimazione democratica e, pur avendo un fondamentale impatto su come gli utenti possono esercitare i propri diritti in Rete, «are a poor way to articulate the rights of users and the responsibilities of platforms» (N. P. Suzor, 2019: 167).

I termini di servizio delle principali piattaforme sono quasi sempre progettati per massimizzare il potere discrezionale dei fornitori e per minimizzare la loro responsabilità, mantenendo i processi di *governance* al di fuori della portata della revisione di qualsiasi standard legale esterno.

Le piattaforme digitali esercitano, dunque, un potere para-legislativo che si affianca a quello dell'autorità pubblica. Tuttavia, a differenza di quest'ultima, esse non sono tenute a rispettare le garanzie costituzionali.

Questo scenario di sostanziale particolarismo giuridico, che mette in crisi il sistema stesso delle fonti²¹, descrive oggi un'altra «legalità», quella delle

²⁰ E. CELESTE, 2018: 122, si interroga sul possibile «tono costituzionale» dei *ToS*, ravvisandolo al momento solo nei termini di servizio di Facebook, ma riconoscendo l'inizio di una nuova tendenza in lenta ascesa. In un recente articolo incentrato sulla *governance* delle piattaforme online, Nicolas Suzor ha sostenuto che i termini di servizio dei social i termini di servizio dei social media regolano di fatto la distribuzione del potere «come documenti costituzionali», anche se, da un punto di vista formale, sono solo contratti tra parti private (N. SUZOR, 2018: 8).

²¹ «Il sistema delle fonti appare così definitivamente deflagrato, non più solido sistema piramidale, e neppure più rete gettata in una modernità liquida, ma presenza evanescente in un mondo dematerializzato. E se fino ad oggi la particella fondamentale dell'ordinamento giuridico, la norma giuridica fonte del diritto oggettivo, era chiaramente percepibile e riconoscibile nelle forme di un comando formulato da una qualche istituzione politica, nell'ambiente digitale quello che Grossi definisce come «ordinamento osservato» [P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, 2003] è il risultato dell'obbedienza a regole poste da poteri (non più pubblici, ma) privati, cui pare molto difficile sfilare lo scettro del comando» (E. CREMONA, 2022: 1241).

piattaforme («*rule of platform*»: G. De Gregorio, 2022: 1456) che si pone in diretta competizione con lo stesso principio di legalità, qui inteso come principio di legalità costituzionale, ossia come necessaria compatibilità della legge con i principi costituzionali.

Il rischio è che questi attori privati sviluppino un insieme di norme private che si scontrano con i valori pubblici «proprio quando le loro libertà economiche si trasformano in forme di potere» (O. Pollicino, 2021).

5.3 Le piattaforme digitali applicano il (proprio) diritto

Quello legislativo non è il solo potere «privatizzato» in ambito digitale.

Nell'ambito dell'attività di moderazione, i prestatori di servizi svolgono anche funzioni para-giudiziarie, rispecchiando in alcuni casi il ruolo delle corti.

Le piattaforme digitali godono, infatti, di piena discrezionalità nell'applicare le (proprie) regole sulla circolazione del pensiero, decidendo arbitrariamente quali contenuti debbano prevalere e quali debbano essere rimossi.

Si tratta, a tutti gli effetti, di una vera e propria attività di «censura privata»²².

Non solo le piattaforme si sono surrogate al ruolo delle corti, ma ne hanno addirittura istituite di proprie.

In questo senso, esempio paradigmatico è l'Oversight Board di Facebook, un organismo assimilabile a una vera e propria corte interna, con il compito di adottare decisioni motivate e vincolanti in merito ai contenuti pubblicati dagli utenti sul social network²³.

Il Board rappresenta, dunque, un modello di protezione dei diritti di tipo privatistico, alternativo a quello statale, il quale decide secondo principi e valori fissati a discrezione della piattaforma, fortemente influenzati dal modello di business della stessa e formulati in modo estremamente vago e sfuggente.

Questa tendenza all'applicazione «privatizzata» dei diritti, tuttavia, crea non pochi problemi.

Il diritto costituzionale ci ha insegnato che, quando sono in gioco i nostri diritti fondamentali, abbiamo il diritto di aspettarci il massimo grado di legittimità.

²² Sul tema si veda, ampiamente, M. MONTI, 2019.

²³ La pronuncia del *Board* che ha suscitato maggiori riflessioni è che, probabilmente, «ha costituito il momento in cui il mondo intero ha preso coscienza dell'importanza dell'organismo costituito da Facebook e del potenziale impatto delle sue decisioni» (A. IANNOTTI DELLA VALLE, 2021: 155) è stata sicuramente quella di sospendere permanentemente gli account di Donald Trump, all'epoca Presidente degli Stati Uniti, in considerazione dei post pubblicati a seguito dei fatti di Capitol Hill a Washington del 6 gennaio 2021, considerati apologetici delle violenze di quella giornata: cfr. OB, Case decision 2021-001-FB-FBR.

Legittimità, quando parliamo di decisioni di coloro che hanno potere su di noi, significa che le decisioni sono prese secondo una serie di regole e che chi decide ne è responsabile.

Una delle principali espressioni della legittimità nel diritto è il *rule of law*: le regole di una società dovrebbero essere create e applicate in un modo che sia prevedibile ed equo.

Il rispetto di tale principio è una precondizione per garantire la parità di trattamento davanti alla legge, tutelare i diritti fondamentali, prevenire l'abuso di potere da parte delle autorità pubbliche e ritenere responsabili gli organi decisionali. Pertanto, il principio del *rule of law* è un baluardo costituzionale²⁴ che limita l'esercizio delle autorità al di fuori di qualsiasi limite costituzionale e garantisce che questi limiti rispondano a uno schema costituzionale comune.

Nell'ecosistema digitale, il principio del *rule of law* è sotto pressione.

Se lo stesso, almeno in astratto, costituisce un limite paradigmatico in relazione ai poteri pubblici (rispetto ai quali è stato concepito e si è nel tempo evoluto), lo stesso non può dirsi in relazione ai soggetti privati che, in mancanza di regolamentazione, non sono tenuti a rispettare le garanzie costituzionali. In questo caso, le minacce per il suddetto principio sono diverse e legate alla mancanza di trasparenza, imparzialità e responsabilità.

Ecco perché l'attività delle piattaforme crea preoccupazioni non solo per ragioni legate alla tutela dei diritti ma anche, più ampiamente, per il sistema dei valori democratici.

6. LA GOVERNANCE DI INTERNET

Il ruolo dei poteri privati in Rete ha dato corpo a un ampio dibattito sulla necessità o meno, e sulle eventuali modalità, di regolamentazione del cyberspazio.

Sin dagli albori di Internet, tale questione – meglio conosciuta come *Internet governance* – ha visto confrontarsi due differenti visioni: quella di coloro che ritengono necessario un intervento regolativo *ad hoc* da parte delle autorità pubbliche (c.d. *regulation up*) e quella di chi sostiene, al contrario, che nel contesto virtuale si dovrebbe favorire il fenomeno dell'autoregolazione

²⁴ Secondo le parole del presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Robert Spano, il *rule of law* rimane una «stella polare» sia nel mondo *offline* che in quello *online*. Secondo lo stesso, «[t]he law must be transparent, stable, foreseeable and allow for mechanisms of dispute resolution that are independent and impartial. Moreover, law must not only apply to the people, but also, and even more crucially, to those that hold the reins of power at any given moment» (R. SPANO, 2021).

delle piattaforme (c.d. *deregulation down*) più consona a disciplinare questo nuovo contesto, grazie alle maggiori competenze tecniche e alla capacità di costante aggiornamento, oltre che l'unica in grado di superare i limiti territoriali su cui si fondano i modelli tradizionali di *government*.

Le due visioni contrapposte richiamano la dicotomia greca tra *cosmos* e *taxis*: un ordine spontaneo, endogeno e auto-regolato, non asservito ad alcuna sovranità esterna, nel primo caso; un'azione esogena ed etero-imposta dall'alto, nel secondo caso²⁵.

Inizialmente – sull'onda dell'entusiasmo dettato dall'idea che l'avvento di Internet fosse preludio di un «mondo nuovo», in cui ciascuno avrebbe trovato, senza ostacoli e senza condizionamenti, diversi da quelli tecnici, un proprio spazio di libera espressione – si è scelto di escludere qualsiasi ruolo dei pubblici poteri nella gestione della Rete, «consegnata «chiavi in mano» ai privati» (M. Manetti, 2020: 41).

Un primato dell'autonomia sull'eteronomia, che – come si è visto – ha messo in profonda crisi il diritto pubblico.

In questa prima fase, Europa e Stati Uniti, guardando a Internet «come motore d'innovazione ed emancipazione delle libertà dal controllo pubblico» (G. De Gregorio, 2022: 1458), hanno agito nello stesso modo, decidendo di dotare i *provider* di una speciale immunità, che li esonerava da responsabilità per le condotte illecite di terzi²⁶.

Con il passare del tempo, però, e con l'accentuarsi del ruolo svolto dalle piattaforme digitali in relazione alle libertà degli utenti, l'identificazione di Internet come «heaven of the self-regulation»²⁷, e la ritenuta idoneità dell'autoregolazione a creare dal nulla un ordine equilibrato, si sono rivelate idee se non errate, quantomeno ingenue.

Ciò che non è stato adeguatamente ponderato è la mancanza di neutralità delle infrastrutture digitali, le quali prendono decisioni in base ai propri modelli di business, indipendentemente dagli interessi degli utenti e, anzi, anche a costo del loro sacrificio.

Mentre gli Stati Uniti sono rimasti ancorati a una visione liberale del mondo digitale, in ambito europeo è andata diffondendosi la preoccupazione che

²⁵ Cfr. G. BAZZONI, 2022: 203.

²⁶ Tale immunità è stata consacrata negli Stati Uniti dalla sezione 230, par. 1 e 2, del Communication Decency Act, approvata dal Congresso nel 1996, mentre in Europa si è tradotta negli artt. 12-15 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico (recepita in Italia con il D.lgs. n. 70 del 2003).

²⁷ Come ricordato da G. DE MINICO, 2013: nt. 7, la paternità della tesi si deve all'Electronic Frontier Foundation, il cui leader, L. P. Barlow, arrivò a sostenere che «Governments of Industrial World, you weary giants and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. Yet are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather».

l'attribuzione a questi soggetti tecnologici di un potere regolatorio così significativo, senza alcun controllo esterno, potesse comportare un pregiudizio grave e irreparabile alla posizione degli utenti che si interfacciano con tali entità.

Affidare le regole e le decisioni sulle libertà fondamentali ai poteri economici che operano su Internet, vale a dire ad «un'incontrollata autoregolazione dei «governi privati di interessi»», avrebbe esposto la Rete «al pericolo di un'involuzione neocorporativa ed egoistica, conseguenza inevitabile dell'assenza di una guida eteronoma e orientata al bene comune» (G. De Minico, 2011: 26).

È, dunque, parsa sempre più impellente la necessità di una regolazione pubblica a tutela delle libertà che si esplicano nel mondo digitale e, di conseguenza, di un quadro vincolante a definizione dei rispettivi ruoli del diritto e dell'autoregolamentazione²⁸.

Di questa esigenza di regolamentazione si è fatta carico l'Unione europea la quale ha assunto un ruolo di primo piano nell'affrontare le sfide sollevate dall'esercizio dei poteri privati in Rete, adottando una strategia orientata alla tutela dei diritti fondamentali e dei valori democratici.

Lo scorso 5 luglio, il Parlamento Europeo ha approvato in via definitiva il c.d. Digital Services Package, un pacchetto di norme composto dal Digital Services Act (DSA) e dal Digital Markets Act (DMA), la cui ambizione è quella di riformare lo spazio digitale europeo, nel senso di assicurare ai cittadini-utenti europei una più efficace tutela sia come consumatori che come titolari di diritti fondamentali.

Presentato come una svolta «storica» nella disciplina del web, il pacchetto di norme si connota per una logica regolativa in netta rottura rispetto al passato, in quanto cerca maggiore dialogo tra gli strumenti pubblici di regolazione e quelli privati²⁹.

Per quello che più pertiene alla presente analisi, il Digital Services Act introduce importanti novità in relazione all'attività di moderazione dei contenuti, imponendo significativi oneri procedurali a carico delle piattaforme, nel segno della trasparenza e dell'*accountability*.

²⁸ *Onde convenne legge per fren porre*, avrebbe detto Dante. Queste parole (la cui parafrasi potrebbe essere «Quindi fu necessario istituire delle leggi per porre un freno») ben si prestano a descrivere la sentita esigenza di regolamentazione del mondo digitale. Constatando la deriva della società in cui viveva, Dante invoca la legge come rimedio. Ovviamente, la legge a cui si riferisce il Sommo Poeta è quella divina. Non è certo questo il riferimento che si intende fare in questa sede, ma – volendo trasporre il concetto nel concreto delle presenti riflessioni – si può condividere l'idea che il potere privato del web necessiti di una regolazione (e di una conseguente legittimazione) per così dire «dall'alto».

²⁹ Un pacchetto regolativo che si strutturerebbe «quale soluzione transattiva tra le dicotomiche visioni di regulation up e deregulation down e, dunque, quale nuova sintesi tra taxis e cosmos»: (G. BAZZONI, 2022: 203).

Ciò che non sembra cambiare, tuttavia, è l'impostazione di base seguita con riguardo alle modalità e ai criteri di intervento delle piattaforme private. Un'impostazione che continua ad assegnare proprio a queste ultime il potere (sostanziale) di effettuare gli interventi di moderazione, individuando quali contenuti ammettere e quali rimuovere (di fatto, quindi, un potere di autoregolazione)³⁰.

L'impianto del Digital Services Act tende a introdurre misure di carattere soprattutto procedimentale (comunque indispensabili), ma non fornisce le regole sostanziali utili a definire quali siano le manifestazioni del pensiero vietate, cosicché «this task is delegated to the private self-regulation» (G. De Minico, 2021: 16.).

La conseguenza è che, in questo modo, le regole che devono presiedere al bilanciamento tra gli interessi in conflitto non saranno necessariamente l'attuazione dei valori costituzionali di riferimento delle comunità nazionali, e quindi espressione del perseguimento dell'interesse generale, ma si ridurranno a essere il prodotto di una contrattazione: «il proceduralismo non è di per sé una garanzia contro l'ingiustizia» (M. Betzu, 2021: 172).

Regulatory challenge e *regulatory opportunity* sembrano, pertanto, ancora rincorrersi.

Per recuperare la Rete al circuito democratico e scongiurare definitivamente il rischio che le nuove tecnologie finiscano col limitare la libertà e col diventare nuove forme, per di più ineluttabili e particolarmente efficaci, di disciplina e controllo, non può che auspicarsi un ritorno al principio di gerarchia delle fonti, che vige tanto nel nostro ordinamento giuridico quanto in quello internazionale. In tale ottica, non solo il diritto pubblico (ossia proveniente dalla pubblica autorità) dovrà dare un fondamento alla competenza della *self-regulation*, ma dovrà anche fornire linee guida per la regolamentazione sostanziale da adottare e delineare le caratteristiche strutturali del regolatore privato in modo che siano rispettate la rappresentatività e la democraticità dei suoi processi decisionali.

In altre parole, occorre trasporre nel contesto *online* l'*acquis* costituzionale *offline* dei paesi democratici: così come esiste *offline* un preciso rapporto di sovra ordinazione dei valori fondamentali sulle libertà economiche, così il medesimo ordine andrà rispettato nella realtà virtuale.

³⁰ Sul punto, G. DE MINICO, 2021, osserva che «the DSA does not specify when news have to be removed because they stop being a lawful exercise of a fundamental right and become an illegal act, damaging the rights of other parties and. Hence, the norm in blank about misleading information opens the way for self-regulation codes or, more precisely, for private platforms (Google, FB, YouTube, *et alii*) mark the borderline between right and wrong, good and evil».

7. E QUINDI, IL COSTITUZIONALISMO?

Per concludere, torniamo all'oggetto che ha dato origine a queste riflessioni: il rapporto tra tecnologia e diritto.

Come detto, si tratta di una relazione che è sempre esistita e che ha già occupato costituzionalisti di diverse epoche.

A questo punto possiamo però aggiungere un terzo fattore: i poteri privati.

Tecnologia-diritto-poteri privati è un trinomio che conferisce alla problematica una dimensione del tutto nuova che porta a domandarsi quale sia lo spazio del diritto in questo nuovo scenario.

Quello che si è cercato di fare in queste riflessioni è portare in luce i pericoli a cui i diritti fondamentali degli utenti sono esposti laddove si pensi alla Rete come qualcosa di completamente avulso dal dettato costituzionale, da intendersi come quel bagaglio di valori e di strumenti di garanzia che accomunano i paesi democratici.

Come visto, le sfide che la tecnologia digitale pone al diritto costringono il giurista a rivedere categorie tradizionali, dal concetto di fonte del diritto e di produzione normativa alle garanzie dello stato di diritto, senza però cadere nella tentazione «di ritenere che le coordinate ordinamentali fondamentali siano ormai definitivamente erose se non superate» (G. Tarli Barbieri, 2021: 7-8).

I fondamentali (ossia «quegli elementi, normalmente indiscussi, costitutivi della scienza costituzionalistica», G. Azzariti, 2013) non sono mutati, ma vanno sottoposti al vaglio della critica, onde verificarne la reale consistenza alla luce delle pratiche del presente.

Di fronte ai pericoli generati dal monopolio dei poteri privati in Rete, è quanto mai urgente riaffermare le ragioni del costituzionalismo delle origini, rimodellandone i presupposti a partire dal suo «fondamento utopico» (G. Azzariti, 2013): «limitare il sovrano», e in tal modo dare «regole ai poteri» e «garantire i diritti».

Ora, non si può negare che la tecnologia abbia determinato sostanziali trasformazioni sia nel soggetto (la sovranità) sia negli oggetti (i poteri e i diritti) che il costituzionalismo moderno pretende di regolare, rendendo «ben più complesso il suo compito, e forse anche più elevata la sua utopia» (G. Azzariti, 2013).

Eppure, queste trasformazioni – pur essendo lungi dall'aver trovato approdi ed equilibri definitivi, e pur lasciando intravedere sullo sfondo conflitti, aporie, nodi problematici – «non conducono necessariamente a esiti di dissoluzione delle ragioni del costituzionalismo; anzi in qualche misura le rafforzano» (G. Azzariti, 2013).

Occorre dare attuazione ai principi costituzionali che rappresentano gli insostituibili strumenti «di civilizzazione dei rapporti umani» proseguendo «la lotta all'arbitrio, la limitazione, il contenimento, la frammentazione del potere» (G. Ferrara, 2008: 377). Anche dell'immenso potere privato che governa il mondo digitale (M. Betzu, 2021: 191).

Per dare conto dell'imponente impatto della tecnologia sulle categorie del costituzionalismo moderno si è proposto di parlare di costituzionalismo «digitale».

Pur condividendo le preoccupazioni di chi preferisce un «costituzionalismo senza aggettivi»³¹, si ritiene l'espressione comunque funzionante laddove si intenda l'aggettivo 'digitale' come diretto non a qualificare il sostantivo che accompagna, quanto piuttosto a collocarlo in una nuova dimensione, quella digitale appunto.

Il costituzionalismo digitale condivide i valori fondanti e le formalità generali del costituzionalismo contemporaneo, ma si concentra sul contesto specifico interessato dall'avvento della tecnologia digitale³².

Non si vuole, dunque, proporre l'idea di un «nuovo» costituzionalismo, per così dire «tecnologico», quanto piuttosto ripensare e rielaborare le categorie del costituzionalismo, declinare il costituzionalismo «alla luce dei cambiamenti prodotti dall'erompere della tecnologia nelle nostre vite e nelle nostre comunità, in quella che è stata definita «la nuova civiltà digitale»» (T. E. Frosini, 2020).

È in questo senso che il costituzionalismo deve farsi «digitale».

Le esperienze europee del secondo dopoguerra hanno tentato di superare le fratture scatenate, nei primi decenni dello scorso secolo, dalle pulsioni pluraliste delle correnti sociali marginalizzate dall'ordine socioeconomico allora esistente attraverso l'inclusione di queste ultime nella cornice costituzionale; è pacificamente condiviso che le Costituzioni del secondo dopo-guerra altro non siano che la risposta politica alla prima crisi, di natura endogena, dello Stato³³. Attraverso la «cattura costituzionale del potere economico» (M. Luciani, 1996: 161), sono state rinnovate le stesse basi dello stato di diritto, che sino a quel momento si era limitato a tradurre in organizzazione stabile l'esigenza borghese di sottomissione del potere politico al diritto.

³¹ L'espressione è di M. LUCIANI, 2021: 7. Secondo l'A., la ragione di tale preferenza dottrinale risiede «nella volontà di salvaguardare le categorie tradizionali del costituzionalismo». Pertanto, sempre secondo Luciani «la teorizzazione di un vero e proprio costituzionalismo digitale [...] costituisce un azzardo, di dubbia utilità sul piano dell'inquadramento dommatico dei problemi [...]. Le nostre categorie, dunque, restano intatte anche a fronte di sfide come quella dell'innovazione tecnologica o quella dell'apparente dissoluzione del territorio».

³² Così E. CELESTE, 2019: 76-99.

³³ Cfr. C. CARUSO, 2013.

Il compito del costituzionalismo digitale è ora quello di trovare un modo per regolare un potere che è distribuito tra molti attori all'interno di sistemi complessi con molte componenti separate che interagiscono. Allo stesso tempo, deve anche assicurare che ci siano appropriati limiti esterni all'autonomia di questi sistemi che riflettano le aspettative di legalità tipiche del pensiero democratico.

Occorre recuperare un sistema istituzionale capace di garantire sufficienti *standard* di prevedibilità per le decisioni concernenti i diritti umani e, allo stesso tempo, un'articolazione dei poteri che sia coerente con i principi fondanti delle democrazie costituzionali.

Come detto, questo è un «momento costituzionale», un'opportunità per ripensare dalle fondamenta il modo in cui il potere digitale è strutturato e limitato.

Se pensiamo al costituzionalismo come ad «un «sistema» caratterizzato dalla necessità di appoggiarsi su una struttura in costante equilibrio» (P. Costanzo, 2012: 6) possiamo senza dubbio constatare il fatto che la tecnologia digitale abbia scombussolato tale struttura, minandone la stabilità.

Si condivide, tuttavia, l'idea che sia proprio lo stesso costituzionalismo a fornire gli ideali, i valori e i principi per ripristinare l'equilibrio perduto.

In conclusione, se il Seminario che ha dato occasione a questo *paper* titola «Costituzionalismo?» – ponendo tale principio come domanda – chi scrive condivide l'idea che *costituzionalismo* sia anche (e ancora) la risposta.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AZZARITI, G. (2013). *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza.
- BALKIN, J. M. (2018). *Free Speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review*.
- BASSINI, M. (2021). *Libertà di espressione e social network, tra nuovi «spazi pubblici» e «poteri privati»*. *Spunti di comparazione*, in *Riv. it. inf. dir.*
- (2019). *Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age*, in *European Law Journal*.
- (2019). *Internet e libertà di espressione*, Roma, Aracne.
- BAUMAN, Z. (2010). *Modernità e ambivalenza*, Torino, Bollati Boringhieri.
- BAZZONI, G. (2022). *L'evoluzione normativa dell'intermediazione digitale: nuovi profili di responsabilizzazione*, in *Riv. it. inf. dir.*
- BETZU, M. (2021). *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*.
- (2012). *Regolare Internet. La libertà d'informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino.

- CARUSO, C. (2013). *L'individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di Internet*, in *Quaderni costituzionali*.
- CELESTE, E. (2019). *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *International Review of Law Computers & Technology*.
- (2018). *Digital Constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology's Challenges*, *HIIG Discussion Paper Series*.
- (2018). *Terms of Service and Bills of Rights: New Mechanisms of Constitutionalisation in the Social Media Environment?*, in *International Review of Law, Computers & Technology*.
- CESARINI SFORZA, W. (2018). *Il diritto dei privati* (1929), Macerata, Quodlibet.
- CONTI, G. (2018). *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*.
- COSTANZO, P. (2012). *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, *Relazione al Convegno annuale AIC su «Costituzionalismo e globalizzazione»*.
- CREMONA, E. (2022). *Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia*, in *DPCE Online*.
- DE GREGORIO, G. (2022). *Il diritto delle piattaforme digitali: un'analisi comparata dell'approccio statunitense ed europeo al governo della libertà di espressione*, in *DPCE Online*.
- (2020). *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*.
- DE MINICO G. (2021). *Fundamental Rights European digital regulation and algorithmic challenge*, in *MediaLaws*.
- (2013). *Internet e le sue fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*.
- (2011). *Diritti Regole Internet*, in www.costituzionalismo.it.
- (2005). *Regole. Comando e consenso*, Torino, Giappichelli.
- DUNN, P. (2022). *Moderazione automatizzata e discriminazione algoritmica: il caso dell'hate speech*, in *Riv. it. inf. dir.*
- FERRARA, G. (2008). *Conclusioni*, in M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- FLORIDI, L. (2017). *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, Raffaello Cortina.
- FROSINI, T. E. (2021). *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*.
- (2020). *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *Collana di studi di Consulta OnLine*.
- (2019). *Liberté Egalité Internet*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- FROSINI, V. (2000) *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*.
- GHIDINI, G., MANCA, D., MASSOLO, A. (2020). *La nuova civiltà digitale. L'anima doppia della tecnologia*, Milano.
- GRANDINETTI, O. (2022). *Le piattaforme digitali come «poteri privati» e la Censura online*, in *Riv. it. inf. dir.*

- GROPPi, T. (2020). *Alle frontiere dello Stato Costituzionale. Innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*.
- IANNOTTI DELLA VALLE, A. (2021). *La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il «modello» dell'Oversight Board di Facebook*, in *federalismi.it*.
- LOBEL, O. (2016). *The Law of the Platform*, in *Minnesota Law Review*.
- LUCIANI, M. (2021). *Relazione conclusiva al Convegno del Gruppo di Pisa Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Università degli Studi di Genova, 18-19 giugno 2021, in *Rivista Gruppo di Pisa*.
- (1996). *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, n. 1/1996.
- MANETTI, M. (2020.). *Regolare Internet*, in *MediaLaws*.
- MIRKINE GUETZÉVITCH, B. (1933). *Droit Constitutionnel International*, Paris, Sirey.
- MONTI, M. (2019). *Privatizzazione della Censura e Internet Platforms: la libertà d'espressione e i nuovi Censori dell'agorà digitale*, in *Riv. it. inf. dir.*
- NIRO, R. (2021). *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolazione: note ricostruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*.
- PASQUALE, F. (2015). *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-London, HUP.
- PETIT, N. (2020). *Big Tech and the Digital Economy: The Moligopoly Scenario*, Oxford, OUP.
- PITRUZZELLA, G. (2018). *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*.
- POLLICINO O. (2021). *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in *MediaLaws*.
- (2017). *Digital Private Powers Exercising Public Functions: The Constitutional Paradox in the Digital Age and its Possible Solutions*.
- *Fake news, Internet and metaphors (to be handled carefully)*, in *Italian Journal of Public Law*.
- (2017). *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in Pitruzzella G.; Pollicino O.; Quintarelli S.; *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, Egea.
- RIMOLI, F. (2020). *Democrazia, populismo digitale e «neointermediazione politica»: i rischi del cittadino telematico*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, Collana di studi di *Consulta OnLine*.
- SIMONCINI, A. (2016). *The Constitutional Dimension of the Internet: Some Research Paths*, in *EUI Department of Law Research*.
- (2016). *Il costituzionalismo come «forma mentis»*. *Un'ipotesi di ricerca*, in Ruggieri A., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli.
- (2017). *Sovranità e potere nell'era digitale*, in Frosini T. E.; Pollicino O.; Apa E.; Bassini M. (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Firenze, Le Monnier.
- (2019). *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*.
- SIMONCINI, A.; CREMONA, E. (2022). *La AI fra pubblico e privato*, in *DPCE Online*.

- SIMONCINI, A.; LONGO, E. (2022). *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, in Micklitz H.-W. (e altri), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge, CUP.
- SORDI, B. (2020). *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, il Mulino.
- SUZOR, N. (2019). *Lawless: The Secret Rules That Govern our Digital Lives*, Cambridge, CUP.
- (2018). *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, in *Social Media + Society*.
- TARLI BARBIERI, G. (2021). *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche*, in *Osservatorio sulle fonti*.
- VENANZONI, A. (2018). *Internet e l'epoca delle Costituzioni capillari: il ruolo del costituzionalismo nella società digitale*, in *Cyberspazio e diritto*.

¿QUÉ PUEDE APORTAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS DIGITALES?

DANIEL JOVE VILLARES¹
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. *Introducción. La protección de los derechos ante el desarrollo tecnológico.*—2. *Los variados estatus normativos de los derechos digitales. Balance de situación.* 2.1 Las diferentes formas de reconocimiento de los derechos digitales. 2.2 Una panorámica general.—3. *El derecho a la protección de datos. Un posible modelo de referencia.* 3.1 Un proceso de consolidación y clarificación a considerar. 3.2 Una alternativa regulatoria a la dualidad de los entornos. 3.3 Lo que el cambio de modelo de protección del RGPD apunta.—4. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ANTE EL DESARROLLO TECNOLÓGICO

La era digital va más allá de las herramientas concretas a través de las que se manifiesta. La revolución tecnológica ha generado un auténtico cambio de paradigma en los modos de vivir: la forma en que nos percibimos, nos relacionamos e interactuamos, los modos en que se consolidan las posiciones ideológicas, se ejerce el poder o se desarrolla la disputa política, en definitiva, todos los elementos que dan sentido y, de un modo u otro, caracterizan a las socieda-

¹ Este trabajo forma parte del proyecto «Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política (NDH)», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el periodo 01/06/2020 a 31/05/2023. Código PID2019-111115GB-I00.

des democráticas se han visto alteradas por los efectos de unos ingenios técnicos que, además, se han convertido en indispensables². En la sociedad digitalizada, los medios electrónicos son imprescindibles para el ejercicio pleno de la condición de ciudadano.

Sin embargo, las tecnologías constituyen una espada de doble filo. Son cruciales para la mejora en la calidad de vida de la ciudadanía, pero, a la vez, ponen en riesgo los principios y valores sobre los que se han construido las sociedades democráticas desde las revoluciones liberales. Desde lo jurídico, se ha tratado de ofrecer respuesta a las amenazas y daños que pueden producirse en los bienes jurídicos de las personas a raíz del desarrollo tecnológico. Para ello, se han reconocido (con diferente grado de fuerza vinculante) ciertos derechos digitales.

Si el contexto es esencial para la interpretación y cognición de cualquier derecho, en la esfera virtual, se convierte en un condicionante que resulta imperativo considerar. Su influencia es de tal magnitud, que ha generado la necesidad de reconocer nuevos derechos y medidas destinadas a disciplinar las particularidades de ese ecosistema. No hay derecho sin contexto, y en los derechos digitales el contexto es un elemento esencial. Ahora bien, ¿por qué el contexto digital es un condicionante tan relevante? ¿Por qué el medio a través del que se despliegan los derechos importa tanto, si, al final, por más que traiga causa de una actividad *online*, las consecuencias las siguen padeciendo las personas físicas en su realidad *offline*? En efecto, lo que pasa en la Red no se queda en la Red, los daños los sufre la persona real, no su avatar³.

Comprender el desafío que el entorno digital supone para la salvaguarda de los derechos exige tomar en consideración la capacidad de la tecnología para generar escenarios nuevos, en los que las categorías jurídicas que hasta el momento servían quizá no terminen de resultar adecuadas o, en algunos casos, ni siquiera se cuente con los mimbres para poder confeccionar una respuesta satisfactoria. Ante un panorama semejante, no resulta extraño que, frente a cada nuevo problema que la realidad digital plantea, exista la tentación de proclamar un nuevo derecho con el que lograr cierta seguridad en un marco general plagado de incertidumbres.

² Además de los cambios en los comportamientos sociales y políticos, también se ven afectados los modos de producción, la estructura económica e incluso elementos como los espacios y los tiempos (TERCEIRO y MATÍAS, 2001).

³ La conformación de identidades digitales, unida a la relevancia del mundo en línea, puede terminar por tener efectos y consecuencias, pues la identidad digital expresa «las características particulares de una persona, pero al mismo tiempo [...] [contribuye a conformar la] propia identidad» de las personas (KNEIDINGER-MULLER, 2017, p. 63).

Desconozco cuál pueda ser el mejor modo de afrontar desde lo jurídico la ordenación de ese mundo nuevo que se está gestando en la Red (Rodotà, 2019). Se trata de un camino que estamos comenzando a transitar, con diversas opciones abiertas, y en el que no puede descartarse que su ordenación básica deba asignarse «a una constitución que fije sus principios rectores para garantizar la plena realización de los ciudadanos en el nuevo entorno» (Teruel Lozano, 2016, p. 240).

Sin embargo, sí estoy convencido de que, antes de incrementar la nómina de derechos digitales, es preciso analizar con detenimiento si existen remedios jurídicos suficientes en el ordenamiento jurídico vigente para afrontar la nueva situación o si, por el contrario, se está ante un desafío genuinamente nuevo y que, por tanto, requiere de una labor creativa. Sea cual sea el supuesto concreto que deba afrontarse, es preciso contar con referentes y aprender de las experiencias pasadas. Consecuentemente, a lo largo de este trabajo se expondrán las principales aportaciones que pueden obtenerse del proceso de consolidación del derecho a la protección de datos personales.

La elección de ese parámetro de referencia no es casual. Se trata de un derecho que se despliega en toda su magnitud y con toda su fuerza en el espacio virtual. Además, ha sido diseñado y se ha ido puliendo durante décadas para responder a los desafíos que los diferentes desarrollos de la informática han ido planteando. Por lo tanto, parece razonable colegir que, en su conformación, habrá superado retos similares a los que enfrentan los nacientes derechos digitales. Sin embargo, para poder evaluar debidamente los objetivos a lograr, conviene realizar un paso previo: conocer la situación de partida.

2. LOS VARIADOS ESTATOS NORMATIVOS DE LOS DERECHOS DIGITALES. BALANCE DE SITUACIÓN

2.1 Las diferentes formas de reconocimiento de los derechos digitales

La respuesta de los Estados frente a los riesgos surgidos al albur del desarrollo tecno-digital ha sido, con mayor o menor grado de intensidad y fuerza normativa, el reconocimiento de derechos digitales (Álvarez Robles, 2022). Derechos que, por el momento, están tratando de encontrar su lugar en el ordenamiento jurídico. En ese proceso de incorporación, pueden identificarse tres formas habituales de afrontar esta cuestión, a las que pueden adicionarse dos opciones que, si bien son más extraordinarias, entran dentro de lo posible.

2.1.1 LOS MODELOS DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DIGITALES MÁS HABITUALES

Los tres modelos generales de reconocimiento de derechos digitales tienen un elemento común, la apuesta por preservar los bienes jurídicos de las personas frente a las amenazas y riesgos del entorno digital. Sin embargo, difieren en la fuerza normativa con la que han revestido a esas proclamaciones.

La primera de las opciones consistiría en conferir rango legal y fuerza de ley a los de derechos digitales. En esta categoría, a su vez, deben distinguirse dos vías de actuación. Los reconocimientos singularizados de derechos y la articulación de cartas y/o declaraciones generales de derechos digitales. La primera de las posibilidades consiste en una actualización del marco normativo en atención a la aparición de nuevas realidades, problemas o necesidades. Consecuentemente, la modificación legislativa opera en ámbitos concretos y para sectores determinados. Este sería el caso del derecho a la desconexión digital reconocido en el marco de la legislación laboral francesa⁴ o, por proyectarlo a futuro, los derechos que se puedan reconocer a raíz del desarrollo de normativas destinadas a disciplinar el uso de la Inteligencia Artificial.

El reconocimiento legal de derechos digitales también puede canalizarse mediante su sistematización y agrupación en un único instrumento normativo (una carta o declaración de derechos). En este escenario, el hilo conductor y elemento de conexión temática es el medio en el que se aplicarían los derechos: el espacio digital. Esta ha sido la vía que ha escogido en Portugal⁵, plasmada en la *Lei n.º 27/2021*, de 17 de Maio⁶, por la que se aprueba la *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*.

El segundo de los modos de abordar el reconocimiento de los derechos digitales consiste en la adopción de instrumentos de *soft law* (declaraciones de principios, proclamaciones o guías de actuación). Este tipo de actuaciones buscan generar una conciencia y una cultura jurídica en torno a la protección de los derechos en ecosistemas *online*. Además, incentivan la adopción de prácticas

⁴ La desconexión digital fue incorporada al Código de Trabajo francés por la *LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*.

⁵ Sin el nivel de detalle y afán de completitud de la Carta portuguesa, pero con una clara vocación de establecer las bases para un entorno digital seguro, puede referenciarse la «*Canada's Digital Charter*» (https://ised-isde.canada.ca/site/innovation-better-canada/sites/default/files/attachments/1020_04_19-Website_Placemat_v09.pdf). La Ley destinada a su aplicar los principios que la inspiran se encuentra, a 30 de octubre de 2022, en fase de tramitación, si bien ya ha superado la primera lectura. Puede seguirse su tramitación en: <https://www.parl.ca/legisinfo/en/bill/44-1/c-27>.

⁶ Puede consultarse el texto de la Carta portuguesa en: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3446ytabela=leisyso_miolo.

éticas adecuadas y constituyen una orientación interpretativa de gran valía en un ámbito lleno de incertidumbre. Como contrapartida, carecen de fuerza vinculante, lo que no les impide ser un instrumento ciertamente relevante.

Ese es el espíritu que inspira la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, pues su objetivo es «explicar las intenciones políticas comunes [...] [,] servir como punto de referencia para las empresas y otros agentes pertinentes a la hora de desarrollar y aplicar nuevas tecnologías. [...] Debe[,] asimismo[,] guiar a los responsables políticos en sus reflexiones acerca de su visión sobre la transformación digital: una transformación digital centrada en los ciudadanos, basada en la solidaridad y la inclusión, y que recuerda la importancia de la libertad de elección, la participación en el espacio público digital, la seguridad, protección y empoderamiento, y la sostenibilidad»⁷.

La tercera de las posibilidades es una combinación de los dos modelos precedentes. En ella, algunos de los derechos vinculados al desarrollo digital están legalmente reconocidos y otros constan en instrumentos de *soft law*. El conjunto de derechos a los que se otorga protección legal coinciden, usualmente, con aquellos que ya contaban con cierto bagaje previo (ya sea doctrinal, jurisprudencial o, incluso, en la realidad material) o bien son previsiones cuya positivación no genera alteraciones graves en el normal desarrollo del ecosistema digital.

Sin embargo, esas proclamaciones de derechos no tienen una pretensión de completitud, esto es, no abarcan la totalidad de las reivindicaciones de protección frente a las amenazas y riesgos de la era virtual. Consecuentemente, se complementan con instrumentos sin fuerza normativa vinculante, pero que sirven para orientar, clarificar e, incluso, ampliar el acervo de derechos y posibilidades de actuación en el mundo *online*.

Este tercer escenario es el que se da, por ejemplo, en España. En el año 2018, a raíz de la necesidad de aprobar una nueva Ley Orgánica de Protección de Datos con la que adaptar el marco normativo español a las exigencias y condiciones establecidas en el Reglamento General de Protección de Datos⁸ (RGPD), se decidió incorporar a la Ley Orgánica de Protección de Datos un Título, el X, referido a «la garantía de los derechos digitales»⁹. La

⁷ Apartado 5 del Preámbulo de la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, de 26 de enero de 2022, puede consultarse el texto de la misma en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles>.

⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

⁹ Con el Título X, el legislador buscaba «abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales», que permitiesen la protección de la ciudadanía en tanto no se procediese a «una de-

relevancia de este aditamento es tal, que su cometido integra el nombre final de la norma: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDgdd). Más allá de lo adecuado¹⁰ que se pueda considerar este añadido a una normativa destinada, en principio, a la regulación de un único derecho fundamental —el derecho a la protección de datos—, lo cierto es que con ella se reconocen por primera vez en España, y con rango legal, derechos como el de la neutralidad de Internet (art. 80), el de acceso universal a Internet (art. 81) o la desconexión digital (art. 88), entre otros.

Desde el punto de vista de su naturaleza, los preceptos que reconocen esos derechos no han sido incluidos entre los que tienen naturaleza orgánica¹¹. No podía ser de otro modo. Ni son derechos constitucionalmente reconocidos, ni el legislador ha considerado que alguno de ellos sea el «desarrollo legislativo directo» (STC 6/1982, de 22 de febrero) de alguno de los derechos fundamentales incluidos en la reserva de Ley orgánica del art. 81 CE. Con todo, entre los contenidos del Título X de la LOPDgdd emerge una previsión que, por más que pueda ser una obviedad, es esencial recordar: «Los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte son plenamente aplicables en Internet» (art. 79 LOPDgdd). Esta proposición es crucial. El mundo virtual no es un salvaje oeste 2.0. Hay que insistir en que el Derecho y los derechos no se quedan en la puerta, sino que se aplican siempre, incluso aunque no lleven la coletilla de digital.

Posteriormente, en el año 2021, se ha elaborado una Carta de Derechos Digitales (en adelante, la Carta)¹². Este es un documento mucho más sistematizado, específico y especializado. En él se recogen toda una pléyade de derechos digitales, pero no tiene fuerza jurídica vinculante. De hecho, su objetivo no es «crear nuevos derechos fundamentales sino [...] perfilar los más relevan-

seable futura reforma de la Constitución» (apartado IV del preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales).

¹⁰ En una línea favorable, pero siendo consciente de la necesidad de reconocimiento constitucional, se pronuncia Rallo Lombarte (RALLO LOMBARTE, 2020). En otra sede, tuve ocasión de manifestar mis dudas acerca de la pertinencia de regular en la misma Ley y, además, anclando otros derechos en el mismo precepto constitucional (el art. 18.4 CE) en que se residencia un derecho tan complejo como es el de protección de datos (Jove Villares, 2018, pp. 96-97).

¹¹ La Disposición final primera establece que no tienen naturaleza orgánica «los artículos 79, 80, 81, 82, 88, 95, 96 y 97 del Título X».

¹² La Carta puede consultarse en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf.

tes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros»¹³.

En definitiva, la Carta tiene una función esencialmente orientativa, al ofrecer claridad aplicativa, tanto respecto del derecho fundamental a la protección de datos como en lo relativo a los derechos legalmente reconocidos en la LOPDgdd. Sin embargo, también incluye ciertos derechos (v. gr. los derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías) que no están reconocidos en instrumento normativo alguno. En ese tipo de proclamaciones parece anidar, junto a la función orientadora, la voluntad de poner de manifiesto la necesidad de abordar la regulación legislativa o incluso constitucional de esta cuestión. En este sentido, el artículo 23.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación refleja la fuerza inspiradora de la Carta, al presentarla como uno de los instrumentos justificativos para regular el uso de la Inteligencia Artificial¹⁴.

2.1.2 OTRAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DIGITALES

Las vías de reconocimiento que se han apuntado hasta el momento representan los cauces más habituales a través de los que se están incorporando derechos digitales a los ordenamientos jurídicos, pero no son las únicas opciones posibles, hay otras: la reforma de los textos constitucionales y la vía jurisprudencial.

En lo relativo a la incorporación de los derechos digitales a las constituciones de los Estados, se trata de una modalidad que, si bien ofrecería claridad acerca del estatus jurídico de estos derechos, entraña ciertas dificultades desde el punto de vista de su materialización. En efecto, no se trata solo de superar las exigencias reforzadas (tanto formales como político-sociales¹⁵) que caracterizan a los procesos de reforma, sino que también se ha de lograr una pro-

¹³ Consideraciones previas de la Carta de Derechos Digitales. En este sentido ahonda Barrio Andrés, en (BARRIO ANDRÉS, 2021).

¹⁴ El art. 23.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación señala que: «en el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente».

¹⁵ El rechazo a la propuesta de Constitución chilena acaecido en el referéndum del 4 de septiembre de 2022 pone de manifiesto la dificultad que entraña lograr un conjunto normativo que consiga aglutinar los apoyos sociales necesarios para convertirse en la Constitución de todo un país.

puesta en la que exista un encaje coherente y sistemático entre los derechos que se vayan a reconocer y los ya existentes.

Por lo tanto, a la hora de la plantear la posible incorporación de derechos para el entorno digital, parece prudente clarificar tanto su naturaleza jurídica como su contenido, especialmente en aquellos supuestos en los que pudieran suscitarse dudas acerca de si se trata de un derecho autónomo o la manifestación de otro constitucionalmente reconocido. Con ello quiere decirse que, al menos en opinión de quién escribe, más que crear una sección específica de derechos digitales, habría que apostar por una revisión general y sistemática de la parte dogmática de las constituciones, aclarando y ampliando (allí dónde proceda) el acervo iusfundamental de la ciudadanía.

En lo referente al reconocimiento jurisprudencial de derechos, se trata de un camino que ya ha sido transitado, como demuestra, p. ej. el derecho a la protección de datos que, en algunos países (Alemania, España), vio reconocida su condición de derecho fundamental por vía jurisprudencial¹⁶. La opción jurisprudencial tiene, por la propia estructura de los sistemas judiciales, varios grados de intensidad. Cuando la sentencia procede de un alto tribunal, el derecho en cuestión queda aquilatado, singularmente cuando el pronunciamiento procede de un tribunal constitucional, pero los tribunales superiores que culminan la estructura judicial pueden llegar a propiciar una situación semejante, al menos en la práctica diaria. Por otra parte, la utilización de estos derechos por los tribunales ordinarios, siquiera como criterio orientador, contribuye a generar el sustrato adecuado para que los derechos digitales puedan desarrollarse e instalarse en el imaginario colectivo y en la práctica jurídica, lo que no deja de ser un paso esencial para su consolidación normativa.

2.2 Una panorámica general

Las diferentes modalidades de reconocimiento de derechos digitales ponen de manifiesto las dificultades que entraña determinar su encaje constitucional y su estatus jurídico. Aunque la necesidad de configurar un marco normativo que responda de manera satisfactoria a los desafíos del desarrollo

¹⁶ En el caso alemán, el reconocimiento se produjo con la conocida sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley del Censo de 1983, BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983– 1 BvR 209/83 –, Rn. 1-215. En lo referente a España, por más que se contaba con legislación sobre protección de datos, no cabe duda que fue el Tribunal Constitucional, mediante una serie de sentencias de los años 90 y, singularmente con la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre del 2000, quien estableció su condición de derecho fundamental residenciado en el art. 18.4 CE y, sobre todo, clarificó su naturaleza de derecho autónomo y distinto.

tecnológico resulta evidente, las soluciones a adoptar no parecen estar tan claras. Seguramente, porque el espacio digital está en constante construcción y expansión y, por lo tanto, resulta mucho más complicado acotar los problemas y determinar cuáles serían las respuestas jurídicas más convenientes.

Junto a la incertidumbre inherente a una realidad en transformación, debe considerarse, también, la incidencia tanto de factores políticos (reformular la Constitución no es una cuestión que dependa de la naturaleza o necesidad de reconocer derechos adaptados al entorno digital, sino que exige, sobre todo, la existencia de voluntad política para impulsarla) como de las propias características de los derechos digitales. En efecto, se trata de derechos mucho más heterogéneos de lo que su denominación común, «derechos digitales», pudiera hacer creer. Bajo esa nomenclatura se esconden realidades de muy diversa naturaleza, desde derechos subjetivos a principios orientadores, pasando por «derechos» cuya autonomía y grado de conexión con otros está pendiente de clarificación y, por lo tanto, resulta difícil aventurar cuál pudiera ser la forma que finalmente acaben revistiendo. La clarificación de su estatus jurídico es crucial.

Con carácter general, a efectos puramente ilustrativos y sin ningún afán clasificatorio¹⁷, se pueden distinguir, al menos en el plano teórico, tres modalidades de derechos digitales: Derechos genuinamente nuevos, en este caso, se trataría de derechos que responden a finalidades que surgen con la era digital y que no cabría encajar –sin desnaturalizarlos– en categorías preexistentes. Es cierto que la aparición de una necesidad que no sea reconducible a algún presupuesto preexistente es difícil, pero los avances técnicos generan escenarios nuevos de manera constante, de ahí que, por una cuestión de prudencia, no deba descartarse esta eventualidad.

Derechos que son una versión 2.0 (o 5.0) de derechos ya existentes. Se trataría de concreciones o manifestaciones de derechos consolidados (herencia digital, educación digital, acceso a la cultura en el entorno digital...). En estos casos, es fundamental definir claramente tanto su estatus jurídico como la relación que guardan con los derechos con los que están emparentados.

Derechos en proceso de autodeterminación, esto es, derechos que podrían considerarse concreciones o manifestaciones de derechos clásicos, pero que reúnen algún tipo de condición (su objeto, su finalidad o lo asentados que estén en el imaginario colectivo) que los singulariza al punto de permitir des-

¹⁷ Cada derecho digital precisaría de un estudio particularizado en el que se identificase el bien jurídico que protege y se pusiese en relación con los derechos preexistentes, para poder identificar tanto la novedad como la pertinencia de su existencia. Además, no se puede establecer una respuesta global, sino que habría de atenderse a la realidad jurídica de cada país

vincularlos del derecho matriz con el que pudieran estar conectados. Esta situación vendría representada por la desconexión digital en relación con el derecho al descanso (Vallecillo Gámez, 2017) o el derecho de acceso a Internet respecto de la libertad de expresión¹⁸.

De la pluralidad de variables a considerar a la hora de articular una respuesta jurídica adecuada frente a los desafíos e interrogantes que la protección de los derechos en el entorno digital demanda, destacan: la naturaleza de los derechos y la forma en la que estos se regulan/reconocen. Aunque son problemas distintos, están íntimamente conectados y ponen de manifiesto la necesidad de ahondar en el estudio de los derechos en entornos virtuales. Sin embargo, existen precedentes, como el proceso de conformación del derecho a la protección de datos, que pueden servir como faro durante esta etapa de transformación y consolidación.

3. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS. UN POSIBLE MODELO DE REFERENCIA

3.1 Un proceso de consolidación y clarificación a considerar

Extraer lecciones de las experiencias vividas forma parte esencial del proceso de aprendizaje. Desperdiciar el bagaje que representan los más de cincuenta años¹⁹ de desarrollo y consolidación del derecho a la protección de datos sería un error, sobre todo si se toma en consideración que, probablemente, se trata del primer derecho fundamental eminentemente digital. Sin embargo, su consideración jurídica no ha sido estática, sino que ha evolucionado sustancialmente hasta ser la que hoy es. Baste recordar que, durante muchos

¹⁸ Sobre este derecho y sus particularidades, *vid.* (ÁLVAREZ ROBLES, 2021) y (ÁLVAREZ ROBLES, 2020). Sobre su conexión con otros derechos y los retos para considerarlo un derecho autónomo, *vid.* (TULLY, 2014).

¹⁹ En realidad, la conceptualización de las características definitorias de lo que hoy se conoce como derecho a la protección de datos tienen más de 50 años. En los años sesenta del siglo xx, autores como Prosser, Bloustein, Fried o Miller ya teorizaban acerca de la necesidad de establecer mecanismos que asegurasen el control sobre la información personal frente a los riesgos provenientes de las nacientes tecnologías de la información. Sobre esta el proceso de conformación de la idea de privacidad y su desarrollo por los autores mencionados, *vid.* (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2004, pp. 67-95).

En el plano normativo se puede tomar como punto de partida la Ley de protección de datos del Land de Hesse de 1970 (por ser el primer instrumento jurídicamente vinculante). De principios de la década de los setenta son también la Datalag sueca de 1973, que es la primera de carácter nacional, así como la Privacy Act estadounidense de 1974.

años, no estuvo claro si era un derecho autónomo²⁰ o si, por el contrario, era una de las manifestaciones del derecho a la intimidad.

Atendiendo a su proceso de consolidación, se constata que, con carácter general y salvo contadas excepciones como el caso portugués o el austríaco²¹, en la mayor parte de los Estados el reconocimiento del derecho a la protección de datos se realizó por vía legislativa²². Como se ha apuntado, en algunos de ellos (v. gr. Alemania o España) fueron sus tribunales constitucionales los que vinieron a ratificar que ese derecho proclamado normativamente era un derecho fundamental autónomo y distinto de realidades preexistentes (Lucas Murillo de la Cueva, 2009).

De este modo, se fue asentando la concepción del derecho a la protección de datos como un poder de disposición y de control sobre los datos personales²³ que faculta a la persona para, entre otras actuaciones, decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, amén de permitirle saber quién posee esa información y para qué, pudiendo oponerse a su uso. A partir de esa idea básica, este derecho se ha desarrollado hasta convertirse en «una de las áreas del derecho, y de forma concreta de los derechos fundamentales, más evolucionada, mejor normada y con más medios de garantía y protección, tanto a nivel estatal como europeo» (Rebollo Delgado y Serrano Pérez, 2008, p. 102). El derecho a la protección de datos es como un diamante en bruto, al que, poco a poco, vamos puliendo, descubriéndole nuevas facetas. Por ejemplo, el RGPD incorpora el derecho a la portabilidad de los datos y el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos²⁴.

²⁰ Los debates acerca de la naturaleza de este derecho y su condición instrumental continúan, *vid.* (VAN DER SLOOT, 2017) o (POSCHER, 2017).

²¹ En 1976, Portugal se convirtió en el primer país en constitucionalizar un precepto específico dedicado a la utilización de la informática: el artículo 35. Por su parte, Austria aprobó el 18 de octubre de 1978 la *Datenschutzgesetz*, publicada en la BGBl. O. Nr. 565/1978, de 28 de noviembre de 1978. Su artículo primero, es una disposición constitucional en la que dota de rango constitucional al derecho a la protección de datos.

²² Especialmente intensa fue la actividad legislativa en los años 70, así, por ejemplo, Alemania promulgó, en 1977, la Ley para la protección del mal uso de los datos personales a través de su tratamiento, *Bundesdatenschutzgesetz* (Ley federal de protección de datos); la Ley francesa relativa a la informática, archivos y libertades es de 1978 (Ley n.º 78-17 del 6 de enero de 1978). También en 1978 se aprobarían las dos leyes danesas de protección de datos (Leyes n.º 293 y 294, ambas del 8 de junio de 1978) y la Ley noruega (Ley de 9 de junio de 1978, núm. 47); en 1979 sería el Gran Ducado de Luxemburgo quien promulgaría una Ley sobre la utilización de datos en tratamientos informáticos. Para un estudio sobre la cronología del reconocimiento legislativo del derecho a la protección de datos, *vid.* (DRESNER, 1994).

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, FJ 7.

²⁴ En un futuro no muy lejano seguramente se añadirán nuevas facetas, como será, probablemente, el derecho a unas inferencias justas, libres de sesgos y discriminaciones.

Sin embargo, por más que se denominen como derechos, no dejan de ser facultades de actuación del derecho a la protección de datos, esto es, manifestaciones de ese poder de control y disposición, que es el bien jurídico y la finalidad que caracterizan a este derecho. Con todo, se trata de un derecho dinámico, que afronta una realidad en constante evolución, por lo que no puede descartarse que algunas de esas facetas, en un momento dado, logren singularizarse lo suficiente como para convertirse en derechos autónomos. Este parece ser el camino que apunta a transitar el derecho al olvido²⁵, replicándose, así, el proceso de consolidación y distinción que siguió el derecho a la protección de datos.

Del proceso histórico de consolidación del derecho a la protección de datos puede colegirse que, en los años 70, 80 y 90, este derecho vivía una situación similar a la que ahora afrontan los nacientes derechos digitales. Esto es, estaba buscando su identidad, así como el nivel de protección jurídica adecuado a sus características.

Desde este punto de vista, puede concluirse que, a la hora de reconocer nuevos derechos, resulta imprescindible establecer su contenido. Esto es, identificar qué finalidad persiguen, qué bien jurídico aseguran y qué rasgos les caracterizan. A partir de ahí, el siguiente paso será confirmar si ese contenido y finalidad es autónomo o, por el contrario, es una manifestación de algún derecho preexistente. Una vez realizada esa disquisición preliminar, se podrá determinar el estatus jurídico más acorde a la realidad que se pretende regular.

En ese sentido, el análisis del contenido permitirá caracterizarlos mejor y, consecuentemente, distinguir cuándo se trata de derechos subjetivos y cuándo de mandatos al legislador. Teniendo clara su naturaleza jurídica, resultará más sencillo determinar el grado de protección normativa más adecuado a sus características. Sin descartar que, como ocurrió con el derecho a la protección de datos, el reconocimiento legal pueda terminar derivando en constitucional o que, derechos que hoy se presentan como manifestaciones de otros preexistentes, acaben configurándose como derechos autónomos con características propias.

3.2 Una alternativa regulatoria a la dualidad de los entornos

Uno de los efectos que el reconocimiento de derechos digitales puede generar es el de un desdoblamiento de derechos. Esto es, que una persona, para proteger un mismo interés jurídico, tuviese dos derechos cuya única diferenciación sustantiva fuese el medio en que se aplican. Una respuesta de este cariz

²⁵ En esta línea apunta el excelente trabajo de Martínez López-Sáez (MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, 2022).

comportaría, desde el punto de vista normativo, la necesidad de crear un ordenamiento *ex novo* para la realidad online. Es cierto que, la emergencia de una esfera virtual ha propiciado que se construyan identidades digitales (Floridi, 2011), pero ¿hasta qué punto el desdoblamiento identitario debe ir seguido de la duplicación de los derechos de la persona?

Esa opción representa una tarea titánica que, por otra parte, no está libre de riesgos, pues habría que lidiar con las posibles incongruencias e inseguridades que pudieran derivarse de la existencia de respuestas diferentes frente a afectaciones similares. Además, con este tipo de aproximaciones adanistas, se corre el riesgo de revestir a los derechos de una condición estática que es completamente contraria a su realidad, pues los derechos y su contenido siempre han ido evolucionando y adaptándose a las necesidades de la sociedad.

Tomemos como ejemplo el artículo 4.º de la *Lei n.º 27/2021*, de 17 de Maio, por la que se aprueba la *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*, relativo a la *Liberdade de expressão e criação em ambiente digital*. Si se analiza el contenido de ese derecho legalmente reconocido²⁶ y se compara con las previsiones de los artículos 26, 37, 38 y 42 de la Constitución portuguesa, se constata que lo único que cambia en lo referente al objeto y la finalidad es el adjetivo digital.

En un supuesto como el descrito, ¿era realmente necesario hacer esa puntualización? ¿Acaso el derecho a la libertad de expresión, en su consideración clásica, no es aplicable a la realidad digital? ¿Se está sugiriendo que, de no existir una previsión que diga específicamente que se aplica en la esfera digital, ese derecho no es aplicable? Estoy persuadido de que no era esa la intención del legislador portugués. Sin embargo, no se pueden menospreciar los efectos que generan en el imaginario colectivo y en los aplicadores jurídicos este tipo de regulaciones. Distinciones de ese cariz pueden terminar por debi-

²⁶ Art. 4 *Lei n.º 27/2021*, de 17 de Maio: «1 – Todos têm o direito de exprimir e divulgar o seu pensamento, bem como de criar, procurar, obter e partilhar ou difundir informações e opiniões em ambiente digital, de forma livre, sem qualquer tipo ou forma de censura, sem prejuízo do disposto na lei relativamente a condutas ilícitas. 2 – A República Portuguesa participa nos esforços internacionais para que o ciberespaço permaneça aberto à livre circulação das ideias e da informação e assegure a mais ampla liberdade de expressão, assim como a liberdade de imprensa. 3 – Todos têm o direito de beneficiar de medidas públicas de promoção da utilização responsável do ciberespaço e de proteção contra todas as formas de discriminação e crime, nomeadamente contra a apologia do terrorismo, o incitamento ao ódio e à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica, o assédio ou exploração sexual de crianças, a mutilação genital feminina e a perseguição. 4 – A criação de obras literárias, científicas ou artísticas originais, bem como as equiparadas a originais e as prestações dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas e dos organismos de radiodifusão gozam de especial proteção contra a violação do disposto no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, em ambiente digital».

litar la protección de las personas frente a los desafíos que la Red plantea pues, en última instancia, lo que se está haciendo es cuestionar la aplicabilidad de los derechos constitucionalmente reconocidos en un ámbito concreto.

Por otra parte, como apunta Hoffman-Riem, «la protección de la dignidad humana, del principio de igualdad, la libertad de comunicación, la protección de la personalidad, la libertad del ejercicio profesional, la libertad religiosa o la garantía de la propiedad se aplican universalmente y no están limitados al empleo de tecnologías tradicionales. [Por tanto, es innecesario] [...] complementar todas la regulaciones de la protección de los derechos humanos y las libertades con fórmulas de ampliación que incluyan la comunicación digital, el uso de infraestructuras digitales y el análisis de *big data* o [...] el empleo de instrumentos de dirección digital del comportamiento» (Hoffman-Riem, 2018, p. 77). Por consiguiente, antes de incrementar la nómina de derechos digitales, parece sensato analizar con detenimiento el ordenamiento jurídico existente.

En este sentido, la transversalidad del derecho a la protección de datos puede ser un parámetro de referencia adecuado. En efecto, se trata de un derecho que se despliega en toda su magnitud en la era digital, sin embargo, se aplica a todo tipo de tratamientos, también a los realizados mediante medios no automatizados (art. 2.1 RGPD). Esto es, no responde exclusivamente a las exigencias del ecosistema tecnológico, sino que su morfología le permite actuar en cualquier entorno²⁷. Su naturaleza, su contenido nuclear y definitorio, está desvinculado del medio a través del que pudiera verse lesionado.

El derecho a la protección de datos viene a ratificar la pertinencia de identificar aquello que se pretende proteger. Naturalmente, no en todos los derechos que surjan a raíz del desarrollo tecnológico será posible establecer una salvaguarda transversal. Habrá algunos que solo tengan fundamento en el espacio digital, pero habrá otros cuyos fines puedan perseguirse, y deban protegerse, con independencia del medio en que se manifieste su necesidad.

Por lo tanto, a la hora de configurar el marco normativo que habrá de garantizar los derechos en la era digital, parece adecuado partir de las finalidades que se persiguen con su reconocimiento. Si el cometido basilar es el mismo, no parece apropiado desdoblarse la protección. Por el contrario, si ese derecho solo tiene sentido en el ecosistema tecnológico, si es genuinamente nuevo, entonces es perfectamente razonable reconocerlo como tal e, incluso, adjetivarlo como digital.

²⁷ Ello no obsta para que, en la concreción legislativa posterior, se puedan establecer medidas particularizadas destinadas a asegurar una protección adecuada al contexto en que se produzca el tratamiento.

3.3 Lo que el cambio de modelo de protección del RGPD apunta

Junto a las aportaciones metodológicas, del proceso evolutivo del derecho a la protección de datos se pueden obtener otras enseñanzas que, creo, pueden contribuir a teorizar acerca de cómo puede ser el proceso de consolidación de los derechos en la era digital. Para ello, se tomará como referencia el modo en que se ha afrontado la regulación del derecho a la protección de datos en la Unión Europea (UE).

Cuando la UE comienza a trabajar en la elaboración del RGPD, lo hace porque la normativa con la que contaba hasta ese momento (la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995) no resulta adecuada para responder a los usos, riesgos y desafíos que la era digital planteaba en materia de tratamiento de datos²⁸. A las consecuencias del inexorable paso del tiempo han de agregarse otras de naturaleza estrictamente jurídica, como las dificultades que, para el flujo de datos en el espacio europeo, generaban las divergencias normativas entre los Estados miembros; o la ausencia de un marco regulatorio adecuado para hacer frente al crecimiento exponencial de los flujos de datos con terceros Estados²⁹. En definitiva, la normativa europea en materia de protección de datos no respondía a la realidad que aspiraba a regular.

Consecuentemente, la UE apostó por crear un marco normativo adecuado a las necesidades de un derecho que debía ser capaz de responder a amenazas globales, pues la realidad digital no conoce de fronteras y rompe con la lógica de los derechos garantizados en y por los Estados³⁰. Un derecho que ya no podía ser una defensa frente a las eventuales injerencias de los poderes públicos, sino que, sin perder esa función tradicional, debía ser capaz de disciplinar las relaciones entre particulares.

Adicionalmente, su regulación debía considerar la relevancia de los datos personales para el funcionamiento de la sociedad actual³¹. Consecuentemente,

²⁸ Esto es perfectamente comprensible, la realidad del tratamiento de datos se había vuelto mucho más compleja, baste con señalar que cuando se aprobó la Directiva 95/46/CE Google ni siquiera existía (es de 1998) y el fenómeno de las redes sociales estaba lejos de poderse imaginar pues es de la primera década del 2000. El iPhone, el invento a partir de cual se multiplicó la producción y acumulación de datos personales, es de 2007.

²⁹ Para una descripción y justificación detallada de cada uno de los males que acuciaban al marco normativo europeo pre-RGPD, *vid.* (TRONCOSO REIGADA, 2012, pp. 30-68).

³⁰ Como apunta Lucena-Cid, en su lugar emergen auténticos «continentes virtuales» (LUCENA-CID, 2014, p. 16).

³¹ Caminamos hacia una «sociedad basada en datos», en Considerando 11 de la Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público.

el régimen de protección no podía ser tan estricto que supusiese un lastre para la economía europea, pero tampoco tan laxo que dejase a la ciudadanía indefensa frente a las amenazas que representan los soberanos del espacio digital³², que ya no son solo los Estados, sino, también, las grandes empresas tecnológicas³³.

Algunas de las situaciones que han condicionado la evolución del derecho a la protección de datos son, en cierto modo, trasladables a la regulación de los derechos de la era digital. Es el caso de la globalidad de los riesgos y de la necesidad de adecuar los modelos de protección. La mejor posición de la UE para enfrentar esos desafíos ha propiciado un efecto arrastre hacia ella de la protección de los derechos. Este proceso de europeización resulta evidente en el caso del derecho a la protección de datos³⁴, pero no parece que vaya a ser un fenómeno exclusivo de ese derecho, sino que, más bien, caminamos hacia el desarrollo de una «legislación digital europea» (Gascón Marín, 2021).

3.3.1 LA RESPUESTA A LA GLOBALIDAD DE LA REALIDAD *ONLINE*

La emergencia del mundo en Red ha quebrado la base territorial de protección de los derechos. Consecuentemente, cómo se regulen las actuaciones que se lleven a cabo en ese entorno se ha convertido en una cuestión geoestratégica. Este hecho afecta al modo en que los Estados diseñan sus regulaciones, pues han de considerar como estas van a encajar, afectar o, incluso, condicionar los parámetros con los que se opera en el mundo *online*. La importancia de establecer una regulación que esté en consonancia con las prácticas y usos globales (o que sea capaz de alterarlos) es crucial desde un punto de vista económico, pues las divergencias y disfuncionalidades suponen peajes y trabas que pueden perjudicar el desarrollo de los países.

Naturalmente, el nivel de impacto e influencia de una determinada regulación dependerá, en última instancia, de la entidad, tamaño e importancia en el mercado del país o región. Las exigencias jurídicas de un Estado pequeño, especialmente si es poco relevante económicamente, difícilmente alterarán las dinámicas globales o inquietarán a las grandes entidades transna-

³² El «Ciberleviatán», como atinadamente le definió Lasalle en (LASALLE, 2019).

³³ Los «*nuovi signori dell'informazione*» (RODOTÀ, 2019, p. 61).

³⁴ Sobre el proceso de europeización del derecho a la protección de datos, *vid.* el sistemático y detallado artículo de Martínez López-Sáez (MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, 2018).

cionales que dominan la Red. Sin embargo, el marco de actuación fijado por un sujeto geoestratégicamente relevante (como es la UE) sí puede afectar a los modos en que se opera con la información personal en el macrocosmos virtual.

En el caso del derecho a la protección de datos, esa posición preeminente llevó a la UE a diseñar un modelo de protección en el que no se oculta una cierta voluntad de convertirse en un parámetro de referencia global³⁵. Para ello, estableció que el ámbito de aplicación de su normativa no vendría condicionado por el lugar en que se encontrasen los datos, sino que se articularía en atención a los sujetos afectados (art. 3 RGPD). Esto supone que, con independencia de dónde o por quien sean tratados los datos, si son de ciudadanos europeos (o de residentes en la UE) se han de implementar las medidas de seguridad que impone la normativa europea³⁶.

Esa previsión, además de la protección específica que el modelo europeo pueda conferir, resulta idónea para tratar de convertir a los valores europeos en el estándar global de protección. Ello es así porque, al imponer a las empresas un determinado comportamiento, resulta razonable esperar que, por una cuestión de eficiencia, adoptasen los parámetros europeos de protección como modelo para todas sus operaciones. Desde el punto de vista normativo, esta política ha tenido cierto impacto, como demuestra la revisión de las normativas de protección de datos llevadas a cabo por diversos países en los últimos años³⁷, aunque, evidentemente, sigue habiendo problemas significativos, como Schrems II ha puesto de manifiesto³⁸.

De la experiencia europea en el desarrollo del derecho a la protección de datos se colige que, en la regulación de los derechos en el entorno digital, resulta fundamental tomar en consideración el contexto en el que desarrollan. Una realidad en la que las amenazas tienen, en ocasiones, un carácter global y, por lo tanto, la protección meramente nacional podría resultar insuficiente.

³⁵ El RGPD es la previsión normativa que ha alcanzado mayor relevancia y *auctoritas* en el amplio espectro de las regulaciones sobre tratamientos de datos, es «*the new gold standard for data protection*» (MANTELERO, 2020).

³⁶ El RGPD incorpora tanto criterios de atribución competencial de base territorial como otros fundados en el elemento subjetivo. Sobre el ámbito de aplicación del RGPD, *vid.* (AMÉRIGO ALONSO, 2019).

³⁷ Entre los países que han modificado sus normativas en los últimos años se cuentan: Australia, Brasil o Canadá.

³⁸ STJUE asunto C-311/18, Facebook Ireland y Maximillian Schrems, de 16 de julio de 2020. Sobre los efectos y consecuencias de Schrems II, *vid.* (NEIAZY, 2021).

3.3.2 LA ADECUACIÓN DE LOS MODELOS DE PROTECCIÓN AL ECOSISTEMA DIGITAL

Si en la aplicación territorial y en la proyección internacional el Reglamento innova, donde verdaderamente se produce un cambio radical es en la idiosincrasia del modelo de protección, al transitar de un sistema reactivo a uno eminentemente proactivo (Medina Guerrero, 2020, p. 42), con la prevención de riesgos como buque insignia. Una modificación de este cariz no tiene un efecto taumatúrgico. El carácter transformador de la legislación no alcanza un grado de performatividad tal que cambie de la noche a la mañana la cultura jurídica imperante en un determinado sector, sino que ha de ir calando poco a poco, hasta optimizar los comportamientos y consolidar un modo de distinto de entender cómo ha de protegerse ese derecho.

El nuevo modelo de protección sigue conservando los elementos subjetivos, esto es, los titulares del derecho siguen pudiendo ejercitar las diferentes facultades que el derecho a la protección de datos les confiere (derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición, portabilidad...), pero la garantía general del derecho, la del día a día, ya no depende de la actuación defensiva de sus titulares, sino de las medidas adoptadas por los operadores de datos. Esto es, quienes tratan datos personales se han convertido en los auténticos responsables de asegurar que las exigencias del derecho a la protección de datos se cumplan. El derecho a la protección de datos se ha objetivado. De tal manera que, lo relevante serán las medidas previstas para evitar vulneraciones, y no tanto las posibilidades personales de actuación una vez la injerencia se ha producido.

La adopción de este enfoque obedece a la constatación de una realidad evidente, en la sociedad de la información y la comunicación resulta inviable para una persona controlar todo el tiempo lo que se está haciendo con sus datos y, por lo tanto, velar porque se respeten sus derechos sobre las informaciones a ella referidas³⁹. Además, si se dependiese del ejercicio constante por los individuos de su poder de control y disposición, se ralentizaría mucho el funcionamiento del mercado digital, consecuentemente, resulta lógico trasladar una parte sustancial de la responsabilidad a los operadores de datos, especialmente cuando son quienes diseñan los tratamientos y están en condiciones de velar por el cumplimiento de la normativa.

³⁹ Sirva como ejemplo el tiempo que tomaría la mera lectura de las políticas de privacidad, que son tan extensas que no se leen y su aceptación se ha convertido en «*the biggest lie on the Internet*» (OBAR y OELDORF-HIRSCH, 2020).

Ahora bien, en ese proceso de objetivación y de derivación de la garantía de los derechos a la actuación de los terceros existen dos vías de actuación. Se puede apostar por la autorregulación libre, en la que cada sector, hasta cada entidad, defina el nivel de protección que ofrecerá mediante el establecimiento de códigos de conducta, cláusulas contractuales o contratos de adhesión. La otra posibilidad pasa por implementar un modelo en el que, como ocurre con el caso del RGPD, se establezca normativamente el estándar de protección, sin perjuicio de que, adicionalmente, se puedan emplear instrumentos autorregulatorios⁴⁰, pero, en ese caso, se trataría de una «autorregulación regulada» (Serrano Pérez, 2021).

En esta línea, resulta plausible considerar que, en el diseño de los nacientes derechos digitales, se preste especial atención a las garantías y obligaciones de los terceros, incluso imponiendo ciertos deberes como requisitos habilitantes para poder llevar a cabo determinadas acciones (como ocurre con la realización de evaluaciones de impacto en el tratamiento de datos personales (art. 35 RGPD)).

La apuesta por la proactividad y la consiguiente anticipación de las medidas de protección genera un escenario que propicia la personalización y la flexibilidad en las actuaciones (una vez se ha asegurado el nivel de protección legalmente exigido). En efecto, como consecuencia de ese conjunto de obligaciones, será posible (y en algunos casos hasta necesario) establecer medidas específicas para cada situación. Desde el punto de vista de la configuración normativa, esto supone que las regulaciones habrán de combinar el establecimiento de un marco de garantías común y, a la vez, permitir cierta flexibilidad aplicativa. Esta adaptabilidad normativa se presenta como una condición basilar en un entorno tan cambiante como el virtual.

4. CONCLUSIONES

En la esfera digital no basta con establecer remedios frente a los problemas y los daños, es necesario anticiparse a ellos. El diseño de los deberes y obligaciones se presenta como una buena piedra de toque a la hora de evaluar la efectividad que pueden alcanzar las medidas de protección adoptadas para garantizar los derechos digitales que se reconozcan. La complejidad de las interre-

⁴⁰ Como apunta Martínez Martínez, «el nivel de exigencia de un Código de Conducta es enorme [...]. Junto con las certificaciones son un instrumento dotado de criterios, de listas de verificación y controles. [...] Adherirse a un pacto es reseñable, adoptar un código de conducta supone un esfuerzo valioso» (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2021).

laciones y actuaciones que se producen a través de medios digitales, su carácter masivo, su dinamismo y la imposibilidad de estar en todo momento prestando atención a posibles injerencias en los derechos obligan a adoptar enfoques más proactivos en la protección de los bienes jurídicos de las personas.

La proactividad, si se acompaña de un diseño normativo que, desde un estándar mínimo de protección, promueva una cierta adecuación a las particularidades de cada sector, persona o situación, puede dar lugar a modelos de protección garantistas y capaces de hacer frente a la complejidad y rápida evolución de los ingenios digitales. De hecho, podría servir para que ese lugar común que es el considerar que el Derecho siempre va por detrás de la realidad fuese un poco menos cierto, al ampliar el tiempo de vida útil de las normativas y evitar su obsolescencia.

Con todo, el elemento más determinante en el proceso de construcción y desarrollo de los derechos en el entorno digital es, sin lugar a dudas, la identificación del bien jurídico que se pretende proteger. Tener clara cuál es la finalidad de los derechos digitales y el contenido que los caracteriza es esencial. Con esa referencia como base, se podrá determinar cuál es la mejor manera de afrontar su regulación, evitando desdoblamientos innecesarios y proporcionando el grado de protección normativa adecuado a la realidad que se pretende salvaguardar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ ROBLES, T. (2020). El derecho de acceso universal a internet en el marco normativo español. Presente y futuro. *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, 7, online.
- (2021). El derecho de acceso a internet en el constitucionalismo español. Desde la influencia supranacional a la LO 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. En F. Bueno de Mata y I. González Pulido (Eds.), *Fodertics 9.0: Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia* (pp. 3-15). Comares.
- (2022). La digitalización del Estado y el reconocimiento de los derechos digitales. En E. Seijas Villadangos (Ed.), *Retos actuales del estado constitucional* (pp. 123-149). Universidad de León.
- AMÉRIGO ALONSO, J. (2019). Objeto y ámbito de aplicación. En A. Rallo Lombarte (Ed.), *Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales* (pp. 79-113). Tirant Lo Blanch.

- BARRIO ANDRÉS, M. (2021). Génesis y desarrollo de los derechos digitales. *Revista de Derecho de las Cortes Generales*, Primer sem(110), 197-233.
- DRESNER, S. H. (1994). Panorama de la legislación europea sobre protección de datos personales. *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, 6-7, 385-396.
- FLORIDI, L. (2011). The Construction of Personal Identities Online. *Minds and Machines*, 21(4), 477-479.
- GASCÓN MARCÉN, A. (2021). El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 209-232.
- HOFFMAN-RIEM, W. (2018). *Big Data. Desafíos también para el Derecho*. Aranzadi-Thomson Reuters.
- JOVE VILLARES, D. (2018). La protección de datos: Un derecho para el entorno digital. En A. I. Dueñas Castrillo, D. Fernández Cañueto y G. Moreno González (Eds.), *Juventud y Constitución. Un estudio de la Constitución española por los jóvenes en su cuarenta aniversario* (pp. 79-102). Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.
- KNEIDINGER-MULLER, B. (2017). Identitätsbildung in sozialen Medien. En J.-H. Schmidt y M. Taddicken (Eds.), *Handbuch Soziale Medien* (pp. 61-80). Springer.
- LASALLE, J. M. (2019). *Ciberleviatán*. Arpa Editores.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2009). La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad. En *El derecho a la autodeterminación informativa* (pp. 11-80). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- LUCENA-CID, I.-V. (2014). El concepto de la intimidad en los nuevos contextos tecnológicos. En A. Galán Muñoz y M. Arribas León (Eds.), *La protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación* (pp. 15-54). Tirant Lo Blanch.
- MANTELERO, A. (2020). The future of data protection: Gold standard vs. Global standard. *Computer Law & Security Review*, 2020(November), 1-5.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M. (2018). Towards a digital european integration: Constitutionalization of EU law and europeanization of constitutional law in the field of data protection. *Revista de Estudios Europeos*, 71, 23-37.
- (2022). *El derecho al olvido como garantía frente a situaciones de vulnerabilidad en la UE y España*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2004). *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*. Thomson-Civitas.
- (2021). ¿Proteger o gestionar los datos? *Diario La Ley*, 47.
- MEDINA GUERRERO, M. (2020). Encuesta sobre la protección de datos personales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, 15-118.

- NEIAZY, V. (2021). Invalidation of the EU–US Privacy Shield: Impact on data protection and data security regarding the transfer of personal data to the United States. *International Cybersecurity Law Review*, 2(1), 27-35. <https://doi.org/10.1365/s43439-021-00018-7>
- OBAR, J. A. Y OELDORF-HIRSCH, A. (2020). The biggest lie on the internet: Ignoring the privacy policies and terms of service policies of social networking services. *Information, Communication & Society*, 23(1), 128-147.
- POSCHER, R. (2017). The Right to Data Protection. A No-Right Thesis. En R. A. Miller (Ed.), *Privacy and power: A transatlantic dialogue in the shadow of the NSA-affair* (pp. 129-141). Cambridge University Press.
- RALLO LOMBARTE, A. (2020). Una nueva generación de derechos digitales. *Revista de estudios políticos*, 187, 101-135.
- REBOLLO DELGADO, L. Y SERRANO PÉREZ, M. M. (2008). *Introducción a la protección de datos* (2ª). Dykinson.
- RODOTÀ, S. (2019). *Il mondo nella Rete. Quali i diritti, quali i vincoli* (6ª). Laterza.
- SERRANO PÉREZ, M. M. (2021). Algunos elementos de los códigos de conducta: La autorregulación regulada. *AC Asuntos Constitucionales*, enero-juni(0), 151-168.
- TERCEIRO, J. B. Y MATÍAS, G. (2001). *Digitalismo. El nuevo horizonte sociocultural*. Taurus digital.
- TERUEL LOZANO, G. M. (2016). Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del estado, Derecho público e Historia constitucional*, 9, 215-243.
- TRONCOSO REIGADA, A. (2012). Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales. *Revista Española de Derecho Europeo*, 43, 25-184.
- TULLY, S. (2014). A human right to access the Internet? Problems and prospects. *Human Rights Law Review*, 14(2), 175-195.
- VALLECILLO GÁMEZ, M. R. (2017). El derecho a la desconexión ¿«Novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso? *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 408, 167-178.
- VAN DER SLOOT, B. (2017). Legal Fundamentalism: Is Data Protection Really a Fundamental Right? En R. Leenes, R. van Brakel, S. Gutwirth y P. De Hert (Eds.), *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures* (pp. 3-30). Springer.

¿LA LIBERTAD ESTÁ EN JUEGO? MODERACIÓN, NEUTRALIDAD O CONTROL DE CONTENIDOS EN EL CIBERESPACIO

AMIR AL HASANI MATURANO¹
Universidad de las Islas Baleares

SUMARIO: 1. *La revolución de internet y las libertades públicas.*—2. *¿Diseñamos o incorporamos un régimen jurídico ante nuevos problemas?*—3. *El discurso del odio y formas de censura público-privada.*—4. *Conclusiones provisionales.*

1. LA REVOLUCIÓN DE INTERNET Y LAS LIBERTADES PÚBLICAS

Debe señalarse de inicio que este trabajo tiene un carácter más dogmático que propositivo o resolutivo. Con todo, aspira aportar alguna reflexión o conclusión provisional de *lege ferenda*.

El tema a tratar es la revolución de internet y la problemática con las libertades públicas. Esto se circunscribe al concepto de ciberespacio. El ciberespacio se puede definir como un mundo o una creación —por no repetir espacio— no físico, donde cualquier persona esta interconectada a través de una conexión a la red sin aparentes barreras. De hecho, adentro de la red informática que utiliza una línea para transmitir información (internet) existen, además, una estructuras o comunidades formadas por diferentes usuarios y organizaciones que se relacionan entre sí a partir de intereses comunes (redes sociales). En lo esencial, en las redes sociales las relaciones personales son rápidas y sin nin-

¹ Doctor en Derecho. Profesor ayudante de derecho constitucional de la Universidad de las Islas Baleares (acred. ayudante doctor).

gún tipo de jerarquía². En concordancia a la descripción presentada, la relación interpersonal en las redes sociales propensa ser un espacio condicionante al ejercicio de la libertad de expresión y al derecho de participación política en sentido amplio. Importa, y por muchas razones, aunque principalmente, tras la mención del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas.

En función de lo planteado, el fenómeno de internet –general– y las redes sociales –en particular– se consideran un espacio virtual con información e interconectado especialmente proclive al ejercicio de derechos fundamentales. Entre los que destacamos a la libertad de expresión (centramos el estudio). Teniendo en cuenta la especial naturaleza de internet: abierta, desconcentrada y participativa. Por lo tanto, en su espacio virtual se origina un debate público a nivel global que vence numerosos impedimentos jurídico-políticos espaciales y temporales³. En efecto, puja un nuevo modelo comunicativo disperso y multidireccional que requiere una mirada jurídica para evitar conflictos e inseguridades. Puesto que esta revolución tecnológica e informática que ha emanado en este nuevo espacio virtual ha producido cambios trascendentales en las estructuras productivas y económicas. Sumado a los heterogéneos impactos políticos y culturales.

Aunque en otro sentido, este espacio ofrece nuevas posibilidades para lograr una efectiva comunicación legitimadora del orden político. En otras palabras, internet es un lugar de encuentro para la discusión pública, cumpliendo así, una función legitimadora para la democracia. En la medida que presenta efectos democratizadores del mercado de las ideas en aras al pluralismo político⁴. Mediante el cual se llega a una búsqueda de la *veracidad* en una democracia. De hecho, se considera democratizador, ya que faculta mayores posibilidades de participación a la ciudadanía en la esfera pública. Con que, la ciudadanía pasa a formar parte de la toma de decisiones públicas, al involucrarse a través de internet y las redes sociales⁵. Ahora, también se sitúan diversos inconvenientes, como son: la posible responsabilidad jurídica a la hora de difundir contenidos; la posibilidad de una tiranía del discurso por parte del

² Como sugiere BARATA (2022, 92): «Los intermediarios se han convertido en actores principales en el proceso de difusión y distribución de todo tipo de contenidos. La noción de intermediarios hace referencia a una amplia gama de proveedores de servicios en línea tales como el almacenamiento, la distribución y el intercambio de contenidos, las redes sociales, las plataformas de colaboración y los videojuegos o los motores de búsqueda».

³ «Una auténtica *urbs* virtual en la que desarrollarse. Un mundo regido por la ubicuidad y la instantaneidad que supera las clásicas categorías físicas de tiempo y espacio» (TERUEL LOZANO, 2016, 217).

⁴ BALKIN (2004) estima que los derechos son una forma de discurso y una forma de pensar sobre las necesidades de un mundo cambiante, por lo que la era digital ha mudado el significado de la libertad de expresión.

⁵ Sin que mute la toma de decisiones del parlamentarismo.

emisor; o un debilitamiento de las instituciones representativas clásicas. Por ello, denotan riesgos factibles hacia la esencia de la democracia (Frosini, 2018, 2-8). Tal como afirma Pitruzella (2018, 2), esta innovación tecnológica ha cambiado la forma en que se produce, distribuye y utiliza la información. No se trata de una simple evolución de la esfera pública de las democracias pluralistas, sino de un cambio estructural que afecta la forma en que las democracias liberales y la economía de mercado han evolucionado juntas durante unos dos siglos.

Con todo, la importancia de internet consiste en que la información y la manifestación de opiniones fluye horizontalmente, dispersamente y de modo descentralizado en un *marketplace of ideas*. En consonancia a ello, Frosini (2018, 8) expresa que: «Si la democracia debe ser (también) participación eficaz y efectiva en las decisiones públicas por parte de la ciudadanía, entonces creo que Internet puede contribuir de manera importante en su realización». En igual forma, tal como avanzamos anteriormente, estas ventajas tienen como contrapartida determinados riesgos. Dicho de otro modo, internet y las redes sociales no dejan de entrañar riesgos en cuanto el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Con especial énfasis en lo relativo al ejercicio de la libertad de expresión⁶. En atención al contenido de esta libertad de expresión, su nueva perspectiva alcanzada por su evolución y la propia realidad social, ha conllevado que sea considerado un derecho fundamental⁷ que tutela todas las fases comunicativas en el ámbito de internet⁸. Se trata de un amplio *ius communicationis*⁹. En la medida que, nos referimos al derecho a publicar, distribuir e interactuar, como meritorios de tutela amparada por la libertad de expresión. La tutela incluiría la publicación, interacción y distribución de las manifestaciones.

En las respectivas fases comunicativas del *ius communicationis* se hallaría una amplia circulación de contenidos que posibilitan beneficios democráti-

⁶ «Internet, y en particular las redes sociales, son, qué duda cabe, un espacio donde se conforma la opinión pública y a través del cual los ciudadanos ejercen su libertad de expresión» (TERUEL LOZANO, 2020).

⁷ «From the beginning, with the birth of the liberal state and the guarantee of negative liberties, enshrined in basic charters, European constitutionalism has placed the freedom of expressing one's thoughts in a central position, making it one of the cornerstones of every democratic society and the distinctive feature of this model. The centrality of freedom of expression is due not only to the symbolic importance of this freedom, which has risen to be a distinctive trait of all democratic systems, but also its close connection with many of the rights and freedoms given constitutional protection» (POLLICINO, 2020, 211).

⁸ «desde un punto de vista de su contenido objetivo ésta se compadece mal con aquellas concepciones de la misma que proponen la fijación de límites internos como puede ser la «doctrina de las materias privilegiadas» (TERUEL LOZANO, 2014, 45).

⁹ Tanto en una vertiente activa como pasiva, «un derecho a la comunicación en el que se dé tutela a todo el proceso comunicativo entendido en toda su extensión» (Teruel Lozano, 2010, 124).

cos¹⁰. como la formación de conciencia política por parte de la ciudadanía. Como al mismo tiempo, generan riesgos o peligros a la sociedad¹¹. Esto se produce principalmente, cuando se ejerce la libertad en ese espacio virtual, y mediante las manifestaciones o contenidos desembocamos en conflictos con otros derechos de los ciudadanos que plantean la incógnita si deben resolverse por el derecho. En función de lo planteado, tanto en internet como en las redes sociales –singularmente–, tras permanecer abierto a un ejercicio libre conlleva el riesgo de contaminar ese espacio virtual, tanto por acciones de desinformación –*fake news*– como por mensajes o discursos de odio –*hate speech*–. Sin género de dudas, anhelamos que este lugar almacene una opinión pública de calidad, donde fluya una información veraz y con opiniones no hirientes hacia otros individuos o colectivos; a pesar de que resulta una utopía. Evidentemente, *soñar* con esa realidad ideal, nos lleva a su análisis y a las posibles soluciones mediante una regulación jurídica.

Ante todo, la atención se centra en un apartado posterior a los discursos del odio. Este análisis versará en que ubicamos determinados contenidos que pueden resultar odiosos a la mayoría de la ciudadanía, pero no por ello, dejan de formar parte del mercado de las ideas amparado o tutelado por la libertad de expresión. Y en relación a ello, lo relacionaremos con la censura o la restricción del contenido molesto. De igual manera, no es el caso, podría indagarse sobre las noticias falsas o desinformación –*fake news*–.

Dentro de este orden de ideas, recordemos desde los inicios del pensamiento liberal, la libertad de expresión se caracteriza por ser una libertad esencialmente negativa, esto es, una defensa frente a posibles injerencias de los poderes públicos. Así pues, un derecho de defensa frente a las injerencias del Estado. Como alude Teruel Lozano (2020): «*Fue la libertad que reclamaron los herejes protestantes o los disidentes puritanos que se enfrentaron al absolutismo, aprovechando el invento tecnológico de la imprenta para difundir sus panfletos. Antes como hoy, es la libertad del impertinente y del crítico, de quien quiere romper con el orden establecido. Por ello, es una libertad especialmente molesta, tanto para quienes gobiernan como para la mayoría social*». Por eso, su ejercicio tiene unos límites previstos por las leyes, cuando se justifiquen en un daño a otro bien constitucional, como el insulto, el ataque al honor, o la incitación a cometer un acto delictivo. Sin duda de inicio, la censu-

¹⁰ Se puso de relieve la capacidad para facilitar la difusión de contenidos e información en la STE-DH Delfi AS c. Estonia, de 16 de junio de 2015.

¹¹ «Internet plantea una preocupante paradoja, que deriva de su eficacia global e ilimitada para atender contra bienes y derechos, mientras que para la capacidad de respuesta jurídica se halla fraccionada por las fronteras nacionales» (PÉREZ-LUÑO, 2011, 295).

ra previa a los contenidos realizadas por las autoridades públicas resulta peligrosa para el pluralismo en correlación a la libertad de expresión ¹².

En esa influencia tan intensa de la evolución tecnológica, el derecho debe ser la respuesta de las nuevas necesidades del hombre y de los cambios en la sociedad. En la actualidad, internet supone una condición necesaria para desarrollar una pluralidad de actividades inherentes a los derechos constitucionales garantizados. Entre ellos, la libertad de expresión. Pues, como ha reconocido el TEDH en diversas sentencias, la medida restrictiva de la libertad de expresión debe traducirse en una apremiante *necesidad* social y *responder* al principio de proporcionalidad.

En resumen, los desarrollos tecnológicos nos ofrecen numerosas ventajas de comunicación y otros beneficios para el ejercicio de derechos, si bien, también suponen conflictos entre derechos. Por tanto, requieren alguna limitación. Ante todo, para prevenir como factor potencial de nuevas formas de criminalidad. Entre las colisiones con otros derechos, los más comunes se producen en relación a la protección de datos o el derecho a la propiedad intelectual, pero nuestra atención versará respecto al discurso de odio y censura de actos comunicativos.

En este sentido, debemos prestar atención a una posible regulación jurídica a la hora de restringir contenidos. De la misma forma, una somera reflexión respecto a si optamos por la autorregulación de las plataformas o por un control público. Principalmente, la cuestión de la fijación de límites internos a los operadores o servidores, al igual que la apropiada o no. injerencia y moderación a ciertos contenidos por parte de los poderes públicos. Ante todo, cabría preguntarse ¹³: ¿si cabría alguna regulación?

2. DISEÑAMOS O INCORPORAMOS UN RÉGIMEN JURÍDICO ANTE NUEVOS PROBLEMAS?

La prohibición de censura es una categoría jurídica que recogen los distintos textos constitucionales modernos ¹⁴ —para abolir la actividad censora histórica—. En nuestro caso el art. 20.2 menciona que en el ejercicio de los derechos

¹² «¿Qué garantías y qué riesgos comporta la tendencia *privatizadora* donde se confía que sean las redes sociales y operadores privados los encargados de la limpieza de Internet, con el poder de bloquear o censurar aquello que estos entes consideren inapropiado, aunque pudiera ser un ejercicio lícito de la libertad de expresión?» (TERUEL LOZANO, 2020).

¹³ De este modo, VÁZQUEZ ALONSO (2022, 110) se pregunta «¿cuál es el margen que las corporaciones digitales que prestan servicios interactivos de comunicación tienen para regular y, en su caso, censurar los contenidos compartidos por terceros a través de estas?».

¹⁴ Al igual sucede con el art. 10 CEDH. Entre otras, la STEDH Ahmet Yildirim c. Turquía, de 18 de diciembre de 2012 (demanda n.º 3111/10) que consideró que hubo violación de ese artículo.

no puede restringirse mediante censura previa. Cuestión distinta es si requiere una redefinición de la misma en esta era digital¹⁵. El TC conceptúa la misma como «*cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu que consista en el sometimiento a un previo examen por un poder público del contenido la misma cuya finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera que se otorgue el placet a la publicación de la obra que se acomode a ellos el juicio del censor y se niegue en caso contrario*» (STC 187/1999, FJ 5.º). En consonancia a ello, la Constitución expresamente menciona una modalidad de censura previa, es decir, un control *ex ante* de contenidos. Dicho lo cual, la actividad privada de autorregulación de los propios medios para establecer límites queda excluido, en la mayoría de ocasiones, de la tutela amparada por el derecho. Como afirma García Morales (2013, 251): «La discusión no es, pues, si deben prohibirse o limitarse determinados mensajes en la Red, sino cómo hacerlo siempre que exista un fin legítimo». Hoy en día los remedios o instrumentos de control –más comunes– que requieren una compatibilidad constitucional son el cierre de páginas web, la instalación de sistemas de filtrado de contenidos y la responsabilidad de los prestadores.

Por otra parte, como estima Balkin (2014, 2297) la regulación sobre la moderación de contenidos involucra tanto a los poderes públicos como entes privados. Pues, reconoce que, pese a que los gobiernos puedan controlar aspectos de la infraestructura digital, las herramientas (automatizadas) dependen de empresas privadas. Balkin habla de una *nueva escuela* en relación a: una responsabilidad de los intermediarios y no de los propios usuarios; la cooperación de las empresas privadas a la hora de regular y controlar con incentivos que provienen de los poderes públicos; y la problemática de la restricción previa rutinaria pero prácticamente invisible (2014, 2298-2299). Para este autor, un sello distintivo en la era digital es la infraestructura (dominios, redes de banda ancha, protocolos internet, servicios de nube, etc.). Con miras a una democratización en el desarrollo de la información, dónde los usuarios comparten y transforman el contenido.

Considera Balkin (2014, 2309-2310) que la cooperación de las empresas privadas pasa por lo que denomina censura colateral. O sea, el Estado obliga a que la empresa privadas o intermediarios a que censuren o bloqueen un contenido de un usuario a fin de evitar responsabilidades. Del mismo modo, la res-

¹⁵ «La prohibición constitucional de censura ¿se ha convertido en una reliquia jurídica? ¿es todavía una garantía normativa útil para salvaguardar un proceso de comunicación libre y abierto en la era digital?» (GARCÍA MORALES, 2013, 238).

ponsabilidad de los intermediarios será una estrategia para promover la cooperación pública/privada en la regulación del discurso. Incluso otorgando una cierta inmunidad a las empresas si realmente se dedican a la búsqueda, moderación o bloqueo de contenido ofensivo o dañino. A su juicio, realmente no hablaríamos de una censura tradicional, en el sentido de amparo constitucional. Aquella que surgía de resolución judicial o en base previa a licencias, con un sistema de persuasión y disuasión hacia el contenido ofensivo. Actualmente, con métodos, como el de filtrado, a menudo, se mantienen en secreto el sistema utilizado en esa censura. O, incluso puede estar protegido por una Ley de secreto comercial. Además, bloquean la expresión o manifestación, sin la oportunidad de impugnar el filtro y sin protecciones procesales para el usuario con un análisis constitucional individualizado del discurso que está bloqueado (Balkin, 2014, 2318). Respecto a la censura su regulación tenía, con anterioridad, un carácter *ex post*, una vez se producía el discurso. Esto es: procesamiento, enjuiciamiento, incautación o destrucción de material. En cambio, la censura colateral en internet denota un carácter *ex ante*, con: estrategias de algoritmos, filtrado y bloqueo. Ahora bien, con una vigilancia generalizada y no tanto individualizada.

Por ende, en estos momentos, la solución jurídica de los operadores en internet y redes sociales –poderes privados– en desarrollar sistemas de autorregulación y autocontrol, debe suscitar algún tipo de cautela en lo que respecta al ejercicio de los derechos fundamentales. Pensemos que, principalmente, se mueven por intereses economicistas con sus propios códigos de conducta, sin una regulación pública operativa.

Más precisamente cuando los derechos fundamentales cumplen una doble dimensión, como valores objetivos y como derechos subjetivos. Eso conllevaría a pensar que los «derechos fundamentales han de orientar los principios que vertebran la arquitectura del ciberespacio» (Teruel Lozano, 2016, 228). Dejando atrás aquella idea que el ciberespacio es algo espontáneo y totalmente libre. Las redes sociales e internet no pueden campar a sus anchas sin los postulados del constitucionalismo democrático. Sin género de dudas, la regulación jurídica de internet y las redes deben fijar unos principios rectores que garanticen la plena realización del ejercicio de los derechos. La línea de la neutralidad de la red, además de la consideración como servicio público que mantiene la Unión Europea, parece ir por *buen puerto*.

De hecho, se acepta mayoritariamente que la libertad de expresión debe ser protegida con independencia del medio usado, sea o no en internet o las redes. Lo que nos lleva, a la hipótesis capital, respecto a la problemática invocada. Primero, qué régimen jurídico aplicamos. Segundo, ¿cómo determinamos

su naturaleza? Pues no resulta fácil en la práctica, determinar cuál es la actividad principal de internet (las redes sociales¹⁶ o una página web). Sin duda, no es lo mismo una página web que se destina al comercio electrónico, que otra, dedicada como medio comunicativo. O con términos semejantes, no toda acción comunicativa en internet estará amparada por las determinadas garantías de la libertad de expresión. En atención a la cuestión de la naturaleza, la doctrina diferencia entre las dedicadas al comercio electrónico que se adaptan a una normativa –de carácter más privado– correspondiente a sus peculiaridades. A diferencia de las páginas con actividades de difusión de información, que gozan de un amplio reconocimiento para incluir determinados límites a la libertad de expresión. Cuestión con mayor complicación serán las redes sociales. En tal sentido, Sánchez Ferriz (2007, 103-105) expresa que el medio internet, necesariamente, afectará a la licitud de los mensajes. No es lo mismo el *cómo* y el *cuándo* para determinar la licitud de determinados mensajes. Ahora bien, un medio o canal de comunicación en internet debe estar sometido a un escrutinio estricto respeto a cualquier medida restrictiva de la libertad de expresión¹⁷.

Por otra parte, si atendemos a la responsabilidad jurídica en las redes sociales¹⁸, en principio, «no deben ser responsables por los contenidos publicados por terceros siempre que hayan cumplido con diligencia con su procedimiento de moderación» (Teruel Lozano, 2021). Con todo, la doctrina considera que sí debe imponérseles normativamente una serie de cargas –a las empresas o proveedores– para salvaguardar el pluralismo y la posición de los usuarios. En especial, todo lo relativo a la claridad y transparencia en las condiciones de acceso y de moderación de contenidos que libremente se autorregulen. Principalmente en las redes sociales. Igualmente, determinados mecanismos legítimos para la retirada expedita de contenidos ilícitos, eso sí, cuando lo comunique la autoridad pública competente. En la sentencia del TEDH, Ahmet Yildirim c. Turquía, de 18 de diciembre de 2012 ya se puso de relieve algunos parámetros para el bloqueo –no encubierto– de contenidos. Por ejemplo, se mencionaba que se requería un marco legal para garantizar el control de las

¹⁶ Tengamos en cuenta que, en las redes sociales, los usuarios modifican, almacenan y comparten información.

¹⁷ «Sin embargo, una cosa es pedir la colaboración de las redes sociales y distribuidoras de contenidos y, otra muy distinta, reclamar a éstas que suplanten a las autoridades policiales y judiciales en la decisión, persecución y sanción, mediante el cierre de webs y borrado de contenidos, pues significaría tanto como convertir a empresas privadas en agentes legitimados para restringir discrecionalmente la libertad de expresión» (VALERO HEREDIA, 2017).

¹⁸ Nos parece acertado, «Twitter o Facebook hoy cumplen una función similar a la que antes cumplían los foros públicos tradicionales como las calles, los parques y las plazas, pero también lo es que Twitter o Facebook son espacios virtuales gestionados por empresas privadas» (VÁZQUEZ ALONSO, 2020, 498).

prohibiciones y el establecimiento de una revisión judicial efectiva. Más aún, se advertía que el juez debía adoptar la medida menos restrictiva a la hora de bloquear contenidos, siendo inaceptable en pro a los derechos de los usuarios.

Otra cuestión esencial, aunque ambigua, son las fórmulas de control relativas a la censura de contenidos¹⁹. En principio, resulta admisible constitucionalmente y legítimo democráticamente bloquear la difusión de determinados contenidos ilícitos o de contenidos nocivos, así lo recogen numerosas leyes penales y administrativas en consonancia a los derechos fundamentales, al igual que ha reconocido la justicia constitucional. En ese caso, se traslada el tratamiento jurídico del discurso del odio a internet ante esas conductas extremas y nocivas.

Resulta claro, que cualquier medida limitativa o censuradora regulada por Ley de una comunicación libre –incluso con manifestaciones odiosas que no del odio– no puede tener como consecuencia, un control sistemático por parte de los poderes públicos ni de los operadores privados²⁰. Al fin y al cabo, *«diritto della libertà del pensiero è anche sorveglianza, censura privatizzata»* (Conti, 2018, 225), aunque diríamos que no de forma sistemática.

3. EL DISCURSO DEL ODIO Y FORMAS DE CENSURA PÚBLICO-PRIVADA

Bajo el rótulo de los llamados discursos del odio, fruto de la expresión *hate speech* norteamericano, se incluye la caracterización que señaló el Comité de Ministros del Consejo de Europa: «toda forma de expresión que difunda, incite, promueve o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo, u otras formas de odio basadas en la intolerancia»²¹. Del mismo modo, aquellas manifestaciones que incitan directamente a la violencia o enaltecimiento del terrorismo²². Con otros términos, se persiguen tanto los discursos discrimina-

¹⁹ Respecto a la negación de difundir contenidos «la amenaza de fuertes sanciones, unidas a la ambigüedad del sistema legal de atribución de responsabilidad, implica también en nuestro caso un importante efecto disuasorio para el ejercicio de la libertad de expresión» (ESCOBAR ROCA, 2007, 127).

²⁰ «la libertad de expresión podrá justificar la imposición de cargas o de obligaciones a los sujetos privados que participen en el proceso comunicativo y amparará la intervención estatal para corregir las disfunciones y facilitar la plena eficacia de esta libertad para todos los ciudadanos y garantizar así tal espacio auténticamente pluralista» (TERUEL LOZANO, 2014, 45).

²¹ Recomendación n.º (97)20, del 30 de octubre de 1997 sobre «discurso de odio» del Comité de Ministros. Al igual, la Recomendación General n.º15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorandum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa.

²² El «Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incluido bajo esta categoría tanto la incitación indirecta a la violencia como aquellos discursos que resulten discriminatorios o estigmatizadores para los grupos vulnerables de la sociedad» (VALERO HEREDIA, 2021).

torios o estigmatizadores respecto a colectivos sociales que se hallen en situación especial de vulnerabilidad; como aquellos discursos que generen una alta probabilidad de riesgo de incitación a la violencia. En definitiva, son expresiones –en este caso contenidos en internet o redes– que pretende estigmatizar a determinados colectivos o grupos marco con rasgos semejantes. Los marcos normativos y la jurisprudencia recientes hacen que veamos con malos ojos la banalización con la que se aplica extensivamente este término (Correcher Mira, 2020). Sin que se atienda o se considere, por parte de los tribunales, los numerosos requisitos o consideraciones interpretativas expuestos por parte de la dogmática referente; a la hora de considerar el discurso de odio un límite constitucional acorde al ejercicio de la libertad de expresión. Con ello, la percepción del odio como límite a la libertad de expresión e información, acaba por transformarse en una aplicación judicial subjetiva o sin parámetros razonados. Máxime cuando algunas expresiones vertidas en redes sociales, vulgares e insultantes, se producen en el contexto de un debate sobre un asunto de interés público o incluso humorístico. Asimismo, el contexto de las redes sociales «tanto en lo que se refiere al tipo de lenguaje que en no pocas ocasiones se emplea en ellas, como a las especialidades que supone, por ejemplo, la limitación del número de caracteres máximos de un tuit (...)» (Presno Linera, 2020, 72). Sin obviar que la publicación en redes sociales o internet de expresiones objetivamente injuriosas o que trascienden de los límites propios de la libertad de expresión no están amparadas por este derecho²³.

Por supuesto que el odio *en línea* nos presenta efectos multiplicadores de este tipo de discurso hacia la dignidad de muchos ciudadanos. Además, suprime un principio inclusivo de equilibrio en el mercado de ideas hacia los grupos o colectivos minoritarios, tras el daño a su honor o dignidad. Junto a sus efectos multiplicadores, se ubican otros problemas específicos (en la forma de difundirlos) como puede ser la itinerancia de datos, anonimato o transnacionalidad. Si bien, pensemos que el límite para no amparar el ejercicio de un derecho fundamental esencial, como es la libertad de expresión, debe fundamentarse en un principio de necesidad y relevancia para los derechos de otro individuo y/o la sociedad en su conjunto. Resulta importante señalar que en la Unión Europea no se ubican instrumentos normativos que sean ejecutables y específicos destinados a un control o moderación de los discursos de odio en internet. Por ello, hace necesario acudir a las legislaciones nacionales que, en su gran mayoría, han optado por la vía penal –omitiendo otras vías menos gravosas–

²³ «(...) si una conducta no es ilícita ni, mucho menos, delictiva en el ámbito analógico, tampoco podría serlo, en principio, en el digital» (PRESNO LINERA, 2020, 69).

para sancionar las incitaciones al odio o la discriminación. Dicho esto, no necesariamente, los tipos penales o sanciones administrativas deben transformarse en medidas limitativas o censuradoras de la comunicación libre, sino al contrario, debe no alterar –al menos mínimamente– el ejercicio de la libertad de expresión. «*Il diritto può essere, dal canto suo, uno strumento pericoloso... può diventare strumento di censura*» afirma Ziccardi.

Balkin (2004) ha considerado que las empresas que operan en la red se hallan en una difícil situación al proteger los derechos constitucionales de los usuarios. Por varios motivos, en primer lugar, no siempre tienen interés en hacerlo; y, en segundo orden, por las diversas consecuencias jurídicas o económicas que les puede acarrear. En definitiva, la posible colaboración de los operadores de internet con los poderes públicos continúa en rumbo arduo, tanto teórico como normativo. Por consiguiente, la revisión de contenidos por parte de las empresas que operan en internet no se somete a un marco de responsabilidad claro y transparente. De modo semejante, varios autores consideran que la responsabilidad de los proveedores (especialmente de hospedaje o contenido) resulta limitada, en tanto que buscan depurar la misma, alegando que desarrollan programas de identificación de contenidos no autorizados.

En definitiva, el debate continúa vivo, entre extremos contradictorios: mientras hay quienes consideran que las autoridades deben suprimir los contenidos discriminatorios; otros, sugieren que estos no pueden devenir en un aparato de censura al *ius comunicatis*. Por si no fuera suficiente, con una categoría sumamente compleja como el *hate speech*. Unidos a los paradigmas distintos de protección de la libertad de expresión, entre Europa y los EEUU²⁴. La doctrina considera relevante su diferenciación para un estudio completo, entre ellos, Vázquez Alonso entiende que «en derecho norteamericano cualquier restricción que imponga el Estado sobre la libertad de expresión, ya sea en ámbitos que puedan considerarse como foros públicos naturales, o en aquellos otros artificiales, en tanto habilitados por los poderes públicos, será contraria a la Primera Enmienda, salvo que se puede demostrar que existía un interés verdaderamente apremiante que justifique esa prohibición» (Vázquez Alonso, 2020, 488). Sin embargo, en atención a la justi-

²⁴ Considera que en el marco de los EE. UU., se ha ampliado en internet la protección de la libertad de expresión; en cambio, en Europa la tendencia fue opuesta. Entre las razones, es posible observar que solo aquellas restricciones que cumplen con la prueba del escrutinio estricto cumplen con la Primera Enmienda. Dado que cualquier restricción de contenido está sujeta a un escrutinio estricto, la libertad de expresión en los EE. UU continúa disfrutando de un margen de protección más amplio (POLLICINO, 2019, 155-168).

cia norteamericana²⁵, en el conocido –y paradigmático– caso del bloqueo del perfil del expresidente Donald Trump, consideró la justicia que su perfil era un foro público y no puede bloquear a otros usuarios; en cambio, la red social Twitter, sí que puede bloquearle a él.

Según Valero Heredia (2019), *«las medidas para combatir estos discursos que se han ido adoptando hasta la fecha van desde la promoción de la autorregulación y la implementación de filtros informáticos por parte de las empresas de Internet, hasta la exigencia de actuaciones y responsabilidades a éstas por parte de los poderes públicos»*. La determinación de si una expresión del *bot* es o no constitutiva de discurso del odio y con ello censurando unas expresiones, no puede pasar por una exclusiva elección de los operadores privados de internet, sin que contemplen su incidencia a un contenido protegido por la libertad de expresión (Barata, 2019), y sin tener en cuenta los parámetros del TEDH. Más aún, debemos analizar seriamente la práctica que se realiza mediante mecanismos de autorregulación por parte de las empresas, y a la propia posibilidad de que puedan ser objeto de supervisión judicial²⁶. Las tecnologías de control de contenidos son variopintas y no todas resultan igualmente respetuosas con la libertad de expresión. Una restricción a la libertad de expresión debe ser proporcional a los beneficios que la misma reporta a la protección de otros intereses constitucionales. Mínimamente, esa restricción debe estar prevista legalmente, siendo necesaria e idónea para alcanzar la finalidad perseguida, además debería incorporar las garantías judiciales, incluyendo un debido proceso.

La libertad de expresión se protege y reconoce internacionalmente, aunque ciertamente internet y las redes sociales tienen una dinámica de distribución y recepción de ideas o pensamientos, distintas a los medios tradicionales como pueda ser la prensa, radio o televisión. Actualmente, los servicios de plataformas de redes sociales ya controlan (en su mayoría) el acceso y las condiciones de uso, además moderan contenidos de acuerdo con unas reglas internas de naturaleza privada. A parte de la responsabilidad jurídica civil o penal recogida en nuestro ordenamiento jurídico, los esfuerzos se van centrando en la determinación de responsabilidad de las plataformas que permiten la difusión y el acceso por parte de terceros²⁷. Poco a poco se van adoptando normas

²⁵ Según Vázquez Alonso, el ámbito regulatorio –el norteamericano– resulta contradictorio, por un lado, la idea de neutralidad exime responsabilidad a las empresas intermediarias de contenido con el fundamento de evitar controles, y por otro, esa impunidad conlleva una censura en toda regla (VÁZQUEZ ALONSO, 2022).

²⁶ «En Internet el problema no es tanto el castigo en sí mismo (¿qué se castiga?) ...[sino] cómo puede lucharse de modo eficaz contra los contenidos prohibidos (problema este último más policial que jurídico)» (ESCOBAR ROCA, 2008).

²⁷ Precisamente «estas plataformas tienen la capacidad de tomar decisiones muy relevantes precisamente en materia de contenidos» (BARATA, 2022, 95).

sectoriales en la UE que incorporan obligaciones legales para adoptar medidas de control a los contenidos, y al mismo tiempo, se prohíbe una obligación generalizada de supervisión²⁸.

La práctica de la moderación de los contenidos por las plataformas privadas debe ser actualizada y revisada, tanto por la opacidad y discrecionalidad a la hora de actuar. Al menos, se puede afirmar que van más allá de las disposiciones legales actuales (pensemos en la suspensión unilateral de cuentas). Al mismo tiempo, respecto a los contenidos nocivos e ilegales, su determinación supone un alto grado de subjetividad. Como afirma Barata «abre, pues, la cuestión de la conveniencia de encomendar a corporaciones privadas carentes de los necesarios arraigos lingüísticos o culturales en los diferentes territorios en los que operan una tarea, que en realidad, corresponde a la responsabilidad social, la educación y la autonomía individual» (Barata, 2022, 102). La calificación de neutralidad en la política de moderación de contenidos de una plataforma parece desmesurada. Curiosamente es un modelo de negocio que se basa en ofrecer unos servicios deseados por el usuario²⁹. A pesar de un funcionamiento con sistemas de inteligencia artificial, sostenemos que no resultan predecibles y no son completamente neutrales.

De tal suerte que, si identificamos a las redes sociales como un espacio de carácter privado y no como un foro público, donde los usuarios se someten a las reglas internas establecidas por las plataformas, la normativa sectorial del ámbito de la Unión Europea tendrá poco que decir en esa relación privada.

4. CONCLUSIONES PROVISIONALES

La revolución tecnológica e informática camina a pasos apresurados, con ello, el espacio virtual ha producido alteraciones trascendentales en las estructuras productivas, económicas y sociales³⁰.

²⁸ «Tales obligaciones se mueven, por una parte, en el terreno del control de legalidad (es decir, se establece la necesidad de que las plataformas detecten ciertos tipos de contenidos ilegales y adopten medidas específicas al respecto), y por otra, en el ámbito del procedimiento (el modo en el que las plataformas regulan y gestionan internamente determinados tipos de contenidos)» (BARATA, 2022, 98).

²⁹ Una experiencia modelada conforme a las preferencias de los usuarios.

³⁰ «La democracia en la red no es un desiderátum (al impulso de un ciberoptimismo desmedido), ni un riesgo o problema en sí (a la sombra, ahora, de un mero ciberpesimismo revisado); es simplemente la expresión de cómo hoy cualquier relación humana (económica, social, cultural, jurídica y política) pasa por su integración, en mayor o menor medida, por la red. Y de ahí, nuevamente, la necesidad de que el concepto de neutralidad de Internet acoja el problema del control de contenidos y su incidencia en el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión y de información» (SÁNCHEZ BARRILAO, 2016).

La peculiar naturaleza de internet, y más concretamente las redes sociales, lleva a que los ciudadanos expresen y difundan sus ideas u opiniones, ejerciendo su libertad de expresión –en sentido amplio– y el derecho de participación política.

Se origina y se desarrolla un debate público distinto al que conocemos, tanto en lo que refiere al espacio como el tiempo. Lo que ofrece nuevas posibilidades para alcanzar una legitimación del orden político, en el sentido que sirve como punto de encuentro para la discusión pública. Así y todo, se ubican inconvenientes o riesgos. En lo que nos concierne, se explican los conflictos con otros derechos fundamentales y los límites de los derechos. Como la posible responsabilidad jurídica por la difusión de determinados contenidos nocivos e ilegales con aplicación principalmente de legislación nacional. Entre ellas, hemos puesto de relieve las expresiones o manifestaciones –en apariencia– odiosas. Considerando que algunas de ellas sí que son límites al propio ejercicio de la libertad de expresión y desembocan conflictos con otros derechos fundamentales. Sin género de dudas, deseáramos que la circulación de contenidos no contenga expresiones odiosas o hirientes, no obstante, resulta utópico. Asimismo, es conveniente recalcar que la libertad de expresión se caracteriza por su esencia negativa de no injerencia, en correlación a la prohibición de censura previa por parte de los poderes públicos. En función de lo planteado, determinados contenidos –en apariencia hirientes–, deben formar parte del mercado de las ideas, a pesar de ser inusuales o de malgusto.

Por otra parte, la siguiente cuestión que se ha planteado es la moderación o restricción de contenido. En concreto, si corresponde censurar a las empresas o servidores privados de esas redes sociales, o en cambio, les atañe a los poderes públicos. O sea, quién limpia o filtra los contenidos. Lógicamente cuando esos contenidos justifiquen el daño a otro bien constitucional, por ejemplo, la prevención de un delito tras el ataque a un bien jurídico. Se observa que no resulta algo fácil, la determinación o elección de uno u otro en esa acción de censura. Si pensamos en el funcionamiento de sistemas de inteligencia artificial por parte de las empresas privadas, hemos concluido que ni resultan predecibles, ni son completamente neutrales. Igualmente, no ofrece seguridad jurídica al usuario, lo que alienta un efecto desaliento para el ejercicio de la libertad de expresión. Y, si lo realizan los poderes públicos entrarían en una próxima actividad censora. Por ello, la solución pasa por medidas que a la hora de restringir la libertad de expresión sea proporcional a los beneficios que la misma reporta a la protección de otros intereses constitucionales. Mínimamen-

te, debe estar prevista por las reglas internas o por normas, y deberían incorporar ciertas garantías judiciales.

La siguiente cuestión, con relación a la anterior, trata del cómo. Se trata de conocer con qué herramientas y de qué forma controlamos esos discursos. Como hemos ido avanzando, las ventajas de internet han sido y son innumerables, así para Frosini (2020, 470): «*Internet ha consentito il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale, cioè senza «filtri», ovvero senza mediazioni di sorta, un open network*». Por ende, son convenientes replantear algunas propuestas, a modo de ejemplo, las enumeradas por Ziccardi: educación de los usuarios, tecnología más avanzada para bloquear el odio automático, y el uso efectivo de la ley.

Por otro lado, en relación a evitar la censura, si bien, alcanzar la depuración de discursos de odio, la alternativa pasa por involucrar a los operadores privados, incentivando la cooperación sobre la base de valores cívicos. En línea parecida, se alude que la responsabilidad del proveedor de comunicación puede encaminarse por: «*Un primer passaggio dovrebbe essere quello di sviluppare estándar, all'interno delle società, per far sì che si diffondano prassi accettabili e responsabili da parte degli utenti, e ciò si può ottenere con la redazione di policy chiare e trasparenti sull'hate speech... Un secondo passaggio consisterebbe nell'influenzare i risultati dei motori di ricerca più importanti*» (Ziccardi, 2018, 47). En habidas cuentas, evita un daño mayor derivado de esos contenidos, pero no suprime el interés privado de las empresas y la actividad censora subjetiva que realizan.

Con ello, lleva a la reflexión sobre si los operadores o proveedores no son meros prestadores de comunicación, al cumplir con funciones de interés general, lo que llevaría a pensar que su autorregulación debe ir en sintonía (al menos los dispositivos algorítmicos) «respecto a las propias reglas y principios que comprometen al Estado, y que por ello, son trasladables» (Vázquez Alonso, 2020, 503).

El mundo globalizado reclama, cada vez más, una adecuación en el planteamiento de las garantías de los derechos fundamentales ante el avance creciente de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Los desarrollos tecnológicos no pueden menoscabar las libertades cívicas, lo que impone una atención pormenorizada por parte de los ámbitos jurídico y político. En suma, una actitud reflexiva crítica ante nuevos problemas que en el acontecer social suscita los avances tecnológicos. Sin dudar de las incuestionables ventajas de conocimiento y comunicación del ciberespacio la revolución de internet, también ha supuesto un factor de incremento de nuevas formas de criminalidad, entre las que se ubica el discurso del odio. Por ese motivo,

estas formas de censura encubierta, ya sea privada o pública requieren un tratamiento razonado.

El Derecho debe brindar determinadas respuestas a supuestos de hechos distintos, o al menos identificar elementos que diferencian la comunicación. El trabajo ha tratado de plantear como internet y las redes sociales ha supuesto, en la práctica, un espacio sin fronteras y límites para la expresión y comunicación entre la ciudadanía. Una auténtica revolución de la comunicación e información en un entorno virtual. Una oportunidad para mejorar las formas de democracia participativa y un desarrollo expansivo de las libertades de información y comunicación. Ahora bien, se está transformando en un medio controlado o comercializado –controles sistemáticos previos y posteriores–, desplegando formas de censura que impiden ser un auténtico espacio de libertad y de pluralismo.

Esta tensión entre amparar y censurar la libertad de expresión resulta un reto global e interdisciplinar jurídicamente. Dado que las democracias constitucionales precisan cánones para justificar una limitación a la libertad de expresión ante ese tipo de discursos de odio, al dañar la dignidad y el honor; junto a ello, se deben evitar censuras injustificadas y deslegitimadas. Con probabilidad, los límites a la libertad de expresión y la prohibición de censura deben ser reinterpretados o actualizados a la nueva realidad tecnológica. Las garantías constitucionales del pluralismo político y la libertad de expresión en un Estado social y democrático deben salvaguardarse.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÁCER GUIRAO, R. (2020). *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Marcial Pons. Madrid.
- AL HASANI MATURANO, A. (2021). El dilema entre censurar o amparar la libertad de expresión en el ciberespacio. *Rivista Gruppo di Pisa (Quaderno n° 3 Fascicolo speciale monografico Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarità in memoria di Paolo Carroza)*. 2/2021 abbinato, 26 marzo. pp.81-90.
- BALKIN, J. M. (2004). Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. *New York University Law review*. 79-1. pp.1-58.
- (2014). Old School/New School Speech Regulation. *Harvard Law Review, Forthcoming, Yale Law School*, n.º 491.
- (2018). Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*. pp. 2011-2056.
- BARATA, J. Facebook castiga a Netanyahu. *Agenda Pública-El País*. 16 de septiembre de 2019.

- BARATA MIR, J. (2022). Libertad de expresión, regulación y moderación privada de contenidos. *teoría&derecho* (Tirant). Junio. n.º32. pp.88-107.
- CONTI, G. L. (2018). Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada? *Rivista AIC*. 4/2018. pp 200-225.
- CORRECHER MIRA, J. (2021). La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables? *InDret*. 2. pp.86-149.
- ESCOBAR ROCA, G. (2008). La libertad de expresión y el derecho a la información en la era de internet (ponencia en Jornadas ¿Exige la sociedad-red una nueva democracia?) En *Fundación Giménez Abad– Universidad Meléndez Pelayo*. 22 y 23 de enero de 2008.
- (2007). Reflexiones en torno a los principios de la comunicación pública en el ciberespacio. En Cotino Hueso, L. (dir.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- FROSINI, T. E. (2018). Internet y democracia. *Revista de Derecho Constitucional Europeo UGR*. julio-diciembre, 30.
- (2020). Il costituzionalismo nella società tecnologica, *Diritto di Internet*, pp. 465-484.
- GARCÍA MORALES, M. J. (2013). La prohibición de la censura en la era digital. *Teoría y realidad UNED*. núm.31. pp. 237-276.
- KEATS CITRON, D.; NORTON, H. (2011). Intermediaries and Hate Speech: Fostering Digital Citizenship for Our Information Age. *Boston University Law Review* vol.91.
- KLONICK, K. (2020). The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression. *Yale Law Journal*. vol. 129.
- PÉREZ-LUÑO, A. E. (2011). Internet y los derechos humanos. *Anuario de derechos humanos*. Nueva época 12. pp.287-330.
- POLLICINO, O. (2019). Judicial Protection of Fundamental Rights in the Transition from the World of Atoms to the Word of Bits: The Case of Freedom of Speech. *European Law Journal*. 25-2. pp. 155-168.
- (2020). Freedom of Expression and the European Approach to Disinformation and Hate Speech: The Implication of the Technological Factor. *Liber Amicorum per Pasquale Constanzo*. (<https://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/IN-DICELiber.html>)
- PRESNO LINERA, M. A. (2020). La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial. *Revista catalana de dret públic*. 61. pp. 65-82.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (2016). El futuro jurídico de internet: Una aproximación constitucional a la neutralidad de la red. *Revista de derecho constitucional europeo*. n.º 26.
- SÁNCHEZ FÉRRIZ, R. (2007). Las libertades públicas y su ejercicio en internet. En Cotino Hueso, L. (dir.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*. Tirant lo Blanch. Valencia.

- STASI, M. L. (2022). La exposición a la diversidad de contenidos en las redes sociales: Entre la regulación o la desagregación en la curación de contenidos. *teoría&derecho* (Tirant). Junio. n.º32. pp. 130-165.
- TERUEL LOZANO, G. M. (2010). Apuntes generales sobre la libertad de expresión en internet. *Anales de derecho*. 28. pp. 121-140.
- (2014). Libertad de expresión y censura en Internet. *Estudios de Deusto*. 62-2. pp. 41-72.
- (2016). Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*. n.º 9. pp. 1-29.
- (2020). Censura, redes sociales y pluralismo. Blog *Fundación Manuel Giménez Abad*. 10 de noviembre de 2020.
- (2021). Redes sociales, censura, pluralismo. *Ponencia en Fundación Giménez Abad*. 25 de marzo de 2021.
- VALERO HEREDIA, A. (2017). ¿La libertad de expresión en manos de un algoritmo? *Agenda Pública-El País*. 10 de enero de 2017.
- (2019). Los algoritmos del odio. *Agenda Pública-El País*. 6 de septiembre de 2019.
- VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (2020). Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es: Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EEUU. *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*. 1/2020. pp. 475-508.
- (2022). La censura privada de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión. *teoría&derecho* (Tirant). Junio. n.º32. pp. 108-129.
- ZICCARDI, G. (2018) Il contrasto dell'odio online: possibili rimedi. *Lessico di etica pubblica*, 1, pp. 37-48.
- STC 187/1999, de 25 de octubre (BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1999).
- STEDH Delfi AS c. Estonia, de 16 de junio de 2015 (demanda n.º 64569/09).
- STEDH Ahmet Yildirim c. Turquía, de 18 de diciembre de 2012 (demanda n.º 3111/10).

LAS LIBERTADES INFORMATIVAS. ¿BAJO EL YUGO DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL? ENFOQUE EUROPEO

LUIS CARLOS BANDRÉS ORÓÑEZ
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. *Cuestión previa.*–2. *Introducción.*–3. *Con ocasión de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. ¿Marco válido para el sector de las libertades informativas?* 3.1 Planteamiento previo. 3.2 Los sistemas de IA en el ámbito de las libertades informativas: ¿alto riesgo? 3.3 Exigencia de responsabilidad y rendición de cuentas.–4. *Los derechos de autor.*–5. *Conclusiones.*

1. CUESTIÓN PREVIA

El título dado a este artículo requiere definir el término «yugo» dado que supone el *leitmotiv* de las siguientes líneas.

De las acepciones recogidas en el Diccionario de la Real Academia Española, interesan la tercera y cuarta:

3. Ley o dominio superior que sujeta y obliga a obedecer.
4. Carga pesada, prisión o atadura.

2. INTRODUCCIÓN

En la actualidad nos encontramos con abundante literatura doctrinal o académica acerca de las implicaciones de la inteligencia artificial (en adelan-

te, IA) desde la perspectiva de los derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, cierto es que podemos llegar a echar en falta estudios que adopten una perspectiva sectorial concreta más profunda, como tengo la sensación de que así ocurre con respecto al ámbito de las libertades informativas.

La Unión Europea (en adelante, UE) lleva años demostrando su preocupación por los usos y aplicaciones de la IA. Baste señalar la designación de 52 expertos, en junio de 2018, para la constitución de un grupo de alto nivel sobre IA con la encomienda de llevar a cabo recomendaciones sobre la manera de abordar tanto sus desafíos como oportunidades, creándose la Alianza Europea de IA para dirigir el trabajo del grupo de expertos.

Todo el trabajo llevado a cabo en las instituciones europeas ha dado como último fruto fundamental a reseñar y hasta la fecha la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 21 de abril de 2021. Aprovechándome de dicha Propuesta pretendo señalar, no con carácter exhaustivo, ciertas cuestiones que, a modo de implicaciones, surgen con relación al incipiente y creciente uso de la IA particularmente en el ámbito de las libertades informativas.

Vaya por delante que admito que las denominadas nuevas tecnologías y la generalización de los sistemas de IA pueden, y deben, brindar nuevas oportunidades, desde luego positivas, en temas tales (mencionados sean sin ánimo de exhaustividad) como la igualdad de género, la justicia social y económica, la diversidad, el pluralismo cultural, la interconexión, el bienestar físico y mental o la protección del medio ambiente, sin que la consideración de sus evidentes riesgos deba hacernos desistir de su utilización. Sin embargo, al mismo tiempo, comparto la preocupación acerca de su real incidencia en los derechos fundamentales y libertades públicas, especialmente al tratar las libertades informativas. En tal sentido, reclamar, como hizo el profesor Antonio Enrique Pérez Luño, de la Ciencia, el Derecho, la Ética, la Economía y la Política una responsabilidad tecnológica parece obligado (2012: 42).

La realidad de la IA ocasiona no pocas incertidumbres en cuestiones tales como, refiriéndome al ámbito de las libertades informativas, la protección de los derechos de autor, la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, el secreto profesional, la exigencia de responsabilidad ante vulneraciones de derechos fundamentales (tales como la intimidad, la propia imagen, la protección de los datos personales) o el ejercicio del derecho de rectificación. Claro está, sin olvidarme de fenómenos como la desinformación o la *agenda setting*.

La Directiva 2019/790, de 17 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, en su considerando 3 menciona la rápida evolución tecnológica que transforma sin cesar la manera de crear, producir, distribuir y explotar las obras y otras prestaciones, surgiendo nuevos modelos de negocio y nuevos agentes. Tal incontestable realidad se nos presenta, en definitiva, como un claro desafío desde la óptica de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Difícil es no compartir con Nic Newman su afirmación, manifestada en el informe sobre las tendencias y predicciones en periodismo, medios de comunicación y tecnología para 2022, de que los sistemas de IA «ya no puede considerarse tecnologías de próxima generación, sino que se están convirtiendo rápidamente en una parte fundamental de las operaciones informativas modernas a todos los niveles, desde la recopilación y producción de noticias hasta la distribución (2022: 39).

Efectivamente, el uso de la IA en las redacciones de los medios de comunicación es ya una realidad con obvia tendencia a incrementarse en el futuro¹. Tal y como señaló Charlie Beckett (2019), la IA constituye una parte importante del periodismo si bien distribuida de forma desigual, al abarcar desde funciones cotidianas, como búsqueda de noticias, hasta la utilización de algoritmos, basados en el aprendizaje profundo, en la creación de contenidos y redacción de las noticias². No obstante, considerando los indicadores de uso de inteligencia artificial en las empresas españolas³ tal realidad es todavía incipiente. Los datos, correspondientes al 2020, arrojan que solo el 13% de las empresas españolas del sector de la información y comunicación (con 10 o más empleados) utilizan sistemas de IA frente a un 12% de las mismas en la Unión Europea. Siendo así, estamos a tiempo de proceder, para el ámbito sectorial que me entretiene, a una reflexión más profunda que la llevada a cabo hasta ahora.

Como ya he comentado, Europa es consciente de los retos y desafíos que plantea la IA. En el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial adoptado, con fecha 19 de febrero de 2020, por la Comisión Europea se dejó señalada la ne-

¹ Algunos ejemplos de utilización de los sistemas de IA los encontramos en *The Washington Post* con la herramienta *Heliografo* o *Le Monde* con la llamada *Syllabs*.

² Creación de contenidos o redacción de noticias gracias al aprendizaje profundo o *deep-learning*. Sistemas de aprendizaje autónomo en virtud de los cuales se llevan a cabo actividades con capacidad creativa.

³ Observatorio Nacional de la Tecnología y la Sociedad (2021). «Indicadores de uso de Inteligencia Artificial en las empresas españolas». Madrid: Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Secretaría General Técnica. <https://www.ontsi.red.es/es/dossier-de-indicadores-pdf/indicadores-uso-inteligencia-artificial-empresas-espanolas>. Recuperado 5/9/2022.

cesidad de instaurar un enfoque europeo común, seguro y fiable con respeto pleno a los valores y derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE. El objetivo marcado, realmente ambicioso, no es otro que el de crear un ecosistema de IA orientado a la excelencia y la confianza.

En aquella labor de instauración de un enfoque europeo en los términos mencionados, hay que considerar ciertos instrumentos, tanto de ámbito europeo como internacional, ya existentes en el momento actual. A destacar entre otros, además del ya mencionado Libro Blanco, la Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial adoptada, el 23 de noviembre de 2021, por la Conferencia General de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)⁴, en la que se contempla, entre otros ámbitos de actuación, el sector de la comunicación e información, recomendando a los Estados miembros a utilizar los sistemas de IA para mejorar el acceso a la información y el conocimiento, a garantizar que los actores de la IA respeten y promuevan la libertad de expresión, a invertir en competencias digitales y de alfabetización mediática, con miras a contrarrestar la desinformación y el discurso del odio, y finalmente a crear entornos propicios para que los medios de comunicación tengan los derechos y recursos necesarios para informar eficazmente sobre las ventajas y los inconvenientes de los sistemas de IA, alentándolos a que hagan un uso ético de los mismos.

Observándose que la Recomendación de la UNESCO se dirige, fundamentalmente, a los Estados, así como que la Unión Europea tiende también hacia la instauración de un enfoque común, no quiero dejar pasar por alto la idea de que la implantación de un marco normativo, en nuestro caso europeo, regulador de la IA no está, o mejor dicho, no debe estar exenta de dudas cuando de lo que tratamos es de las libertades informativas ante la posibilidad de establecer limitaciones indebidas, por desproporcionadas, al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y de información, por tanto, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, llegando a plantearnos incluso su pertinencia en clara apuesta por la autorregulación⁵. Ahora bien, y por contra, dejar en manos

⁴ Según expresa, se dirige a los Estados miembros, tanto en su calidad de actores de la IA como de autoridades responsables de la elaboración de marcos jurídicos y reguladores a lo largo de todo el ciclo de vida de los sistemas de IA, así como de la promoción de la responsabilidad empresarial. Proporciona, igualmente, orientación ética a todos los actores de la IA, incluidos los sectores público y privado, sentando las bases para una evaluación del impacto ético de los sistemas de IA a lo largo de su ciclo de vida.

⁵ Ejemplo de autorregulación lo constituye el recientemente publicado (16 de junio de 2022) Código de buenas prácticas reforzado sobre desinformación 2022, basado en el Código de buenas prácticas de 2018, suscrito por 34 signatarios entre los que figuran plataformas, empresas tecnológicas y representantes de la sociedad civil.

de la autorregulación (sin intervención de los poderes públicos) el establecimiento de unos criterios o de unas pautas, sin valor normativo alguno, puede suponer, por la intervención interesada de algunos de los agentes implicados, la consecución de un defectuoso diseño general de los sistemas de IA a utilizar de los que pudieran llegar a derivarse un uso sesgado de los datos y algoritmos, potenciado por la opacidad o falta de transparencia. La herramienta para evitar tal riesgo, aun cuando sea de forma no absoluta, no es otra que dotarnos, de un sistema normativo, a modo de bases, que siente, defina o profile, siquiera sea, aquellos aspectos fundamentales a respetar en el uso de la IA. Sistema normativo (como tal, coactivo) con miras, en última instancia, a la defensa de los valores propios de la UE definidos en el artículo 2 de su Tratado.

Corroboran lo dicho las conclusiones sobre la carta de los derechos fundamentales en el contexto de la inteligencia artificial y el cambio digital alcanzadas por el Consejo de Europa, su Presidencia, con fecha 21 de octubre de 2020, al abogar por la implantación y desarrollo de normas técnicas comunes que contribuyan eficazmente a abordar los riesgos derivados del diseño, desarrollo, despliegue y utilización de los sistemas de IA y proponiendo la revisión de la legislación vigente para determinar si contempla adecuadamente tanto aquellos (los riesgos) como las oportunidades que, sin duda, brindan.

3. CON OCASIÓN DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO POR EL QUE SE ESTABLECEN NORMAS ARMONIZADAS EN MATERIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL) Y SE MODIFICAN DETERMINADOS ACTOS LEGISLATIVOS DE LA UNIÓN. ¿MARCO VÁLIDO PARA EL SECTOR DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS?

3.1 Planteamiento previo

Desde la perspectiva de las libertades informativas no se nos debe escapar que determinados sistemas de IA destinados a generar contenidos (*news-making*) pueden conllevar riesgos específicos, siendo así que su identificación y análisis se tornan tareas imprescindibles pues solo de esa manera se pueden llegar a adoptar las medidas oportunas de gestión y uso de aquellos. El que se denomina periodismo automatizado o *automated journalism*, periodismo algorítmico o *algorithm journalism* o, también, periodismo robot o *robot journalism* requiere de especial atención en garantía de la libertad de información

y del respeto a la libertad y pluralismo de los medios de comunicación (artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Que dicho periodismo artificial tienda a restringir la intervención humana al exclusivo momento de diseño del algoritmo, sin participación, por tanto, en el resto del ciclo de vida del sistema de IA, se antoja sumamente peligroso, además de poder ir en contra de lo que desde la UE se pretende. Que la intervención cognitiva se sustituya por la actuación silente, invisible, del algoritmo (Túñez López *et al.*, 2019: 1415) debe ser motivo de máxima preocupación si lo que pretendemos es que tal ecosistema funcione de manera segura, fiable, coherente y responsable frente no solo a los daños que pudiera, llegar a ocasionar desde una perspectiva individual sino, y fundamentalmente, frente a los quebrantos colectivos (para la opinión pública en general) del derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión, pues solo así cabría calificarlo de excelente y merecedor de confianza. Démonos cuenta que lo que se hace es dejar el ejercicio de un derecho fundamental, como es el de comunicar y recibir información, en manos de algoritmos, de máquinas en definitiva, si bien diseñados por personas con posible autonomía posterior.

Con fecha 21 de abril de 2021 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobó la Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA, dando con ello respuesta al compromiso adquirido por la Presidenta Von der Leyen, quien en sus orientaciones políticas para la Comisión 2019-2024 anunció que dicha institución presentaría propuestas de legislación para un enfoque europeo coordinado sobre las implicaciones éticas y humanas de la IA. Fruto de ello fue la publicación del Libro Blanco ya mencionado.

Tal Propuesta viene a salir al paso de las peticiones habidas acerca de la necesidad de adoptar medidas legislativas tendentes a garantizar que se aborden adecuadamente las ventajas y los riesgos que conlleva la IA.

Que el instrumento jurídico elegido sea el Reglamento nos hace deducir la importancia que desde la UE se otorga a la IA. Su alcance general y obligatoriedad para todos los Estados miembros, ex artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así nos lo indica. Se busca eludir una posible fragmentación jurídica en aspectos tales como la propia definición de IA (Título I de la Propuesta, disposiciones generales), la prohibición de determinadas prácticas de IA manifiestamente perjudiciales (Título II, prácticas de inteligencia artificial prohibidas) o la clasificación de determinados sistemas de IA como de alto riesgo (Título III, sistemas de IA de alto riesgo), aspecto, este último, sobre el que me detendré a continuación.

Como objetivos, su artículo 1, fija establecer:

- a) Normas armonizadas para la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial («sistemas de IA») en la Unión;
- b) Prohibiciones de determinadas prácticas de inteligencia artificial;
- c) Requisitos específicos para los sistemas de IA de alto riesgo y obligaciones para los operadores de dichos sistemas;
- d) Normas armonizadas de transparencia aplicables a los sistemas de IA destinados a interactuar con personas físicas, los sistemas de reconocimiento de emociones y los sistemas de categorización biométrica, así como a los sistemas de IA usados para generar o manipular imágenes, archivos de audio o vídeos;
- e) Normas sobre el control y la vigilancia del mercado.

3.2 Los sistemas de IA en el ámbito de las libertades informativas: ¿alto riesgo?

El art. 20 CE, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la CE consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. Así se pronunció nuestro Tribunal Constitucional en su ya lejana sentencia 6/1981, de 16 de marzo⁶. Tal debe ser la premisa a la hora de proceder a la calificación de los sistemas de IA a utilizar en el ámbito de las libertades informativas como de alto riesgo. Ciertamente no la podemos obviar.

La Propuesta de Reglamento adopta el riesgo como marco o enfoque sobre el que construir la regulación normativa, considerando la finalidad prevista específicamente en el propio sistema para considerarlo como de alto riesgo. Su anexo III contiene un listado de sistemas de IA tipificados de alto riesgo entre los que no aparecen aquellos sistemas que puedan llegar a ser utilizados en el ámbito de las libertades informativas, si bien no debe considerarse *numerus clausus* en tanto en cuanto se prevé la posibilidad de que la Comisión amplíe la lista⁷, lo que, bajo mi criterio, debería llevar a cabo introduciendo los

⁶ Vid. su fundamento de Derecho 3.

⁷ Vid. artículo 7 de la Propuesta de Reglamento.

sistemas a usarse en el ámbito que dan razón a este artículo, facilitando, con ello, el establecimiento de criterios y de metodología armonizados de evaluación del riesgo y de gestión.

A pesar de mi convicción de que los sistemas de IA aplicados a las libertades informativas cuentan con evidentes riesgos de perjudicar e, incluso, vulnerar derechos fundamentales reconocidos (y no únicamente el reconocido en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) lo que, indefectiblemente, me lleva a alcanzar la conclusión del merecimiento de su clasificación de alto riesgo, las consecuencias a derivarse del otorgamiento de tal naturaleza no se antojan sencillas ni, mucho menos, pacíficas tanto en el propio estadio de su conformación como en el resto de su ciclo de vida. Sin embargo, a pesar de ello, entiendo que solo pueden quedar clasificados como concluyo.

Por lo demás, soy consciente de que los criterios enumerados en el número 2 del artículo 7 de la Propuesta a tener en cuenta por la Comisión a la hora de calificar un sistema de IA de alto riesgo, por conllevar un peligro de repercutir negativamente en los derechos fundamentales, pueden alimentar voces contrarias a tal calificación⁸. Así, resulta obvio que nunca un sistema de IA aplicado al ámbito de las libertades informativas va a establecer explícitamente como finalidad el manipular o desinformar a la opinión pública destinataria del hecho noticioso elaborado. Se requerirá, por tanto, llevar a cabo un proceso valorativo de las propias resultas del sistema concreto (control *ex post*) lo que dificulta la conveniente evaluación previa de impacto. Por otra parte, la opacidad reinante en el propio sistema de toma de decisiones algorítmicas (denominada efecto caja negra) dificulta aquella ponderación previa de la causación real de un perjuicio o de una repercusión negativa para los derechos fundamentales, así como también de su alcance.

Cierto es que otros criterios contemplados son de más sencilla estimación en apoyo de la calificación de alto riesgo por la que apuesto. Así, la realidad nos demuestra que los sistemas de IA son cada vez más utilizados en el campo de la información, así como que, fundamentalmente, por razones prácticas resultará casi imposible renunciar a la información facilitada en los términos en los que haya sido generada por el sistema de IA. Igualmente, notorio resul-

⁸ Sistematizadamente dichos criterios son la finalidad prevista del sistema de IA, la medida en que se haya utilizado o sea probable su uso, la medida en que haya tenido repercusiones negativas en derechos fundamentales, el alcance del perjuicio, la medida en que dichas repercusiones dependan de la información de salida, la posición de vulnerabilidad del usuario del sistema de IA, la medida en que sea fácil revertir la información de salida, las medidas de compensación efectivas así como aquellas destinadas a prevenir o reducir notablemente los riesgos.

ta que las personas vulnerables están más expuestas a sufrir en sus derechos fundamentales algún tipo de perjuicio o repercusión negativa derivada de la información producto de la IA o que, dada la falta de transparencia de los sistemas, las posibilidades de revertir la información comunicada se exteriorizan como más bien escasas, si no nulas.

No obstante, únicamente mediante la calificación de alto riesgo de los sistemas de IA destinados al uso en el campo de las libertades informativas cabe exigirles el cumplimiento de los requisitos contemplados en la Propuesta de Reglamento, concretamente en sus artículos 8 a 15, siendo plenamente consciente de que la observancia de alguno de ellos resulta ciertamente compleja y problemática. Se refieren aquellos requisitos al sistema de gestión de riesgos, a los datos y su gobernanza, a la documentación técnica a prepararse antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio, a los registros de trazabilidad, a la transparencia, a la vigilancia humana y, finalmente, a la precisión, solidez y ciberseguridad.

Reitero que algunos de tales requisitos a cumplir por un sistema de IA a utilizar en el ámbito de las libertades informativas se exteriorizan como problemáticos. Así, por lo que respecta al sistema de gestión de riesgos baste señalar la dificultad de identificar los riesgos residuales a considerar como aceptables para la sociedad en su conjunto como destinataria primera y última del derecho a la libertad de información o, en cuanto a la gobernanza de los datos, indicar que la vigilancia, detección y corrección de los sesgos asociados al sistema de IA igualmente se antoja dificultoso⁹ (preocupación máxima merece el tratamiento de categorías especiales de datos personales). Por el contrario, ninguna duda debe surgir a la hora de exigir que el sistema de IA a usar en dicho ámbito deba funcionar con un nivel de transparencia tal que permita a los usuarios interpretar y usar correctamente la información de salida. Tampoco cabe duda alguna a la hora de exigir que el diseño y el desarrollo del sistema deba permitir de manera efectiva la vigilancia humana bajo el objetivo de prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales, así como que alcance un nivel adecuado de precisión, solidez y ciberseguridad.

Del cumplimiento de dichos requisitos se responsabiliza a los proveedores¹⁰ (art. 16) a quienes se encarga la obligación de velar por el respeto de los

⁹ Debemos ser conscientes de que la instauración de sistemas de IA va a comportar o comporta nuevas fuentes de poder en manos de intereses que se alejan del propósito de difundir información veraz en favor de personales objetivos.

¹⁰ Se entiende por proveedor toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que desarrolle un sistema de IA o para el que se haya desarrollado un sistema de IA con vistas a introducirlo en el mercado o ponerlo en servicio con su propio nombre o marca comercial, ya sea de manera remunerada o gratuita (art. 3.2).

misimos. Sin embargo, otras figuras confluyen en el uso de los sistemas de IA, esto es, en sus ciclos de vida, así, importadores, distribuidores y usuarios, todos ellos con obligaciones a asumir. Tal, llamémosle, organigrama, más allá de su aparente simplicidad como cadena de suministro, plantea uno de los grandes problemas a resolver, cuál es la imputación de responsabilidad, en nuestro ámbito, ante la opinión pública considerando en su totalidad el proceso de *newsmaking*, dentro del cual nos encontramos con la cuestión de la rendición de cuentas o *accountability* con clara incidencia en la calidad informativa, el pluralismo y la transparencia mediática.

3.3 Exigencia de responsabilidad y rendición de cuentas

Ante el uso de sistemas de IA en el ámbito de las libertades informativas, los reclamos de rigor y honestidad, así como la exigencia de veracidad en las noticias, ya no podrán hacerse únicamente al texto o contenido del hecho noticiable sino, también, a las fases anteriores de almacenaje y ordenación de datos y a la creación informática del algoritmo encargado de interpretar esos datos y convertirlos en relato informativo Túñez López *et al.*, 2019: 1416).

Siendo así, la exigencia de responsabilidad y de rendición de cuentas se amplía considerablemente, no centrándose únicamente en los primigenios actores protagonistas de las libertades informativas (medios de comunicación y profesionales de la información) sino también en terceros que, apriorísticamente, no tienen por qué tener relación alguna con el mundo comunicacional o informativo. Tal consecuencia a derivarse del uso de sistemas de IA puede dificultar, por no afirmar rotundamente que efectivamente dificulta, la superación de la crisis de credibilidad y confianza del periodismo. Si ya, de por sí, la opinión pública desconoce los mecanismos de *accountability* implantados por los propios medios de comunicación, imaginémonos efectiva y generalizada sea la utilización de un sistema de IA caracterizado, como se caracterizan todos ellos, por su complejidad, su autonomía y su opacidad (efecto de *caja negra*).

La UNESCO en su recomendación sobre la ética de la IA (adoptada el 23 noviembre de 2021, en su 41 Conferencia General ¹¹) manifiesta acertadamente que la responsabilidad ética y la obligación de rendir cuentas de las decisio-

¹¹ «El mundo necesita reglas para que la inteligencia artificial beneficie a la humanidad. La Recomendación sobre la ética de la IA es una respuesta importante. Establece el primer marco normativo mundial, al tiempo que otorga a los Estados la responsabilidad de aplicarlo a su nivel. La UNESCO apoyará a sus 193 Estados Miembros en su aplicación y les pedirá que informen periódicamente sobre sus progresos y prácticas», Audrey Azoulay, Directora General de la UNESCO.

nes y acciones basadas de alguna manera en un sistema de IA deben ser atribuibles a los actores de la IA conforme a la función que tengan en el ciclo de vida del sistema de IA.

La UE, igualmente, ha prestado y presta atención a la cuestión de la responsabilidad de la IA, baste señalar el informe adjunto al Libro Blanco sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la IA, el internet de las cosas y la robótica en el que se señala que las características de los sistemas de IA pueden dificultar la trazabilidad de los daños sufridos por una persona entorpeciendo la exigencia de responsabilidad civil de los agentes que no sean los productores, valorando la conveniencia de modificar la Directiva, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos así como de adaptar las medidas nacionales en materia de responsabilidad. En tal sentido señala la Comisión Europea la importancia de establecer un marco claro para así garantizar tanto la protección de los consumidores como la seguridad jurídica para las empresas, marcándose como objetivo general de los marcos jurídicos en materia de seguridad y de responsabilidad civil el garantizar que todos los productos y servicios, incluidos aquellos que incorporan tecnologías digitales emergentes, funcionen de manera segura, fiable y coherente de forma tal que los daños que puedan ocasionarse se reparen de forma eficiente. Para ello, la transparencia se evidencia como factor crucial.

A ello responde la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA) de fecha 28 de septiembre de 2022, cuyo principal objetivo es promover la introducción generalizada de una IA fiable y de confianza, adoptando para ello un enfoque holístico.

Bajo mi punto de vista, constituye una virtud de la Propuesta de Directiva la cuestión de la carga de prueba considerando las características específicas de la IA. En su exposición de motivos se refiere a tal cuestión manifestando que se introducen «aligeramientos de la carga de prueba para las víctimas de daños causados por sistemas de IA».

Al hilo de lo anterior, se infiere la importancia de la calificación de los sistemas de IA como de alto riesgo al preverse específicos mecanismos de defensa que, sin duda, facilitarán las posibles reclamaciones de los potenciales perjudicados. Entre aquellos cabe destacar la posibilidad de solicitar, a proveedores o usuarios, y obtener información sobre dichos sistemas de alto riesgo a través de la exhibición de pruebas relativas a los mismos, presumiéndose, *iuris*

*tantum*¹², el incumplimiento del deber de diligencia cuando no se proceda a la exhibición de las pruebas solicitadas¹³.

Por lo que respecta al ámbito sectorial concreto sobre el que me estoy ocupando se trata de garantizar el resultado informativo, veraz y plural, instaurando mecanismos que ofrezcan respuestas tanto a aquel o aquellos que entiendan han resultado individualmente perjudicados por la información como a la opinión pública en general en defensa de los valores y derechos propios de la UE y de sus Estados miembros. Con respecto al primer plano (dimensión individual, perjudicado) la Propuesta de Directiva viene a, o al menos pretende, facilitar las posibles reclamaciones por daños y perjuicios causados por un sistema de IA utilizado por el usuario medio de comunicación al establecer presunciones refutables o *iuris tantum*. Quedaría, bajo mi punto de vista, por resolver la otra de las dimensiones, esto es la referente al plano colectivo, en la que la perjudicada fuera la opinión pública.

No obstante, si bien merece favorable acogida la implantación de criterios o pautas que vengan a facilitar a los posibles perjudicados el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (eliminando obstáculos que pudieran hacerles desistir de acudir a los Juzgados y Tribunales), la instauración de vías prejudiciales, a través de sistemas de mediación por ejemplo, se presenta como muy conveniente. En tal sentido, la potenciación de la figura del *Press Ombudsman* la percibo como necesaria ante el incipiente ecosistema que se presenta, mecanismo de autorregulación que, sin duda, ofrece a los potenciales perjudicados individuales, o asociaciones de los mismos, una vía previa de solución al daño o perjuicio sufrido con ocasión de la utilización de la IA en el medio de comunicación.

Un interesante debate a iniciar, alentado por la irrupción de la IA, sería la conveniencia o no de exigir la existencia de tal figura en todos y cada uno de los medios de comunicación, otorgándole facultades más allá de recepcionar quejas de los lectores o de la audiencia.

Ahora bien, las garantías y protecciones a implantar conciernen no solo a los ciudadanos receptores de la información sino también a los medios de comunicación y profesionales de la información como emisores de aquella.

Centrándome en la cuestión de la responsabilidad de los medios de comunicación y de los propios profesionales de la información, como actores que son en un momento del ciclo de vida del sistema de IA, pongo de manifiesto una inquietud que nos debe sacudir. Así es, debemos preguntarnos si el

¹² La Directiva utiliza la expresión «presunciones refutables».

¹³ *Vid.* artículo 3 de la Propuesta de Directiva.

ecosistema de IA, una vez diseñado, deja ámbito de libertad, y en qué medida, en el resto de su ciclo de vida hasta llegar a la redacción de la noticia. Y es que libertad y responsabilidad (caras de una misma moneda) deben ir de la mano. El filósofo José Ramón Ayllon manifestó, compartiendo sus palabras, que la responsabilidad es inseparable de la libertad: si esta es la capacidad de elegir, aquella es la aptitud para dar cuenta de esas elecciones (1998: 216).

El grado de participación del medio de comunicación y, sobre todo, del profesional de la información en la elaboración de cualquier noticia que emana de un sistema de IA actuando a modo de fuente, constituye un dato ciertamente trascendente a la hora de exigir posibles responsabilidades, considerando que cuanto menor sea aquel grado de participación menor será la responsabilidad adquirida. En tal situación de participación mínima o residual bien se podría reparar en la conocida como teoría del «reportaje neutral», aplicada, dicho sea a modo de ejemplo, por nuestro TC en su sentencia 76/2002, de 8 de abril. Expresaba su Fundamento Jurídico 3:

«También es doctrina de este Tribunal que el específico deber de diligencia que incumbe al informador es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado (SSTC 336/1993, de 15 de noviembre, y 41/1994, de 15 de febrero), o bien de que se trate de una información asumida por el medio y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguna, sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor. Para los supuestos de reportaje neutral el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de constatar la verdad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible por lo general al autor de la declaración (STC 52/1996, de 26 de marzo).»

El informe antes mencionado, adjunto al Libro Blanco, presenta hasta tres aspectos a modo de dificultades que las tecnologías digitales emergentes presentan para el marco de la Unión en materia de seguridad de los productos, las cuales entorpecen la exigencia de responsabilidad: la conectividad, la autonomía y la opacidad.

De estos tres aspectos, siendo preocupantes todos ellos, la autonomía y la opacidad, desde la perspectiva de las libertades informativas, merecen especial atención, fundamentalmente al tratar de la responsabilidad de los medios de comunicación y de los profesionales de la información que hacen uso de sistemas de IA.

No me cabe duda de que uno de los aspectos sobre el que profundizar se refiere a la responsabilidad social de los medios de comunicación junto con la necesidad de una mayor transparencia en su seno, no solo, siguiendo a Ángel Arrese Reca, porque se encuentran en crisis (de negocio, de credibilidad, de autoridad, ...) sino porque lo está también el propio periodismo y su rol en las sociedades democráticas (2019).

La Propuesta de Reglamento exige que los sistemas de IA de alto riesgo sean diseñados y desarrollados de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso (art. 14.1, vigilancia humana) lo que, al menos inicialmente y por lo que respecta a la culpa in vigilando, clarifica la cuestión de a quién o a quiénes exigir responsabilidad, dado que el objetivo de aquella vigilancia no es otro que prevenir o reducir al mínimo los riesgos, dice el número 2 del artículo citado, para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales. No obstante, habrá que determinar si el responsable de tal vigilancia debe pertenecer al medio de comunicación o, por el contrario, ser un tercero ajeno. Mi apuesta es clara, el responsable de la vigilancia solo puede ser un profesional de la información, quien debiera intervenir no solo una vez puesto en uso el sistema de IA sino también, por qué no, en su propio diseño y desarrollo.

Más allá de lo expuesto, atendiendo al contenido de la Propuesta de Reglamento, concretamente en cuanto a los requisitos a exigir a los sistemas de IA de alto riesgo, la cuestión de la exigencia de responsabilidad resulta ciertamente complicada y no únicamente con respecto a la identificación de las personas responsables. La mencionada perspectiva de riesgo adoptada por la Propuesta conduce a tal conclusión. Tal y como indica María José Añón Roig (2022: 28) la Propuesta de Reglamento, al adoptar la perspectiva de la gestión de riesgos, no contiene una regulación general robusta sobre las garantías de los derechos fundamentales que pudiera servir de base para determinados sectores concretos como el de las libertades informativas, centrándose, en definitiva, en la cristalización del denominado «giro securitario preventivo».

Desde luego que la decisión de hacer uso de sistemas de IA en las redacciones de los medios de comunicación corresponde a ellos mismos como empresa, debiendo plantearnos que posición ocupan, en tal caso, los profesionales de la información individualmente considerados, quienes se pueden ver obligados a su utilización. Cuestiones tales como el ejercicio del derecho a la cláusula de conciencia, principalmente en su modalidad resistente, la firma del artículo o noticia y los derechos de autor no se encuentran resueltas, deteniéndose seguidamente, siquiera sea de manera breve, en estos últimos.

4. LOS DERECHOS DE AUTOR

La utilización de sistemas de IA en la redacción de noticias nos obliga a plantearnos el tema de los derechos de autor. A ello obedecen las siguientes breves líneas.

Entre las Consideraciones contenidas en la Resolución de 24 de octubre de 1997 del Parlamento Europeo acerca de las «repercusiones de las nuevas tecnologías sobre la prensa escrita en Europa»¹⁴ se recogió la necesidad de que los periodistas, como creadores/autores que son de la información o de los hechos noticiables, se beneficien de los derechos económicos y morales derivados del sistema de derechos de autor dado el nuevo entorno comunicacional y la utilización reiterativa de la información por diferentes medios de comunicación.

La irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito de las libertades informativas ha venido a evidenciar, todavía más, la necesidad de ofrecer respuestas adecuadas al tema de los derechos de autor en el campo del periodismo en el que intervienen distintos sujetos entre los que se encuentran, además de los propios profesionales de la información, los editores, distribuidores o productores. A mayores, con la irrupción de los sistemas de IA se incorporan, además, nuevos agentes en la producción de la información, como son, fundamentalmente, los proveedores quienes, conforme a la definición que de los mismos se contiene en la Propuesta de Reglamento, son los que desarrollan el sistema de IA con vistas a introducirlo en el mercado.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones acerca de un mercado único de los derechos de propiedad intelectual, de fecha 24 de mayo de 2011, ya vino a reconocer a los periodistas como autores, instando a proteger sus derechos en calidad de tales, garantizándoles la posibilidad de decisión sobre la forma de explotación de sus obras. A su juicio, compartido por el que suscribe, tal reconocimiento resultaba y resulta imprescindible para mantener un periodismo profesional, independiente y de gran calidad, desde luego, con la garantía de una retribución equitativa.

La irrupción de los sistemas de IA en las redacciones viene a dificultar aquel reconocimiento o, al menos, trae consigo no pocas incertidumbres. Como indica Concepción Saiz García gracias a los sistemas de aprendizaje autónomo, las máquinas son ya capaces de realizar actividades que van asociadas naturalmente al ser humano, entre las que se encuentra la capacidad creativa. Cuando la actividad realizada por el sistema de IA emula la capacidad

¹⁴ DOC 10 de noviembre de 1997, núm. 339, p. 415.

creativa del ser humano, el resultado que produce podría ser una obra de ingenio y esto atañe a la propiedad intelectual, en general, y al derecho de autor, en particular (2019). Es lo que se conoce como redes neuronales o IA robusta.

La Directiva 2019/790, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE se centra en el establecimiento de una protección jurídica armonizada para las publicaciones de prensa en relación con los usos en línea por parte de prestadores de servicios de la sociedad de información, no deteniéndose en los sistemas de IA o algoritmos.

Considerando el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales sobre la materia, una primera y clave conclusión cabe manifestar, cual es que autor debe ser una persona natural sin perjuicio de que personas jurídicas puedan resultar beneficiarias de la protección que se concede al autor¹⁵. Así, como señala acertadamente Concepción Saiz García, no es posible conforme a nuestro ordenamiento jurídico que un resultado fruto exclusivamente de la labor intelectual no humana acceda a la protección de los derechos de autor.

El tema de los derechos de autor resulta clave, siendo conscientes de ello las asociaciones, federaciones, sindicatos o colegios profesionales de periodistas. Así, mencionar que la Federación de Asociaciones de Periodistas de España adoptó el 9 de abril de 2011, con ocasión de su LXX Asamblea General, el conocido como Manifiesto de Pamplona, en cuyo punto 6 se recogía que «el escenario digital ha cambiado el concepto de los derechos de autor y el contrato inicial de los periodistas con los editores¹⁶. En todo el mundo, surgen reclamaciones de distintos sectores ligados a la comunicación que demandan el reconocimiento de los derechos de autor por el uso y, sobre todo, la reutilización de sus trabajos.

El uso de sistemas de IA en los medios de comunicación para la confección, elaboración y redacción de noticias pone en primera línea esta cuestión que ahora me ocupa, máxime si lo que se desea proteger es un periodismo de calidad con profesionales independientes.

Tal y como indica la ya citada Saiz García una de las cuestiones primordiales que plantea la protección de los resultados obtenidos por sistemas de

¹⁵ Artículo 5 RDLeg. 1/1996.

¹⁶ La defensa de los editores en la calificación de la prensa escrita como obra colectiva se entiende bajo lo previsto en el artículo 8 del RDLeg. 1/1996 en tanto otorga los derechos sobre la misma, salvo pacto en contrario, a la persona que la edita y divulga bajo su nombre.

IA o algoritmos es si el mismo puede considerarse original en cuyo caso, manifiesta, «habrá que determinar a quien corresponde la titularidad del derecho de autor». La clave se encuentra, así lo señala la Profesora, en la intervención humana, en el principio de autoría, fundamento del sistema continental europeo del derecho de autor».

Aun así, la atribución de los derechos de autor despliega serias incertidumbres. Las resumo en el siguiente interrogante: ¿Podría considerarse al proveedor del sistema de IA (conforme a la definición contenida en la Propuesta de Reglamento) como titular de los derechos de autor de la noticia o información comunicada previamente elaborada haciendo uso, como fuente, del sistema desarrollado?

5. CONCLUSIONES

No pretendo exponerlas con carácter definitivo. Mi intención resulta mucho más modesta, conformándome con subrayar las ideas o aspectos principales que he intentado exponer a lo largo del presente artículo y con compartir ciertas consideraciones personales.

La principal conclusión que quisiera compartir no es otra que la necesidad de proceder a instaurar una regulación sectorial y armonizada del uso de los sistemas de IA en el ámbito de las libertades informativas, como así precisan otros concretos sectores en los que entran en juego otros derechos fundamentales.

La trascendencia de las libertades informativas, uno de los fundamentos de cualquier sociedad democrática, exige un tratamiento específico cuando de lo que tratamos es del uso que en su ámbito se hagan de los sistemas de IA.

Desde luego que la Propuesta de Reglamento comentada nos debe servir de marco en tal empeño, aprovechando del mismo ciertas bases ciertamente valiosas, como el establecimiento de prácticas prohibidas por ir en contra de los valores propios de la UE o, por ejemplo, con potencial para la manipulación de personas mediante técnicas subliminales.

Igualmente, otros aspectos contemplados en dicha Propuesta deben tomarse como guía. Me refiero a la necesidad de garantizar un adecuado nivel de transparencia, a la instauración de mecanismos de vigilancia humana de cara a prevenir o reducir al mínimo los riesgos a derivarse para las libertades informativas o la precisión, solidez y ciberseguridad con el que deben contar los sistemas de IA.

La regulación sectorial armonizada a instaurar debe partir, bajo mi punto de vista, de una premisa fundamental, cuál es la calificación de los sistemas de IA a aplicar en el ámbito de las libertades informativas como de alto riesgo,

con las consiguientes consecuencias a derivarse, entre las que se debería contemplar el régimen de exigencia de responsabilidad ante la causación de daños y perjuicios o ante posibles vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas.

En el proceso a seguir en orden a alcanzar tal regulación debe tener cabida la participación de las empresas de comunicación, de los profesionales de la información a través de sus legítimos representantes y, cómo no, de la propia sociedad civil, igualmente, a través de instituciones o asociaciones que les representen adecuadamente.

La regulación no puede pretender abarcar todas las derivadas que pueden llegar a exteriorizarse como consecuencia del uso de tales sistemas, siendo así que, conscientes de ello, debe ser lo suficientemente genérica y flexible de manera tal que no se hipoteque su necesaria adaptación a la realidad.

La anterior realidad, nos conduce a la necesaria potenciación de los códigos deontológicos propios de la profesión periodística, instrumentos de autorregulación, acompañados de otros tales como los consejos de prensa o los libros de estilos.

En un primer momento, en tanto en cuanto se produzca el debate (pendiente a fecha de hoy) de la conveniencia o no de su normativización, sería en dichos instrumentos de autorregulación donde bien se podría contemplar la necesidad, siquiera fuera a modo de recomendación, de instaurar la figura de los defensores del lector y/o audiencia en los medios de comunicación, con funciones de vigilancia sobre los sistemas de IA a utilizar, a modo de garantes de la transparencia y pluralidad informativa. No me cabe la menor duda que la generalización de tal figura ayudaría en la superación de la crisis de credibilidad que padece el periodismo actual.

Se requiere, igualmente, ante el avance de la IA dar respuesta a una cuestión que todavía no se ha abordado en profundidad ni de manera efectiva. Me refiero a la educación o alfabetización mediática necesaria para formar a una ciudadanía crítica y libre, capaz de luchar contra el impacto de la desinformación. La preocupación por esta cuestión sí se encuentra presente desde hace años. Baste, en tal sentido, recordar la Recomendación de la Comisión Europea de 20 de agosto de 2009, sobre la alfabetización mediática en el entorno digital para una industria audiovisual y de contenidos más competitiva y una sociedad del conocimiento incluyente¹⁷.

¹⁷ La Federación de Asociaciones de Periodistas de España viene solicitando desde tiempo atrás la implantación de asignatura de alfabetización mediática.

Del mismo modo, cuestión a abordar es la del reconocimiento de los derechos de autor en favor de los profesionales de la información, haciéndolos compatibles con el uso de la IA. Solo con tal reconocimiento se puede aspirar a un periodismo de calidad e independiente.

La UE, así lo creo, ha tomado un camino que cabe calificarse de positivo, hoy en día representado tanto por la Propuesta de Reglamento como de Directiva mencionadas en estas líneas. Si bien, mereciendo tal positivo reconocimiento, acaba de empezar a andar en el establecimiento de unas bases genéricas y globales que vengan a dar respuesta a los retos y desafíos que nos plantean los sistemas de IA. Quizá, y espero que así sea, estamos ante el primer paso dado para alcanzar la regulación sectorial por la que apuesto.

Comparto las palabras pronunciadas en el ya lejano año 1991 por el profesor Pérez Luño al poner de manifiesto que los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada contaminación de las libertades, término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías (1991:206), enlazando tal apreciación con el interrogante origen y/o causa del título del presente artículo.

Así es, y para finalizar, el que los sistemas de IA no se conviertan en un yugo para las libertades informativas dependerá, en gran medida, de la instauración de mecanismos, herramientas o instrumentos que pongan en el centro al ser humano. Dicho de otro modo, la visión antropocéntrica es la única que puede incidir en la consecución de un sistema de IA que venga a complementar positivamente la labor de los profesionales de la información y, por tanto, de los medios de comunicación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AÑÓN ROIG, M. J. (2022). Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los Derechos Humanos. *DERECHOS Y LIBERTADES: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos* (47), 17-49.
- ARRESE RECA, A. (2019). De la transparencia a la calidad del periodismo. *Revista Compromiso Empresarial*. Recuperado 29/08/2022
- AYLLON, J. R. (1998). *Ética razonada*. Madrid: Ediciones Palabra.
- BECKETT, C. (2019). New powers, new responsibilities. A global survey of journalism and artificial intelligence. *JournalismAI*. 1-111. Recuperado 01/09/2022.

- BEL MALLÉN, I. y CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (Dir.) (2015). *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GÓMEZ ABEJA, L. (2022). Inteligencia artificial y derechos fundamentales. En *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*. (91-114). Murcia: Laborum.
- NEWMAN, N. (2022). «Tendencias y predicciones en periodismo, medios de comunicación y tecnología para 2022». *Instituto Reuters para el Estudio del Periodismo*. Recuperado 01/09/2022.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1991). Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (10), 203-217.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2012). *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica* (1.^a Edición). Madrid: Editorial Unversitas, S. A.
- SAIZ GARCÍA, C. (2019). Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor. *Revista para el análisis del Derecho* (1).
- SOLAR CAYÓN, J. I. (2003). Algunas consideraciones sobre el sentido del quehacer iusfilosófico *Anuario de Filosofía del Derecho* (20), 255-282.
- TÚÑEZ LÓPEZ, M & TOURAL BRAN, C & VALDIVIEZO ABAD, C. (2019). Automatización, bots y algoritmos en la redacción de noticias. Impacto y calidad del periodismo artificial. *Revista Latina de Comunicación Social* (74), 1411-1433.

LA GOVERNANCE DELL'ECOSISTEMA DIGITALE: QUALI TUTELE NELLA SOCIETÀ DELLE PIATTAFORME?

GIULIA BAZZONI
UNIVERSITÀ DI VERONA

SOMMARIO: 1. *Breve affresco dei tratti salienti della società delle piattaforme.*–2. *Opacità e inaccessibilità del linguaggio delle piattaforme: black box versus casa di vetro.*–3. *L'imperio auto-regolativo delle piattaforme: una scelta realmente sostenibile?*–4. *Tentativo di sintesi: la strategia responsabilizzante.*–5. *Conclusioni: verso una società digitale in una nuova prospettiva democratica?*

1. BREVE AFFRESCO DEI TRATTI SALIENTI DELLA SOCIETÀ DELLE PIATTAFORME

Una delle molteplici definizioni con cui viene indicata spesso la società contemporanea costantemente iper-connessa è quella di 'società delle piattaforme'; una declinazione che coglie la centralità del potere dei portali digitali nel cd. 'wild web', vere e proprie 'autorità private di fatto'¹, in grado di incidere, mediante la propria operatività, non solo all'interno dei mercati e nei

¹ Cfr. BIANCA (1977). A più di 40 anni dalla sua pubblicazione, il saggio di Cesare Massimo Bianca su «Le autorità private» mostra ancora grande attualità riguardo alla riflessione sull'incidenza del potere privato sia di diritto che meramente di fatto nei rapporti tra consociati, nonché sulle tecniche a disposizione dell'ordinamento giuridico per la tutela di interessi generali, collettivi e individuali. Questa prospettiva d'indagine che invita ad uno sguardo meno rigido rispetto alla classica lettura che sovente contrapponeva nettamente un diritto privato dell'eguaglianza a un diritto pubblico dell'autorità, si intreccia in modo significativo con le più recenti analisi del diritto della regolazione e la compenetrazione di tecniche pubbliche e private. Si veda nello specifico, MARTINELLI (2018).

rapporti commerciali in senso stretto, bensì anche di influire rispetto all'esercizio dei diritti civili, sociali e politici da parte della collettività articolata di cittadini-utenti².

Il processo di digitalizzazione in atto – di cui le piattaforme sono indiscusse protagoniste – può essere definito, a ben vedere, come 'un fatto sociale totale', ovvero sia un fenomeno in grado di sovvertire le fondamenta dell'ordine precostituito, smobilitando e rimodellando società e istituzioni nel loro complesso³. Si assiste, difatti, ad un cambiamento epocale che si rivela a tratti 'perturbante' per il giurista, poiché è stato in grado in breve tempo di porre in forte crisi le strutture fondative del diritto; di qui il dubbio se quest'ultime possano effettivamente rilevare o comunque essere strumenti ancora utili in una dimensione così ibrida, eterea e fluida o se, al contrario, siano gli schemi imposti dai portali, in questa nuova società, a dover rappresentare le pietre angolari del sistema.

Seppur connesso al contesto 'reale', difatti, il mondo digitale si connota sempre più per caratteristiche proprie e del tutto originali: tutto ciò determina, per un verso, l'insostenibilità della possibilità di un accostamento pieno degli aspetti salienti delle due realtà nella classificazione normativa vigente, per altro verso, tuttavia, è necessario riflettere attentamente se consentire o meno a tale società un'auto-regolazione piena dei propri assetti, dal momento che ad essere assoggettati a tali nuove dinamiche artificiali sono i diritti fondamentali, i quali rischiano di subire contrizioni nella propria estensione, a causa di logiche di potere e interessi economici di natura prettamente privatistica.

Nel contesto attuale, d'altronde, posto che la circolazione di beni e servizi, l'accesso all'informazione e alla conoscenza, i rapporti sociali e politici sono oggetto di intermediazione continua da parte delle piattaforme più varie, è ragionevole ritenere che esse abbiano acquisito un ruolo difficilmente eludibile rispetto all'esercizio dei diritti fondamentali da parte degli internauti; di conseguenza, l'alea connessa al sistema creatosi è che i gestori delle infrastrutture divengano arbitri dal potere insindacabile, attraverso un'auto-legittimazione ad una sovranità intrisa di effettività sicuramente non propensa a riconoscere nessun superiore.

Se quanto appena prospettato appare quantomeno singolare, si rifletta sulle implicazioni derivanti dalle sospensione degli *account* di *Facebook*, *Instagram* e *Twitter* dell'allora Presidente degli Stati Uniti, Donald Trump a seguito dell'assalto di *Capitol Hill* avvenuto il 6 gennaio 2021: senza addentrarsi

² Per approfondire il tema si faccia riferimento a STANZIONE (2022).

³ v. MAUSS (1968); LONGO, SCORZA (2020).

nell'analisi delle motivazioni addotte dalle piattaforme, il fatto di per sé è emblematico, poiché la censura attuata rappresenta l'evidente dimostrazione agli occhi dell'opinione pubblica internazionale di come le piattaforme private abbiano *de facto* il potere di perimetrare a propria discrezione il diritto di manifestazione del pensiero anche dei più noti e influenti *leader* politici mondiali⁴.

Si rifletta anche sulle conseguenze che ancora oggi pesano nello scenario attuale rispetto allo scandalo di *Cambridge Analytica* e di quanto esso abbia influito sulla formazione della visione politica dei cittadini sempre più inclini ad informarsi attraverso l'utilizzo di canali telematici, i quali, tuttavia, divengono tanto più facilmente accessibili alla collettività, quanto più notevolmente insidiosi⁵.

In virtù delle ampie ricadute del fenomeno in oggetto nel cd. panorama 'Onlife' e delle sensibili implicazioni appena accennate che da esso discendono, il presente contributo si propone di delineare, in primo luogo, le principali caratteristiche della cosiddetta società delle piattaforme e, in un secondo momento, analizzare le diverse posizioni afferenti alla *governance* della stessa, con il fine di individuare i punti maggiormente critici rispetto alle diverse soluzioni e riflettere su possibili approcci commisurati a questa nuova realtà, in grado di tutelare maggiormente l'esercizio dei diritti della collettività iperconnessa⁶.

Innanzitutto, nella società digitale delle piattaforme è evidentemente configurabile una rottura antropologica profonda rispetto al passato, laddove relazioni, linguaggio e assetto di poteri-responsabilità mutano considerevolmente in questo scenario; così, l'individuo «non è più un cittadino con coordinate politiche, ma un utente con orientamento economico, che è spesso co-autore oltre che destinatario delle dinamiche» (Garapon, Lassegue 2021) che

⁴ Per quanto riguarda Facebook, pochi minuti dopo la pubblicazione dei due post durante l'assalto, il *social network* li ha eliminati ritenendoli in violazione dell'art. 2 degli Standard della *Community* in materia di persone e organizzazioni pericolose, interdiciendo dunque Trump dalla pubblicazione di contenuti su tutte le piattaforme del gruppo per le ventiquattro ore successive, blocco poi esteso a tempo indeterminato, ovvero almeno fino al completamento del passaggio di poteri. Facebook ha poi deciso di sottoporre la propria decisione al vaglio dell'*Independent Oversight Board*, organo di cui si parlerà *amplius infra*. Per maggiori dettagli sulla vicenda si considerino GEROSA (2021); POLLICINO, DE GREGORIO, BASSINI (2021).

⁵ Per maggiori dettagli sulla vicenda si rimanda al libro autobiografico scritto da KAISER (2019). In questo libro, l'autrice, ex dipendente di *Cambridge Analytica*, società di comunicazione e consulenza politica, racconta il suo coinvolgimento nell'operazione condotta dall'azienda di raccolta dei dati cittadini americani e il loro abusivo sfruttamento, per l'elezione del Presidente Donald Trump, grazie soprattutto all'inadeguatezza delle norme privacy di Facebook e all'assenza pressoché totale del controllo da parte delle Autorità federali.

⁶ Il termine «Onlife» è stato coniato dal noto studioso Floridi e il suo gruppo di ricerca finanziato dalla Commissione europea al fine di sottolineare la fusione ormai inscindibile tra vita reale e dimensione online, definita dal medesimo come *l'habitat delle mangrovie*. Per maggiori dettagli si faccia riferimento a FLORIDI (2014).

si creano all'interno di questa nuova società digitale fortemente decentralizzata e propensa alla valorizzazione estrema dell'autonomia privata⁷.

In ottemperanza all'ideologia libertariana imperante nell'ecosistema digitale, la quale pretende un'indipendenza assoluta degli individui nei confronti di qualsiasi forma di autorità – a partire soprattutto da quella dello Stato – il potere in questo contesto si prefigge di essere, almeno superficialmente, non più accentrato ma distribuito *peer to peer* tra tutti gli attori digitali privati e ordinato tramite nuove logiche di auto-regolazione⁸.

Il potere assume, in tal modo, una nuova configurazione di taglio sistemico, dal momento che, slegatosi ormai dalle maglie della politica pubblica e svincolato da ogni forma di limite imposto dall'autorità, esso diviene introiettato nella misura tecnica stessa, la quale si pone a sua volta come ultra-soluzione intrisa di efficientismo alla dimensione normativa umana rivelatasi troppo spesso inadeguata a rispondere alle esigenze della collettività contemporanea.

Ciò nonostante, come si analizzerà *amplius infra*, in sostanza la redistribuzione del potere improntata sulla tecnica e prospettata dalle piattaforme come nuovo modello apparentemente 'orizzontale' tra soggetti privati, non rispecchia, di certo, l'affermazione in concreto di un contesto *online* maggiormente democratico e trasparente a confronto della dimensione *offline*, come invece si ipotizzava originariamente. All'opposto, questo sistema si connota per una profonda ambivalenza di fondo delle dinamiche in atto e per un'opacità generale delle ragioni sottese alle scelte compiute dalle protagoniste di questa società de-istituzionalizzata, ossia le piattaforme, indiscutibilmente *primae inter pares* nell'ecosistema digitale.

2. OPACITÀ E INACCESSIBILITÀ DEL LINGUAGGIO DELLE PIATTAFORME: *BLACK BOX* VERSUS CASA DI VETRO

Una delle questioni maggiormente dirimenti rispetto alla individuazione dei possibili correttivi da poter porre all'affermazione accelerata dell'imperio delle piattaforme risulta essere di certo la notevole difficoltà a comprendere l'iter logico seguito da tali infrastrutture tecnologiche nei propri meccanismi decisionali automatizzati.

I portali, d'altronde, fortemente propensi all'implementazione di sistemi algoritmici 'intelligenti' estremamente sofisticati e, dunque, sostanzialmente

⁷ GARAPON, LASSEGUE (2021).

⁸ Ibid.

indecifrabili, sembrano optare per la non adesione volontaria all'idea di un'amministrazione del potere connotata da trasparenza, ossia volta alla costruzione della cosiddetta 'casa di vetro', propendendo invece per una politica di sostanziale inintelligibilità⁹; così stando le cose, i loro meccanismi di funzionamento sembrano così accostarsi alla figura spesso richiamata della *black box*, dal momento che vige la sostanziale indecifrabilità dei procedimenti interni automatizzati prescelti da questi soggetti a supporto della decisione finale¹⁰.

Si precisa che il concetto di *black box* viene associato, soprattutto, ai cd. sistemi algoritmici di *Deep Learning* – sottoinsieme della categoria del *Machine Learning* o di cd. apprendimento automatico – i quali si connotano per la complessità dei modelli matematici adottati, cd. reti neurali artificiali, per la velocità, potenza ed efficienza di risposta di questi 'super calcolatori' e, appunto, per la sostanziale incomprensibilità del procedimento decisionale da loro compiuto, a causa della complessità dei calcoli realizzati al loro interno, oltre che alla non 'linearità' del processo matematico di elaborazione dei dati¹¹.

La questione che maggiormente si pone è dunque l'astratta conoscibilità della decisione algoritmica, dal momento che non è possibile affermare che l'adesione ad una piattaforma implichi necessariamente l'accettazione tacita di un sistema automatizzato strutturato per la valutazione oggettiva dei dati personali, soprattutto laddove non venga reso conoscibile lo schema esecutivo mediante il quale l'algoritmo tende ad esprimersi¹².

Cosicché sussistono innanzitutto numerose difficoltà per gli utenti legate alla effettiva conoscibilità dei meccanismi algoritmici ivi descritti che presiedono allo svolgimento delle diverse funzioni attuate dalle piattaforme, dal momento che il processo metodologico di analisi dei dati non è connotato, in primo luogo, da alcuna linearità nell'elaborazione degli stessi, ed è proprio questo uno degli elementi che rende questi sistemi di intelligenza artificiale di complessa governabilità anche per il diritto che va ad incidere soprattutto sulla tenuta effettiva dei diritti fondamentali¹³.

⁹ L'espressione 'casa di vetro' che si riprende in questo contesto in via metaforica, fu originariamente l'auspicio invocato da Filippo Turati relativamente all'andamento della pubblica amministrazione in Italia pronunciato alla Camera dei deputati nel 1908 «Dove un superiore, pubblico interesse, non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro». Sul punto specifico circa la contrapposizione tra Casa di vetro e *Black Box* circa il meccanismo di funzionamento degli algoritmi si rimanda a Lo SAPIO (2021).

¹⁰ Per la metafora della Black Box si fa riferimento al noto libro di PASQUALE (2015).

¹¹ Per una ricognizione sia delle architetture che dei modelli di *Deep Learning* si legga CUCCHIARA (2021).

¹² Cfr. ASTONE (2022).

¹³ In argomento, CERI (2018).

In secondo luogo, a rendere ancor più complesso il quadro, il fatto che gli algoritmi di ultima generazione non sono genericamente concepiti né costruiti per fornire motivazioni rispetto alle decisioni assunte: poggiando le proprie fondamenta su una conoscenza che può essere definita come ‘empirica’, se ne trae che gli schemi ricorrenti, ossia i *pattern* individuati attraverso l’analisi di una grande mole di dati con cui gli algoritmi ‘vengono alimentati’ e su cui essi fondano poi la propria decisione, vengono individuati solo a posteriori dall’intelligenza artificiale, a partire dall’obiettivo specifico che le viene affidato¹⁴. Corollario di tale processo empirico è che a seconda della qualità e quantità dei dati forniti, le soluzioni ad una questione prospettata possono essere presumibilmente differenti, creando una situazione potenzialmente arbitraria e pregiudizievole per le prerogative di tutti coloro che sono sottoposti alla decisione automatizzata¹⁵. Ciò posto, si delinea con chiarezza la tendenza al sovvertimento dell’ordine del ragionamento giuridico nella relazione tra il diritto e il fatto ovvero tra la norma astratta e la realtà concreta¹⁶.

Di conseguenza, la deliberata scelta di demandare le proprie decisioni a questi sistemi intelligenti, da parte delle piattaforme, non è di certo connotata da neutralità, posto che essa incide potenzialmente se apparire e mostrarsi agli occhi degli utenti come ‘una casa di vetro’ o una ‘*black box*’.

Complice di tale logica occulta e altrettanto foriero di difficoltà, è il ‘nuovo’ linguaggio digitale prescelto dai portali; una scrittura i cui principali connotati sono opacità, mutismo e l’assenza di un possibile rimando simbolico collettivo, poiché privo di qualsiasi forza espressiva, che è invece un elemento connaturato sia nella lingua parlata che scritta¹⁷.

La società delle piattaforme si è ormai appropriata di un nuovo linguaggio *numerique*, che mira a realizzare una precisa codificazione degli eventi del mondo come pure alla trasformazione della mole di informazioni raccolte in dati leggibili, la cui registrazione e costante analisi è perno fondamentale del sistema.

Un nuovo linguaggio regolatore delegato interamente alla macchina – figlio di una vera e propria rivoluzione grafica – che non si esprime «in uno spazio corporalmente vissuto, né in un tempo collettivamente costruito» (Ga-

¹⁴ Si tratta pertanto di un ragionamento molto differente da quello giuridico: basti pensare che il dato non è la realtà bensì una sua mera rappresentazione della stessa e, conseguentemente, una semplificazione di qualcosa che di per sé è irriducibile. Sul punto, nuovamente, si riprende la riflessione di LO SAPIO (2021), la quale, a sua volta richiama IRTI (2016); ASHLEY (2017). Si prenda in considerazione sull’argomento anche l’articolo di CAVALLARO, SMORTO (2019).

¹⁵ Si osservi GRIECO (2022).

¹⁶ Sul punto, si faccia riferimento alle riflessioni di MORO (2019).

¹⁷ Cfr. GARAPON, LASSEGUE (2021).

rapon, Lassegue 2021), risultando così estraneo al legame inscindibile tra parola e rito che rappresenta, invece, il nucleo del rimando simbolico del diritto. Esso viene così descritto, come il diritto della 'dittatura del presente', divenendo il manifesto 'neofuturista' che celebra e glorifica l'iperattività vibrante dell'evoluzione tecnico-scientifica, contrapponendosi alla farraginosità della produzione giuridica 'offline' ¹⁸.

Tale linguaggio giuridico-meccanico sembra porsi in antitesi con la natura intrinsecamente pubblica della parola della legge, in virtù del fatto che la padronanza e intellegibilità di tale linguaggio sono strutturalmente esclusive in quanto appannaggio di pochi eletti, dal momento che l'accesso alla sua decodificazione è consentito esclusivamente agli informatici 'di alto lignaggio' che possiedono gli algoritmi a cui esso è connesso. Cosicché riprendendo il noto concetto di «*lex informatica*» (Reidenberg, 1998) ¹⁹ e la sua più recente elaborazione riassumibile in «*code is law*» (Lessig, 2006) ²⁰ risulta evidente ormai come il codice informatico sia *de facto* il nuovo regolatore deputato a definire efficacemente lo spazio della società dell'infosfera.

Si può constatare così, una sovrapposizione di fondo, o meglio, una «disapplicazione di fatto di norme appartenenti all'*hard law* statale, sovranazionale o internazionale, in favore delle norme (auto) prodotte dai programmatori (il cosiddetto *code*)» (Poncibo, 2021) ²¹. Dimodoché, il diritto positivo viene *de facto* depotenziato dalle fonti di diritto informatico che fondano la propria legittimazione sulla propria concreta effettività ²².

Conseguenza diretta di questa situazione, tuttavia, è la frattura interna al sistema, il quale si dimostra sempre meno democratico e sempre più tendenzialmente verticalizzato, profilandosi un sistema 'piramidale', al cui vertice risiedono le *tech giants*, proprietarie esclusive delle chiavi di decriptazione del linguaggio degli algoritmi e della loro conseguente 'conoscibilità'; ciò implica, senza dubbio, la possibilità da parte di questa 'classe oligarchica' di eser-

¹⁸ Così, PONCIBO (2021).

¹⁹ Si veda REIDENBERG (1998). Già alla fine degli anni 90, dunque, all'indomani della nascita e prima espansione del *world wide web*, il presente contributo si poneva la questione del complesso rapporto tra diritto e tecnologia. Secondo l'autore, dunque, la *lex informatica* rappresenterebbe un insieme di regole tecniche, parallela e antinomica rispetto alla normativa di origine statale, in cui è il programmatore del codice a detenere il potere regolatorio effettivo dello spazio virtuale, motivo per cui l'intervento statale in questo spazio appare secondario e sussidiario.

²⁰ LESSIG (2006). Con tale frase Lessig ha inteso rendere espresso come sia il codice informatico a regolare lo spazio della rete in modo non dissimile al diritto. A parere dell'Autore, ci sono forze in grado di limitare le azioni della collettività e di avere un forte impatto sociale, Tali forze sono la legge, le norme sociali, il mercato e, infine, la struttura di Internet.

²¹ Si riprende così, PONCIBO (2021).

²² Si considerino, a riguardo, le autorevoli osservazioni del filosofo del diritto BOBBIO (2010).

citare un controllo sociale, economico e giuridico pervasivo sugli utenti, ‘analfabeti del linguaggio digitale’ e, dunque, meri gregari ‘privi di parola’ in questo sistema fortemente elitario²³.

In sintesi, si desume che la portata normativa di questo nuovo linguaggio non sia fondata più sul ruolo pubblico della parola della legge e della decisione giudiziaria, bensì, al contrario, essa si discosta ampiamente da tale logica, ponendo le proprie fondamenta su un piano doppiamente apocrifo, dal momento che i legislatori digitali privati sono perlopiù ignoti e che quest’ultimi dettano norme mediante segni, ossia in un linguaggio inaccessibile, del tutto estraneo alle logiche del diritto, fondato sulla ‘calcolabilità’ iper-razionale e la costante controllabilità di ogni aspetto del sistema²⁴.

Appurata, in sintesi, l’indiscussa primazia detenuta dalle piattaforme, le quali nell’arco di breve tempo hanno creato eco-sistemi regolativi autonomi costituiti sulla *tekné* e un linguaggio esclusivo, la questione dirimente che ne discende è la necessità impellente di porre un limite all’assetto di poteri costituiti attualmente, attraverso strategie normative in grado creare maggiore ‘comunicabilità’ nel canale di relazione uomo-macchina, garantendo con più efficacia i diritti fondamentali individuali e collettivi coinvolti nel sistema. Sennonché, la strategia da prediligere per raggiungere gli obiettivi descritti non appare facilmente individuabile.

3. L’IMPERIO AUTO-REGOLATIVO DELLE PIATTAFORME: UNA SCELTA REALMENTE SOSTENIBILE?

Nonostante la necessità di considerare soluzioni normative adeguate ai caratteri di questa nuova società, è innegabile che la struttura stessa dell’ecosistema digitale sia stata indiscutibile ‘prolusione’ dell’attuale crisi della sovranità dello Stato, incapace di per sé a regolare questo ambiente e il nuovo ordine sociale e antropologico ivi costituito. Il tentativo di ordinare il contesto di riferimento viene osteggiato poi dall’atteggiamento delle piattaforme tecnologiche, le quali, grazie ai propri efficienti meccanismi di auto-regolazione interna, volti a disciplinare il rapporto tra loro e gli utenti oltre che le relazioni all’interno della *community* di

²³ È ormai noto che – grazie allo sfruttamento del ‘capitale informativo’ derivante dalla profilazione dei dati personali degli utenti e attraverso la ‘micro-targetizzazione’ delle community di *users*, i gestori dei portali sono in grado di incidere sulla libera autodeterminazione di questi soggetti, in spregio ad ogni garanzia dei diritti; si pensi, a riguardo, alla prassi ormai diffusa da parte dei cd. *marketplace* di calibrare le offerte personalizzandole a seconda del prospetto algoritmico che descrive l’utente. Sul punto CANEPA (2020); MONTEROSSO (2021); SCHREPEL (2021).

²⁴ V. GARAPON, LASSEGUE (2021).

users, sono sempre più aduse ad auto-determinarsi come «piccole nazioni digitali che impongono regole di comportamento, che gli utenti devono accettare se intendono utilizzare i servizi che vengono loro offerti» (Giuliano, 2021)²⁵. L'ampiezza del potere detenuto da questi soggetti privati, d'altronde, ha scardinato il sistema precedentemente posto, essendo passati dal classico rapporto autorità – libertà, ad una dimensione orizzontale, in cui l'obiettivo sarebbe trovare gli strumenti idonei per riuscire a limitare, o quantomeno gestire il fenomeno²⁶.

In virtù del quadro fenomenologico descritto, il dibattito inerente alla politica di regolazione maggiormente adeguata rispetto all'assetto attuale si è mosso configurando due principali posizioni alternative che si possono riassumere – in via schematica – tra coloro che auspicano urgenti interventi regolativi da parte delle competenti autorità pubbliche mirati a risanare il sistema e chi sostiene, al contrario, che si dovrebbe invece favorire il fenomeno dell'auto-regolazione già ampiamente diffuso nella società delle piattaforme e supportare la cd. '*deregulation* privata', ritenuta più consona, grazie alla capacità di costante auto-aggiornamento di questi sistemi, a disciplinare la dirompenza dei nuovi fenomeni digitali²⁷. Le due visioni si possono così definire come *regulation up*, da una parte, e *deregulating down*, dall'altra²⁸.

Preludio di entrambe le linee di pensiero è l'idea secondo cui l'ecosistema digitale, in qualità di *locus artificialis*, necessita di una nuova *governance* definita, in grado di tutelare i privati e temperare i diversi interessi sorti al suo interno; di un ordine, dunque, come sintesi e compromesso tra le diverse esigenze socioeconomiche e normative²⁹. Questo assetto, facendo eco ad una nota dicotomia greca, può costituirsi in due diverse modalità, cioè nella forma di *cosmos* o in quella di *taxis*: un ordine spontaneo, endogeno e auto-regolato, non asservito ad alcuna sovranità esterna nel primo caso, oppure attraverso un'azione esogena ed etero-imposta dall'alto nel secondo³⁰. Partendo da tale assunto si ritorna al principale dilemma odierno relativo alla scelta non solo giuridica, ma soprattutto politica, di interventismo nella regolazione del mercato virtuale oppure nella decisione di deliberata astensione dall'incidere con soluzioni precettive.

²⁵ Si osservi sul punto GIULIANO (2021).

²⁶ Cfr. O. POLLICINO (2022).

²⁷ Si faccia riferimento, ad esempio, a ORLANDI (2006).

²⁸ Simili riflessioni vengono compiute anche in un precedente saggio. In particolare, BAZZONI (2021).

²⁹ L'ordine nel mercato viene inteso da autorevole dottrina come «regolarità e prevedibilità dell'agire: chi entra nel mercato – nel mercato di un dato bene – sa che l'agire, proprio e altrui, è governato da regole, e dunque che, entro la misura definita da codeste regole, i comportamenti sono prevedibili». Così, IRTI (1998).

³⁰ Ibidem.

Innanzitutto, coloro che parteggiano per il *cosmos* – i sostenitori della cd. *deregulation down* – ritengono che il conferimento di poteri alle piattaforme potrebbe giovare al sistema. Esse sono dotate di un imperio che, di fatto, assume un'ontologia simile a quella delle autorità pubbliche all'interno del mercato digitale; elemento comprovato dall'adozione, da parte di quest'ultime, di efficaci sistemi regolativi e giurisdizionali interni che risultano in grado di implementarsi autonomamente e costantemente, nonché di adattarsi al dinamismo di tale contesto. In tal modo viene posta ancor più in risalto l'inadeguatezza della normativa di *hard law*, tacciata di essere obsoleta, rigida, dilatata nella sua approvazione e spesso ostativa al progresso tecnologico.

La possibile delegazione di funzioni sovrane a soggetti privati, inoltre, non è nemmeno un fenomeno nuovo nella storia, poiché anche durante il processo di colonizzazione sia nel Subcontinente indiano che nelle Americhe si è assistito a tale fenomeno: si pensi ai poteri conferiti dalla Corona alla Compagnia Britannica delle Indie Orientali o al funzionamento delle prime Comunità del *Far West*³¹. Tale parallelismo – a ben vedere – non è privo di fondamento, posto che sussistono notevoli somiglianze tra la conquista di tali territori con quelli digitali, nonostante la differenza fisica tra i due.

Secondo tale ottica, dunque, i loro sistemi di *soft law* potrebbero efficacemente contribuire ad un «giusto equilibrio tra le esigenze di prevedibilità, flessibilità, efficienza e la necessità di sviluppare soluzioni a prova di futuro» (Ammannati, 2019) 32. A prescindere dalla natura 'debole' di tale fonte normativa e, di conseguenza, della propria capacità coercitiva formale, è indubbio che l'*enforcement* assunto dalla *lex digitalis* sia comunque notevole, posto che, *de facto*, le piattaforme di intermediazione sono in grado di asservire a sé anche la conduzione della *res publica* e il dibattito pubblico e politico, attraverso *policy* in costante aggiornamento più o meno restrittive rispetto, in via esemplificativa, agli annunci elettorali, alla libertà di parola o ai contenuti 'socialmente sensibili'³³.

Il processo di *deregulation* e auto-accentramento privato non intende esimersi nemmeno i sistemi giurisdizionali, posto che le piattaforme di dimensione globale hanno iniziato a finanziare appositi organi speciali di giurisdizione privata e *super partes*, volti a dirimere le controversie interne a questi ecosistemi. Emblematico, è il caso dell'*independent oversight Board* di *Facebook Meta*, il quale è chiamato ad interpretare i regolamenti della piattaforma e a verificare la correttezza di una decisione sanzionatoria irrogata dal portale, in base alle nor-

³¹ Per maggiori dettagli, BURATTI (2022).

³² Si riprende quanto scritto nel suo articolo da AMMANNATI (2017).

³³ Cfr. BONINI (2020).

me della *Community*, sia su richiesta dello stesso *Social network* che di ogni utente³⁴. Pur non potendosi addentrare nell'argomento, si sottolinea come le 'raccomandazioni' assunte da tale organismo privato non incidano meramente sull'applicazione della *soft law*, ma abbiano potenzialmente ricadute ed effetti anche sul piano della giustiziabilità dei diritti fondamentali, essendo chiara l'evidente ispirazione, o meglio, aspirazione pubblicistica dell'organo, come ben si evince dal suo atto costitutivo³⁵. Sennonché, come osserva attenta dottrina, esso non possiede le caratteristiche di un organo giudiziario né riproduce in alcun modo la struttura dei meccanismi di risoluzione delle controversie³⁶. Ne consegue che una riflessione di rilievo relativamente alla tenuta delle prerogative processuali circa l'azionabilità delle pretese da parte degli utenti è necessaria dinnanzi a tali organismi giurisdizionali speciali privati, nonostante il fatto che tali 'prototipi di Corte' si presentino come accessibili a tutti gli utenti, celeri e non dispendiose e, dunque, conformi alla realizzazione di una giustizia ben più equa, talvolta, dei sistemi giurisdizionali di *hard law*.

Tornando al tema principale, un'ulteriore motivazione posta a sostegno dell'auto-regolazione della società delle piattaforme, è il noto *dilemma di Collingridge*, secondo cui «quando il cambiamento è ancora facile non ne comprendiamo la necessità. Quando il bisogno di un cambiamento è evidente, è ormai difficile e costoso introdurlo» (Collingridge, 1980), evidenziando che nel rapporto tra legislazione e innovazione il tempo gioca un ruolo fondamentale; l'intervento normativo nelle dinamiche virtuali rischia di avanzare ad un ritmo differente rispetto al digitale, ostruendone il progresso; cosicché, per i sostenitori della *deregulation*, la potestà normativa sovrana dovrebbe essere delegata interamente ai gestori delle piattaforme³⁷.

A favore della *deregulation*, infine – sebbene di rilievo non inferiore – la constatazione per cui nemmeno le logiche regolative pubbliche che interessano il contesto tecnologico appaiono del tutto trasparenti e volte al persegui-

³⁴ La funzione demandata al Board di «proteggere la libertà di espressione prendendo decisioni autonome e di principio in merito ai contenuti ed emettendo raccomandazioni riguardanti la normativa sui contenuti pertinenti» assume un ruolo centrale anche per quanto riguarda la giustiziabilità dei diritti fondamentali. Così, per un approfondimento si faccia riferimento a KLONIK (2020).

³⁵ Si osservi «<https://www.oversightboard.com/governance/>».

³⁶ Cfr. BURATTI (2022).

³⁷ Il cd. *dilemma di Collingridge* prende dal proprio ideatore, David Collinridge, il quale nel libro *The Social Control of Technology*, demarca proprio l'antitesi tra le due velocità. Questa teoria è collegata strettamente al cd. problema del ritmo, teorizzato dallo studioso Larry Downes nel 2009 nel proprio libro *The Laws of Disruption, Harnessing the New Forces that Govern Life and Business in the Digital Age*, in cui afferma che, mentre la tecnologia si modifichi in modo esponenziale, i sistemi giuridici ed economici cambiano progressivamente, evidenziando la differente speditezza a cui tali entità si muovono e la conseguente difficoltà di comunicazione. Così, COLLINRIDGE (1980); DOWNES (2009).

mento effettivo del bene collettivo. Al contrario, la tendenza è quella di politiche che sfruttino la ‘capacità di potenza’ insito nella tecnologia affini all’idea dei *surveillance states*, le quali hanno potenzialmente un impatto ben più pregiudizievole sui diritti fondamentali rispetto al fenomeno del cd. *surveillance capitalism*³⁸; emblematico, a riguardo, è il sistema di credito sociale cinese³⁹.

In aggiunta, questo genere di ‘devianza’ nella relazione tra interesse pubblico e tecnologia affligge anche il dibattito politico e le campagne elettorali contemporanee laddove si assiste al fenomeno che gli studiosi dell’economia sono soliti definire la cd. ‘cattura del regolatore’, sospinto proprio dallo sfruttamento indebito del potenziale derivante dal linguaggio opaco delle piattaforme da parte dei diversi contendenti⁴⁰.

Da quanto sin qui esposto, risulta evidente come l’assoggettamento del potere pubblico alla tecnologia – che non esime nemmeno le democrazie occidentali – rappresenti sicuramente un notevole argomento a favore rispetto alla propensione per l’autoregolazione delle piattaforme. Sennonché, la totale mancanza di neutralità nelle proprie scelte da parte delle infrastrutture informatiche – le quali tendono ad imporre il proprio *imperio* agli *users* – rappresenta una considerazione di per sé sufficiente per ritenere che la politica di libera autoregolazione senza alcun limite o correttivo non possa ritenersi una scelta convincente, né ragionevole. L’attribuzione e delegazione a questi soggetti tecnologici di un potere regolativo così significativo, senza alcun controllo, rischierebbe di pregiudicare in modo irreparabile la posizione degli utenti che si interfacciano con tali entità.

³⁸ Cfr. DE CARIA (2020).

³⁹ Si consideri il saggio di CONSIGLIO, SARTOR (2021), dove si legge nell’incipit dell’articolo «È noto che da qualche anno il governo cinese sta costruendo un sistema per la raccolta, conservazione e uso di grandi masse di dati digitali che riguardano il comportamento delle persone fisiche e giuridiche in ambito economico, finanziario, sociale, civile e altri ancora. Tali dati saranno usati per valutare il comportamento dei soggetti attribuendo incentivi per le condotte ‘affidabili’, ‘degne di fiducia’ o ‘virtuose’, e limitazioni per quelle non affidabili, non degne di fiducia, non virtuose, secondo parametri giuridici, di moralità sociale o proposti dal potere politico».

⁴⁰ Sul punto si richiama la nota scuola di pensiero *Public Choice* o della scelta pubblica sviluppata negli Stati Uniti negli anni 60 del 900, principalmente ad opera di J. M. Buchanan, premio Nobel per l’economia nel 1986, e Gordon Tullock. Il saggio, intitolato «il calcolo del consenso» e pubblicato nel 1962, dimostra come i politici non siano benevoli monarchi illuminati che perseguono prioritariamente il benessere collettivo ma, al contrario, attori razionali guidati soprattutto da interesse egoistici. Si osservi, a riguardo, BUCHANAN, TULLOCK (1962); PER UN COMMENTO SI CONSIDERI ANCHE GRAZIANI (2005). Di conseguenza, il desiderio che muove i politici nelle proprie campagne elettorali è tutt’altro che improntato verso un sentimento di bene collettivo ma alla soddisfazione di interessi prettamente individuali. In ragione di ciò, si può scorgere da parte del legislatore una maggiore benevolenza verso gli interessi degli attori più forti del mercato, i quali sono in grado *de facto* di ‘catturare il regolatore’. La teoria è stata elaborata compiutamente dal premio Nobel per l’economia, George J. Stieglar, aderente anch’egli alla linea di pensiero elaborata dalla *Public Choice*. Si veda a riguardo: STIEGLER (1994).

In virtù di quanto esposto, in sintesi, è opportuno allora prendere in considerazione le attuali traiettorie normative del legislatore europeo, le quali assumono come linea di partenza per la propria elaborazione gli aspetti di forza delle due strategie sopra descritte, tentando di trovare punti di convergenza a poli sin d'ora considerati esclusivamente come opposti.

4. UN TENTATIVO DI SINTESI: LA STRATEGIA RESPONSABILIZZANTE

In virtù della acquisita consapevolezza dell'inadeguatezza del sistema attuale, nelle recenti proposte normative europee afferenti all'ecosistema digitale, sembrerebbe prospettarsi l'adozione di una nuova strategia, nel tentativo di affrontare con maggiore *vis* le questioni sin qui delineate: si fa riferimento al recente pacchetto regolativo, denominato *Digital Package Act*, composto da diversi atti inerenti alla transizione digitale – in logica coordinazione tra loro – che si strutturerebbe quale soluzione transattiva tra le dicotomiche visioni di *regulation up* e *deregulation down* e, di conseguenza, quale esperimento di sintesi tra *taxis* e *cosmos*.

Sebbene per motivi di spazio non sarà possibile dilungarsi sui contenuti – prediligendo quindi una prospettiva sistemica – si sottolinea che capostipite di tale transizione normativa è stata sicuramente l'approvazione ed entrata in vigore del Reg. 2016/679/UE (così detto GDPR), il quale ha disegnato una struttura sino ad allora inedita del trattamento dei dati personali, soprattutto con riferimento al cd. approccio al rischio, prefigurando un impianto di tutele *ex ante* per il trattamento e la circolazione dei dati personali⁴¹. Complice del mutamento prospettico è l'acquisita consapevolezza della funzione sociale rivestita oggi dalla *privacy*, inscindibilmente legata alla dignità, libertà e autodeterminazione informativa dell'individuo⁴². Una delle maggiori novità introdotte dal GDPR – ai sensi dell'art. 24 – è la previsione espressa del cd. principio di *accountability*, che sancisce l'obbligo, in capo al titolare del trattamento, di assunzione di misure tecniche e organizzative preventive da realizzare a garanzia espressa della tutela dei dati personali elaborati⁴³. L'importanza di tale principio, indice di un capovol-

⁴¹ Per un'analisi approfondita dei contenuti del GDPR, si faccia riferimento, *ex multis*, CATERINA (2019). FINOCCHIARO (2018); PIZZETTI (2016); LUCCHINI GUASTALLA (2018).

⁴² Così, STANZIONE (2022); RICCI (2017); CARAVITA DI TORITTO (2021).

⁴³ Tale precetto impone poi al titolare di fornire prova esaustiva del rispetto delle prassi da lui prescelte, garantendo così la piena tracciabilità di tutte le operazioni effettuate sui dati. L'*accountability* viene configurata quale condizione stessa di legittimità del trattamento, nonché perno della transizione epocale «dalla centralità dell'autodeterminazione dell'interessato alla responsabilizzazione del titolare»; le misure

gimento prospettico, viene posta in risalto dal fatto che tale ‘approccio al rischio’ sembra connotare in primo luogo, anche i regolamenti approvati di recente, il cui obiettivo unitario è quello di creare uno spazio digitale socioeconomico maggiormente sicuro e democratico, in cui i diritti fondamentali degli utenti sono protetti. Si allude, in particolare, al *Digital Service Act* (Reg. 2022/2065/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo al mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE) e il *Digital Market Act* (Reg. 2022/1925/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo ai mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali))⁴⁴. *De iure condendo*, invece, si deve accennare alla proposta di Regolamento sull’intelligenza artificiale (I. A. – Documento 21 aprile 2021 COM (2021) 206 final) la quale si propone di costruire delle fondamenta regolative sicure e stabili per questo settore in forte espansione⁴⁵.

Il primo aspetto che rileva senz’altro tenere in considerazione è che ognuno di essi, seppur sotto angolature differenti, intende tracciare un segno incisivo nel governo della tecnologia e proprio questo obiettivo comune e sotteso ad ogni singolo atto regolativo citato consente di poterli analizzare in modo coordinato, quale parte integrante di un sistema ampio.

Così come strutturato, difatti, il nucleo centrale del complesso normativo sembrerebbe essere la creazione di un percorso regolativo teleologicamente orientato verso la ‘responsabilizzazione’ dei gestori dei portali, ai quali viene

previste da questo principio vengono così erte a capisaldi di una circolazione sicura e vigilata delle informazioni personali sul *web*. *Ex multis*, si considerino, BUSIA, LIGUORI, POLLICINO (2016); LUCCHINI GUASTALLA (2019); CAMARDI (2020); FINOCCHIARO (2017); AMORE (2020); TOSI (2020).

⁴⁴ Per un primo commento sui contenuti della riforma si considerino, SIKKEN (2022); RUOTOLO (2021); EIFERT, METZGER, SCHWEITZER, WAGNER (2021). Si segnalano i seguenti macro-profil di intervento: «-norme specifiche per le grandi piattaforme digitali che svolgono una funzione sistemica di controllo di accesso al mercato; –rafforzamento della protezione per i consumatori dai prodotti illegali, contraffatti e non sicuri; – regole più incisive per pubblicità mirata e controlli su contenuti online; –obbligatorietà delle norme introdotte anche per i prestatori stranieri di servizi» Così, TOSI (2021). Per una prima analisi dei contenuti del DSA: POLLICINO, DE GREGORIO, BASSINI (2020); DONATEO, POLIMENI (2020); PISANU (2020); PAOLUCI (2020); META (2022). Per un breve commento alla proposta del Digital Market Act: CARBONE (2020).

⁴⁵ Si fa riferimento alla nuova proposta legata alla normazione dell’intelligenza artificiale recante titolo ‘il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme armonizzate in materia di intelligenza artificiale e che modifica alcuni atti legislativi dell’Unione’ pubblicato il 21 aprile 2021. In coordinazione con tale prospettiva, la proposta prevedrebbe nuovi obblighi di conformazione *ex ante* per gli operatori coinvolti nella produzione o nell’utilizzo di questi sofisticati *software*; tali imposizioni verranno in aggiunta adeguate al livello di ‘rischio’ specifico implicato nel sistema di intelligenza artificiale. Per un primo breve commento alla proposta, TOSONI (2021), *Intelligenza artificiale, i punti chiave del regolamento europeo*, in *Agenda Digitale Ue*, 21 aprile 2021, «<https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/intelligenza-artificiale-i-punti-chiave-del-regolamento-europeo/>»; GIORDANELLI, CHIARINI (2022).

imposto un ampio novero di obblighi di condotta *ex ante*, differenti e specifici per ogni singolo atto, ma al contempo accomunati dal medesimo 'approccio al rischio' conforme ad una logica di deterrenza di ogni eventuale pericolo. Il presupposto giustificativo di tale impostazione si sostanzierebbe, *in primis*, nella necessità di un limite effettivo al ruolo protagonista dei portali e, in secondo luogo, nella volontà di accordare una garanzia effettiva ai numerosi interessi ultra-individuali coinvolti.

Il nuovo pacchetto si pone così in netta rottura rispetto al passato, cercando di instaurare una nuova relazione effettiva tra gli strumenti pubblici di regolazione e quelli privati: gli atti normativi recentemente approvati o in corso di approvazione sembrano infatti focalizzarsi non tanto 'all'esterno', ovverosia sulla comminazione di sanzioni di natura prettamente pubblicistica *ex post*, bensì all'interno, cioè sull'azione stessa del soggetto privato, strutturandosi in forma di procedure di decisione *ex ante*. La conformazione ai dettati normativi rileverebbe, dunque, quale metro della diligenza delle piattaforme, imponendo loro una effettiva responsabilizzazione, declinata come obblighi di comprensibilità, trasparenza, conoscibilità e condivisione dei propri meccanismi interni e del loro linguaggio negoziale.

Le tecniche regolatorie del diritto privato, cd. *private enforcement*, sono chiamate così a coadiuvare in questo contesto l'*enforcement pubblico*, nel tentativo di assicurare maggiore efficienza nella *governance* del mercato, sensibilizzando gli attori privati coinvolti nelle dinamiche descritte rispetto all'impatto che discende direttamente dalla propria gestione del *business*⁴⁶.

In virtù di questa nuova prospettiva di commistione, dunque, anche la tecnica di autoregolazione privata non viene osteggiata ma al contrario promossa da parte della stessa Commissione europea, in ragione del fatto che tramite l'affidamento diretto ai cd. *stakeholders* dell'iniziativa legislativa rispetto all'elaborazione dei principi o direttive necessari a fondare una disciplina comune della materia, sembrerebbe possibile enucleare una disciplina maggiormente *tailor made*. In assenza di un effettivo coinvolgimento attivo degli intermediari, invece, sarebbe pressoché impossibile per il legislatore costituire una *governance* del sistema equilibrata, efficace, efficiente e ordinata. La dinamicità che connota i portali potrebbe essere così asservita alla garanzia di una 'protezione elastica' degli utenti e dei loro diritti, ossia di misure sempre attuali a prescindere dal mutamento delle circostanze.

⁴⁶ Sulla cooperazione tra *private* e *public enforcement* nella prospettiva della regolazione del mercato concorrenziale si considerino ZOPPINI (2009); ID. (2020); MUSCOLO (2018).

In sintesi, il nuovo modello legislativo sembrerebbe caratterizzarsi per il tentativo di commistione tra *cosmos* e *taxis* mediante la comunione di principi, disposizioni tecniche specifiche oltre che la promozione espressa del legislatore dell'adozione di codici di autoregolazione da parte dei gestori delle piattaforme. Gli elementi citati, difatti, contribuiscono positivamente alla corretta applicazione delle prescrizioni previste nei regolamenti, soprattutto per quanto concerne i diversi regimi di responsabilità delle piattaforme nella propria azione negoziale e rispetto alla tutela dei diritti fondamentali.

5. CONCLUSIONI: VERSO UNA SOCIETÀ DIGITALE IN UNA NUOVA PROSPETTIVA DEMOCRATICA?

Nel tentativo di trarre parziali conclusioni in relazione alle numerose questioni dirimenti implicate nell'affermazione della società delle piattaforme nel contesto attuale, in virtù di quanto evidenziato, si può ritenere che la strategia regolativa elaborata dalle Istituzioni europee risulti potenzialmente utile per costruire relazioni uomo-macchina maggiormente sostenibili e garanti della tutela dei diritti fondamentali coinvolti.

A parere di chi scrive, l'esperimento conciliativo compiuto tra le opposte politiche di auto-regolazione ed etero-regolazione ha il pregio di provare a ricercare, da una parte, un ragionevole bilanciamento tra il supporto all'innovazione tecnologica e la tutela dei diritti fondamentali; dall'altra, contrasta l'affermazione delle molteplici micro-sovranià private senza limite, fonte di notevole depotenziamento e delegittimazione dell'*enforcement* pubblico e di detrimento del sistema di *checks and balances* sotteso al principio democratico.

A fronte del coinvolgimento effettivo di tutti gli attori del sistema e la conseguente attribuzione agli stessi di ruoli di responsabilità, si intravede la possibilità di iniziare a destrutturare l'elitarismo opaco creatosi nell'ecosistema digitale, in modo tale da costituire inediti canali di comunicabilità tra il codice della macchina e il linguaggio giuridico umano per istituire così un governo del digitale maggiormente *human centric* e resiliente.

Ulteriore obiettivo connesso alla creazione di un *trait d'union* tra lo sviluppo tecnologico e la governabilità del processo, consiste nel voler stemperare il rischio connesso alla impossibilità di gestione che determina situazioni di sottoutilizzazione delle potenzialità connesse alla tecnologia a causa dell'assenza di fiducia nelle sue implicazioni; tutto ciò implicherebbe di fatto

situazioni di arretramento e involuzione per la società contemporanea che si devono evitare.

In virtù di quanto prospettato, si ritiene che la strategia della responsabilizzazione delle piattaforme, non limitata ormai esclusivamente al territorio della *privacy*, ma estesa in ogni ambito in cui si inserisce l'operatività di questi soggetti, è una strategia non di certo integralmente risolutiva, ma che sicuramente rappresenta un passo in avanti; la creazione di un tessuto digitale socio-economico maggiormente elastico nel bilanciamento delle posizioni e incline alla garanzia effettiva dei diritti fondamentali passa infatti dall'assunzione di un atteggiamento proattivo da parte dei protagonisti di questa società.

A ben vedere, l'assunto della responsabilizzazione potrebbe essere in grado di contrastare o perlomeno porre un freno, in primo luogo, alla prassi distorsiva di sfruttamento illegittimo del processo formativo della volontà individuale, posta in essere in spregio sia all'autodeterminazione negoziale degli utenti, sia alla loro libertà di informazione e di espressione del pensiero, entrambe aggiate alle logiche occulte della *black box*. In secondo luogo, tramite la responsabilizzazione si potrebbe circoscrivere l'abuso di potere derivante dall'utilizzo di quella che è la principale risorsa su cui si fonda il potere economico e politico del tutto verticale ed elitario del digitale, ossia lo sfruttamento del trattamento dei dati personali a fini esclusivi di profitto.

La strategia prescelta si innesta, in tal modo, nel solco di un processo 'educativo' che tenta, da una parte, di rendere gli intermediari più coscienti dei rischi connessi al proprio modello di *business*, soprattutto con riferimento alla costellazione di diritti coinvolti e, dall'altra, di insgnirli quali principali incaricati nella risoluzione delle criticità connesse al loro operato, attraverso la continua sperimentazione di misure tecniche o organizzative deputate allo scopo.

Consentire la decifrabilità delle operazioni compiute all'interno di queste sofisticate infrastrutture tecnologiche e la maggiore intellegibilità della *ratio* sottesa alle loro decisioni, potrebbe rivelarsi l'opportunità per provare a costruire effettivamente un sistema più democratico e trasparente. Così stando le cose, si potrebbe veramente diffondere una rinnovata logica di esercizio del potere sovrano che si manifesti non più come *black box* ma anzi come ristrutturata 'casa di vetro' agli occhi degli *users*.

Il quadro regolativo attuale, in conclusione, sebbene ancora in una prospettiva oscillante *de iure condito* – *de iure condendo*, potrebbe ben rappresentare, dunque, la chiave di volta per garantire un temperamento effettivo tra le diverse posizioni in gioco nell'ecosistema digitale: la costituzione della *governance* digitale deve perlomeno tentare di puntare ad un processo evolutivo che evochi auspicabilmente una dimensione più attenta e sensibile al progres-

so non solo tecnologico ma anche sociale oltre che alla creazione di reti di possibile comunicazione tra linguaggi così differenti; ciò sarà possibile, a parere di chi scrive, solo attraverso un lavoro congiunto tra gli antipodi. Ciò nonostante, tale percorso intrapreso dal legislatore si prefigura sicuramente lungo e impervio, vista la dimensione ibrida e di così complesso inquadramento del digitale, il quale è ben in grado di porre in crisi le categorie fondative del diritto. Sennonché, proprio da tale difficoltà strutturale del diritto discende l'opportunità, a ben vedere, di una transizione normativa che rifletta sulla capacità adattiva delle categorie e sfrutti il loro potenziale per ridisegnare un futuro digitale entro cardini di ragionevolezza e libertà.

RIFERIMENTO BIBLIOGRAFICI

- AMMANNATI, L. (2017). *Verso un diritto delle piattaforme digitali?* in *Federalismi.it*, VII, 2 ss.
- AMORE, G. (2020). *Fairness, Transparency e Accountability, nella protezione dei dati personali*, in *Studium Iuris*, IV, 414 ss. TOSI E. (2020), *La responsabilità civile per trattamento illecito dei dati personali alla luce del General Data Protection Regulation (GDPR)*, in *Studium Iuris*, VII-VIII, 840 ss.
- ASHLEY, K. D. (2017). *Artificial Intelligence and Legal Analytics: new tools for law practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge.
- ASTONE, A. (2022). *Autodeterminazione nei dati e sistemi A. I.*, in *Contr. Impr.*, 2022, II, 429 ss.
- BAZZONI G. (2021). *L'evoluzione normativa dell'intermediazione digitale: nuovi profili di responsabilizzazione*, in *RIID*, 2022, I, 201 ss.
- BIANCA, C. M. (1977). *Le autorità private*, Jovene, Napoli.
- BOBBIO, N. (2010). *La consuetudine come fatto normativo*, Giappichelli, Torino.
- BONINI, P. (2020). *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, XXI, 265 ss.
- BUCHANAM, J., TULLOCK, G. (1962). *The Calculus of Consent, Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Liberty Fund Inc., Indianapolis.
- BURATTI, A. (2022), *Framing the Facebook Oversight Board: Rough Justice in the Wild Web?*, in *Media Laws*, II, 1 ss.
- BUSIA, G., LIGUORI, L., POLLICINO, O. (2016). *Nota introduttiva*, in Busia G., Liguori L. – Pollicino O. (a cura di) *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, Aracne, Roma.
- CAMARDI, C. (2020). *Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, in *Jus Civile*, III, 786 ss.
- CANEPA, A. (2020). *I mercanti nell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Giappichelli, Torino.

- CARBONE, M. R. (2020). *Digital Market Act: così l'Europa limita il potere delle Big Tech*, in *Agenda digitale EU*, 15 dicembre 2020, che si può leggere in «<https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/digital-markets-act-come-si-sta-disegnando-il-futuro-delleconomia-digitale-europea/>».
- CATERINA, R. (2019). *Novità e continuità nel Regolamento generale sulla protezione dei dati*, in R. Caterina (a cura DI), *GDPR, tra novità e discontinuità*, in *Giur. It.*, 2777 ss.
- CAVALLARO, M. C., SMORTO, G. (2019). *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, XVI, 2 ss.
- CERI, S. (2018). *On the role of statistics in the era of big data: a computer science perspective*, in *Statistics & Probability Letters*, 2018, 68 ss.
- COLLINRIDGE, D. (1980). *The Social Control of Technology*, St. Martin Press, New York.
- CONSIGLIO, E., SARTOR, G. (2021). *Il sistema di credito sociale cinese: una «nuova» regolazione sociotecnica mediante sorveglianza, valutazione e sanzione*, in *Rivista della comunicazione e argomentazione giuridica*, II, 139 ss.
- CUCCHIARA, R. (2021). *L'intelligenza non è artificiale*, Mondadori, Milano.
- DE CARIA, R. (2020). *Ritorno al futuro: le ragioni del costituzionalismo 1.0 nella regolamentazione della società algoritmica e della nuova economia a trazione tecnologica*, in *Media Laws*, I, 84ss.
- DONATEO, M., POLIMENI, M. (2020). *Digital Service Act, verso un nuovo modello di responsabilità per i social: i primi passi Ue*, in *Agenda digitale Ue*, 22 giugno 2020, «<https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/digital-services-act-verso-un-nuovo-modello-di-responsabilita-per-i-social-i-primi-passi-ue/>».
- DOWNES, L. (2009). *The Laws of Disruption, Harnessing the New Forces that Govern Life and Business in the Digital Age*, Basic Books, New York.
- EIFERT, M., METZGER, A., SCHWEITZER, W., WAGNER, G. (2021), *Taming the giants: the DMA/DSA package*, in *Common Market Law Review*, VI, 987 ss.
- FINOCCHIARO, G. (2017). *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati* in *NLCC*, I, 1 ss.
- (2018). *Riflessioni sul poliedrico Regolamento europeo sulla privacy*, in *Quad. Cost.*, IV, 894 ss.
- FLORIDI, L. (2014). *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer Open, Oxford.
- GARAPON, A., LASSEGUE, J. (2021). *La giustizia digitale. Determinismo tecnológico e libertà*, il Mulino, Bologna.
- GEROSA, A. (2021). *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione n. 2021-001-FB-FBR*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, II, 427 ss.
- GIORDANELLI, F., CHIARINI, A. (2022). *Il regolamento sull'intelligenza artificiale: «essere o non essere» intelligenza artificiale*, in *Media Laws*, 3 marzo 2022, «https://www.medialaws.eu/il-regolamento-sullintelligenza-artificiale-essere-o-non-essere-intelligenza-artificiale/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=medialaws-newsletter_1».

- GIULIANO, M. (2021). *Regolare l'infosfera*, in *Contr. Impr.*, III, 885 ss.
- GRAZIANI, E. (2005). *Il mercato tra diritto e economia e politica*, Giappichelli, Torino.
- GRIECO, C. (2022). *Intelligenza artificiale e diritti umani nel diritto internazionale e dell'Unione europea. Alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 782 ss.
- IRTI, N. (1998). *L'Ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma – Bari.
- (2016). *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino.
- KAISER, B. (2019). *Targeted*, New York, Harper Collins, trad. IT. (2019) *La dittatura dei dati. La talpa di Cambridge Analytica svela come i big data e i social vengono usati per manipolarci e minacciare la democrazia*, Harper Collins, Milano.
- KLONIK, K. (2020). *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, 2418 ss.
- LESSIG L. (2006), *Code Version 2.0*, Basic Books, New York.
- LO SAPIO G. (2021), *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *Federalismi.it*, XVI, 114 ss.
- LONGO A., SCORZA G. (2020), *Intelligenza artificiale. L'impatto sulle nostre vite, diritti, libertà*, Mondadori, Milano.
- LUCCHINI GUASTALLA E. (2018), *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. Impr.*, I, 106 ss.
- (2019), *Privacy e Data Protection: principi generali*, in Tosi E. (a cura di) *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo codice privacy*, Giuffrè, Milano.
- MARTINELLI S. (2018) *L'autorità privata del provider*, in Zoppini A. – Sirena P. (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma TrE-Press, Roma.
- MAUSS M. (1968), *essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, Les Presses universitaires de France, Paris, trad. it (2002) *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Einaudi, Torino.
- META F. (2022), *Digital Service Act, ok del Parlamento Ue: stretta su contenuti e algoritmi*, in *Corcom*, 20 gennaio 2022, «<https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/digital-services-act-ok-del-parlamento-ue-stretta-su-contenuti-e-algoritmi/>».
- MONTEROSSO, M. W. (2021). *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contr. Impr.*, III, 920 ss.
- MORO P. (2019), *Algoritmi e pensiero giuridico. Antinomie e interazioni*, in *Media Laws*, III, 11 ss.
- MUSCOLO G. (2018), *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: la cooperazione tra public e private enforcement* in Benacchio G. A. – Carpagnano M. (a cura di), *Assetti istituzionali e prospettive del private antitrust enforcement nell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- ORLANDI M. (2006), *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in Gitti G. (a cura di) *L'Autonomia privata e le autorità indipendenti*, Mulino, Bologna.

- PAOLUCI F. (2020), *Il Digital Service Act: verso una nuova governance di Internet?*, in *Ius in Itinere*, 23 dicembre 2020, «<https://www.iusinitinere.it/il-digital-services-act-verso-una-nuova-governance-di-internet-34071>».
- PASQUALE F. (2015), *The Black Box Society. The Secret Algorithms that control money and information*, Harvard University Press, Cambridge Massachussetts.
- PISANU N. (2020), *Ecco il Digital Service Act: perché è rivoluzionaria la proposta della Commissione UE*, in *Cybersecurity360*, 15 dicembre 2020, «<https://www.cybersecurity360.it/news/ecco-il-digital-services-act-perche-e-rivoluzionaria-la-proposta-della-commissione-ue/>».
- PIZZETTI F. (2016) *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Giappichelli, Torino.
- (2016), *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino.
- POLLICINO O., DE GREGORIO G., BASSINI M. (2020), *Verso il Digital Service Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio*, in *Media Laws*, 23 novembre 2020, «<https://www.medialaws.eu/verso-il-digital-services-act-problemi-e-prospettive-presentazione-del-simposio/>».
- (2021), *Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *Verfassungsblog on matters constitutional*, 11 May 2021, «<https://verfassungsblog.de/fob-trump-2/>».
- PONCIBO C. (2021), *Lex Mercatoria ex machina*, in *Media laws*, III, 69 ss.
- REIDENBERG J. R. (1998), *Lex Informatica: the Formulation of Informatio Policy Rules through Technology*, in *Texas Law Review*, 553 ss.
- RICCI A. (2017), *Sulla funzione sociale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. Impr.*, II, 586 ss. CARAVITA DI TORITTO A. (2021), *La proporzionalità multilivello nel mercato «presidiato» dei dati personali*, in *Media Laws*, III, 157 ss.
- RUOTOLLO G. (2020), *Le proposte di disciplina di digital service e digital markets della Commissione del 15 dicembre 2020*, in *Note e commenti – DPCE online*, IV, 1 ss.
- RUOTOLLO G. M. (2021), *Digital Service Act e Digital Market Act: tra responsabilità dei fornitori e rischi di bis in idem*, in *SID/blog*, 29 marzo 2021, «<http://www.sidiblog.org/2021/03/29/digital-services-act-e-digital-markets-act-tra-responsabilita-dei-fornitori-e-rischi-di-bis-in-idem/>»;
- SCHREPEL T. (2021), *Platforms or Aggregators: Implications for Digital Antitrust Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 1 ss.
- SIKKEN A., *DSA: Council gives final approval to the protection of users' rights online*, in *Consilium europa press*, 4th october 2022, «<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/10/04/dsa-council-gives-final-approval-to-the-protection-of-users-rights-online/>».
- STANZIONE M. G. (2022), *Consenso e trattamento di dati personali nella dimensione europea*, in Stanzione P. (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino.

- STANZIONE P. (2022), *Introduzione*, in Stanzione P. (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino.
- STIEGLER G. J. (1994), *Mercato, informazione, regolamentazione*, trad. it., Mulino, Bologna.
- TOSI E. (2021), *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali*, Giuffrè, Milano.
- TOSONI L. (2021), *Intelligenza artificiale, i punti chiave del regolamento europeo*, in *Agenda Digitale Ue*, 21 aprile 2021, «<https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/intelligenza-artificiale-i-punti-chiave-del-regolamento-europeo/>»
- ZOPPINI A. (2009), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri – A. Zoppini, Mulino, Bologna.
- (2020), *Una riflessione sul contratto nell'attuale diritto del commercio internazionale*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, I, 291 ss.

MOTORI DI RICERCA ALLA «RICERCA» DELLA VERITÀ: PRIME RIFLESSIONI SULLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA DI DEINDICIZZAZIONE DI UN CONTENUTO PRESUMIBILMENTE NON VERITIERO

DANIELA MESSINA ¹

Università degli Studi di Napoli «Parthenope»

SOMMARIO: 1. *Il ruolo dei motori di ricerca nell'ecosistema digitale.*–2. *Nuovi orizzonti di intervento per i motori di ricerca nell'ambito del diritto alla deindicizzazione.*–3. *Il percorso di accountability degli operatori dello scenario digitale.*–4. *Le criticità del percorso di «responsabilizzazione» dei motori di ricerca.*–5. *Motori di ricerca alla «ricerca» della verità: quali rischi per l'obiettivo democratico?*–6. *Conclusioni.*

1. IL RUOLO DEI MOTORI DI RICERCA NELL'ECOSISTEMA DIGITALE

E' trascorso quasi un decennio dalla nota sentenza «Google Spain», «pietra miliare» del lungo e complesso percorso di riconoscimento del diritto all'oblio, con la quale la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha attribuito ai motori di ricerca il peculiare e significativo ruolo di titolari del trattamento dei dati personali aggregati e diffusi tramite le proprie piattaforme². Da allora, come è noto, l'attività svolta da tali operatori è confluita all'interno della trama

¹ Ricercatore a tempo determinato in Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli «Parthenope».

² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 13 maggio 2014, C-131/2012, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de datos e Mario Costeja González*.

regolativa delineata dal Regolamento europeo 2016/679 (cd. GDPR)³, rendendo i *provider* che forniscono il servizio di reperimento delle informazioni presenti in Rete responsabili della corretta raccolta, gestione ed elaborazione di quei frammenti informativi connessi alla sfera personale degli individui il cui utilizzo costituisce oggi il motore principale dello scenario digitale.

In particolare, la decisione adottata dalla Corte ha assunto particolare rilievo in quanto non solo è stata prodromica al primo riconoscimento positivo a livello sovranazionale, seppur limitatamente alla specifica declinazione di diritto alla cancellazione – *rectius* deindicizzazione –, di quel *droit a l'oubli* la cui esistenza era tanto dibattuta in dottrina e nelle aule dei tribunali europei⁴, ma è intervenuta anche a delineare in maniera più specifica, sebbene non definitiva, come sarà meglio evidenziato *infra*, il quadro di responsabilità e di obblighi che ricade su una delle categorie di operatori più significative all'interno delle società democratiche nella loro specifica veste digitale. La peculiarità del ruolo svolto da tali *provider*, infatti, insiste sul significato che assume il loro servizio di ricerca all'interno di uno scenario caratterizzato da un fluire incessante di informazioni che vengono memorizzate in uno spazio, quello della Rete, che opera per accumulazione di dati e che non percepisce lo scorrere dinamico del tempo. In un panorama così complesso e diverso dall'esperienza reale, l'utente smarrito, infatti, trova in tali piattaforme la «bussola» necessaria per orientarsi nel dedalo di notizie, dati e immagini che vengono quotidianamente diffuse.

In tale prospettiva, la quasi sostanziale irrinunciabilità del servizio erogato dai motori di ricerca non solo è espressione dell'importanza dell'attività da questi svolta, ma testimonia al contempo anche la delicatezza del ruolo che essi assumono all'interno delle società democraticamente avanzate. In uno scenario sempre più dematerializzato e fortemente connesso, in cui avanza imponente il processo di integrazione tra la sfera reale e quella digitale tanto da indurre a valutare l'esistenza di una nuova dimensione convergente deno-

³ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁴ Come è noto con il termine diritto all'oblio si fa riferimento al «diritto della persona a che certe vicende della propria vita, che non presentino più i caratteri dell'attualità, ovverosia che non siano più suscettibili di soddisfare un interesse apprezzabile della collettività a conoscerle, non trovino più diffusione da parte dei media». Corte di Cassazione, I Sez. Civile, sentenza 20 marzo 2018, n. 6919. Sul difficile percorso di riconoscimento dottrinale e giurisprudenziale del diritto che ha avuto i suoi natali nell'ordinamento francese cfr., tra gli altri, LYON-CAEN (1966); AULETTA (1983); ALPA (a cura di) (1983); CRIPPA (1997), 1990 ss.; MEZZANOTTE (2009); GABRIELLI (1997); LAGHEZZA (1998); NAPOLITANO (1996); MAYER-SCHONBERGER (2009); MESSINA (2009); PIZZETTI (2013); MORELLI (2013); FINOCCHIARO (2014).

minata *onlife*⁵, tali operatori, infatti, appaiono oggi come le principali «porte di accesso» alla conoscenza dell'individuo nell'era digitale. Questo con la rilevante conseguenza che il loro agire rischia, in primo luogo, di incidere significativamente sul pieno esplicarsi di quella libertà di informazione *ex art.* 21 Cost. ritenuta «pietra angolare dell'ordinamento democratico»⁶ e il cui pieno realizzarsi, come è noto, necessita di una «pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee»⁷. Inoltre, alla luce del simbiotico legame che sussiste, come più volte ribadito dalla stessa Corte costituzionale, tra democrazia, informazione e formazione dell'opinione pubblica⁸, il modo in cui tali piattaforme decidono di strutturare il proprio servizio, stabilendo la logica algoritmica destinata a orientare la ricerca dell'utente e l'organizzazione dei risultati indicizzati, tende a influire anche sul percorso, costituzionalmente tutelato, di sviluppo della personalità dell'individuo, in termini sia di possibilità di accesso alle notizie, sia, nel caso in cui le informazioni riguardino la propria persona, sulla proiezione dell'identità personale all'interno dello spazio sociale.

E' proprio nella consapevolezza di tali rilevanti conseguenze e dell'indubbia necessità di coinvolgere tali piattaforme all'interno del percorso regolativo che mira ad incanalare la trasformazione tecnologica in atto nel quadro di principi e di valori consacrati nelle costituzioni nazionali e riconosciuti a livello europeo, che i motori di ricerca, su impulso della Corte di Giustizia, sono stati inquadrati all'interno della peculiare categoria dei titolari del trattamento dei dati personali ed è stata loro affidata, in prima istanza, l'attività di deindicizzazione dei contenuti diffusi in Rete nel rispetto dei limiti stabiliti dall'art. 17 del GDPR⁹. Un'attività quest'ultima, tuttavia, i cui confini di azio-

⁵ FLORIDI (2014). Il termine *onlife* è un neologismo che deriva dalla crasi delle parole *online* e *offline*. Secondo l'Autore, in una realtà ormai iperconnessa non è più ragionevole chiedere se si può essere online o offline in quanto ormai i confini tra le due realtà sono quanto mai labili. *Onlife*, quindi, «è quanto accade e si fa mentre la vita scorre, restando collegati a dispositivi interattivi».

⁶ Corte costituzionale, sentenza 17 aprile 1969, n. 84.

⁷ *Ex multis*, Corte Costituzionale, sentenza 15 giugno 1972, n. 105 e sentenza 30 maggio 1977, n. 94.

⁸ Si faccia riferimento ad esempio alla sentenza sentenza n. 84/1969 in cui la Corte Costituzionale afferma che «la diffusione plurale di informazioni, incardinata in idonee garanzie costituzionalmente riconosciute, consente al singolo di sviluppare un pensiero consapevole ed esercitare in maniera cosciente, scevra da qualsiasi condizionamento esterno, i diritti politici, civili, economici e sociali riconosciuti e garantiti dall'ordinamento». Sul punto v., *ex multis*, PAPA (2020).

⁹ Come è noto, ai sensi dell'art. 17 del Regolamento (UE) 2016/679 spetta al motore di ricerca rimuovere tali informazioni nel caso in cui non siano più necessarie rispetto alla finalità originaria (art. 17, par. 1, lett. a); di revoca del consenso (art. 17, par. 1, lett. b); di esercizio del diritto di opposizione *ex art.* 21, sono stati trattati illecitamente ovvero sia necessario per adempiere un obbligo legale. Tuttavia, dal momento che il diritto alla tutela della vita privata non è assoluto ma deve «essere considerato in relazione alla sua funzio-

ne sembrano necessitare ancora di una più decisa delimitazione date le potenziali «derive» che un intervento da parte di tali soggetti privati è in grado di assumere rispetto al fine democratico, così come si intende evidenziare nel presente contributo in seguito all'adozione nel dicembre 2022 di una nuova significativa sentenza della Corte di Giustizia in materia diritto alla deindicizzazione che vede coinvolto (nuovamente) uno dei motori di ricerca più famosi e utilizzati al mondo¹⁰.

2. NUOVI ORIZZONTI DI INTERVENTO PER I MOTORI DI RICERCA NELL'AMBITO DEL DIRITTO ALLA DEINDICIZZAZIONE

L'importanza della decisione di inquadrare i motori di ricerca all'interno della categoria dei titolari del trattamento dei dati personali e le possibili implicazioni sull'evoluzione democratica della società digitale che scaturiscono dall'affidamento a tali piattaforme di un'attività particolarmente delicata come la deindicizzazione delle informazioni presenti in Rete sono emerse recentemente in maniera significativa e con una declinazione interpretativa particolarmente interessante in occasione della domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal *Bundesgerichtshof*, la Corte federale di giustizia tedesca, nell'ambito della causa C-460/20 che ha visto ancora una volta al centro del dibattito in aula il motore di ricerca americano Google.

Nel caso di specie, il rinvio pregiudiziale, che ha avuto origine dalla lamentata pubblicazione su un sito informativo di una serie di articoli che descrivevano in maniera particolarmente critica l'attività svolta da un gruppo di società finanziarie, gettando «ombre» sulla serietà del modello di investimento proposto ai propri clienti, si componeva di due quesiti specifici che contemplavano la corretta interpretazione, da un lato, dell'art. 17, par. 3, lett. a) del Regolamento 2016/679, dall'altro, degli artt. 12, lett. b) e 14, primo comma, lett. a) della direttiva 95/46/CE in merito alla richiesta di deindicizzazione dei *link* che riportavano ai suddetti contenuti, nonchè di rimozione di alcune immagini ritraenti i ricorrenti sotto forma di miniature, note come «*thumbnails*».

ne sociale ed essere bilanciato con altri diritti fondamentali, conformemente al principio di proporzionalità» CGUE, causa C-136/17, sentenza del 24 settembre 2019, punto 57 ricade sullo stesso motore di ricerca il difficile compito di valutare se sussistono motivazioni rilevanti e proporzionali tali da giustificare il rigetto della richiesta di rimozione delle informazioni personali in presenza di un prevalente interesse della collettività a essere informata ai sensi dell'art. 17, par. 3, lett. a) del Regolamento europeo 2016/679.

¹⁰ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 8 dicembre 2022, C-460/20, *TU, RE v. Google LLC*.

Al di là della rilevanza della peculiare interpretazione, fornita dapprima dall'Avvocato generale nelle conclusioni presentate il 7 aprile 2022¹¹ e successivamente confermata dalla Corte di Giustizia, che viene a equiparare per la prima volta l'attività di ricerca di immagini a quella testuale sottoponendola alle medesime regole¹², a rendere significativo e particolarmente interessante il dibattito ai fini della definizione dei confini di azione dei motori di ricerca nello scenario digitale risulta essere la prima delle due domande pregiudiziali.

La ragione consiste nel fatto che il quesito che è stato sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia contemplava, in particolare, la rimozione di collegamenti ipertestuali riportanti informazioni ritenute dai ricorrenti non solo lesive della loro attività professionale, ma soprattutto non esatte con evidenti conseguenze in termini di legittima pubblicazione delle notizie diffuse. In tale peculiare prospettiva, pertanto, la richiesta di deindicizzazione, a differenza di quelle comunemente avanzate, presupponeva anche una prodromica valutazione del contenuto non veritiero delle informazioni pubblicate sul sito web; una valutazione che portava con sé il dubbio, sollevato appunto dalla Corte federale tedesca, se l'onere della prova, o comunque di un certo grado di evidenza della non veridicità delle informazioni, dovesse quindi ricadere sugli stessi ricorrenti o, al contrario, fosse necessario affidare tale delicato momento di verifica proprio al motore di ricerca. In tale seconda ipotesi, tuttavia, un ulteriore quesito veniva a emergere e si collegava alla possibilità che tale *provider* potesse procedere alla deindicizzazione semplicemente presumendo fondate le allegazioni della parte ovvero dovesse provvedere autonomamente a valutare quanto contestato nei limiti delle proprie capacità e possibilità tecniche e organizzative.

Dinanzi a tale complessa richiesta, che sottende la delineazione del quadro di responsabilità che effettivamente ricadono sul gestore della piattaforma

¹¹ Conclusioni dell'Avvocato generale G. Pitruzzella presentate il 7 aprile 2022 nell'ambito della domanda di pronuncia pregiudiziale relativa alla causa C-460/20, *TU, RE v. Google LLC*.

¹² La Corte di Giustizia, confermando quanto precedentemente affermato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, è giunta a equiparare la ricerca di immagini effettuata mediante un motore di ricerca con quella normalmente realizzata per la consultazione delle pagine in Rete, evidenziando, al contempo, che tale specifico servizio costituisce un trattamento dei dati personali distinto e ulteriore sia rispetto a quello realizzato dall'editore del sito web da cui vengono reperite le immagini, sia alla attività di indicizzazione delle pagine che ospitano i contenuti informativi. Seguendo tale ragionamento, pertanto, anche in tale ambito il motore di ricerca è chiamato ad effettuare un accorto bilanciamento tra diritti fondamentali avendo, tuttavia, come riferimento il solo valore informativo delle miniature e non il contesto della pubblicazione – il sito web – su cui originariamente compaiono le fotografie. Questo alla luce della considerazione che la protezione della propria immagine, ivi compreso il diritto di rifiutare la pubblicazione di determinate foto, costituisce una delle condizioni necessarie alla piena e consapevole realizzazione dell'individuo nel contesto sociale di appartenenza, tenuto conto della intrinseca capacità delle immagini di veicolare informazioni particolarmente personali se non intime di un individuo o della sua famiglia e, quindi, di ledere il diritto alla tutela della vita privata, uno dei parametri che risultano in «tensione» nella più ampia realizzazione del diritto all'oblio.

di ricerca nella sua qualità di titolare del trattamento dei dati personali, particolarmente significativa risulta essere la soluzione interpretativa originariamente avanzata dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni; una soluzione che successivamente è stata fatta propria dalla Corte di Giustizia nella decisione finale sebbene, come sarà evidenziato, con due circoscritti, ma significativi interventi che sembrano «smussare» – ma solo apparentemente – alcune criticità connesse a tale sentenza.

All'interno della sua dettagliata argomentazione, infatti, l'Avvocato generale nell'aprile del 2022 aveva, in prima battuta, escluso la possibilità di accogliere tra le possibili soluzioni interpretative quella basata sulla presunta esattezza delle affermazioni avanzate dai ricorrenti e, quindi, sulla pretesa falsità delle informazioni diffuse dal sito web, sostenendo che tale ipotesi avrebbe favorito la determinazione di un punto di equilibrio tra i diritti confliggenti iniquamente sbilanciato a favore degli interessati, con il risultato di rimettere alla scelta unilaterale di questi la deindicizzazione dei contenuti «senza possibilità di sindacare la fondatezza delle allegazioni suscettibili di giustificarla» e, parimenti, determinare un eccessivo e ingiustificato sacrificio del diritto costituzionalmente garantito di informare ed essere informati. Tuttavia, tenuto conto, dell'impossibilità di attribuire al *provider* un obbligo di monitoraggio generalizzato sui contenuti ospitati e di verifica della veridicità degli stessi, alla luce di quanto delineato dalla direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE all'art. 15¹³, ma valutata altresì la non completa neutralità del provider *Google* nella fornitura dei risultati di ricerca in Rete, l'Avvocato aveva evidenziato la necessità di prevedere una soluzione imperniata su uno specifico «*procedural data due process*». In tale prospettiva, ai ricorrenti veniva riconosciuto l'obbligo di fornire un principio di prova della falsità dei contenuti diffusi, attribuendo al motore di ricerca, a partire da questo, il compito, invece, di verificare l'allegata inesattezza dei dati trattati, nel rispetto delle proprie capacità tecniche effettive, anche interpellando, quando possibile, l'editore della pagina *web* indicizzata. Solo in caso di persistenza del dubbio circa la veridicità dei contenuti il motore di ricerca avrebbe potuto rigettare la domanda lasciando all'interessato la possibilità di rivolgersi all'autorità di controllo *ex art. 51* del GDPR in modo da opporsi alla scelta effettuata dall'*hosting provider*.

Come anticipato, nel dicembre 2022 la Corte di Giustizia ha confermato sostanzialmente l'interpretazione avanzata dall'Avvocato generale introdu-

¹³ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

cendo però due importanti specificazioni che sembrano apparentemente ridurre la portata innovativa della pronuncia, ma che di fatto, invece, contribuiscono a delineare – se possibile con ancora più significatività – il carattere critico di tale orientamento interpretativo.

Con sentenza dell'8 dicembre 2022, infatti, la Corte ha ribadito che spetta al soggetto che avanza richiesta di deindicizzazione dimostrare «l'inesattezza manifesta» delle informazioni che compaiono nel contenuto indicizzato di cui si richiede la rimozione. Tuttavia, considerando che tale obbligo potrebbe trasformarsi in un onere eccessivo e, quindi, diventare un pericoloso deterrente per la persona interessata seppur lesa dall'attività del motore di ricerca, la stessa «è tenuta unicamente a fornire gli elementi di prova che, tenuto conto delle circostanze del caso di specie, si può ragionevolmente richiedere a quest'ultima di ricercare al fine di dimostrare tale inesattezza manifesta». Ne consegue, quindi, che adottando tale prospettiva il ricorrente non è obbligato nei confronti del motore di ricerca a produrre, in particolare, una decisione giurisdizionale ottenuta contro l'editore del sito Internet coinvolto qualora ciò risulti per egli eccessivamente gravoso.

A fare da contraltare a quanto previsto per i soggetti interessati operano ovviamente gli obblighi e le responsabilità che ricadono, invece, sul *provider*. Con riferimento a tale aspetto, la Corte ha ribadito, in continuità con quanto indicato nelle conclusioni dell'Avvocato generale, la necessità che la valutazione della piattaforma circa la possibilità che un contenuto possa continuare a essere incluso nell'elenco dei risultati di ricerca debba fondarsi «sull'insieme dei diritti e degli interessi in gioco nonché su tutte le circostanze del caso di specie». Tuttavia, a differenza di quanto precedentemente sostenuto, la Corte ha specificato chiaramente al punto 71 della sentenza che non può essere richiesto a tale soggetto di organizzare «uno scambio in contraddittorio con il fornitore di contenuto» in quanto ciò costituirebbe un obbligo eccessivo e favorirebbe meccanismi di deindicizzazione sistematici indotti dalla volontà del motore di ricerca di evitare di dover sopportare l'onere di indagare per accertare l'esattezza o meno delle informazioni contestate.

In tale ottica, quindi, la Corte ha confermato l'orientamento interpretativo dell'Avvocato generale secondo cui spetta alla piattaforma decidere circa la fondatezza delle contestazioni avanzate dai ricorrenti, ma a differenza del secondo, da un lato, ha chiarito che tale valutazione non debba necessariamente fondarsi su una preventiva decisione giurisdizionale sul punto, dall'altro, che la possibilità paventata di interpellare l'editore del sito che ospita i contenuti costituisca una richiesta che eccede quanto si possa ragionevolmente attende-

re da un simile operatore della Rete alla luce delle sue responsabilità, competenze e possibilità.

Una soluzione questa che, tuttavia, sembra presentare più di una criticità in quanto è destinata a incidere in maniera rilevante sul pieno e consapevole esercizio del diritto di informazione all'interno dello scenario digitale in presenza di operatori come i motori di ricerca che, come indicato, svolgono ormai un ruolo fondamentale nell'accesso alle informazioni in Rete e che a breve, seguendo la traiettoria tracciata a livello sovranazionale, potranno disporre anche del potere di incidere in maniera significativa sulla valutazione della relativa veridicità.

3. IL PERCORSO DI *ACCOUNTABILITY* DEGLI OPERATORI DELLO SCENARIO DIGITALE.

Appare pacifico che la decisione, prospettata dapprima dall'Avvocato generale e successivamente confermata dalla Corte di Giustizia, di affidare ai motori di ricerca anche il compito di valutare il carattere non veritiero, seppur sulla base di un principio di prova della relativa falsità, delle informazioni diffuse tramite la propria piattaforma si colloca pienamente nel percorso di *accountability* promosso negli ultimi anni dal legislatore europeo e rivolto agli operatori variamente coinvolti nella trasformazione digitale in atto. Un percorso che, come è ampiamente noto, è basato sulla consapevolezza che l'impiego di tecnologie incentrate sull'utilizzo e il trattamento dei dati personali costituisca un'attività intrinsecamente rischiosa per l'esercizio pieno e consapevole di diritti e libertà fondamentali ed è in grado di incidere significativamente, se non adeguatamente regolamentato, sulla corretta evoluzione democratica delle moderne società.

In tale prospettiva, infatti, i soggetti che producono, utilizzano e diffondono le nuove tecnologie digitali e per il loro tramite sfruttano in maniera più o meno intensa frammenti informativi dell'individuo sono chiamati oggi ad assumere un comportamento responsabile e proattivo attraverso la previsione di una serie di misure tecniche e organizzative tramite le quali siano anche in grado di dimostrare che le attività da essi svolte siano realizzate nel rispetto del quadro dei principi e dei valori consacrati nelle costituzioni europee e riconosciuti e garantiti a livello sovranazionale. Inoltre, nella consapevolezza che nello scenario digitale, in particolare quello connesso alla Rete, ogni fenomeno venga inevitabilmente ad amplificarsi, compresa la dimensione degli eventi lesivi e dei danni subiti, il processo di responsabilizzazione implica anche un

più significativo intervento diretto degli attori dell'ecosistema digitale al fine di garantire una più sollecita conclusione del fatto lesivo o un più veloce ripristino dello *status quo ante*. E' proprio in tale ottica che si inserisce e si giustifica, infatti, nell'ambito del diritto alla deindicizzazione, l'obbligo per i motori di ricerca di cancellare «senza ingiustificato ritardo», su richiesta dell'interessato, i dati personali potenzialmente lesivi nei casi indicati ai sensi del primo paragrafo dell'art. 17 del GDPR.

Il peculiare percorso di *accountability*, le cui radici possono cogliersi già nelle prime norme a tutela dei dati personali adottate all'indomani della diffusione dei primi elaboratori elettronici¹⁴ e che, in un crescendo di interventi regolativi a livello sovranazionale e nazionale, ha trovato nel Regolamento (UE) 2016/679 la sua piena consacrazione, costituisce oggi uno dei pilastri fondamentali della strategia europea in materia di regolazione dello scenario digitale. Ne è esempio, in particolare, la proposta di Regolamento in materia di intelligenza artificiale del 2021¹⁵ all'interno della quale il legislatore europeo ha delineato un dettagliato sistema di misure da applicare, nonchè di obblighi da soddisfare, che interessa tutti i soggetti operanti nella catena del valore dei sistemi di IA (produttori, fornitori, utenti, etc.), con il fine ultimo di convogliare le imponenti potenzialità delle nuove tecnologie all'interno dell'architettura dei principi e dei valori che caratterizzano la società europea. L'obiettivo è evidentemente rivolto a ridurre i rischi specifici di uno scenario algoritmico che, a causa dell'opacità che avvolge le logiche decisionali che indirizzano e giustificano le decisioni e le profilazioni automatizzate, mostra una rilevante capacità di insidiare il libero e consapevole percorso evolutivo dell'individuo sino a toccare le corde più profonde del suo diritto di autodeterminarsi¹⁶.

¹⁴ Si fa riferimento, in particolare, alla Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale n. 108 adottata dal Consiglio d'Europa nel 1981 che rappresenta il primo accordo multilaterale vincolante in materia. Nella prospettiva, dichiarata nel Preambolo, «di conciliare i valori fondamentali del rispetto della vita privata e della libera circolazione delle informazioni tra i popoli», la Convenzione sottoscritta a Strasburgo ha introdotto, infatti, per la prima volta, una serie di principi di carattere generale, ancora vigenti, che spaziano dalla garanzia della qualità dei dati utilizzati alla previsione di specifici diritti a favore degli interessati con lo scopo di garantire «ad ogni persona fisica, quali che siano la sua nazionalità o la sua residenza, il rispetto dei suoi diritti e delle sue libertà fondamentali, e in particolare del suo diritto alla vita privata, in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale che la riguardano».

¹⁵ Sull'ampio e affascinante tema dell'opacità dei sistemi di intelligenza artificiale si v., tra gli altri, SIMONCINI (2019); ZUDDAS (2020); PASQUALE (2015).

¹⁶ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione COM(2021) 206 final.

Sullo stesso filone si inseriscono anche i più recenti Regolamenti adottati a livello sovranazionale e noti come *Digital Service Act* (DSA)¹⁷ e *Digital Market act* (DMA)¹⁸ mediante i quali l'Unione Europea intende disciplinare il mercato dei servizi digitali nel prossimo decennio attraverso la creazione di un quadro di regole comuni, ma a geometrie variabili in quanto declinate alla luce del ruolo e della significatività dei soggetti destinatari, in materia di responsabilità e di contrasto alla diffusione delle attività e, in particolare per quello che qui rileva, dei contenuti illegali presenti in Rete¹⁹. In tale prospettiva, infatti, il DSA, all'interno di un percorso normativo che si attesta via via più stringente all'aumentare della rilevanza delle imprese digitali considerate²⁰, stabilisce per tutti i prestatori di servizi intermediari una serie di obblighi di trasparenza tra i quali emergono, in particolare, l'inclusione nelle rispettive condizioni generali di contratto di indicazioni di dettaglio relative alle restrizioni imposte in relazione all'uso dei propri servizi nonché alle misure e agli strumenti implementati ai fini dell'attività di moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana (art. 14). Nei confronti dei prestatori di servizi di *hosting* il Regolamento prevede, inoltre, l'obbligo *ex art.* 16 di predisporre idonei e accessibili meccanismi di *notice and take down* al fine di «consentire a qualsiasi persona o ente di notificare la presenza nel loro servizio di informazioni specifiche che tale persona o ente ritiene costituiscano contenuti illegali» e, per le piattaforme *online*, anche un sistema interno di gestione dei reclami (art. 20) che «consenta di presentare per via elettronica e gratuitamente reclami contro la decisione presa dal fornitore [...] a motivo del fatto che le informazioni fornite dai destinatari costituiscono contenuti illegali o sono incompatibili con le sue condizioni generali».

Inoltre, tenuto conto della straordinaria influenza esercitata dai servizi prestati da tali operatori sulla società europea in termini di impatto sul dibattito pubblico, sulla diffusione di informazioni, opinioni e idee, nonché sulle modalità di interazione e comunicazione tra i destinatari, ancora più stringenti risultano essere gli obblighi di trasparenza previsti per le piattaforme *online* di di-

¹⁷ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

¹⁸ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

¹⁹ Sulle novità introdotte dai due Regolamenti in materia di servizi e mercati digitali cfr. DE STREEL; LAROCHE (2021); ALLEGRI (2022).

²⁰ Come indicato nel considerando 41) il regolamento stabilisce, infatti, obblighi fondamentali e generali applicabili a tutti i prestatori di servizi intermediari nonché obblighi ulteriori per i prestatori di servizi di *hosting* e, più specificamente, per le piattaforme *online* e per le piattaforme e i motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi.

mensioni molto grandi, intese ai sensi dell'art. 33, come quelle piattaforme che prestano i loro servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi nell'Unione pari o superiore a 45 milioni²¹. L'obiettivo perseguito consiste nella riduzione dei possibili rischi sistemici associati al loro operare tra i quali emergono, in maniera significativa per lo studio che si sta conducendo, anche l'incidenza sull'esercizio dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta europea e connessi alla specifica progettazione dei sistemi algoritmici da parte delle piattaforme, nonché sul dibattito civico, sui processi elettorali e sulla sicurezza pubblica anche mediante la «manipolazione intenzionale del loro servizio» (art. 34)²².

Rilevante ai fini degli obblighi di intervento e di trasparenza delle tecniche algoritmiche implementate dai fornitori dei servizi in Rete è anche quanto previsto dalla proposta «gemella» sui mercati digitali. La peculiarità del DMA, infatti, risiede nell'individuazione di una specifica categoria di operatori indicata come «*gatekeeper*» e rappresentata da tutte quelle grandi piattaforme che assumono un ruolo peculiare nello scenario digitale in quanto fungono da punto di contatto tra utenti commerciali e utenti privati, beneficiando di un significativo potere, soprattutto in termini di possibilità di raccolta di ingenti quantità di dati personali, che si sostanzia nella creazione di ulteriori barriere all'ingresso per i nuovi *competitors*²³. L'atto, in particolare, tra tutti i soggetti che operano da «collegamento» tra le due sfere di utenza, concentra la propria

²¹ A tal proposito il considerando 76) chiarisce che: «quando il numero di destinatari attivi di una piattaforma online o di destinatari attivi di un motore di ricerca online, calcolato come media in un periodo di sei mesi, raggiunge una quota significativa della popolazione dell'Unione, i rischi sistemici posti da tale piattaforma online o motore di ricerca possono avere un effetto sproporzionato sull'Unione. Si dovrebbe ritenere che tale raggio d'azione significativo sussista quando tale numero supera la soglia operativa di 45 milioni, ossia un numero equivalente al 10% della popolazione dell'Unione». Una soglia che la Commissione europea è tenuta a monitorare e aggiornare nel caso di cambiamenti mediante l'adozione di atti delegati.

²² In tale prospettiva, nell'ambito della pubblicità *online*, il regolamento stabilisce all'art. 39 l'obbligo per tali soggetti di mettere a disposizione dei destinatari registri pubblici nei quali siano riportati in maniera dettagliata i dati relativi agli inserzionisti, ai contenuti e alle connesse modalità di fornitura, comprese informazioni volte a precisare «se la pubblicità è destinata a essere presentata a uno o più gruppi specifici di destinatari del servizio e, in tal caso, i principali parametri utilizzati a tal fine, compresi, se del caso, i principali parametri utilizzati per escludere uno o più di tali particolari gruppi». Inoltre, dal momento che tali piattaforme si avvalgono in maniera significativa di sistemi di raccomandazione delle informazioni che vengono, come già evidenziato, poste in ordine di priorità e sono in grado di influenzare la capacità dei destinatari di reperire informazioni e interagire con esse *online*, l'art. 38 impone l'indicazione chiara, accessibile e facilmente comprensibile nelle condizioni generali dei principali parametri utilizzati e degli strumenti che hanno a disposizione i destinatari per modificarli tra i quali deve esservi necessariamente almeno «un'opzione non basata sulla profilazione ai sensi dell'articolo 4, punto 4), del Regolamento (UE) 2016/679».

²³ Ai sensi dell'art. 3 un fornitore di servizi di piattaforma di base è designato come *gatekeeper* se: a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; c) detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro.

attenzione sugli operatori che forniscono servizi di intermediazione di base, tra i quali rientrano anche i motori di ricerca *online* accanto ai *social network*, le piattaforme per la condivisione di video e i servizi di comunicazione elettronica interpersonale. L'atto, di conseguenza, viene a rivolgersi proprio a quell'universo di soggetti della Rete che all'interno della società digitale appaiono in grado di incidere significativamente sul percorso di formazione dell'identità della persona influenzando il cammino di autodeterminazione del singolo sia sotto il profilo dell'accessibilità alle informazioni, sia con riferimento alla qualità e alla liceità delle stesse.

Ed è proprio alla luce di tale rilevante presenza nella vita dell'individuo, che è in grado di condurre a deviazioni non accettabili in assetti democratici, che il DMA sembra perseguire il difficile obiettivo di erodere una delle principali criticità dell'attuale ecosistema digitale rappresentata da un costante processo di concentrazione dello straordinario «potere dei dati» nelle mani di pochi «giganti del web».

Tale finalità emerge chiaramente nel combinato disposto degli articoli 5 e 6 del Regolamento che stabiliscono il divieto per i soggetti che assumono il ruolo di *gatekeeper* di combinare dati personali ottenuti mediante i servizi di piattaforma di base con quelli ricavati da qualsiasi altro servizio offerto o proveniente da terzi, nonché di utilizzare, in concorrenza con gli utenti commerciali, dati non accessibili al pubblico e generati attraverso le attività di tali operatori. In altri termini, l'atto mira a combattere l'attuale predominio sui dati personali vantato da imprese che, in virtù dei particolari servizi offerti in Rete, usufruiscono di una posizione privilegiata nella raccolta di notevoli quantità di informazioni personali arrivando a detenere pericolose posizioni di potere nello scenario digitale con particolare riferimento alle pervasive attività di profilazione degli utenti che tale situazione di vantaggio consente loro più agevolmente di realizzare.

E' evidente, quindi, che le nuove regole introdotte dai due recenti regolamenti in materia di servizi digitali e le disposizioni previste dall'approvando quadro normativo destinato all'IA sono espressione della volontà del legislatore europeo di innestare il recupero del potere dell'individuo sui dati personali, oggi sempre più minacciato dall'avanzare di un fenomeno tecnologico incessante e «famelico», sul ruolo attivo, responsabile e partecipativo degli operatori digitali. Un ruolo, tuttavia, che seppur necessario viste le peculiari caratteristiche dell'ecosistema digitale, rischia, se non opportunamente definito e delimitato, di introdurre ulteriori e significative sfide per il fine democratico all'interno di società che si trovano in una fase estremamente delicata del loro percorso evolutivo.

4. LE CRITICITÀ DEL PERCORSO DI «RESPONSABILIZZAZIONE» DEI MOTORI DI RICERCA

Seppur condivisibile negli intenti e giustificato da un panorama in continuo divenire che richiede interventi solleciti e immediati al fine di evitare il celere propagarsi degli effetti lesivi delle condotte illecite, il percorso di responsabilizzazione degli operatori coinvolti nella trasformazione digitale e, in particolar modo, di quelli che svolgono le proprie attività all'interno della Rete, solleva alcune rilevanti perplessità.

Fermo restando l'imprescindibile necessità di un agire responsabile nell'utilizzo di informazioni di carattere strettamente personale, la previsione di precisi obblighi di intervento a carico di soggetti privati su attività e contenuti illeciti, specialmente mediante meccanismi di *notice and take down*, rischia, infatti, di affidare all'interno del panorama digitale il «primo presidio di garanzia» a tutela dell'individuo proprio a quei soggetti che sono al contempo inevitabilmente parte integrante del «problema» che si intende risolvere. Una criticità, a ben vedere, che coinvolge soprattutto i motori di ricerca il cui particolare servizio, come già evidenziato, tende a trasformarli nelle principali «porte di accesso» alla conoscenza nel labirintico scenario delle informazioni circolanti in Rete.

Come è stato chiaramente evidenziato dall'Avvocato generale in occasione del caso oggetto di analisi, le preoccupazioni relative a un eccessivo coinvolgimento delle società tecnologiche nella fase di implementazione dei rimedi previsti a tutela degli utenti emergono, infatti, in primo luogo alla luce della constatazione che quella svolta da tali *provider* costituisca un'attività tutt'altro che neutra poichè, pur non intervenendo direttamente sulla scelta dei contenuti immessi e diffusi dai destinatari del servizio, tali soggetti incidono, tuttavia, sull'organizzazione degli stessi, dal momento che è proprio sulla peculiare disposizione dei risultati della ricerca, orientata prevalentemente da esigenze di carattere commerciale, che si fonda il loro modello di *business* e, quindi, il profitto ricavato dal servizio da questi erogato. Un'operazione, inoltre, che viene realizzata attraverso l'impiego di algoritmi la cui logica decisionale risulta saldamente protetta dalle incisive norme in materia di proprietà intellettuale o di segreto industriale e che, quindi, rischia di rimanere spesso preclusa alla piena conoscibilità esterna, rendendo «opaca» la valutazione delle ragioni per cui un determinato contenuto venga raccomandato all'utente in luogo di un altro²⁴.

²⁴ Sul punto v. ZUDDAS (2020), *cit.*

Inoltre, nel rispetto delle condizioni contrattuali stabilite in vista dell'utilizzo dei propri servizi, i motori di ricerca intervengono anche mediante una importante opera di «limatura» delle informazioni diffuse tramite le proprie piattaforme attraverso precisi interventi di *content moderation* finalizzate a eliminare quei contenuti che risultano in contrasto con la *mission* aziendale oppure potrebbero urtare la sensibilità degli utenti ovvero richiedono di essere oscurati in ottemperanza di precisi obblighi legali.

A tale prima selezione «interna», dettata, quindi, prevalentemente da specifiche politiche aziendali, si aggiunge poi una significativa attività di selezione «imposta» dall'esterno perché determinata proprio dal percorso di responsabilizzazione precedentemente analizzato che attribuisce a tali soggetti il compito di intervenire sui contenuti potenzialmente illeciti e, soprattutto – questo è il nocciolo della questione – di decidere se destinarli o meno inevitabilmente all'oblio su richiesta degli utenti che si ritengono lesi da tali informazioni.

E' evidente che in questo ambito le criticità rilevate diventano ancora più significative dal momento che il coinvolgimento richiesto ai motori di ricerca viene a svilupparsi lungo i binari tipici dell'intervento di carattere pubblicitario in quanto, come sottolineato sia dalla Corte di Giustizia che dallo stesso Avvocato generale, l'attività di deindicizzazione innestata nel più ampio panorama della tutela dei dati personali implica inevitabilmente «la necessità di prendere in considerazione tutti i diritti fondamentali in gioco [...] e di operare un bilanciamento di tali diritti che tenga conto, oltre che delle circostanze del caso concreto, delle caratteristiche tecnologiche dell'ambiente di Internet»²⁵.

Ne consegue quindi che, in tale prospettiva, il percorso di responsabilizzazione avviato dal legislatore europeo, se portato all'estreme conseguenze, rischia con l'affidare a tali soggetti uno dei momenti più significativi e caratterizzanti uno Stato di diritto rappresentato, come è noto, dall'individuazione di un idoneo punto di equilibrio tra interessi parimenti tutelati, ma confliggenti²⁶. Stabilire, infatti, se una determinata informazione è in grado di integrare una lesione dei diritti della personalità dei soggetti interessati o, al contrario, risponde all'imperativo costituzionale dell'interesse della collettività ad essere informata è espressione dell'esercizio di funzioni tradizionalmente pubblicitarie che società private all'interno dello scenario digitale finiscono, invece, con l'arrogare a sé, supportate – paradossalmente – dagli stessi poteri pubblici che, dinanzi ad un fenomeno tecnologico per essi sfuggente, decidono di affidare l'iniziale tutela degli utenti proprio a quei soggetti che costituiscono

²⁵ Punto 16 delle conclusioni dell'Avvocato generale.

²⁶ Sul punto v. anche ALLEGRI (2022), *cit.*

oggi i nuovi centri di potere dell'ecosistema digitale. Tutto ciò tenuto conto che il trasferimento di funzioni appena evidenziato nello specifico ambito dei motori di ricerca viene a indicare direttamente anche su uno dei pilastri fondamentali che operano a garanzia della democraticità di una società moderna e che consiste, come è noto, nella necessità di garantire una panorama informativo caratterizzato dalla pluralità delle idee, delle opinioni e delle conoscenze in circolazione.

Ne consegue, quindi, che il percorso di responsabilizzazione declinato nell'ottica della deindicizzazione non solo tende ad affidare a società private una delicatissima opera di bilanciamento tra diritti fondamentali, snaturandone di fatto la relativa natura²⁷, ma, alla luce del ruolo svolto da tali piattaforme nello spazio digitale informativo, potenziato dalla conformazione fortemente oligopolista del mercato di riferimento²⁸, rischia di favorire la creazione di uno scenario in cui le decisioni adottate da tali società nel tempo saranno in grado di delineare sempre più il livello quali-quantitativo delle informazioni diffuse e, conseguentemente, le possibilità di accesso alle notizie da parte degli utenti, con notevoli ripercussioni in termini di sviluppo in senso democratico delle società digitali.

5. MOTORI DI RICERCA ALLA «RICERCA» DELLA VERITÀ: QUALI RISCHI PER L'OBIETTIVO DEMOCRATICO?

Dinanzi al complesso scenario appena descritto è evidente che si impone la necessità di effettuare una riflessione circa l'effettiva opportunità, prospettata dalla Corte di Giustizia nel dicembre 2022, di affidare ai motori di ricerca anche la valutazione del carattere veritiero delle informazioni presenti sulle proprie piattaforme vista la complessità di un'analisi che va a incidere inevitabilmente su uno dei più delicati e complessi equilibri che un assetto democratico richiede di individuare a sostegno della sua corretta evoluzione.

Ben lungi dal rappresentare un ulteriore onere per tali piattaforme come indicato da alcuni²⁹, l'affidamento della valutazione di quel «dili-

²⁷ Sul punto molto critico POLLICINO (2015), 21.

²⁸ Il mercato dei motori di ricerca si presenta estremamente concentrato. Google, la piattaforma coinvolta nel dibattito oggetto di analisi, presenta attualmente una quota di mercato pari al 92,51% (dati aggiornati a febbraio 2023). Gli altri motori di ricerca mostrano, pertanto, un notevole distacco rispetto a Google: Bing, infatti detiene una quota di mercato pari al 3,53%, seguita da Yandex 1.97%, Yahoo! 1,05%, DuckDuckGo 0.52% ed Ecosia 0,26%. I dati aggiornati sono reperibili al seguente link Search Engine Market Share Europe | Statcounter Global Stats

²⁹ Sul punto v. FINOCCHIARO; POLLICINO (11 aprile 2022).

gente lavoro di ricerca» in cui si sostanzia l'attività di raccolta, composizione e divulgazione delle notizie connesse all'interesse della collettività ad essere informata rischia, infatti, al contrario, di attribuire a tali operatori privati un ulteriore e più penetrante potere che viene ad esplicarsi, a sua volta, su uno dei parametri che, come ormai consacrato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, in concomitante agire con il carattere della pertinenza e dell'utilità sociale, conferisce forma e contenuto al diritto di informare³⁰. Un diritto, che come è noto, è espressione di quella libertà di manifestazione del pensiero tutelata e garantita dall'art. 21 della Costituzione italiana e, nella sua proiezione sovranazionale, dall'art. 11 della Carta europea dei diritti fondamentali, che si ricollega intimamente all'essenza democratica di una società, conferendogli quella vitalità costitutiva che solo un libero e plurale confronto tra idee, conoscenze e opinioni è in grado di assicurare.

Al contempo, nell'ottica di un dinamico bilanciamento che caratterizza in una continua, ma pur sempre rinnovata ricerca di punti di equilibrio, il tessuto delle libertà fondamentali di uno Stato di diritto, il coinvolgimento dei motori di ricerca nella verifica della veridicità delle informazioni diffuse rischia di incidere anche sull'elemento personalistico che irradia le costituzioni moderne e che pone al centro la persona e la relativa tutela. Un rischio che si sostanzia, a ben vedere, in una duplice direzione coinvolgendo l'individuo sia come soggetto interessato in prima persona dalla notizia diffusa, sia come membro della collettività a cui l'informazione è destinata.

Nel primo caso, infatti, il connotato veritiero o meno delle vicende narrate è in grado di influenzare la proiezione della personalità del soggetto, intesa come immagine di sintesi del suo patrimonio intellettuale, sociale e professionale³¹, incidendo su quel diritto all'identità personale che dall'ordinamento richiede di essere tutelato dinanzi a possibili indebite interferenze esterne perché espressione di quell'intima necessità dell'individuo di essere rappresentato «nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta o poteva essere riconosciuta

³⁰ Si fa riferimento ai tre criteri individuati dalla Corte di Cassazione nella famosa «sentenza-decalogo» del 1984 cui un giornalista deve attenersi per esercitare in maniera legittima il diritto di cronaca nel rispetto dell'art. 21 della Costituzione. Corte di Cassazione, I civ, sentenza 18 ottobre 1984, n. 5259. Sul punto, v. tra gli altri, PACE; MANETTI (2006).

³¹ FINOCCHIARO (2010). L'Autrice, in particolare, sottolinea che l'identità personale è costituita dall'immagine, «socialmente mediata o oggettivata, del soggetto stesso». È una sintesi «tra l'immagine che il soggetto ha di sé (verità personale), che può in ipotesi estrema anche essere scorrelata dalla realtà e l'insieme dei dati oggettivi riferibili al soggetto».

con l'esplicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede oggettiva»³².

Nel secondo caso, invece, la veridicità delle informazioni diffuse, agendo sul percorso evolutivo, costituzionalmente tutelato, dell'individuo influenza la costruzione di quel bagaglio di conoscenze ed esperienze che ne determinano la figura di soggetto libero e consapevole, incidendo sulla relativa capacità di assumere autonomamente e con piena coscienza le scelte esistenziali e, quindi, sul diritto di autodeterminarsi, inteso come declinazione di quel valore ultimo, non bilanciabile³³, rappresentato dalla dignità dell'individuo.

Tutto ciò tenuto conto anche dello straordinario ruolo che è in grado di assumere la stessa verità all'interno di una società democraticamente orientata intesa quale valore che da sempre rappresenta «uno degli strumenti più potenti per controllare il potere e, per questo, diviene anche il campo di battaglia della lotta politica e sociale»³⁴.

Non è possibile in questa sede ripercorrere il vivace e complesso dibattito dottrinale incentrato sul rapporto tra verità e democrazia, anche alla luce del relativo carattere polisemico che tante declinazioni consente a tale concetto di acquisire³⁵, tuttavia è inevitabile sottolineare che il legame che insiste tra tale valore e il diritto di cronaca abbia costituito uno degli ambiti in cui più significativamente si è manifestato nel corso della storia l'arbitrio del potenti nel tentativo di manipolare la narrazione degli eventi a proprio vantaggio.

Ed è proprio nella prospettiva di preservare da possibili soprusi un'attività che assume significato non solo in sé ma soprattutto in relazione a quella trama di principi e di valori fondamentali che definiscono e caratterizzano l'assetto democratico³⁶ e che, conseguentemente, incidono anche sulla realizzazione dell'individuo, pur nella consapevolezza che non sia possibile invocare un diritto alla verità, il cui ipotetico riconoscimento si configurerebbe addirittura con-

³² Corte di Cassazione, sentenza 22 giugno 1985, n. 3769. Sull'analisi del diritto all'identità personale v. tra gli altri RESCIGNO (1990); PINO (2005); TAMPIERI (2019).

³³ SILVESTRI (2018). L'A. nel testo afferma che la dignità dell'uomo «non è bilanciabile, in quanto è essa stessa la bilancia sulla quale disporre i beni costituzionalmente tutelati, che subiscono compressioni, e corrispondenti aumenti, entro i limiti di tutela della dignità, che nasce piena in ogni individuo e non si acquista per meriti e non si perde per demeriti».

³⁴ BALAGUER CALLEJÓN (2021), 96.

³⁵ Tra i tanti che si sono interrogati sul tema v. ZAGREBELSKY (2008); RODOTÀ (2015). 230 ss.; DOGLIANI (2008). 899-910.

³⁶ Infatti, la garanzia costituzionale di tale libertà viene giustificata dagli stessi principi informatori del sistema in quanto viene a porsi come strumentalmente necessaria ad esso per assicurare una democrazia contenutistica ed una effettiva sovranità popolare, per consentire lo sviluppo della personalità ed una eguaglianza sostanziale tra i vari consociati, per realizzare una effettiva libertà di cultura. Così, LOIODICE (1969), 208.

troproducente per le finalità di una democrazia pluralista³⁷, la libera manifestazione del pensiero, infatti, nella sua precipua duplice declinazione di diritto di informare e di essere informato impone, per il suo pieno realizzarsi, una descrizione veritiera di fatti realmente accaduti, che non si sostanzia nella proiezione di mere opinioni soggettive³⁸, ma che sia il frutto di una attenta attività di raccolta, analisi e confronto tra diverse fonti in modo che la collettività possa, tramite tale lavoro di analisi, ricostruire in maniera oggettiva quanto accaduto e farne memoria collettiva.

E sempre in vista della necessità di tutelare e garantire un'attività che deve operare a sostegno del dibattito democratico, l'ordinamento considera, al contempo, come violazione del dovere alla verità dei fatti – *rectius* alla veridicità dei fatti – la dolosa o anche soltanto colposa decisione del narratore di tacere su determinati eventi «tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato»³⁹. In tale evenienza, infatti, la notizia perde il suo valore informativo fondamentale per la collettività degradando in menzogna in quanto il carattere volutamente incompleto del fatto narrato la rende una «mezza verità» e, pertanto, una notizia falsa.

Alla luce di quanto evidenziato, quindi, emerge distintamente l'importanza che riveste il parametro della verità per una democrazia pluralista e la delicatezza connessa all'accertamento della sua sussistenza in un'ottica di bilanciamento tra diritti confliggenti in caso di esercizio del diritto di cronaca, visto il suo essere facilmente suscettibile, tramite semplici artifici, a manipolazioni più o meno intense che possono significativamente alterare la narrazione della società arrivando, in taluni casi, a influenzare il corso degli eventi.

Questo a maggior ragione all'interno di uno scenario tecnologico caratterizzato da un vero e proprio «sovraccarico informativo»⁴⁰ determinato dalla semplicità con cui è possibile condividere contenuti, dalla capacità degli stessi di raggiungere ampie platee in maniera veloce e capillare e dalla indiscutibile facilità offerta dal dato digitale di consentire alterazioni capziose del suo significato.

In tale prospettiva, è evidente che la decisione di affidare la valutazione del carattere veritiero delle informazioni diffuse a società private che, in virtù della peculiare attività svolta e del complesso scenario informativo delineato dalla trasformazione digitale, sono in grado di incidere significativamente su-

³⁷ Sul punto BALAGUER CALLEJÓN (2021). *cit.*; FACCHI (2017).

³⁸ DOGLIANI (2008), *cit.*, 904.

³⁹ Corte di Cassazione, I civ, sentenza 18 ottobre 1984, n. 5259.

⁴⁰ A tal proposito è stato coniato un nuovo termine «infodemia» intesa come «circolazione di una quantità eccessiva di informazioni, talvolta non vagliate con accuratezza, che rendono difficile orientarsi su un determinato argomento per la difficoltà di individuare fonti affidabili». Voce «infodemia» (2022). *Enciclopedia Treccani*.

lla plurale diffusione delle idee, delle conoscenze e delle opinioni, suscita inevitabilmente delle significative perplessità. Decidere, infatti, sulla falsità o meno di un fatto narrato, di un evento descritto o di un avvenimento accaduto in un'ottica di bilanciamento tra diritti fondamentali costituisce un delicato e rilevante esercizio di democrazia in quanto strettamente connesso al pieno compimento del quadro di principi e di valori che caratterizzano uno Stato di diritto e come tale dovrebbe essere sottratto a qualsiasi forma di potere privato anche e, soprattutto, all'interno dello scenario digitale.

6. CONCLUSIONI

Si è detto che «l'impegno nella ricerca, l'interminata fatica della critica, il libero manifestarsi delle opinioni non possono mai essere considerati come un intralcio da rimuovere. Fanno parte della fatica della democrazia» (Rodotà, 2015)⁴¹.

Una «fatica» di straordinaria importanza che, oggi, richiede di essere preservata e tutelata dalle sempre più insidiose sfide che provengono dallo scenario tecnologico.

Il percorso di responsabilizzazione degli operatori digitali e, nello specifico ambito analizzato, dei motori di ricerca rappresenta sicuramente una delle strade regolative da percorrere per fare in modo che tali attività, intrinsecamente connesse all'essenza delle società democratica, non vengano indebitamente alterate dalle trasformazioni tecnologiche. Tuttavia, al contempo, come evidenziato, cela il rischio di un coinvolgimento degli operatori privati non proporzionale e, perfino, dannoso per il fine preposto.

È indubbio, infatti, che in uno scenario in cui ogni fenomeno tende ad amplificarsi velocemente, compresa l'entità dei danni in esso perpetrati, il modo più agevole e immediato di arginare situazioni nocive contempli inevitabilmente la partecipazione degli operatori che agiscono direttamente all'interno del panorama digitale in modo da garantire una più veloce cessazione dell'evento dannoso. Tuttavia, l'immediata reazione a una situazione lesiva, sebbene consenta di limitare l'effetto «a macchia d'olio» dettato dall'estrema pervasività della Rete, implica, di converso, se non proporzionalmente regolato, il rischio di determinare un vero e proprio «cortocircuito della tutela» in uno scenario in cui gli utenti trovano il primo e più immediato intervento a loro difesa nell'opera degli stessi soggetti che potenzialmente hanno contribuito a favorire il comportamento lesivo lamentato.

⁴¹ RODOTÀ (2015), *cit.*, 230.

Il pericolo che ne consegue, infatti, è la delineazione di un panorama alterato nel quale la circolazione dei contenuti risulta dipendere sempre più dal «predominio contrattuale» di poteri privati⁴² che, da un lato, stabiliscono autonomamente i confini delle azioni realizzabili all'interno dei propri spazi mediante le proprie clausole d'uso, dall'altro, quando il loro intervento su attività illecite o potenzialmente tali non è specificamente diretto all'assolvimento di un ordine amministrativo o giudiziale⁴³ e, quindi, giustificato da un bilanciamento tra diritti già correttamente effettuato dai pubblici poteri, si trovano nella straordinaria posizione di poter contribuire a tracciare i confini delle attività consentite in Rete, stabilendo i limiti «tra giusto e sbagliato, tra bene e male» (De Minico, 2016)⁴⁴. Operatori, inoltre, che in presenza di un quadro normativo che tende a collegare la responsabilità degli *hosting provider* al mancato immediato intervento in caso di segnalazione da parte degli utenti⁴⁵, potrebbero essere indotti a preferire la più immediata via della rimozione di massa dei contenuti ritenuti «scomodi» con inaccettabili conseguenze sulla democraticità della società tecnologica⁴⁶.

In tale specifica prospettiva, si inserisce, quindi, la critica mossa alla soluzione prospettata nella causa oggetto di analisi di affidare ai motori di ricerca anche la valutazione della veridicità delle informazioni presenti sulle proprie piattaforme. Sebbene l'Avvocato generale nelle sue conclusioni abbia evidenziato che la previa predisposizione da parte dei ricorrenti delle prove a sostegno della falsità dei contenuti diffusi impedisca di «trasformare Google nel «giudice della verità» o di realizzare una sorta di censura privata dell'informazione sulla rete», è evidente che in presenza di un mercato fortemente concentrato come quello dei motori di ricerca e dell'estrema pervasività di piattaforme che sono in grado di incidere «in modo significativo ed in aggiunta all'attività degli editori»⁴⁷ sull'esercizio di diritti fondamentali, il rischio di una eccessiva com-

⁴² Così STANZIONE (2022), 5.

⁴³ Sul punto MONTI (2019) che con riferimento alle attività di rimozione dei contenuti illegali in Rete distingue tra la censura autonomamente predisposta dalle piattaforme, «censura de facto», censura legata a normative statali, «censura de jure» e censura a seguito di accertamento giudiziale o amministrativo, ossia la c.d. «censura funzionale».

⁴⁴ DE MINICO (2016), 386.

⁴⁵ Si fa riferimento al già citato *Digital Service Act* che nel nuovo quadro di responsabilità delineato per gli *hosting provider* stabilisce all'art. 6 che «il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate su richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore [...] non appena viene a conoscenza di tali attività o contenuti illegali o diviene consapevole di tali fatti o circostanze, agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi».

⁴⁶ Sul punto ALLEGRI, M. (2022). *cit.*, 12.

⁴⁷ Corte di Giustizia, sentenza 13 maggio 2014, *cit.*, punto 38.

pressione delle opportunità informative nello scenario digitale a danno del vitale valore del pluralismo appare ancora più concreto.

Pur nella consapevole necessità di intervenire tempestivamente sul moto perpetuo dei contenuti in Rete al fine di preservare la dignità dell'individuo coinvolto da un possibile «sfregio permanente della sua identità» determinato dalla circolazione imperitura di una informazione non veritiera, la decisione assunta dalla Corte di Giustizia rischia di assumere profili distopici perchè operante in una sfera estremamente rilevante per la formazione dell'opinione pubblica e dell'evoluzione democratica della società.

Dinanzi alla ricerca di equilibri che potrebbero pendere pericolosamente verso interessi specifici e divergenti rispetto a quelli avanzati dalla collettività e dal singolo appare, invece, sempre più necessario procedere verso un rimodellamento del potere di azione attivo a garanzia dell'individuo oggi troppo spesso facilmente riconosciuto agli operatori dell'ecosistema digitale, il cui ruolo di *gatekeeper* potrebbe, invece, essere meglio sfruttato come «avamposto» della tutela affidando ad essi un preciso ruolo di «intercettazione» e sospensione tempestiva dei contenuti restituendo la decisione finale al legittimo agire dei pubblici poteri.

Questo consentirebbe di riportare l'attività di bilanciamento tra diritti confliggenti nella sua sede naturale e primigenia che insiste nella dimensione pubblica e di scongiurare il delinearsi di uno scenario caratterizzato dalla presenza di centri di potere privati in grado «di scegliere i valori di riferimento e di cesellare le fattispecie cui si collega la possibilità di limitare le libertà» (Betz, 2021)⁴⁸ arrivando, in caso di positiva conferma da parte della Corte di Giustizia, perfino a definire i confini stessi della verità, con il rischio non solo di alterare irrimediabilmente le fila della narrazione delle vicende che caratterizzano la società, ma anche di determinare una significativa lesione del valore fondamentale della dignità dell'individuo, finendo col provocare una inaccettabile sofisticazione della proiezione della sua identità a seguito di una errata o capziosa valutazione della veridicità delle informazioni diffuse.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALLEGRI, M. (2022). Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità. *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 2.

⁴⁸ BETZ (2021), 181.

- ALPA, G. (a cura di) (1983). *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli; Crippa, L. (1997). Il diritto all'oblio: alla ricerca di un'autonoma definizione. *Giust. civ.*, VII-VIII.
- AULETTA, T. A. (1983). Diritto alla riservatezza e «droit à l'oubli». In Alpa, G. (a cura di) (1983). *L'informazione e i diritti della persona*. Napoli: Editoriale scientifica
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2021). «Good Bye Lenin!» La cuestión de la verdad en la transición constitucional alemana y su proyección sobre el proceso de integración europea. *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, n.2.
- BETZU, M. (2021). Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale. *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2.
- DE MINICO, G. (2016). Towards an Internet Bill of Rights. *Loyola of Los Angeles International Comparative Law Review*, n. 1.
- DE STREEL, A.; Larouche, P. (2021). The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions. *SSRN Electronic Journal*, n. 2.
- DOGLIANI, M. (2008). Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto. *Diritto pubblico*, n. 3.
- FACCHI A. (2017). La verità come interesse collettivo. *Biblioteca della libertà*, LII, n. 218. Centro Einaudi. Torino.
- FINOCCHIARO, G. (2010). Identità personale (diritto alla). *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civ., Agg. UTET. Torino.
- (2014). Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità. *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*.
- FINOCCHIARO, G.; POLLICINO, O. (11 aprile 2022). Deindicizzazione, nuovi oneri in capo ai motori di ricerca. *IlSole24ore*. Deindicizzazione, nuovi oneri in capo ai motori di ricerca – Il Sole 24 ORE
- FLORIDI, L. (2014). *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*. Springer International Publishing.
- GABRIELLI, E. (1997). *Il diritto all'oblio – Atti del Convegno di Studi del 17 maggio 1997*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- LAGHEZZA, P. (1998). Il diritto all'oblio esiste (e si vede), nota a Cass., sez. III, 09 aprile 1998, n. 3679. *Foro.it*.
- LOIODICE, A. (1969). CONTRIBUTO allo studio sulla libertà d'informazione. Jovene. Napoli.
- LYON-CAEN (1966). Nota Tribunal de Grande Instance de la Seine, 3e Ch., 4 ottobre 1965. *JCP*. II.
- NAPOLITANO, G. (1996). Il diritto all'oblio esiste (ma non si dice). *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*.
- MAYER-SCHONBERGER, V. (2009). *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. University Press. Princeton.
- MESSINA, D. (2009). Le prospettive del diritto all'oblio nella società dell'informazione e della comunicazione. *Informatica e diritto*, n. 1.

- MEZZANOTTE, M. (2009). *Il diritto all'oblio – un contributo allo studio della privacy storica*. Editoriale scientifica. Napoli.
- MONTI, M. (2019). Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale. *Rivista italiana di informatica e di diritto*, fasc. 1.
- MORELLI, M. R. (2013). Oblio (diritto all'). *Enc. Dir., Aggiornamento*, VI.
- PACE A.; MANETTI M. (2006). Rapporti civili. Art. 21, La libertà di manifestazione del proprio pensiero. In *Commentario della Costituzione*. Zanichelli. Bologna – Roma.
- PAPA, A. (2020). La problematica tutela del diritto all'autodeterminazione informativa nella big data society. *Consultaonline. Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*.
- PASQUALE, F. (2015). *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Harvard University Press. <http://www.jstor.org/stable/j.ctt13x0hch>
- PINO, G. (2005). L'identità personale. In AA. VV. *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, II, Torino.
- PIZZETTI, F. (2013). *Il caso del diritto all'oblio*. Torino: Giappichelli;
- RESCIGNO, P. (1990). Personalità (diritti della). *Enciclopedia Giuridica*, XXIII, Roma.
- RESTA, G., ZENO-ZENCOVICH, V. (2015). *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*. Roma.
- RODOTÀ S. (2015), *Il diritto di avere diritti*. Laterza. Roma-Bari.
- SILVESTRI, G. (2018). L'individuazione dei diritti della persona. *Diritto Penale Contemporaneo*.
- SIMONCINI, A. (2019). L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* (1).
- STANZIONE, P. (2022) *I «poteri privati» delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*. Giappichelli. Torino. 5.
- TAMPIERI M. (2019). L'identità personale: il nostro documento esistenziale. *Europa e diritto privato*, 4.
- ZAGREBELSKY, G. (2008). *Contro l'etica della verità*. Bari: Laterza; Rodotà S. (2015), *Il diritto di avere diritti*. Laterza. Roma-Bari.
- ZUDDAS, P. (2020). Brevi note sulla trasparenza algoritmica. *Amministrazione in cammino*.

LA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO *ONLINE* TRA CONTROLLO PUBBLICO E POTERI PRIVATI. LA CENSURA OPERATA DA FACEBOOK SULLE *FAKE NEWS*

ANGELICA GEROSA¹
Università Statale di Milano

SOMMARIO: 1. *Introduzione.*—2. *La qualificazione e la tutela costituzionale delle notizie false.*—3. *La salute e l'ordine pubblico come limiti impliciti alla libertà di manifestazione del pensiero.*—4. *La natura delle linee guida della community e i poteri di cognizione del giudice sull'equilibrio contrattuale.*—5. *Conclusioni: il superamento della tesi del marketplace of ideas.*

1. INTRODUZIONE

Prima della pandemia da Covid-19, all'art. 21 degli Standard della Community di Facebook² si affermava esplicitamente che, benché la riduzione della circolazione delle notizie false sui *social network* fosse una gravosa ed importante responsabilità, la presa di coscienza della complessità della distinzione tra *fake news*, satira e opinioni e della fondamentale importanza della libertà di espressione aveva indotto il *provider* alla decisione di non rimuovere

¹ Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale, Università Statale di Milano, email: angelica.gerosa@unimi.it. Si segnala che il presente lavoro è stato redatto nel gennaio 2023.

² Gli Standard della Community di Facebook si trovano al link: <https://transparency.fb.com/it-it/policies/community-standards/?source=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2Fcommunitystandards%2F> (ultima consultazione 11 gennaio 2023). Il *social network* non dà conto delle modifiche intervenute nel corso del tempo sugli Standard e, dunque, la vecchia formulazione non è più consultabile.

le notizie ritenute false. Tuttavia, nonostante tale consapevolezza, dal dicembre 2020 gli Standard della Community sono stati aggiornati e Facebook ha iniziato ad eliminare le notizie scorrette riguardanti il COVID-19 e i vaccini, con la possibilità di rimuovere del tutto anche gruppi, pagine e *account* che ripetutamente condividono *fake news*³.

Tale aggiornamento avrebbe dovuto, nelle dichiarate intenzioni del *provider*, essere soltanto temporaneo, ma, consultando oggi (gennaio 2023) le linee guida, si può constatare che la modifica è stata resa definitiva ed il potere dell'*internet service provider* (nel prosieguo anche ISP) è stato addirittura ampliato: Facebook può eliminare i casi di disinformazione in grado di contribuire al rischio di violenza fisica, quelli dannosi per la salute (in particolare, inerenti ai vaccini) nonché le c.d. interferenze elettorali e i contenuti multimediali modificati⁴.

L'originario timore di un'illecita compressione della libertà di manifestazione sembra, quindi, oggi superato dal *social network*, che, in nome della tutela della salute, della repressione della violenza e «dell'integrità dei processi elettorali e censuari»⁵, si fa portatore di istanze di certezza e di veridicità delle informazioni circolanti in rete.

Il presente lavoro mira ad approfondire la tematica dei poteri di rimozione di Facebook, e, in generale degli *internet service provider*, delle notizie false (o considerate tali) e, a tal fine, la ricerca dovrà articolarsi in una serie di domande.

Il primo quesito cui si dovrà rispondere è se le manifestazioni di pensiero prive di fondamento scientifico godano o meno di tutela costituzionale e, in secondo luogo, ci si domanderà quali sono le possibili e legittime restrizioni della libertà di manifestare notizie false ma credute vere. Seguirà una terza fase della ricerca, in cui si cercherà di comprendere se anche gli ISP siano legittimati limitare la libertà di cui all'art. 21 Costituzione oppure se la decisione di Facebook di eliminare le notizie ritenute false costituisca una incostituzionale forma di censura privata. A tal proposito assumerà particolare rilevanza lo

³ La problematica delle *fake news* coinvolge non soltanto la pandemia e l'efficacia dei vaccini, ma anche molti altri ambiti. Solo per citarne uno, di particolare rilevanza nell'epoca attuale, le notizie false sono una vera e propria «piaga sociale» in materia di cambiamento climatico. Per un approfondimento, in chiave non solo giuridica, del tema si rinvia a DE ROSA, REDA (2021).

⁴ Nella stessa direzione si sta muovendo anche Instagram, nelle cui linee guida è ribadito che l'obiettivo è creare una *community* eterogenea e che la necessità di creare un «luogo sicuro» si è fatta ancora più forte a seguito della diffusione delle disinformazioni sul Coronavirus. Diversamente da Facebook, però, Instagram si «limita» (si usa questo termine non in senso dispregiativo, ma soltanto al fine di sottolineare il diverso approccio dei due *social network*) a segnalare la falsità della notizia «in modo che le persone possano decidere cosa leggere, cosa considerare attendibile e cosa condividere» ed a rendere più difficile il reperimento di notizie ritenute false, senza però eliminarle.

⁵ <https://transparency.fb.com/it-it/policies/community-standards/misinformation/> (ultima consultazione 11 gennaio 2023).

studio della natura giuridica degli Standard della Community di Facebook nonché della qualificazione dei poteri del *social network*.

2. LA QUALIFICAZIONE E LA TUTELA COSTITUZIONALE DELLE NOTIZIE FALSE

Come anticipato, il primo quesito da affrontare è se manifestazioni di pensiero false, cioè prive di fondamento scientifico, godano o meno di tutela costituzionale.

A tal proposito, la dottrina (Perrone, 2018) distingue tra il profilo oggettivo della notizia (cioè la veridicità o non veridicità in sé della notizia) e quello soggettivo (cioè la convinzione dell'autore che crea o diffonde la notizia circa la sua fondatezza), individuando così due categorie di *fake news*.

Anzitutto vi sono le c.d. *pure fake news*, cioè quelle notizie oggettivamente e soggettivamente false: un soggetto consapevolmente diffonde una notizia falsa. È pacifico che queste notizie non ricadano sotto la tutela dell'art. 21 Costituzione, ma si registrano, in dottrina, differenti argomentazioni a sostegno di tale conclusione.

La tesi più risalente, e – secondo il parere di chi scrive – più convincente, fa leva sulla lettera dell'art. 21 Costituzione, ai sensi del quale, com'è noto, «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione». La circostanza che il pensiero protetto debba essere «proprio», cioè appartenente a colui che lo esprime, consentirebbe di escludere le *pure fake news* dall'ambito di operatività della garanzia costituzionale: se l'autore di una notizia è consapevole della sua falsità, essa non rappresenta realmente un «proprio» pensiero, giacché non riflette le sue interiori convinzioni⁶.

La conclusione cui si giunge guardando al dato letterale è confortata anche da una riflessione sulla *ratio* della tutela, cioè assicurare al singolo di poter esprimere all'esterno le sue idee e di fornire il suo contributo al dibattito su uno specifico argomento, senza incontrare impedimenti e censure. È evidente che tale interesse viene meno se l'individuo esprime un pensiero che egli sa non essere genuino e, pertanto, non v'è alcuna ragione per assicurare a quest'ultimo protezione costituzionale.

⁶ Così ESPOSITO (1958) secondo cui «Poiché è riconosciuto il diritto a manifestare il proprio pensiero restano escluse dalla garanzia (ma non però direttamente vietate) le manifestazioni che non rispondano alle interiori persuasioni o all'interiore pensiero, le affermazioni o le negazioni che non corrispondano alle effettive convinzioni e valutazioni...».

Altra tesi prende le mosse dal c.d. «diritto a essere informati» (Bari-le, 1974) che, secondo ormai pacifica dottrina e giurisprudenza, pur non essendo espressamente previsto, ha fondamento costituzionale ai nell'art. 117 comma 1 Costituzione, essendo esso previsto dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nonché dal secondo comma dell'art. 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Dall'esistenza di tale diritto si fa discendere un interesse costituzionalmente protetto dall'art. 21 Costituzione a che le informazioni circolanti siano veritiere e, in conseguenza, la possibilità di intervenire per la rimozione di quelle infondate, che minerebbero il diritto alla corretta informazione (Pollicino, 2017). Se esiste un diritto dei consociati ad essere informati – si afferma – da esso deriva un interesse, costituzionalmente protetto, sempre ai sensi dell'art. 21 Costituzione, a che le informazioni che circolano siano trasparenti e veritiere e il conseguente potere di intervenire su quelle notizie che non presentano tali requisiti e che dunque non godrebbero della tutela costituzionale.

Questa seconda ricostruzione è molto criticata (Perrone, 2018) nella parte in cui configura un dovere di previa verifica della fondatezza delle informazioni immesse in circolazione in capo a tutti i consociati, che creerebbe un'insostenibile limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, priva, peraltro, di qualsivoglia appiglio normativo. Inoltre, l'impostazione che fa leva sull'aspetto passivo del «diritto di informazione» sembra porre eccessivamente l'accento sulla componente pubblicistica della libertà di manifestazione del pensiero (pur senza dubbio presente), cioè l'interesse della collettività a ricevere informazioni, a scapito dell'interesse del singolo a manifestare le proprie opinioni, quali esse siano. Si sottolinea, in altre parole, l'aspetto funzionale della libertà tutelata dall'art. 21 Costituzione (Chiola, 1990), rimanendo invece in ombra quello individuale, e ciò non pare realizzare un equo contemperamento degli interessi in gioco.

Sembra dunque preferibile la prima delle due opzioni ermeneutiche suggerite dalla dottrina, e quindi ritenere la consapevole falsità della notizia un «limite logico» del pensiero protetto dalla Costituzione.

Se è vero che la diffusione di notizie consapevolmente false non è tutelata dall'art. 21 Costituzione, ciò non significa che essa sia automaticamente illegittima. Anzi, essa è illegittima soltanto quando lede altri beni costituzionalmente rilevanti (ad esempio l'onore, la pubblica fede, la sicurezza pubblica) e, in questi casi, è prevista, tra le altre risposte dell'ordinamento (quali, ad esempio, l'obbligo al risarcimento del danno e l'obbligo di rettifica) una san-

zione penale per la pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico (art. 656 c.p.)⁷.

La seconda tipologia è quella delle *purely fake news*, cioè di notizie false, ma credute vere da coloro che le diffondono. All'interno di tale categoria si possono collocare le *fake news* strettamente intese: un soggetto, leggendo informazioni sul *web* senza verificarne la fonte, si convince di un'informazione in realtà infondata e la condivide con la propria cerchia di «amici» virtuali.

Le *purely fake news*, diversamente dalle notizie oggettivamente e soggettivamente false, ricadono sicuramente sotto la tutela dell'art. 21 Costituzione. Esse, infatti, rappresentano la convinzione, giusta o sbagliata che sia, di un soggetto ed è un principio fondante di uno Stato pluralista che la libertà di manifestazione del pensiero debba essere tutelata anche sotto un profilo individuale: «l'art. 21 tutela anche opinioni odiose o stupide, lasciando che esse siano sanzionate dal discredito dei consociati (...) Non è compito (dello Stato) rilasciare patentini di stupidità, ma solo far cessare eventuali turbamenti della sicurezza pubblica» (Olivetti, 2020).

Tale definizione mette ben in evidenza due fondamentali aspetti che dovranno essere approfonditi nel prosieguo del lavoro. Anzitutto, il fatto che anche le idee ritenute stupide o infondate dai più meritano di circolare in uno Stato democratico-pluralista. *In secundis*, segnala l'esistenza di un possibile limite alla diffusione di tali informazioni.

3. LA SALUTE E L'ORDINE PUBBLICO COME LIMITI IMPLICITI ALLA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO

Si è visto che le *purely fake news* sono costituzionalmente garantite, ma suscettibili di limitazioni. Occorre, a questo punto, indagare quali sono le ragioni che possono essere invocate a legittimazione della rimozione delle notizie infondate diffuse sui *social network*. Individuati, in generale, i possibili limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, ci si domanderà se essi possono essere azionati anche dagli *internet service provider* oppure soltanto dall'autorità pubblica.

L'unico limite alla libertà di manifestazione del pensiero espressamente previsto dalla Costituzione è quello del buon costume⁸. Si tratta di un con-

⁷ Sulla fattispecie di cui all'art. 656 c.p., si veda per tutti CHIAROTTI (1964).

⁸ Per una riflessione sull'attuale portata del limite del buon costume e sulle necessità di una sua riforma si veda OROFINO (2019).

cetto che presenta caratteristiche di indeterminatezza ed elasticità (Paladin, 1987) e la cui concreta definizione è stata soggetta a profonde oscillazioni nel corso del tempo, derivanti dai mutamenti della percezione comune di taluni comportamenti (Perrone, 2021). In passato, infatti, era prevalente – sia in dottrina che in giurisprudenza – la tesi c.d. penalistica che, attraverso una lettura restrittiva della nozione identificava il buon costume con la c.d. morale sessuale: si ritenevano, cioè, vietate le manifestazioni del pensiero lesive del «naturale riserbo o pudore» che circonda «le cose del sesso» e «l'intimità dei rapporti sessuali»⁹.

Successivamente, si sono affermate in dottrina due ulteriori tesi che hanno esteso la nozione oltre la materia della morale sessuale. Da un lato, parte degli interpreti (Mortati, 1962), similmente a quanto da sempre avviene nell'ampia esegesi civilistica del *buon costume*, ha identificato il concetto come la «coscienza etico-sociale del popolo», il «comune senso morale» o il «vivere civile». Dall'altro, l'orientamento «autonomistico» o «costituzionalistico» ha ritenuto doveroso ricavare il significato della clausola dalle norme della Carta fondamentale, senza mutuare lo stesso da altri rami dell'ordinamento. Pur con le dovute differenze¹⁰, i sostenitori di questa tesi giungono a identificare il buon costume con «tutto il patrimonio morale della nostra società, secondo la comune coscienza di essa e secondo l'enunciazione che, dei fondamentali valori etici di essa società, la stessa Costituzione ha fatto» (Perrone, 2021).

La Corte costituzionale, dal canto suo, pur non avendo mai fornito una definizione precisa del buon costume, sembra oggi aderire a quest'ultima impostazione: superata la tesi restrittiva dell'interpretazione penalistica, sin dalla sentenza n. 293/2000 afferma che occorre ricercare il significato della nozione tra i valori costituzionali, tra cui spicca la dignità umana: «Quello della dignità della persona umana è... valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo e deve dunque incidere sull'interpretazione di quella parte della disposizione in esame che evoca il comune sentimento della morale»¹¹.

La più recente lettura del buon costume sulla base dei valori costituzionali rende evidente che tale limite non può essere invocato per legittimare la «censura» delle notizie che, come indicato nelle linee guida della *community*, inneggiano alla violenza o che rappresentano un rischio per la salute, l'ordine

⁹ Corte cost. n. 9/1956, al par. 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Per la cui analisi si rinvia a PERRONE (2021).

¹¹ Sent. 293/2000, al par. 4 del *Considerato in diritto*.

pubblico o il libero esercizio dei diritti civili perché tali contenuti certamente non ledono (nemmeno in potenza) la dignità umana.

Oltre al buon costume, la giurisprudenza costituzionale ha da tempo riconosciuto l'esistenza di limiti impliciti¹² alla libertà di manifestazione del pensiero, purché – si precisa – essi siano previsti per legge e trovino fondamento in principi costituzionali. Facebook, nelle linee guida della *community*, si attribuisce il potere di eliminare le notizie false che creano un rischio di violenza fisica, quelle dannose per la salute (in particolare, inerenti ai vaccini) nonché le c.d. interferenze elettorali. Tali limiti possono essere ricondotti al tema della tutela della salute e dell'ordine pubblico.

1) La tutela della salute

Nel corso della pandemia è stato costantemente invocato, quale giustificazione delle molte limitazioni alle libertà costituzionalmente garantite, un generico diritto alla salute *ex art. 32* Costituzione. La norma costituzionale, tuttavia, secondo la migliore dottrina (Pezzini, 1983), prende in considerazione il concetto in tre diverse declinazioni (si parla di «figura giuridica complessa») e il richiamo alla «salute» senza ulteriori specificazioni rischia di portare a una sovrapposizione di tematiche estremamente diverse tra loro.

Anzitutto, l'art. 32 Costituzione richiama la nozione di salute pubblica (Santosuosso, 2001), cioè quel complesso sistema amministrativo di protezione della salute della collettività che gli Stati hanno costruito sulla base delle acquisizioni scientifiche in tema di diffusione delle malattie e concernente tutte quelle misure volte alla loro prevenzione. In particolare, l'esistenza di un interesse generale alla tutela della salute pubblica ha indotto la dottrina (Pezzini, 1983), a parlare di un dovere alla salute che, sulla base di un generale principio di solidarietà sociale *ex art. 2* Costituzione, impone a ciascun soggetto «di preservarsi nelle migliori condizioni di salute possibili *nell'interesse generale*» e di adottare comportamenti positivi (nei confronti della propria malattia) quando questa sia tale da mettere in gioco la salute degli altri consociati. La salute pubblica, cioè, rappresenta un limite alle libertà costituzionalmente garantite dei consociati (prima, tra tutte, della libertà di autodeterminazione),

¹² La dottrina ha però messo in evidenza che «la categoria (degli interessi costituzionalmente rilevanti) è potenzialmente illimitata, perché è agevole trovare, dietro una disposizione costituzionale, copertura di interessi che diventano costituzionalmente rilevanti perché la Costituzione li prende in considerazione (...). Occorre che si tratti di un bene giuridico concreto e non, dunque, di un'idea astratta, che può essere leso dalla libertà di manifestazione del pensiero» (OLIVETTI, 2020).

funzionale ad assicurare all'intera collettività «l'incolumità ... dell'ambiente in cui [l'uomo] vive ... in quanto *luogo* in cui agiscono le formazioni sociali nelle quali il singolo, considerato non più atomisticamente ma nella sua dimensione sociale, realizza la propria personalità» (Luciani, 1980).

Questa tradizionale accezione si contrappone alla nozione novecentesca di salute in termini di diritto soggettivo alle cure, di diritto sociale, cioè di pretesa positiva a una prestazione erogata dal servizio sanitario nazionale su base universalistica e in modo tendenzialmente gratuito¹³.

Infine, la Costituzione repubblicana del secondo dopoguerra ha messo in primo piano una nuova e rivoluzionaria declinazione della salute, che si distacca in modo sensibile dalle due appena esaminate: quella di diritto fondamentale¹⁴, declinato come libertà di autodeterminazione con riferimento alla piena disponibilità del proprio corpo da parte del malato¹⁵ (Rodotà, 2010).

Non vi è dubbio che le notizie false riguardo alla Covid 19, ai vaccini o, in generale, tutti quei commenti postati sui *social network* che mettono in dubbio l'efficacia della scienza medica, rappresentano un pericolo per la salute non come libertà né come diritto soggettivo, quanto piuttosto per la salute collettiva ed è pacifico che essa possa essere invocata quale limite alla libertà di manifestazione del pensiero nonché di altre libertà costituzionalmente garantite. È la stessa nozione di salute pubblica a sottendere, d'altra parte, l'esistenza di un apparato di «polizia sanitaria» che si occupi della salute dei cittadini, considerata come un elemento essenziale per la garanzia di un ordinato e proficuo sviluppo della società. Dunque, a ben vedere, la salute pubblica, lungi dall'essere una libertà, è piuttosto un interesse pubblico specificamente tutelato dal diritto sanitario che in *re ipsa* rappresenta una legittima causa di limitazione delle libertà individuali, peraltro anche molto penetrante (Iannello, 2021). La dimensione collettiva della salute svolge, pertanto, la sua tradizionale funzione di limite rispetto alle altre libertà costituzionali¹⁶.

¹³ Il contenuto del diritto sociale alla salute va oggi determinato con riferimento essenziale alla legge di riforma sanitaria, base per l'attuazione organica del principio costituzionale. Per un approfondimento si rinvia a PEZZINI (1983 e 2007), LUCIANI (1991) e BALDUZZI (2017) e, per una lettura attuale delle problematiche del servizio sanitario nazionale, a BALDUZZI (2020).

¹⁴ «Proprio e solo per un diritto sociale, appunto la salute, la Costituzione usa infatti l'espressione «diritto fondamentale», che non può dirsi certamente casuale. La natura di diritto fondamentale in senso proprio del diritto alla salute pare dunque non possa essere negata» (LUCIANI, 1980).

¹⁵ Dalla qualificazione del diritto alla salute come libertà ne derivano una serie di caratteristiche: l'indisponibilità, l'intrasmissibilità, l'imprescrittibilità, l'irrinunciabilità, per la cui trattazione si rinvia a PEZZINI (1983).

¹⁶ Per un'approfondita analisi dei possibili limiti alla salute intesa come libertà individuale si rinvia a IANNELLO, *Riflessioni* (2021) e a PERRONE, *Buon costume* (2015).

Si è dimostrato che il concetto di salute pubblica non avrebbe senso di esistere se non quale limite alle altre libertà costituzionalmente garantite e, pertanto, non vi è alcun dubbio che esso possa essere uno dei parametri in un giudizio di bilanciamento con la libertà di manifestazione del pensiero sulla quale può, se del caso, prevalere.

2) L'ordine pubblico

Pur nella consapevolezza della complessità dell'individuazione della definizione della nozione di ordine pubblico, giova in tal sede sottolineare che la Corte costituzionale, sin dal 1965, ha affermato che l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica sono «precetti e principi costituzionali» in grado di limitare la libertà di manifestazione del pensiero¹⁷. La giurisprudenza è stata però altalenante nell'individuare la concreta portata di questo concetto: si è passati da una interpretazione molto ampia, in cui si è ritenuto legittimo limitare la libertà di manifestazione del pensiero per tutelare la «tranquillità pubblica»¹⁸ o «il prestigio del governo e delle Forze armate»¹⁹, ad una linea interpretativa restrittiva ed autoritaria, in cui l'ordine pubblico è l'ordine istituzionale del regime vigente²⁰.

¹⁷ Sent. n. 9 del 1965, punto 3 del *Considerato in diritto*; nello stesso senso sentt. n. 25 del 1965, n. 18/1966, n. 11/1968 e n. 120/1968, Echi di tale pronuncia si possono ritrovare nella sent. n. 65 del 1970, in cui, insieme ai limiti derivanti da beni di rilievo costituzionale, si menziona «l'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema».

¹⁸ Cfr. sent. n. 120 del 1957, con cui si respinge la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 654 del c.p. affermando che: «è da escludere che con la enunciazione del diritto di libera manifestazione del pensiero la Costituzione abbia consentito attività le quali turbino la tranquillità pubblica (...). Le ipotesi in esso previste – grida e manifestazioni sediziose – (...) implicano sempre eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni e pericolo per l'ordine pubblico: come tali, restano al di fuori della nozione e della concreta estrinsecazione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, con lo scritto e con ogni altro mezzo di diffusione». Pronuncia che conferma quanto già enunciato nella sent. n. 1 del 1956, con la quale si esclude che «con la enunciazione del diritto di libera manifestazione del pensiero la Costituzione abbia consentito attività le quali turbino la tranquillità pubblica, ovvero abbia sottratta alla polizia di sicurezza la funzione di prevenzione dei reati».

¹⁹ Corte cost. n. 20 del 1974.

²⁰ La dottrina critica il valore super costituzionale assegnato dalla giurisprudenza alla nozione di ordine pubblico: «in alcune sentenze ha elevato il bene dell'ordine pubblico a «patrimonio dell'intera collettività» [Corte cost. n. 19 del 1962, punto 4 del *Considerato in diritto*], considerando, di conseguenza, l'ordine pubblico come un bene direttamente garantito dalla Costituzione e, quindi, capace di imporsi sulla libertà di manifestazione del pensiero. In questo modo, però, si arriverebbe nuovamente ad attribuire all'ordine pubblico un supervalore costituzionale, «ruolo» assolutamente nocivo per la salute di un ordinamento democratico. Il problema è che la Corte quando definisce l'ordine pubblico come un limite insuperabile dalla tutela delle libertà, in quanto bene ugualmente garantito dalla Costituzione, imposta la questione in modo equivoco, dal momento che mette a confronto «entità fra loro incommensurabili («diritti» e «beni», «limiti» e «beni»), senza accorgersi che il problema si pone correttamente solo in termini di ampiezza dei diritti costituzionalmente garantiti, e quindi di limiti ai diritti, limiti che non possono rica-

Posto che è pacifico che l'ordine pubblico possa costituire una legittima limitazione alla libertà di manifestazione del pensiero, occorre interrogarsi se le *fake news* diffuse sui *social network* possano avere una forza tale da mettere in pericolo l'ordine pubblico. La risposta a tale quesito, ovviamente, passa attraverso la problematica individuazione della portata della nozione: secondo chi scrive, la tesi che meglio si addice ai principi di un ordinamento democratico e pluralista è quella che interpreta in modo restrittivo il limite dato che, diversamente, qualsiasi affermazione non allineata al «comune sentire» potrebbe essere ritenuta pericolosa per la tranquillità pubblica e contraria all'ordine pubblico.

In particolare, nell'epoca attuale caratterizzata da una «narrazione collettiva del panico generalizzato» (Bracciale – Grisolia, 2020) e da un'entropia comunicativa in cui la diffusione di informazione avviene attraverso *breaking news* dai titoli d'effetto, qualsiasi notizia circolante sul *web*, vero o falsa che sia, velocemente diventa «profezia che si auto-adempie»: le informazioni sul virus e sui comportamenti più utili da tenere, indipendentemente dalla loro fondatezza, rappresentano una fonte di orientamento prediletta per quanti brancolano nell'incertezza alimentata dal sovraccarico informativo. La viralità delle *fake news* circolanti sul *web*, dunque, oggi più che mai, può rappresentare un problema per la tenuta dell'ordine sociale.

4. LA NATURA DELLE LINEE GUIDA DELLA *COMMUNITY* E I POTERI DI COGNIZIONE DEL GIUDICE SULL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE

Si è visto che le *purely fake news* sono espressione della libertà di manifestazione del pensiero, ma che quest'ultima può essere legittimamente limitata per la tutela della salute e dell'ordine pubblico. Ciò posto, occorre a questo punto domandarsi se tale giudizio di bilanciamento possa essere effettuato da Facebook oppure soltanto dall'autorità pubblica e, a tal fine, preliminarmente è l'indagine sulla natura giuridica delle linee guida della *community* e di Facebook in generale.

Non vi è alcun dubbio, in dottrina e giurisprudenza, che il regolamento del *social network* sia un contratto di diritto privato²¹. Prendendo le mosse da tale premessa, il tema della libertà di espressione sui *social network* è stato recentemente affrontato dal Tribunale di Chieti e dalla Corte di Appello

varsì da astratte entità, come «i beni garantiti dalla costituzione », ma da precise norme giuridiche costituzionali» (AMOROSI, 2020, che a sua volta cita BARILE, 1974).

²¹ Per l'approfondimento del tema si rinvia a Costo, 140.

de L'Aquila in due pronunce che si allineano quasi integralmente alle conclusioni sui limiti alla libertà di cui all'art. 21 Costituzione, cui si è giunti nel presente lavoro.

Con ordinanza pubblicata il 29/01/2020, il Tribunale di Chieti ha accolto il ricorso *ex art 702 bis c.p.c.* con il quale un utente del *social network* aveva chiesto la condanna di *Facebook Ireland ltd* al risarcimento di € 15.000,00 a titolo di danno contrattuale non patrimoniale per la violazione e l'erronea applicazione degli standard della *community* previsti dal *social network*, così ledendo i suoi diritti costituzionalmente garantiti di espressione e di manifestazione del pensiero. L'utente, in particolare, affermava che tra il 2018 e il 2019 erano stati rimossi contenuti da lui postati perché considerati non rispettosi degli standard della *community* con conseguente sospensione dell'utilizzo dell'account; i *post* in questione erano, in particolare, una fotografia ritraente il dittatore Benito Mussolini nel giorno del compleanno, accompagnata da una didascalia, un'immagine della bandiera della Repubblica Sociale Italiana, una fotografia che riproduceva il Monte Giano, sul quale, nel 1939, era stata riprodotta la scritta «DUX» attraverso la potatura di una pineta, l'immagine di un pilota di guerra, corredata da una didascalia descrittiva della sua tragica morte e, infine, un'ulteriore immagine ritraente Benito Mussolini con annessa didascalia «W Mussolini».

L'utente aveva dunque denunciato l'illiceità della condotta della società convenuta sotto due profili: l'illegittima sospensione dell'account Facebook per oltre quattro mesi, in un arco temporale di quattordici mesi complessivi, in violazione del diritto costituzionalmente garantito della libertà d'espressione; violazione dell'art. 617 *sexies c.p.* (falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche) poiché la società convenuta avrebbe creato un pregiudizio, interrompendo le sue comunicazioni con altri utenti con la illegittima sospensione dell'accesso al *social*, impedendo così le sue abituali relazioni sociali sulla piattaforma informatica.

Al di là delle specificità del caso concreto²², ciò che rileva in questa sede evidenziare è che sia il Tribunale che la Corte di Appello hanno concordato

²² Il Tribunale adito ha accolto integralmente le domande dell'attore, condannando la società convenuta al pagamento di € 15.000,00 a titolo di risarcimento del danno contrattuale, oltre agli interessi legali dalla domanda al saldo e alla refusione, in favore di parte attrice, delle spese di lite. Per motivare la propria decisione, il giudice ha innanzitutto richiamato la XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, che vieta «la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista»; tale principio costituzionale ha trovato attuazione con la cd. legge Scelba del 1952, normativa in relazione alla quale si è formato un orientamento giurisprudenziale che afferma che, sulla base del combinato disposto tra la XII disposizione transitoria e finale e l'art. 21 della Costituzione, le condotte apologetiche, per essere conside-

sulla qualificazione contrattuale degli *Standard della community*: l'accordo concluso tra le parti è un contratto atipico, nel quale il gestore fornisce gratuitamente un servizio e l'utente si impegna a rispettare le condizioni del suo utilizzo, secondo il modello del contratto per adesione, essendo esso predisposto e imposto ai clienti dalla parte fornitrice del servizio.

Nell'ambito contrattuale l'utente accetta, tra le altre, anche la clausola relativa ai poteri del gestore del *social* di sanzionare determinati comportamenti considerati come violazioni delle Condizioni di utilizzo della piattaforma, da considerarsi validamente pattuita in quanto «posta a salvaguardia del sinallagma contrattuale, cioè dell'equilibrio tra la possibilità per l'utente di esprimersi e condividere contenuti ritenuti importanti e il pregiudizio che determinate modalità espressive o determinati contenuti possano arrecare alla sicurezza e al benessere altrui o all'integrità della stessa community». Dunque, la violazione del regolamento di Facebook «può ben [...] essere valutata alla stregua di un inadempimento contrattuale che, ove esistente, abilita la controparte a sospendere la propria prestazione, rimuovendo o bloccando i contenuti che violino tali disposizioni contrattuali».

Ciononostante, si prosegue, la disciplina del rapporto non può essere demandata al solo accordo fra le parti, quando una di esse detiene una posizione tale da imporre la propria volontà non solo nella definizione del contratto, ma anche nella fase successiva, e che è giustificato il ricorso al giudice per riequilibrare il bilanciamento degli interessi ed evitare gli abusi di diritto e di posizione della parte con un maggiore potere contrattuale e ciò al fine di precludere all'autonomia privata la limitazione, a carico di uno dei contraenti, dell'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti.

rate illecite, devono concretizzarsi in comportamenti fattivi di pericolo (quest'ultimo inteso come probabilità del verificarsi dell'evento dannoso) di ricostituzione del partito fascista (PEZZINI, 2011). Posto ciò, secondo il giudice adito le condotte poste in essere dall'attore, pur essendo senz'altro espressione di un pensiero di adesione all'ideologia fascista, rappresentano semplice espressione di convinzioni personali, senza concretizzarsi però in iniziative concretamente volte a supportare l'ideologia fascista nell'ottica di un'espansione del consenso tale da concretizzare il pericolo di una sua riaffermazione. Di conseguenza, le condotte oggetto di causa non potevano, secondo il Tribunale, concretare la violazione degli *standard*, come eccepito dalla società convenuta, rappresentando un mero esercizio del diritto costituzionale di libertà di manifestazione del pensiero. Sotto tale profilo, il giudice ha dunque ritenuto di accogliere la domanda dell'attore, affermando che, affinché possa essere posta a base di un giudizio di inadempimento contrattuale, senza tuttavia violare il diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero, la condotta dell'utente in questione avrebbe dovuto concretizzarsi, appunto, in iniziative concretamente volte a supportare ed elogiare l'ideologia fascista.

Con riferimento invece al commento rivolto ad un altro utente, il giudice ha ritenuto che questo non rappresentasse una violazione degli standard della comunità ma, tutt'al più, un pensiero espresso con un tono fortemente polemico.

In conclusione, dunque, se da un lato le parti, come in ogni rapporto di natura contrattuale, possono prevedere obblighi e divieti reciproci, dall'altro l'importanza dei valori in gioco e la consapevolezza della diversità di potere contrattuale tra l'utente e il *social network* rendono indispensabile il riconoscimento di un potere di intervento ampio del giudice, che deve poter conoscere anche dell'equilibrio degli interessi in gioco.

5. CONCLUSIONI: IL SUPERAMENTO DELLA TESI DEL *MARKETPLACE OF IDEAS*

Se l'avvento di Internet ha senz'altro prodotto un incremento della misura della libertà di espressione, allo stesso tempo è stato messo in discussione (Bassini, 2019) che a tale ampliamento meramente «quantitativo» corrisponda anche un maggior spazio di libertà sotto un profilo qualitativo. Come si è visto, nell'ecosistema digitale esistono prestatori di servizi che interpongono dinamiche di moderazione di contenuti fondate su proprie regole (incorporate nei termini e nelle condizioni d'uso) che si configurano in un rapporto privato (c.d. rapporto orizzontale) e che si contrappone alla tradizionale direttrice verticale tra Stato e cittadino, ove il primo definisce tramite la legge (e cioè qualificando alcune fattispecie come illecite) i limiti alla libertà del secondo (Balkin, 2018).

Si deve, dunque, oggi ritenere superata la tesi di matrice statunitense²³ del c.d. *market place of ideas*, secondo cui il *world wide web* deve essere totalmente immune da qualsiasi censura. Si tratta del famoso «mercato delle idee», cui sarebbe funzionale la protezione della libertà di espressione, nel senso che il divieto di repressione delle opinioni da parte dei poteri pubblici e privati sarebbe preordinato a garantire che queste ultime possano competere tra loro in uno scenario aperto assimilabile in qualche modo al mercato finanziario, ed entro il quale i vari operatori possano compiere le proprie scelte (di domanda e di offerta) con la medesima libertà. Come il mercato finanziario, del resto, il *marketplace of ideas* sarebbe destinato a trovare da sé il proprio equilibrio, ed ogni interferenza esterna nel meccanismo di «autoregolamentazione» è vista con sospetto.

²³ Trattasi di un filone dottrinale che si è sviluppato oltreoceano a partire dal noto caso *Marsh v. Alabama* del 1946, nel quale la Corte Suprema statui che, in determinate ipotesi, un soggetto privato – in quel caso si trattava di aziende private proprietarie delle c.d. *company towns* – sia tenuto a garantire le libertà sancite dal Primo Emendamento alla stregua di una qualunque istituzione pubblica. Per una puntuale ricostruzione storica della teoria si rinvia a PERRONE (2018), DE GREGORIO (2017), POLLICINO (2017).

Tale tesi è oggi anacronistica e lascia aperte molto problematiche: i poteri degli *internet service provider* esistono e sono sempre più penetranti e non appare soddisfacente liquidare la questione sostenendo che non possono esistere limitazioni alla libertà di espressione.

Così come il mercato finanziario non è più, per definizione, «libero», ma soggetto a frequenti interventi esterni e regolamentazioni, la stessa metafora del *marketplace of ideas* deve essere abbandonata a favore di un sistema che, più realisticamente, riconosca quei poteri che gli *internet service provider* già, di fatto, esercitano, e che li sottoponga a una più stringente regolamentazione (Perrone, 2017). La libertà di manifestazione del pensiero *online*, così come nella vita disconnessa, può e deve essere limitata a tutela di altri, preminenti, interessi quali la tutela della salute e dell'ordine pubblico, purché però sia sempre permesso il ricorso al giudice che abbia il potere di sindacare il bilanciamento degli interessi in gioco.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ANGELINI, F. (2007), *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Wolters Kluwer Italia, Padova.
- AMOROSI, M. C. (2020), *L'ordine pubblico e le tutele costituzionali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2020.
- BALDUZZI, R. (a cura di) (2017), *Diritto alla salute e servizi sanitari tra consolidamento e indebolimento*, Il Mulino, Bologna.
- (2020), *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale? (con un approfondimento su un ente poco conosciuto, l'INMP)*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020.
- BALKIN, J. M. (2018), *Free Speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, 118, 2011 ss.
- BASSINI, M. (2019), *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, Roma.
- BARILE, P. (1974), voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano.
- BRACCIALE, R. – GRISOLIA, F. (2020), *Information Disorder: acceleratori tecnologici e dinamiche sociali*, in *Federalismi*, 11/2020.
- CHIAROTTI, F. (1964), *Diffusione o pubblicazione di notizie false o tendenziose*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano.
- CHIOLA, C. (1990), *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Treccani, Roma.

- COSIO, R. (2017), *Facebook e Social. Natura del contratto tra utente e social*, in *Ricerche giuridiche – Edizioni Ca' Foscari*, vol. 6, n.1/2017.
- DE GREGORIO, G. (2017), *The marketplace of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online*, in *MediaLaws*, 1/2017.
- DE ROSA, R., REDA, V. (2021), *E-politics. Ecologia dei media e inquinamento informativo*, in *Comunicazione e politica*, 1/2021.
- ESPOSITO, C. (1958), *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano.
- IANNELLO, C. (2021), *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza Covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema parallelo di amministrazione extra ordinem*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2021.
- (2020), *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Editoriale scientifica, Napoli.
- LUCIANI, M. (1980), *Il diritto costituzionale alla salute*, *Dir. e soc.*, 4/1980.
- (1991), *Salute (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVII, Treccani, Roma.
- MORTATI, C. (1962), *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova.
- OLIVETTI, M. (2020), *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino.
- OROFINO, M. (2019), *Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, in *MediaLaws*, 2/2019.
- PALADIN, L. (1987), *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quaderni costituzionali*.
- PERRONE, R. (2015), *«Buon costume» e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- (2018), *Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema in tema di tutela costituzionale del falso*, in *Nomos*, 2/2018.
- (2021), *Buon costume (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII aggiornamento, Utet Giuridica, Milano.
- PEZZINI, B. (1983), *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1/1983.
- (2007), *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in Renato Balduzzi (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, Cedam, Padova.
- (2011), *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della costituzione repubblicana*, in M. D'Amico – B. Randazzo (a cura di) *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano.
- POLLICINO, O. (2017), *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in Giovanni Pitruzzella, Oreste Pollicino, Stefano Quintarelli (a cura di) (2017), *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano.

RODOTÀ, S. (2010), *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in Stefano Rodotà, Mariachiara Tallacchini (a cura di), *Ambito e Fonti del biodiritto*, in (diretto da) Stefano Rodotà, Paolo Zatti *Trattato di biodiritto*, Vol. I, Milano, 2010.

SANTOSUOSSO, A. (2001), *Corpo e libertà*, Raffaello Cortina Editore, Milano.

LA LUCHA CONTRA EL ACOSO Y EL CIBERACOSO ESCOLAR. APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS EN ESPAÑA, ITALIA Y FRANCIA

LUIS FERNANDO MARTÍNEZ QUEVEDO¹
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. *Introducción*–2. *Acoso y ciberacoso escolar: fenómenos habituales... ¿con implicación constitucional?* 2.1 La difícil conceptualización del acoso y el ciberacoso escolar. 2.2 El necesario análisis del acoso y el ciberacoso escolar desde la perspectiva del derecho a la educación.–3. *Medidas frente al bullying y cyberbullying en España, Francia e Italia.* 3.1 España. 3.2 Italia y Francia.–4. *Conclusiones.*–5. *Referencias bibliográficas.*

1. INTRODUCCIÓN

El periodo de escolarización supone para los educandos una de las etapas más importantes, tanto a nivel formativo como a nivel personal. La llegada a la escuela constituye para los menores un avance notable en su proceso de socialización, forjando las primeras amistades y entablando relaciones que desempeñan un papel protagonista en su preparación para lo que posteriormente será la vida adulta. En el centro educativo se crean lazos especiales, pero también, y sobre todo, vínculos entre iguales, sin más motivación que el hecho de compartir el espacio de aprendizaje, y con figuras que representan una cierta autoridad.

¹ Contratado Predoctoral-FPU del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

Este proceso de socialización gira en torno al ejercicio del derecho a la educación, reconocido en el art. 27 CE. Este precepto, que contiene en sí distintos derechos y libertades cuya titularidad corresponde a diferentes sujetos, se ha visto desarrollado por la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (en adelante, LODE) y por las distintas leyes educativas que desde finales del siglo xx se han ido sucediendo con el paso del tiempo, fruto del entendimiento constante de cada uno de los diversos gobiernos de que era necesario reformar el sistema educativo. El apartado 2 del art. 27 CE² requiere que el proceso educacional de los menores, las relaciones que se forjen en él y los vínculos y lazos a desarrollar, se sostengan ineludiblemente sobre valores como el respeto, la tolerancia y el pluralismo, entre otros, con el objetivo de que se produzca el pleno desarrollo de su personalidad sobre la base del conocimiento, de la asunción y del respeto a los principios democráticos.

El presente trabajo, en definitiva, partiendo de este contexto, pretende abordar el problema que representan el acoso y el ciberacoso escolar y un acercamiento a sus posibles implicaciones constitucionales, para a continuación analizar, en perspectiva comparada, algunas de las soluciones que para el mismo se están planteando en España, Italia y Francia, con el objetivo de, a través del análisis normativo, señalar los aspectos más interesantes de la lucha contra estos dos fenómenos, que, no olvidemos, se encuentran actualmente en expansión, pues tal y como arrojan todos los estudios manejados, los casos de acoso y ciberacoso escolar continúan creciendo a pesar de que desde los poderes públicos se les está tratando de poner freno.

2. ACOSO Y CIBERACOSO ESCOLAR: FENÓMENOS HABITUALES... ¿CON IMPLICACIÓN CONSTITUCIONAL?

2.1 La difícil conceptualización del acoso y el ciberacoso escolar

Tradicionalmente, se ha abordado el fenómeno del acoso escolar desde disciplinas como la pedagogía o la psicología, las cuales han centrado sus análisis en las causas que lo producen y las consecuencias para los actores en él implicados. No obstante, su andadura como materia digna de estudio no comienza hasta finales del siglo xx, dado que anteriormente no se les concedía apenas importancia a los actos que pueden constituir acoso. Así lo manifiesta

² «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

la Fiscalía General del Estado (FGE), al afirmar que «muchos de los hechos encuadrables en el acoso escolar han sido –siguen siéndolo aún– frecuentemente considerados parte integrante de la experiencia escolar, inherentes a la dinámica propia del patio del colegio, como una lección más de la escuela en la que como anticipo de la vida, el menor tiene que aprender a resistir, a defenderse, a hacerse respetar e incluso a devolver el golpe» (FGE, 2005).

Pero, una vez que se toma conciencia de su relevancia, como hemos dicho, son la pedagogía y la psicología las disciplinas que afrontan su estudio de un modo más decidido. De hecho, es Dan Olweus, psicólogo sueco-noruego, el considerado como pionero en la investigación sobre el acoso escolar, y a quien debemos la definición canónica de este fenómeno:

Fue el propio Olweus (1993) ³ quien definió el maltrato entre alumnos y alumnas cuando se produce en el contexto escolar como una «conducta de persecución física o psicológica que realiza el alumno o alumna contra otro, al que elige como víctima de repetidos ataques. Esta acción, negativa e intencionada, sitúa a las víctimas en posiciones de las que difícilmente pueden salir por sus propios medios. La continuidad de estas relaciones provoca en las víctimas efectos claramente negativos: disminución de su autoestima, estados de ansiedad e incluso cuadros depresivos, lo que hace difícil su integración en el medio escolar y el desarrollo normal de los aprendizajes» (Merino González, 2008, p. 3).

A pesar de que cada vez se le está prestando más atención, en España no tenemos una definición legal clara de qué se debe entender por acoso escolar, pues fruto de la distribución competencial encontramos varias diseminadas por todo nuestro ordenamiento jurídico. En Francia, por ejemplo, sí encontramos en el art. L111-6 del Código de Educación que ningún «alumno o estudiante podrá ser objeto de acoso por comentarios o comportamientos, cometidos dentro del centro educativo o fuera de la vida escolar o universitaria, que tengan por objeto o efecto atentar contra su dignidad, perjudicar su salud física o mental o degradar sus condiciones de aprendizaje. Estos actos pueden constituir el delito de acoso escolar previsto en el artículo 222-33-2-3 del Código Penal», precepto que aporta algunos elementos a tener en cuenta para la conceptualización del fenómeno.

En cuanto a sus notas definitorias, el acoso escolar, para ser considerado como tal, debe prolongarse en el tiempo, mediante agresiones físicas, vejaciones, insultos, amenazas, coacciones o aislamiento de la víctima, sucediendo habitualmente que los casos presenten varias de estas conductas simultáneamente. En estas circunstancias, si el menor-víctima no se enfrenta

³ OLWEUS, D. (1993), *Bullying at schools. What we know and we can do*, Oxford.

al agresor, se va produciendo una situación de desequilibrio perjudicial para ambos (que suele manifestarse mediante una relación jerárquica entre acosador/es y acosado) y para los compañeros testigos. Respecto a las consecuencias para la víctima, partiendo de las recogidas por Olweus en su definición (aunque se pueden enumerar otras distintas y más concretas), los datos son alarmantes: un 94% de los afectados sufre algún problema psicológico derivado de la situación de acoso; entre las consideradas graves, el 2,4% de los afectados presenta autolisis, un 4,6% ideas suicidas, y el 1,2% ha intentado suicidarse (Fundación ANAR, 2018, pp. 53 y ss.). Asimismo, a largo plazo pueden también desatarse ciertas consecuencias para el acosador, sobre el que la Fiscalía opina que, de no ser corregido con presteza y de un modo firme, además de verse reforzado por adquirir cierto protagonismo entre el resto de iguales, su «comportamiento agresivo puede convertirse en una forma habitual de actuar, haciendo de la dominación un estilo normalizado en sus relaciones interpersonales» (FGE, 2005).

El ciberacoso escolar, por su parte, es un fenómeno relativamente reciente, ya que su explosión ha dependido en buena medida de la universalización de los dispositivos de telefonía móvil con conexión a internet, que han posibilitado que las relaciones escolares dejen de producirse única y exclusivamente en el contexto espacio-temporal del centro educativo. Lo que anteriormente ocurría por las mañanas en el colegio o instituto, actualmente sigue ocurriendo a todas horas durante todos los días, con las peculiaridades que aporta, además, el contexto virtual. Los menores de hoy viven en internet, fortalecen sus relaciones a través de las redes sociales y, respecto al desarrollo de su personalidad, construyen una identidad virtual que, a menudo, tiene para ellos como mínimo la misma relevancia que la analógica. Podemos afirmar que el ciberacoso consiste en «acosar, intimidar o humillar a un compañero o compañera a través de las redes sociales, e-mail, chat o teléfono móvil de forma reiterada y prolongada en el tiempo» (Fundación ANAR, 2017, p. 17).

Tampoco contamos en España con una definición legal para el fenómeno del ciberacoso escolar, aunque sí encontramos una en Italia, bastante completa, sobre la que volveremos más tarde. En cuanto a sus notas características destacan las siguientes:

La existencia de una situación de acoso dilatada en el tiempo, descartándose acciones puntuales; se daría una situación de acoso que no cuenta con elementos de índole sexual; las víctimas y acosadores serían de edades similares y tendrían relación o contacto con el mundo físico; y finalmente, que el medio utilizado para llevar a cabo el acoso sería tecnológico, pudiendo tratarse de Internet o cualquiera de sus servicios asociados, como telefonía móvil, redes

sociales o plataformas de difusión de contenidos. En otros medios también se han destacado el uso de videoconsolas con conexión on line (Mendoza Calderón, 2013, p. 83).

Una vez mostrados los rasgos más importantes del acoso y del ciberacoso escolar, y antes de entrar a valorar sus posibles implicaciones constitucionales, es preciso señalar algunos aspectos que, a nuestro juicio, hacen de la materia un asunto complejo. En este sentido, debemos partir de la idea de que tanto acoso como ciberacoso escolar pueden resultar difíciles de diagnosticar en tanto que dependen de factores que impiden, en muchos casos, la viabilidad de realizar operaciones lógicas para calificar como tales una serie de acciones. Existen, desde nuestro punto de vista, dos características en ambas problemáticas que dificultan la categorización como acoso o ciberacoso de actos cometidos por un menor (o grupo de menores) contra otro: la exigencia de continuidad (explícitamente incluida en las definiciones) y las características propias de la personalidad de la potencial víctima (no incluida en las definiciones, pero que constituye un aspecto esencial para que podamos hablar de acoso).

Respecto a la exigencia de continuidad, es evidente que se trata de una nota característica resaltada específicamente por la doctrina. La dificultad, por tanto, no es a nivel teórico o conceptual, sino en la puesta en práctica, a partir fundamentalmente de dos motivos: en primer lugar, la operación de calificación de una serie de actos como acoso o ciberacoso escolar recae en el profesorado, en los equipos pedagógicos y en los equipos directivos de los centros docentes, operación que entraña la utilización habitual de instrumentos pertenecientes al ámbito jurídico, no al educativo; en segundo lugar, en los últimos años se ha pretendido por parte de los poderes públicos reconducir el alza de las estadísticas respecto a los casos de acoso y ciberacoso, pero principalmente a través de medidas de corte sancionatorio, llamando la atención el dato que sostiene que el periodo medio de duración del acoso es algo superior a un año, produciéndose actos lesivos diariamente (Fundación ANAR, 2018, p. 44). Es decir, nos encontramos ante situaciones que implican a *p*, en contextos en los que, al menos en teoría, deben estar bajo la supervisión de, como mínimo, un adulto (en el centro escolar, en el domicilio o en actividades extraescolares), que se dilatan durante más de un año y cuyas consecuencias para los menores involucrados son habituales y de cierta gravedad. No obstante, el segundo motivo para afirmar que la habitualidad constituye una dificultad para la conceptualización del acoso deriva del hecho de decidir cuánto tiempo es suficiente para considerar cumplido dicho requisito, puesto que parece evidente que tardar en resolver los casos una

media superior a un año es demasiado tiempo, del mismo modo que, paradójicamente, hasta que no existe una determinada frecuencia en los actos vejatorios, humillantes o de aislamiento, no se activan los protocolos anti-acoso.

Por otra parte, como hemos mencionado anteriormente, es necesario prestar especial atención al componente subjetivo que representa la propia personalidad de la víctima, incluso en conexión con la exigencia de continuidad. Es evidente que la personalidad de cada menor presenta rasgos propios, incluso exclusivos, circunstancia que debemos tener presente a lo largo de todo el análisis, en la idea de que es precisamente de los protagonistas de estos fenómenos de donde parte su complejidad. El acoso y el ciberacoso son problemas difíciles porque, entre otras razones, los propios menores son difíciles, no forman una categoría homogénea del mismo modo que los adultos no la formamos. ¿Cómo podemos establecer criterios concretos para conceptualizar el acoso o el ciberacoso escolar si esa concreción depende de quién esté envuelto en tal situación? Profundizando en este aspecto, la dificultad estriba, fundamentalmente, en la reacción frente a las situaciones injustas del menor-víctima. Habrá menores que se enfrenten, habrá otros que ignorarán los primeros ataques, pasotismo que quizás frene la evolución del caso quedando al final todo en nada y, por último, habrá algunos que no sepan o no puedan gestionar la situación, produciéndose la habitualidad exigida. Incluso, las consecuencias para las víctimas se desatarán en mayor o menor tiempo dependiendo de su capacidad de sufrimiento y pondrán los hechos en conocimiento de algún adulto de confianza antes o después en función también de la propia personalidad del menor (habilidades comunicativas, introversión o extroversión, etc.).

En definitiva, concluyendo lo dicho hasta ahora sobre estos aspectos, podremos, en algunos casos, categorizar una situación como acoso en un periodo de tiempo que va a depender de la actitud del acosado frente a ella, y en otros, con menores más reactivos, encontrar actos de igual entidad, o incluso aparentemente más graves, que no constituyan acoso. Obviamente, está lejos de nuestro ánimo querer culpabilizar en caso alguno a las víctimas, algo que no obsta para afirmar la complejidad específica que supone que los conceptos de acoso y ciberacoso giren en torno a la mera inclusión de los medios para conseguir el fin (vejaciones, humillaciones, insultos, etc.), puesto que la consecución de tal fin también depende de la personalidad de la víctima (independientemente de que los medios en sí mismos considerados constituyan actos reprochables sin que se les pueda calificar como acoso automáticamente y en todos los casos). Una idea similar es la que parece desprenderse, en el concepto propuesto por Olweus, al indicar que estos actos deben situar a las víctimas

en «posiciones de las que difícilmente puedan salir por sus propios medios». Desde nuestro punto de vista, esta delimitación clara de lo que es acoso o ciberacoso es pertinente si tenemos en cuenta las consecuencias que se pueden desprender no solo para las víctimas, sino también para el acosador, menor al que el sistema también debe proteger, tratando de buscar las causas que han propiciado este comportamiento con el objetivo de adoptar las medidas, incluidas aquellas de corte sancionatorio, que sean más adecuadas para el interés superior de todos los menores involucrados.

2.2 El necesario análisis del acoso y el ciberacoso escolar desde la perspectiva del derecho a la educación

Sentadas las bases para explicar uno de los principales retos para afrontar el acoso y el ciberacoso escolar, vamos a continuación a examinar por qué, desde nuestro punto de vista, se trata de dos problemas cuya relevancia es mayor de la que puede parecer en principio. Como sabemos (FGE, 2005), tradicionalmente se ha entendido que este tipo de problemas constituía una etapa más de la maduración, del aprendizaje y del crecimiento de los educandos. No obstante, durante al menos las últimas dos décadas se han ido alzando voces que ponían el énfasis en las graves consecuencias que se pueden desencadenar para los menores afectados, hecho que, además, se ha visto refrendado con la aparición de algunos ejemplos mediáticos en España y en Francia de menores que han terminado recurriendo al suicidio porque la situación les era ya insostenible. Obviamente, en estos casos donde la víctima se siente empujada a tomar este tipo de decisiones, no existe sombra alguna de duda acerca de la relevancia constitucional de los problemas, viéndose atacados directamente bienes constitucionalmente protegidos como la vida –sobre el que la propia FGE afirma que estos procesos deben afrontarse desde su calificación como inducción al suicidio (FGE, 2005)– o la integridad física y moral.

No obstante, estos hechos necesariamente visibilizados por su especial gravedad constituyen la punta de un iceberg, bajo la cual se esconden actos de magnitud sensiblemente menor, pero cuya habitualidad merma considerablemente las posibilidades de socialización de la víctima y su desarrollo personal, así como su rendimiento académico. No es este el contexto adecuado para analizar todas las posibles implicaciones constitucionales que pueden derivarse de una situación de acoso, de modo que baste decir que se ponen en cuestión

principios y valores personales y colectivos de indudable contenido constitucional, como son la dignidad y la libertad personales.

Así las cosas, dejando a un lado estos aspectos relativos a la vida, a la integridad moral o a la dignidad, que no por evidentes dejan de ser igualmente importantes, me propongo revisar brevemente por qué considero que una situación de acoso y/o ciberacoso escolar tiene también implicaciones constitucionales desde la perspectiva del derecho a la educación. En este sentido, no deja de llamar la atención que no se aborden estas cuestiones como una vulneración del art. 27 CE. Es cierto que, una vez que los casos trascienden el ámbito educativo para desembocar en el judicial, se acometen desde las ramas civil y administrativa (si se pretende el resarcimiento indemnizatorio de los centros privados o concertados en lo civil o de los centros públicos en lo contencioso-administrativo) o penal (cuando las conductas están tipificadas como delitos, tratándose de casos más graves). En este punto, debemos tener en cuenta que la indemnización por daños encuentra su sentido en la reparación y que, específicamente, la tutela penal cuenta con la tipificación como delitos de actos que atenten contra la dignidad, el honor, la integridad física y la integridad moral. Pero en ninguno de ambos casos existe una protección específica del derecho a la educación, que, desde nuestro punto de vista, también se encuentra particularmente vulnerado en estas situaciones, a pesar de que, según se observa en la jurisprudencia, no parece que las víctimas lo hayan planteado desde esta perspectiva, al menos por el momento.

Como ya mencionamos antes, el objeto de la educación, recogido en el art. 27.2 CE, es «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». El art. 2 LODE amplía estos fines, destacando en el apartado a) el «pleno desarrollo de la personalidad del alumno» y en el b) la «formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia». Por su parte, la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), recoge tras su última modificación por la LO 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE), en el art. 1 los principios que inspiran nuestro sistema educativo, entre los que destacan el cumplimiento efectivo de la CDN [art. 1 a)], la igualdad de oportunidades para el pleno desarrollo de la personalidad [art. 1 b)], «la transmisión de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación» [art. 1 c)], la educa-

ción para la convivencia, el respeto y la resolución de conflictos [art. 1 k)], el respeto a la diversidad afectivo-sexual [art. 1 l)], entre otros; por su parte, en el art. 2 encontramos los fines que orientan la actividad educativa, entre los que destacamos «el pleno desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos» [art. 2 a)], la «educación en el respeto a los derechos y libertades fundamentales (...) y en la igualdad de trato y no discriminación de las personas por razón de nacimiento, origen racial o étnico, religión, convicción, edad, de discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia» [art. 2 b)], la «educación en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, así como en la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos» [art. 2 c)] o la «formación para la paz, el respeto a los derechos humanos, la vida en común, la cohesión social, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos (...)» [art. 2 e)].

Como podemos observar, son múltiples las alusiones a la esfera de los valores que encarna la ciudadanía democrática, del respeto a los derechos y libertades fundamentales y de la asunción de los principios del Estado de Derecho. En nuestra opinión, debemos entender que en aquellos alumnos que cometen actos de acoso, mediante los cuales se veja, humilla o atenta contra la dignidad de un compañero, se está produciendo un fracaso manifiesto del sistema educativo al que es preciso poner solución. En aquellos alumnos en los que los fines educativos constitucionales no se están alcanzando, el propio Estado (o las instituciones privadas en caso de que la titularidad del centro educativo no sea pública) debe contar con los mecanismos necesarios para reconducir una situación que podría ser aún más negativa tanto a nivel personal, respecto al acosador, como colectivo, respecto a la sociedad en general. No es, en este caso, una vulneración del derecho a la educación propiamente dicha del acosador, pero sí es cierto que el Estado debe utilizar los recursos con que cuente para tratar de resolver una situación conflictiva que, no olvidemos, también atenta contra el interés superior del menor acosador, máxime si tenemos en cuenta que en gran parte de los casos el menor que acosa lo hace empujado por situaciones y vivencias personales también de carácter injusto, destacando entre los motivos problemas en su propia familia o haber sido víctima de acoso previamente.

Si la idea anterior puede suscitar debate en ciertos aspectos, no hay posibilidad alguna de controversia cuando nos centramos en la víctima. Ya no se trata de que un menor no asuma los valores democráticos propios de nuestra sociedad actual, sea por las razones que sea, sino que nos encontramos ante un menor al que se le está perjudicando, no permitiéndole el ejercicio pacífico de

su derecho a la educación (entre otros), por una injerencia externa. Ya hemos mencionado que una de las consecuencias más habituales en las primeras etapas del acoso o ciberacoso escolar es el descenso en el rendimiento académico, hecho que constituye uno de los síntomas iniciales de otras consecuencias más graves como la pérdida de concentración, de motivación o el aislamiento social en el centro educativo.

Más allá del aspecto relativo al rendimiento, se produce una vulneración clara del derecho a la educación en cuanto al aprovechamiento formativo general del sistema educativo. De hecho, además, si revisamos doctrina y jurisprudencia, existe un ataque a su calidad, calidad que forma parte del propio contenido esencial del derecho a la educación (STC 5/1981, de 13 de febrero). La calidad está incluida como uno de los derechos de los padres, madres o tutores en relación a la educación de sus hijos en la LODE [art. 4 a)] y constituye uno de los principios informadores más relevantes del sistema educativo [art. 1 a bis) LOE]. Somos conscientes de que definir qué es la calidad puede resultar complejo; no obstante, parece claro entender que el derecho recogido en el art. 27.1 CE, al que se le añaden los requisitos establecidos en el art. 27.2 CE, no se puede considerar ejercido únicamente con la posibilidad de acceso al sistema educativo, sino que implica que ese acceso y permanencia en el mismo se produzcan con garantías de éxito en cuanto a su finalización. En este sentido, así lo entiende Fernández Miranda:

Resultaría inadmisibles entender que el derecho a la educación (...) tiene una mera dimensión formal, de suerte que se agotaría con el simple ingreso y permanencia en un centro educativo, sin referencia alguna al contenido material de la prestación de los poderes públicos. (...) podría llegar a determinarse una violación constitucional deducida de los contenidos mínimos de calidad y eficiencia enjuiciados desde las posibilidades reales del servicio público de España. De otro modo, el contenido sustancial que debe desprenderse del propio reconocimiento del derecho a la educación quedaría vaciado de contenido (Fernández Miranda, 1988, p. 43).

Por su parte, Cotino Hueso considera que «la calidad de la educación queda vinculada al logro de los objetivos de la educación muy vinculados al pleno desarrollo de la personalidad y a los derechos humanos» (Cotino Hueso, 2012, p. 215), idea que, además, es también aplicable a la situación experimentada por el menor acosado. Concluye este autor con que «una deficiente calidad de la educación y sus efectos en la práctica fácilmente supondrán una lesión efectiva del derecho a la educación que pudiera ser fiscalizada jurídicamente en cada caso concreto» (Cotino Hueso, 2012, p. 220), afirmación con la

que estamos plenamente de acuerdo pero que, como comentamos anteriormente, no parece tener reflejo en la jurisprudencia.

En conclusión, no podemos dejar de resaltar las relevantes implicaciones constitucionales que se derivan de los casos de acoso y ciberacoso escolar. Se trata de dos fenómenos en los que están envueltos menores, colectivo necesitado de especial protección, que a menudo encuentran como objeto de la discriminación, de las vejaciones, de los insultos o de las humillaciones aspectos concernientes a la condición o identidad sexual, la situación social y económica, la raza o a la discapacidad (atentando, por tanto, también contra el art. 14 CE), y, en todo caso, contra la dignidad, la integridad física o la integridad moral. Hasta este punto, es cierto que normalmente los casos se resuelven en el ámbito educativo (en el centro o con la intervención de la inspección educativa), pero hay que destacar que cuando se llega al judicial, la jurisprudencia muestra que se realiza a través de los órdenes civil, administrativo o penal. No deja de resultar paradójico que no se enfoquen estos asuntos desde la perspectiva de la vulneración del derecho a la educación, derecho fundamental que podría suponer una apertura de miras a nivel jurisprudencial bastante interesante.

3. MEDIDAS FRENTE AL *BULLYING* Y *CYBERBULLYING* EN ESPAÑA, FRANCIA E ITALIA

3.1 España

A finales del siglo xx, el acoso escolar comenzó a suscitar el interés de psicólogos y pedagogos, en el entendimiento de que la evolución de la educación, fundamentalmente a partir de su universalización, requería colocar al alumnado en el centro del proceso educativo. Fruto de este cambio, en España, llegó la primera gran reforma del sistema educativo, la cual trataba de recoger estos nuevos aires que soplaban en Europa. No obstante, deberemos de esperar hasta principios del siglo xxi para encontrar los primeros estudios sobre la materia, también fundamentalmente en los terrenos de la pedagogía y la psicología.

En la última década, por otra parte, se observa una especial preocupación por el acoso escolar (y ya también por el ciberacoso), no solo en aquellas disciplinas, sino también en el Derecho y en los poderes públicos. En lo que a nosotros respecta, la doctrina se ha centrado especialmente en lo relativo a la reparación del daño, al resarcimiento indemnizatorio, principalmente desde la

perspectiva civilista. También se han producido acercamientos desde la doctrina penal, junto con otros fenómenos como el *grooming*, el *stalking* o el *sexting*, a partir del estudio de dos denominadores comunes de estos delitos con el ciberacoso: su comisión a través de medios tecnológicos y la implicación de menores.

En el ámbito educativo, fruto de la distribución competencial, debemos analizar esta cuestión a través de la labor realizada fundamentalmente por las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las campañas que se puedan ir lanzando desde el Ministerio de Educación. No obstante, el objetivo del presente trabajo, por razones obvias, es realizar un breve análisis normativo comparado, de modo que no podemos examinar distintas iniciativas, no normativas, llevadas a cabo tanto desde el ámbito público como desde el privado. Así las cosas, podemos situar el 2016 como el año a partir del cual distintas Comunidades Autónomas, como Andalucía o Madrid, empiezan a prestar atención, desde el punto de vista normativo, a los fenómenos del acoso y del ciberacoso escolar.

En Andalucía, por ejemplo, se dictan las Instrucciones de 11 de enero de 2017 de la Dirección General de Participación y Equidad en relación con las actuaciones específicas a adoptar por los centros educativos en aplicación del protocolo de actuación en supuestos de acoso escolar ante situaciones de ciberacoso. Se trata de un documento de 12 páginas en el que se pretende fijar el modo de reaccionar ante situaciones que impliquen un acoso a un menor a través de algún medio tecnológico, distinguiendo si los actos de agresión son realizados por un mayor o un menor de edad. En este segundo caso, se considera necesario llevar a cabo una serie de pasos: 1. Identificación y comunicación de la situación. 2. Actuaciones inmediatas ante una situación de ciberacoso. 3. Medidas de urgencia. 4. Traslado a las familias o responsables legales del alumnado. 5. Traslado al resto de profesionales que atienden al alumno o alumna acosado. 6. Recogida de información de distintas fuentes. (a. Entrevista con el alumno o la alumna que ha sufrido el acoso. b. Entrevista con el alumno, la alumna o el alumnado agresor. c. Entrevista con las familias de los alumnas o alumnos implicados. d. Entrevistas con los compañeros o compañeras conocedores de la situación de ciberacoso. e. Informe a elaborar por la dirección del centro.). 7. Aplicación de correcciones y medidas disciplinarias. 8. Comunicación a la comisión de convivencia. 9. Comunicación a la inspección educativa. 10. Medidas y actuaciones a definir. 11. Comunicación a las familias o responsables legales del alumnado. 12. Seguimiento del plan de actuación.

Este protocolo encuentra desarrollados cada uno de sus pasos, a través de indicaciones que pretenden guiar cada uno de los procesos. Aunque no parece un mal punto de partida, sí es cierto que en algunos aspectos se acusa la ausencia de una mayor concreción. Así, por ejemplo, respecto a las actuaciones inmediatas ante una situación de ciberacoso leemos que «se reunirá el equipo directivo con el tutor o la tutora de los alumnos o alumnas afectados y la persona o personas responsables de la orientación en el centro para recopilar información, analizarla y valorar la intervención que proceda». Más adelante, se añade que:

La acción del centro debe ir encaminada a velar por la seguridad del alumnado, por ello, incluso en las situaciones en que no se encuentren evidencias suficientes de la existencia de una situación de acoso o ciberacoso, es importante tomar en consideración las declaraciones de la posible víctima y los hechos contrastados, adoptando medidas que aseguren la adecuada atención del alumno o la alumna que se sienten objeto de acoso o intimidación.

Es evidente que, cuando hay indicios de acoso o ciberacoso, resulta urgente proteger a la posible víctima, garantizando en todo lo posible su seguridad, y que, para ello, hay que tomar medidas; la cuestión principal radica, en este tipo de situaciones, en saber qué medidas son las adecuadas y recibir una orientación más precisa en tanto que al personal de los centros educativos, como comentamos anteriormente, no se le exige una formación en Derecho que en casos como estos sería, cuando menos, interesante. Tengamos en cuenta, respecto a esto, que se trata de hechos que pueden constituir delitos, a través de medios tecnológicos cuya revisión puede implicar una vulneración del derecho a la intimidad o que, nuevamente, los menores implicados son habitualmente menores de 14 años.

Asimismo, sería conveniente analizar (y, de hecho, está previsto que lo hagamos) la imposición y el grado de cumplimiento de las medidas sancionatorias. Observamos en el paso 7 que «se procederá (...) a la adopción de correcciones a las conductas contrarias a la convivencia o de medidas disciplinarias al alumnado agresor implicado (...) de acuerdo con lo establecido en el Capítulo III del Título V de los Decretos 327/2010 y 328/2010, ambos de 13 de julio». Si nos centramos en el primero de estos Decretos, dirigido a los centros educativos de Educación Secundaria, encontramos el art. 32 en el que se recoge una serie de circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad del alumnado en la comisión de actos contrarios a las normas de convivencia. Respecto a la gradación de las faltas, se establecen dos tipos, las conductas contrarias a las normas de convivencia (arts. 34, 35 y 36), y conductas grave-

mente perjudiciales para la convivencia (arts. 37, 38 y 39). La primera consecuencia es que se prevé un régimen sancionatorio para casos de acoso y ciberacoso articulado en 2010, sin que hubiera habido actualizaciones desde su última modificación en 2011 que, desde nuestro punto de vista, podrían resultar útiles. El apartado c) del art. 37 dispone que se considera una conducta gravemente perjudicial para la convivencia el «acoso escolar, entendido como el maltrato psicológico, verbal o físico hacia un alumno o alumna producido por uno o más compañeros y compañeras de forma reiterada a lo largo de un tiempo determinado». Se trata de un intento de conceptualización de qué debemos entender por acoso escolar, que, además de no incluir referencias al ciberacoso, emplea términos que pueden conducir a una cierta inseguridad jurídica: ¿qué se entiende por maltrato?, ¿qué se exige para entender reiteración?, y, por último, ¿cuánto tiempo es «un tiempo determinado»?

Obviando el problema de la definición, problema que sin duda sería interesante resolver, hay que indicar, respecto a las correcciones (art. 38), que incluyen la realización de tareas fuera del horario lectivo encaminadas a la reparación de las consecuencias derivadas de la mala conducta, la suspensión del derecho a la participación en las actividades extraescolares durante como máximo un mes, el cambio de grupo, la suspensión del derecho de asistencia a determinadas clases entre 3 días y 2 semanas, la suspensión del derecho de asistencia al instituto desde 3 hasta 29 días o el cambio de centro docente. Respecto a esta última medida, y a falta de una actualización seria de los datos, rara vez se impone, cuando podría resultar una de las más efectivas (junto a otras en caso de que el acoso se complemente con ciberacoso). En el último Informe del Defensor del Menor sobre acoso escolar, de 2016, se aplicó la medida disciplinaria de cambio de centro en un 0,1% de los casos, dato que contrasta con el 17% en el que eran las propias víctimas las que lo solicitaban para sí mismas. No parece resultar adecuado que sean estas, con todos los problemas para la socialización que conlleva una situación de *bullying*, las que se cambien de centro educativo, debiendo construir nuevas relaciones por una doble situación injusta, la sufrida respecto al acosador y la sufrida porque el centro no encuentre más solución satisfactoria que su marcha.

Por otra parte, fruto del hecho de que el protocolo se establezca expresamente para los casos de acoso o ciberacoso, la normativa estaba principalmente dirigida a su resolución más que a su prevención, a la cual se acude desde hace notablemente menos tiempo. Los estudios (Fundación ANAR, 2018, pp. 32 y ss.) señalan que el profesorado y el alumnado prefieren la aplicación de acciones preventivas, tales como actividades de sensibilización realizadas

por especialistas, educación en valores, formación del profesorado y trabajo con las familias, en lugar de medidas punitivas como las ya comentadas. Este tipo de actuación previa, como decía, es relativamente más reciente. En Andalucía, enfocado específicamente a la prevención de los casos de acoso y ciberacoso escolar, se pone en marcha el programa ConRed, cuya experiencia piloto, en colaboración con la Universidad de Córdoba, se produjo en el curso 2017/2018. No obstante, su oferta y difusión se produce en el curso 2020/2021 a través de la Resolución de 1 de febrero de 2021. La información incluida en la página web de la Consejería de Desarrollo educativo y Formación Profesional afirma que este programa pretende que el alumnado

«(...) identifique situaciones de riesgo de acoso escolar y ciberacoso, comprenda la dinámica del acoso escolar y el ciberacoso, analice el proceso de relaciones interpersonales que constituye un riesgo para el acoso escolar y el ciberacoso, identifique estrategias de afrontamiento eficaces para responder ante estas situaciones, comprenda qué comportamientos más o menos convencionales, puede dañarle y facilitar el acoso escolar y el ciberacoso, conozca las consecuencias que se pueden derivar de situaciones de ambos fenómenos e identifique fuentes de ayuda y vías de solución»⁴.

La Comunidad Autónoma de Madrid, por su parte, pareció entender esto un poco antes y llevó a cabo una actualización bastante completa de la normativa disciplinaria educativa en el Decreto 32/2019, de 9 de abril, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid, tal y como se desprende ya de la lectura de sus primeros párrafos. 2016 fue un año importante en la lucha contra el acoso escolar, con la creación del Observatorio para la Convivencia Escolar y el Plan de Lucha contra el Acoso Escolar. La prevención del acoso escolar y del ciberacoso constituye un principio general de la convivencia escolar, estableciéndose, respecto del profesorado, la formación en materia de acoso y ciberacoso como un derecho, y la actualización en materias como la atención a la diversidad y la convivencia escolar como un deber. Por su parte, el apartado j) del art. 12 dispone que el Plan de convivencia debe promover «que los padres o tutores sean formados en temas de convivencia, acoso, ciberacoso y uso responsable de las nuevas tecnologías», aspecto digno de mención en tanto que se antoja como ineludible la colaboración de las familias en la prevención y resolución de este tipo de problemas. Por otra parte, es interesante resaltar que el apartado d) del

⁴ Información incluida el 13 de febrero de 2020, consultada por última vez el 09 de septiembre de 2022, disponible en <https://www.juntadeandalucia.es/educacion/portals/web/convivencia-escolar/contenidos/-/contenidos/detalle/programa-conred>

art. 16 reconoce un deber de impulso para la Consejería de Educación respecto al «asesoramiento a los equipos directivos y a la comunidad educativa ante posibles casos de acoso escolar». A esto se debe añadir la previsión como deberes para el alumnado de la denuncia de cualquier caso de acoso o ciberacoso del que esté siendo testigo o la participación en acciones de mejora de la convivencia del centro, desempeñando la prevención y sensibilización un rol protagonista (arts. 12, 26, 29, 30 y 35, entre otros).

Finalmente, en la actualidad la tónica parece dirigirse más a incluir el acoso y el ciberacoso junto a otras problemáticas para los menores. Un buen ejemplo de esto es la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia (LOPIA). En el párrafo segundo del art. 1.2 encontramos que se entienden por violencia, entre otros, el acoso escolar y el ciberacoso. Es interesante ver que se marcan dos líneas de actuación, una preventiva y otra punitiva. Respecto a la primera, es destacable el art. 1, que dispone, en su apartado primero, que la Ley «tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños (...) asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida». Por su parte, referido a las nuevas tecnologías, el art. 45 establece que

Las administraciones públicas desarrollarán campañas de educación, sensibilización y difusión dirigidas a los niños, niñas y adolescentes, familias, educadores y otros profesionales (...) sobre el uso seguro y responsable de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación, así como sobre los riesgos derivados de un uso inadecuado que puedan generar fenómenos de violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes como el *ciberbullying*, el *grooming*, la ciberviolencia de género o el *sexting* (...).

En un sentido similar se manifiesta la reciente Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía, tal y como podemos observar en los arts. 10, 34 y 38, entre otros, dedicando además a la prevención el Título IV.

3.2 Italia y Francia

Respecto a Italia, podemos comenzar resaltando que, en lo concerniente a lo dicho hasta ahora respecto a Andalucía y Madrid, encontramos varias similitudes y algunas diferencias interesantes. En el plano de las semejanzas, es destacable que en Italia la distribución competencial en materia educativa también afecta a nuestra materia. De hecho, esto ha supuesto que hayan llegado a

la Corte Costituzionale dos asuntos, cuyos objetos consistían en la regulación que sobre el *bullying* y el *ciberbullying* se había dictado en las regiones de Umbria (*Sentenza* 116/2019) y Basilicata (*Sentenza* 27/2020), dictaminándose en ambos que no se produjo invasión competencial alguna.

En cuanto a las diferencias, podemos comenzar afirmando que Italia parece haber empezado a actuar antes que España y que el Ministero dell'Istruzione ha tomado la iniciativa. Ya en 2012 se puso en marcha el proyecto «Safer Internet centre», cofinanciado por la Comisión Europea, que tenía como objetivo convertir Internet en un espacio seguro para sus usuarios, especialmente los menores, mediante recursos didácticos e instrumentos formativos utilizados en los centros educativos. En la Legge 13 luglio 2015, n. 107 se introdujo como objetivo formativo prioritario el desarrollo de competencias digitales por parte del alumnado, incidiendo especialmente en el uso responsable de las redes sociales. No obstante, uno de los pasos más ambiciosos se llevó a cabo con la promulgación de la Legge 29 maggio 2017, n. 71 y con la actualización de las «Líneas de orientación para la prevención y detección del ciberacoso». De la Ley podemos destacar, como ya anticipamos, que se fija normativamente un concepto muy completo de lo que es el ciberacoso escolar, por el que se entiende «cualquier forma de acoso, agresión, molestia, chantaje, injuria, humillación, difamación, suplantación de identidad, alteración, adquisición ilícita, manipulación, tratamiento ilícito de los datos personales en perjuicio de un menor, realizada por vía telemática» así como «la difusión de contenidos *online* que tengan por objeto uno o más componentes de la familia del menor cuyo objetivo intencional y predominante sea aislarlo a través de un abuso, ataque dañoso o su puesta en ridículo» (art. 1.2). Es digno de resaltar, en cuanto a este concepto, que ya no se exige una habitualidad en cuanto a los actos de ciberacoso por entender, como ya señalan los especialistas, que la información lanzada a internet una sola vez puede dar lugar a repetidos ataques. Asimismo, la Legge 71/2017 recoge la opción de dirigirse directamente a los gestores del sitio *online* en el que se haya producido el hecho dañoso para pedir su retirada o bloqueo, estableciendo que, si pasadas 24 horas desde la petición no se ha recibido respuesta asumiendo la gestión o 48 horas sin obtener respuesta o cuando no sea posible contactar con dicho gestor, la víctima o sus tutores tendrán la posibilidad de realizar la petición al Garante per la protezione dei dati personali.

Otro aspecto ambicioso llevado a cabo en Italia es el relativo a la formación del alumnado, del profesorado y de las familias, en materia de nuevas tecnologías, acoso y ciberacoso. Destaca especialmente lo concerniente al profesorado, para el que se ha creado la plataforma ELISA (E-Learning degli In-

segnanti sulle Strategie Antibullismo), en la que se prevé la realización de cursos de formación en línea. La aparición en escena de ELISA ha supuesto, además, la creación de una figura específica (o de un equipo, dependiendo del tipo de centro educativo y su tamaño), el referente para la prevención y detección del ciberacoso, que recibe una formación más completa sobre estas cuestiones y que, por su parte, podrá formar a otros miembros del centro. Finalmente, el protocolo se actualiza en las «Líneas de orientación para la prevención y detección de los fenómenos del acoso escolar y el ciberacoso», publicadas mediante el Decreto Ministeriale n. 18 del 13 gennaio 2021. En este documento, además de recoger las distintas fuentes normativas ya mencionadas, se actualiza el protocolo de actuación ante los casos de bullying y ciberbullying, con la inclusión de acciones prioritarias y recomendadas, otras intervenciones a distintos niveles y ejemplos de actividades. Entre las novedades destaca la creación de un Team Antibullismo y otro Team per l’Emergenza, la indicación de instrumentos de intervención concretos y un protocolo específicamente diseñado para los casos más graves y urgentes de situaciones de acoso o ciberacoso que han podido ser contrastadas.

En conclusión, podemos destacar que la comparación de las normativas española e italiana arroja algunas similitudes, sobre todo si se trata de las normas autonómicas de reciente promulgación, aunque en Italia se observa un mayor nivel de concreción. No obstante, sí queremos destacar algo que, desde nuestro punto de vista, es esencial: el Decreto Ministeriale señala como una de las acciones prioritarias el monitoreo periódico del alumnado para poder conseguir una detección lo más precoz posible de las situaciones de acoso o ciberacoso, algo de lo que carecen las distintas fuentes españolas consultadas. De hecho, baste señalar que el último informe sobre acoso y ciberacoso escolar realizado en Andalucía data de 2016, debiendo recurrir al ámbito privado para encontrar otros más recientes y de zonas específicas.

Por su parte, en Francia se han llevado a cabo también varias campañas de sensibilización y tratamiento preventivo, cuyo contenido es similar a los vistos hasta ahora en España e Italia, aunque la iniciativa parte claramente del Ministère de l’Éducation nationale et de la jeunesse. Partiendo de un concepto similar a los manejados, se han llevado a cabo programas como pHARe, «Non au harcèlement», «Ce n’est pas parce qu’on est petit qu’on a des petits problèmes» (2021) o «Faisons des réseaux sociaux un endroit qui nous rassemble» (2022). No obstante, queremos destacar dos medidas interesantes. En primer lugar, se ha creado un Dispositif des Ambassadeurs collégiens (2015), que consiste en responsabilizar al alumnado en general, y a estos menores escogidos en concreto, de las situaciones de acoso y ciberacoso. Tal y como aparece

en la web del programa, asociar «a los alumnos a la causa del acoso entre iguales es determinante. Los alumnos son los primeros espectadores de estas situaciones, de modo que desempeñan un papel central. Dependiendo de su posición y adhesión a esta violencia habitual, las consecuencias del acoso sobre la víctima serán más o menos dramáticas». Más adelante se añade que la investigación aconseja una movilización global que implique no solo a los adultos, sino también a los estudiantes, de modo que la «movilización de alumnos voluntarios, llamados ‘embajadores de secundaria contra el acoso’, tiene resultados significativos, ya que forman a sus compañeros e inician acciones de prevención tanto para sus compañeros como para alumnos de otros centros circundantes. Además, este dispositivo permite valorar el papel de los alumnos y darles responsabilidades dentro de su centro»⁵.

Finalmente, un aspecto interesante a resaltar de las medidas adoptadas en Francia en su lucha contra el *bullying* y el *ciberbullying* es su tipificación como delito. Con la entrada en vigor de la Loi n.º 2022-299 du 2 mars 2022 visant à combattre le harcèlement scolaire se llevan a cabo varias medidas para mejorar el tratamiento judicial de los casos de acoso escolar, así como algunas modificaciones en el Code de l'Éducation y en el Code Pénal. De este modo, se establece en el art. 222-33-2-3 que constituyen «acoso escolar los hechos de acoso moral definidos en los cuatro primeros párrafos del art. 222-33-2-2, cuando son cometidos contra un alumno por cualquier persona que estudie o ejerza una actividad profesional en la misma institución educativa», delito castigado con penas de hasta 10 años de privación de libertad y 150.000 € de multa si la consecuencia ha sido el suicidio o el intento de suicidio de la víctima. A pesar de que aún es pronto para observar los efectos que ha supuesto en las cifras de acoso y ciberacoso escolar, lo cierto es que se trata de una medida que puede suscitar controversia, en tanto que la opinión mayoritaria entre el profesorado y el alumnado, al menos en España e Italia, parece mostrar una clara preferencia por las medidas preventivas, de sensibilización y formación (las cuales, como hemos visto, también se aplican en Francia), frente a las punitivas; además de esto, será interesante, en otros trabajos futuros, investigar a través de los debates parlamentarios cuáles son las razones que han llevado al legislador francés a adoptar conjuntamente medidas respecto al acoso escolar cometido entre menores, al cometido por adultos contra menores y al acoso en el ámbito universitario, siendo estos últimos, quizás, los que justifiquen la inclusión de penas de prisión.

⁵ Información actualizada en mayo de 2022 y consultada por última vez el 10 de septiembre de 2022. Disponible en <https://www.education.gouv.fr/non-au-harcelement/le-dispositif-des-ambassadeurs-non-au-harcelement-323021>

4. CONCLUSIONES

I. Como hemos podido comprobar a lo largo de las páginas anteriores, el acoso escolar y el ciberacoso son problemas que, a pesar de no haber suscitado el interés de los especialistas hasta hace relativamente poco, han conseguido centrar la atención de los poderes públicos, principalmente por el auge de los casos, incluyendo algunos especialmente mediáticos, y por las consecuencias fatales que se pueden derivar no solo para la víctima, sino también para el acosador (o acosadores) y los compañeros testigos.

II. El acoso escolar y el ciberacoso han sido analizados, en primer lugar, por disciplinas propias del ámbito educativo y del estudio de la personalidad humana, como la pedagogía y la psicología; desde el mundo jurídico, los primeros acercamientos se han realizado por parte de las ramas civil y administrativa, estudiando fundamentalmente las formas de reparación y la responsabilidad, y la penal, reservada por el propio carácter de la misma para los casos más graves.

III. El acoso escolar y el ciberacoso constituyen una problemática general que incide sobre derechos fundamentales, y entre estos no solo sobre los que cuentan con una específica protección penal como la vida, la integridad física y la integridad moral, sino también sobre el derecho a la educación. En este sentido, el art. 27.2 CE (y toda la normativa de desarrollo, principalmente la LODE, la LOE y la LOMLOE) establece claramente como fin de la educación el respeto a los derechos fundamentales, libertades públicas y valores democráticos, cuya consecución está claramente en entredicho en los casos de acoso y ciberacoso, además del deber de protección de las víctimas que debe asumir el Estado. Todo esto supone una grieta en nuestro sistema educativo, la cual debe ser reparada sin demora por los poderes públicos.

IV. *Bullying* y *ciberbullying* no son problemas particulares de España. Tal y como hemos visto, se encuentran en Estados de nuestro entorno como Francia e Italia. La investigación y la colaboración comunes pueden constituir una alternativa bastante fructífera, tanto más si la UE asume la iniciativa de su estudio y búsqueda de soluciones.

V. En España especialmente es urgente que, partiendo quizás de una actuación coordinada entre el Ministerio de Educación y las Consejerías de Educación de las Comunidades Autónomas, se comience a monitorear con cierta periodicidad la situación en las aulas de estos dos fenómenos, con el objetivo de captar una idea real de la magnitud del problema. Parece poco responsable que, por ejemplo, en Andalucía el último estudio se realizara por parte del Defensor del Menor en 2016.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COTINO HUESO, L. (2012). *El derecho a la educación como derecho fundamental: especial atención a su dimensión social prestacional*. CEPC.
- FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, A. (1988). *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: los derechos educativos en la Constitución Española*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. (2005). *Instrucción 10/2005, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*.
- FUNDACIÓN ANAR. (2017). *I Estudio sobre ciberbullying según los afectados*. Disponible en <https://www.anar.org/wp-content/uploads/2017/03/INFORME-I-ESTUDIO-BULLYING.pdf>
- (2018) *III Estudio sobre acoso escolar y ciberbullying según los afectados*. Disponible en <https://www.anar.org/wp-content/uploads/2018/09/III-Estudio-sobre-acoso-escolar-y-ciberbullying-según-los-afectados.pdf>
- MENDOZA CALDERÓN, S. (2013). *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, ciberbullying, grooming y sexting*. Tirant lo Blanch.
- MERINO GONZÁLEZ, J. (2008). El acoso escolar-bullying. Una propuesta de estudio desde el análisis de redes sociales (ARS). *ICEV. Revista d'Estudis de la violència*, 4.

DA CITTADINI ELETTORI A CITTADINI CONSUMATORI: OSSERVAZIONI SULL'IMPORTANZA DI REGOLARE LE CAMPAGNE ELETTORALI SUI SOCIAL MEDIA ¹

GIULIASERENA STEGHER

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

SOMMARIO: 1. *Premessa.*–2. *Il complesso e frammentato quadro europeo come tentativo di argine al dilagare della disinformazione.*–3. *Il contesto italiano.* 3.1 *L'approccio normativo riguardante i media tradizionali e la legge sulla par condicio.* 3.2 *L'approccio volontaristico e il ruolo dell'AGCOM.*–4. *Alcuni cenni comparati.*–5. *Riflessioni apparentemente conclusive.*

1. PREMESSA

La scelta di indagare sul tema oggetto della presente riflessione trova due fondamenti giustificativi. Il primo è specifico e strettamente attinente al dato elettorale, anche in considerazione degli ultimi appuntamenti che hanno visto i cittadini italiani recarsi alle urne lo scorso 25 settembre 2022. Il secondo riguarda invece una riflessione di ordine più generale relativa al ruolo sempre più pervasivo – se non addirittura invasivo – che l'etere ha progressivamente assunto nella vita di ogni individuo. In questa prospettiva, si ritiene doveroso porre l'adeguata attenzione sull'incidenza che la manipolazione del consenso

¹ Il presente lavoro è frutto della rielaborazione di un intervento tenuto in occasione del VI Congresso internazionale del Seminario Italospagnolo «Costituzionalismo?» presso l'Università di Granada nei giorni 5-6-7 ottobre 2022 e anticipato sulla rivista *Nomos Le attualità nel diritto*, n. 1, 2023.

riveste sulla comunicazione politica, a maggior ragione da quando è stato sdoganato l'uso di tecniche che nel mondo digitale erano inizialmente circoscritte all'ambito del marketing commerciale e che, invece, oggi sono utilizzate nel campo della rappresentanza politica (Lazarsfeld, Berelson, Gaudet, 1948) 2.

D'altronde, se l'obiettivo è quello di dare forte esposizione a un candidato o a un partito, è possibile avvalersi di tecniche commerciali vincenti finalizzate a presentare un prodotto, o un servizio o ancora un bene. Se si volesse eccessivamente semplificare, in questa prospettiva, oggi la differenza tra un prodotto da vendere o pubblicizzare e un candidato da eleggere si è assottigliata molto, giacché l'obiettivo è quello di dare a entrambi una forte esposizione mediatica (Allegri, 2020) finalizzata nel primo caso all'utilizzo/all'acquisto, mentre nel secondo all'elezione (Gori, 2017; Cuniberti, 2017) 3.

Sicuramente tanto la comunicazione politica quanto quella elettorale⁴ si sono evolute, acquisendo maggior esperienza ed efficacia, a maggior ragione di quando ci si avvale di esperti (social media manager, spin-doctor, data

² In realtà, è doveroso precisare che un fenomeno simile si era già manifestato in passato. A tal proposito, è utile richiamare in questa sede gli studi fatti da Paul Lazarsfeld, sociologo statunitense di origini austriache. Lo studioso, insieme ad altri due colleghi, nell'analizzare i comportamenti degli elettori nel corso della campagna per le elezioni presidenziali americane, aveva messo in luce come le scelte di voto potessero essere orientate e influenzate. Nel volume poi pubblicato, l'attenzione è stata rivolta alla formazione, al cambiamento e allo sviluppo dell'opinione pubblica, con specifico riguardo 600 persone intervistate in una finestra temporale di pochi mesi nella contea di Erie, in Ohio. È stato perciò posto in evidenza come vi siano alcune «activating forces» nella comunicazione politica, suddivisibili in due macrocategorie: nel primo tipo sono stati annoverati i mezzi di comunicazione di massa formali, come giornali, riviste e radio. Nella seconda tipologia è possibile individuare quelle influenze personali dirette che possono essere più importanti della pubblicità diffusa. Lazarsfeld, insieme a Berelson e Gaudet ha evidenziato come la propaganda formale, vale a dire quella operata dai mass-media, riesca a sviluppare e attivare le inclinazioni latenti dell'elettore. Tale processo si articola in quattro fasi principali: a) «*Propaganda Arouses Interest*» (la propaganda suscita interesse), per cui più si procede, più la campagna elettorale amplifica i propri effetti in termini di propaganda; b) «*Increased Interest Brings Increased Exposure*» (l'aumento dell'interesse porta a una maggiore esposizione), nel corso della quale accresce l'attenzione degli elettori man mano che questi si avvicinano alla campagna elettorale. È proprio in questo momento che l'aumento dell'attenzione porta a una maggiore esposizione, che a sua volta suscita ulteriore interesse e attenzione, nonché aumenta l'esposizione e così via; c) «*Attention is Selective*» (l'attenzione è selettiva), per cui essendo aumentato l'interesse, l'elettore inizia a rendersi conto di cosa si tratta ed è in questo momento che inizia a selezionare programmi, candidati, etc. «Whatever the publicity that is put out, it is the selective attention of the citizen which determines what is responded to». Nell'ultima fase (d), «*Votes Crystallize*» (il voto si cristallizza) la decisione è assunta e viene trasposta sulla scheda. Si v. il volume LAZARSELD, BERELSON, GAUDET (1948).

³ Parla di forme di «seduzione informativa» e di inganno dell'elettore-acquirente ALLEGRI (2020). Sull'equiparazione elettore-consumatore, che si trova addirittura in una condizione peggiore in quanto la sua libertà di scelta e di consapevolezza è totalmente compressa si v. GORI (2017) e CUNIBERTI (2017).

⁴ Benché in passato era possibile distinguere tra comunicazione politica, da intendersi in modo generico, e comunicazione elettorale, che si esplica quando è indetta una (o più) consultazione elettorale, nel corso del tempo la linea di demarcazione si è sempre più affievolita. Grazie al progresso scientifico-tecnologico e la frammentazione degli appuntamenti elettorali, man mano sempre più ravvicinati, dal punto di vista empirico, la distinzione concettuale tra le due è pressoché venuta meno. Complice la necessità di mantenere il consenso, la stessa propaganda politica è divenuta «permanentemente» elettorale. Su questo v. LANCHESTER (1996).

analyst, etc) con cui si cerca di seguire le tendenze e di usufruire di tutti i vantaggi che i nuovi dispositivi digitali portano con sé (Lanchester, 1996).

Peraltro, come ampiamente dimostrato nel corso della recente pandemia, l'accesso a internet⁵ incide sulla vita di ogni individuo, potendo rappresentare concretamente una barriera, non solo con specifico riguardo alle relazioni interpersonali, ma anche condizionando molti diritti, tra cui – a titolo meramente esemplificativo – quello allo studio e quello al lavoro (Frosini, 2011; De Minico, 2020).

Internet è davvero una piazza pubblica, una sorta di agorà extraterritoriale (v. Laurenti Collino, 2020), che travalica i confini nazionali e ove tutto è concesso? Ovviamente ciò non rispecchia la realtà, dal momento il diritto è fortemente coinvolto, come nel caso del diritto civile quando si tratta di commercio e transazioni che hanno luogo on line (Laurenti Collino, 2020).

Nella sua innata veste di strumento neutrale, il diritto di accesso a internet può essere annoverato tra quei diritti sociali, giacché consente un'ampia partecipazione nella sua aspirazione a mettere in contatto gli individui con il resto del pianeta, nonché il pluralismo.

Il problema principale si annida, però, nell'utilizzo che si fa di tali strumenti. Pur se inconsapevolmente, ogni individuo che accede al web tramite un computer o tramite uno smartphone produce informazioni, lasciando le proprie tracce nel mondo digitale, che ovviamente possono essere raccolte. Anche se la ricerca che un individuo fa su internet può sembrare di poca importanza, come ad. es. googlare un bene da acquistare ovvero cercare un particolare servizio, la stessa genera informazioni circa le preferenze e comporta la creazione di un «profilo». Ogni volta che un individuo si registra su un sito cede i propri dati e lo fa, apparentemente, a titolo gratuito. Tali dati vengono raccolti, immagazzinati, catalogati e più dati si cedono più il profilo digitale diviene pressoché completo.

Dietro questo apparente velo di noncuranza si cela invece un interesse ben chiaro di natura esclusivamente economica che ha consentito la proliferazione e l'ipertrofia di società tecnologiche di natura privata che controllano i social networks e gestiscono le reti (De Minico, 2020; Messina, 2023). Queste ultime sono divenute col tempo veri e propri centri di potere digitale «che concentra in capo a pochi soggetti la titolarità di una mole sterminata di

⁵ Sebbene la necessità di avere un accesso a internet si sia manifestata in tutta la sua ampiezza nel corso della recente pandemia, è da tempo che si parla dei suoi coinvolgimenti con lo *ius publicum*. A tal proposito si v. FROSINI (2011) FROSINI (2019). Sulla multidimensionalità del diritto a internet, sia come diritto sociale, sia come libertà negativa, si v. DE MINICO (2020).

informazioni»⁶ (Califano, 2019) e che si basano su un modello economico di business interessato alle entrate pubblicitarie e a far stazionare gli utenti online il più a lungo possibile.

Dietro a un annuncio che si propone e che cattura l'attenzione – se non addirittura il «clic» di rimando a una pagina – vi sono interessi economici e guadagni. A questi è necessario aggiungere che il volume delle informazioni che circolano su internet è aumentato notevolmente, ponendo il problema di far arrivare quel messaggio e quella informazione. Perciò, grazie al cd. *microtargeting*⁷ e alle *echo chambers*⁸ (Grandinetti, 2019; Sunstein, 2017), si riesce a far arrivare quel messaggio a specifici destinatari inconsapevoli, anche se quest'ultimi non avevano cercato direttamente quel messaggio o quella informazione. Il corollario di tali operazioni comporta una forte riduzione del pluralismo informativo, che diviene perciò una monade che aggrega gli individui con le stesse preferenze. Volenti o nolenti si recepiscono informazioni da portali che artatamente propongono gli stessi argomenti, coerenti con le proprie attitudini e conformi alle proprie preferenze e che grazie ai big data non solo generano una massificazione delle opinioni, ma riescono a predire i comportamenti futuri uniformandoli⁹.

Navigando in rete e documentandosi con flussi informativi apparentemente gratuiti, in realtà, gli individui non fanno altro che alimentare il circolo delle *filter bubble*, delle *echo chambers*, pagando a caro prezzo con la cessione dei nostri dati e con la rinuncia alla nostra libera volontà (Bianca, 2019) 10. A ciò si deve aggiungere il ruolo svolto dagli algoritmi di profilazione dei dati 11

⁶ CALIFANO (2019). Il *microtargeting* è quella tecnica applicata inizialmente al solo ambito commerciale, che ha consentito di confezionare un messaggio su misura per i rispettivi destinatari.

⁷ Attraverso gli algoritmi e i big data è possibile non solo svolgere un'analisi finalizzata a descrivere situazioni contingenti ovvero passate, ma addirittura un'analisi in grado di prevedere e prescrivere. Se con l'analisi predittiva, è possibile prevedere in anticipo e con una certa probabilità eventi e situazioni future, con quella prescrittiva, che consente invece di suggerire i possibili risultati al fine di indirizzare le scelte.

⁸ «(...) nel caso delle *echo chambers* non è l'individuo a compiere consapevolmente la scelta di sottrarsi al consumo di fonti diffamanti dai suoi convincimenti, bensì un algoritmo gestito e programmato da un'organizzazione imprenditoriale attraverso meccanismi di cui l'interessato non può il più delle volte neppure rendersi conto» GRANDINETTI (2019). Sul ruolo di tali strumenti si v. SUNSTEIN (2017).

⁹ In ragione di ciò nel febbraio 2019 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha posto l'attenzione sui algoritmici, capaci «not only to predict choices but also to influence emotions and thoughts and alter an anticipated course of action, sometimes subliminally» (punto n. 8). Council of Europe, Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes, 13 February 2019, Dec (13/02/2019).

¹⁰ Sulla pericolosità delle bolle a fini politici si v. BIANCA (2019), che evidenzia come tale meccanismo «incide negativamente sulla formazione della coscienza collettiva e politica, rappresentando uno strumento di annientamento della democrazia e in generale della coscienza individuale».

¹¹ Il nuovo Regolamento europeo definisce la profilazione come «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi,

che consentono, al pari di un abito su misura, il confezionamento di messaggi personalizzati e che possono riguardare tanto le cose che ci piacciono, quanto quelle nei cui riguardi proviamo avversione (Balaguer Callejon, 2019) 12. In questa prospettiva, la profilazione dei soggetti, vuoi che essi siano consumatori o vuoi che essi siano elettori, comporta in entrambi i casi un forte condizionamento, frutto dell'invio di messaggi talmente particolarizzati e mirati da poter essere definiti *ad personam*. Questo perché, in estrema sintesi, l'avanzamento della tecnologia consente non solo di sapere gusti e preferenze ma anche di predire i comportamenti futuri di colui che è stato profilato sulla base delle informazioni da questi disseminate nel passato.

Le informazioni circa le preferenze di ciascuno possono riguardare ogni aspetto della vita, tra cui anche la comunicazione utilizzata per fini politici ed elettorali. E perciò alla pubblicità personalizzata si è andata aggiungendo anche la comunicazione politica personalizzata, che si basa sulle tecniche di commercializzazione finalizzate a massimizzare i profitti in termini di consenso aumentandone i *followers* e i *like*.

In quest'ottica assume senso e significato il diritto alla privacy non più solo come primigenio diritto a essere lasciati soli e a escludere gli altri, ma da intendersi anche come diritto all'autodeterminazione rispetto alla diffusione dei propri dati personali, di quanti, quali, dove e per quale fine farli circolare (Califano, 2022).

In passato la televisione, i giornali e la radio sono stati assolutamente determinanti nell'informazione politico-elettorale, a maggior ragione nel periodo antecedente al voto e sotto un duplice aspetto. Da un lato per informare l'elettorato sui partiti, sui candidati e sui programmi, dall'altro per consentire ai partiti e ai candidati un rapporto dialettico con gli elettori. Per questo, in molti Paesi si è scelto di introdurre regole che sovrintendessero al buon andamento delle campagne elettorali, affinché potesse essere garantito un sufficiente grado di democrazia.

È infatti oltremodo noto come sia necessaria la compresenza di tre fattori affinché un modello possa definirsi pienamente democratico, vale a dire: la presenza di regolari e libere elezioni competitive da svolgersi nel pieno rispetto del principio del suffragio universale affinché possano essere designati i gover-

l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica» (art. 4). Inoltre, il Considerando 24 specifica «è opportuno verificare se le persone fisiche sono tracciate su internet, compreso l'eventuale ricorso successivo a tecniche di trattamento dei dati personali che consistono nella profilazione della persona fisica, in particolare per adottare decisioni che la riguardano o analizzarne o prevederne le preferenze, i comportamenti e le posizioni personali».

¹² Parla di elaborazione di un profilo psicologico che «rende possibile l'invio di propaganda politica subliminale orientata a cambiare il significato del nostro voto alle elezioni» o disincentivare la nostra partecipazione al processo elettorale BALAGUER CALLEJON (2019).

nanti, l'affermazione del principio di separazione dei poteri (pesi e contrappesi), la presenza di un'Assemblea rappresentativa dotata di notevoli poteri, nonché un controllo sulle autorità pubbliche effettuato da un corpus di giudici di cui deve essere garantita l'indipendenza. Ai predetti elementi, nel corso del tempo si è andato sommando altresì come caratterizzante il modello di democrazia rappresentativa, la presenza di più corpi intermedi che rappresentano gli interessi dei cittadini, in *primis* i partiti, anche di opposizione, la possibilità di esprimere il dissenso, nonché l'estrinsecarsi della libera competizione.

La presenza di un confronto elettorale, pur libero, competitivo, periodico, finalizzato all'assunzione di cariche all'interno delle strutture di autorità di tipo rappresentativo, qualifica il tipo di democrazia. Una democrazia per l'appunto rappresentativa, ove i cittadini, che rimangono comunque titolari della sovranità, partecipano attivamente grazie al momento elettorale e direttamente solo nel caso siano previsti specifici istituti di democrazia diretta. In questo modo, i singoli hanno la possibilità di assumere decisioni e tale operazione deve essere garantita da un certo *quantum* di libertà, che consenta una scelta tra una serie di offerte e opzioni loro proposte. In questa prospettiva, assume rilevanza imprescindibile la questione della trasparenza del mercato politico, che è direttamente incidente tanto sulla forma di governo quanto sulla forma di stato.

Il modello di democrazia rappresentativa è però da tempo sull'orlo della crisi, sottoposto a pesanti e ripetute ondate di delegittimazione, nonostante sia stato fortemente voluto e abbia ampiamente ispirato i diversi regimi politici che a esso hanno deciso di conformarsi. In particolare, è da tempo che si parla di crisi dei partiti che oggi cercano di ripristinare il legame con il proprio elettorato, di cui concreta testimonianza è l'allontanamento dalle urne, ossia dal momento più sacro della partecipazione elettorale, fonte di legittimazione delle istituzioni.

Il tentativo di ripristinare tale legame e di arginare la disaffezione della comunità rispetto alle procedure elettorali, necessarie nell'ottica di funzionamento della democrazia rappresentativa, sta assumendo le vie di una forte e accelerata digitalizzazione (Gerbaudo, 2020; Bassini, 2015) con la diffusione di account social e il ricorso a un dialogo virtuale su applicazioni di messaggistica istantanea centralizzata, che danno vita a due processi: da un lato una fidelizzazione telematica tra singoli candidati e i suoi elettori, dall'altro invece una sorta di brandizzazione del «prodotto» candidato. In questo modo è cambiato il modo di fare politica: oltre a una forte personalizzazione, che si aggiunge alla disintermediazione, la classica campagna elettorale fatta di inserzioni sulla carta stampata e volantini, di messaggi pubblicitari sulla televisione e sulla radio, di dibattiti, di sms e comizi, è affiancata se non addirittura sostituita da post su twitter e facebook, foto su instagram, video su tiktok, messaggi su whatsapp e telegram,

etc. (Caravita, 2020 e 2021). In questo modo, grazie alla reperibilità digitale costante lo spazio fisico tra elettori ed eletti si è ridotto a tal punto da consentire ai primi di seguire in ogni momento e in ogni luogo l'attività dei secondi.

A tal proposito, sarebbe però opportuno svolgere un ragionamento circa il rapporto tra consenso, dato elettorale e fattore tempo: quanto è più facile un riscontro immediato in termini di consenso elettorale con la pubblicazione di un post, l'espressione di un «like» in vista di imminenti tornate elettorali, quanto è più difficile poi mantenere quel consenso una volta esaurita la campagna elettorale e conservarlo nel tempo?

In questo senso possono essere utili i ben noti esempi di Cambridge analytica, del referendum Brexit (Caravale, 2020) e delle elezioni italiane 2018. Che cosa è rimasto? Indubbiamente sono tutti casi che presentano un elemento in comune di non poco conto: in tutti si è registrato che la diffusione di disinformazioni e la propaganda manipolativa sui social media e internet abbia influenzato il voto in prossimità degli appuntamenti con le urne¹³. Ma poi che cosa accade dopo a distanza di mesi e anni? Per essere ancora più chiari, quanto questa penetrazione è duratura nel tempo e consente di mantenere un alto consenso? Quanto è economicamente più redditizia una situazione di conflitto e instabilità permanente?

In ogni caso, come osservava celebre dottrina sarebbe necessario partire dalla costruzione di «strutture di collegamento e di valutazione della qualità delle informazioni, attivando meccanismi collettivi di warning e alert, aiutando l'utente medio di trovare i percorsi informativi giusti nel mare delle fake e delle trash news» (Caravita, 2018).

Da tutto quanto premesso è possibile enucleare tre tipologie di problemi, strettamente connesse tra loro: a) la compressione del pluralismo sia nel campo dell'informazione, sia nel campo della rappresentanza politica, che deriva dal monitoraggio svolto, dalla manipolazione del consenso e dal marketing elettorale sempre più invasivo; b) un non sufficiente grado di trasparenza nella gestione dei dati personali; c) l'interferenza delle grandi compagnie tecnologiche nell'esercizio del potere pubblico e nello svolgimento dei processi democratici, soprattutto di natura elettorale.

Nell'alveo di questa situazione emerge necessario e imprescindibile non solo l'opera di regolamentazione e di monitoraggio delle autorità preposte, ma

¹³ Su una simile realtà, caratterizzata all'epoca solo dalla radio e dalla tv, ove si era manifestata una sempre più pronunciata nell'ambito della politica di massa degli strumenti della pubblicità commerciale, che comporta un aumento crescente del costo dell'attività in questione e quindi degli squilibri tra i partecipanti alla contesa, si v. F. LANCHESTER (1996).

al tempo stesso la normativa della par condicio e del silenzio elettorale quando si tratta di campagne elettorali e propaganda a tutela della democrazia.

Difatti, pur apprezzando quanto già ottenuto con l'approvazione del Regolamento europeo n. 679 (Califano, Colapietro, 2017), si è comunque cercato di tenere il passo rispetto alle evoluzioni in termini di ICT, cybersicurezza e diffusione delle fake news (Pollicino, 2017; Califano, 2021) 14.

Ad ogni modo, benché le tecniche di manipolazione e costrizione del consenso non siano nuove – il riferimento va ovviamente ai sistemi dittatoriali della prima metà del Novecento –, il problema attuale riguarda l'uso massivo di tecniche digitali quando si tratta di profilazione dei dati degli elettori abbinate a quelle di marketing commerciale aggressive. Il processo di equiparazione tra elettori e consumatori, che si basa sulla necessità di anticiparne le preferenze e di convincere della bontà dei contenuti e concetti diffusi in rete, oltre a falsare la realtà e a determinare un disorientamento politico – in quanto l'elettore non è più libero di orientarsi in maniera consapevole –, determina uno snaturamento della partecipazione politica e, cosa ancor più grave, della libertà di voto.

2. IL COMPLESSO E FRAMMENTATO QUADRO EUROPEO COME TENTATIVO DI ARGINE AL DILAGARE DELLA DISINFORMAZIONE

Stante tale situazione, il primo tassello, che rappresenta anche il primo tentativo normativo finalizzato a porre un freno alla disinformazione e alla manipolazione del consenso, è il Regolamento europeo 2015/2020. Con tale atto si è tentato di imporre ai fornitori di servizi di accesso a Internet di trattare tutto il traffico allo stesso modo, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze, a prescindere dalla fonte e dalla destinazione, dai contenuti cui si è avuto accesso o che sono stati diffusi, dalle applicazioni o dai servizi utilizzati o forniti, o dalle apparecchiature terminali utilizzate (Orofino, 2016) 15.

Uno dei nodi principali, però, ruota attorno all'irresponsabilità delle società che gestiscono le piattaforme digitali (Allegri, 2020) 16 derivante dalla direttiva n. 2000/31/CE, all'epoca adottata nell'ottica della libera circolazione. Proprio l'irresponsabilità degli *Internet Service Provider*, in ragione di una loro presunta mistica neutralità, garantisce, anche nel campo della politica, una deresponsabilizzazione rispetto a ciò che gli utenti postano in rete. Ad aggravare

¹⁴ Sulle fake news il dibattito è particolarmente vivace. Oltre a CALIFANO (2021), si v. ex multis O. POLLICINO (2017).

¹⁵ Si v. art. 3 comma 3. A tal proposito OROFINO (2016).

¹⁶ Si è parlato di «dogma» dell'irresponsabilità degli intermediari digitali. Si v. ALLEGRI (2020).

ciò, a seguito del dilagare di comportamenti illeciti solo di recente sono state introdotte delle forme di controllo e di filtraggio dei gestori delle piattaforme, attivabili di volta in volta «(...) poiché non esiste nel diritto europeo alcuna norma che li sollevi pregiudizialmente dalla responsabilità civile nel caso di rimozione abusiva di contenuti non illeciti, e poiché non necessariamente gli intermediari digitali posseggono le competenze adeguate a discernere i contenuti illeciti da quelli che non lo sono, essi sono chiamati di volta in volta a valutare discrezionalmente se rischiare di incorrere in responsabilità civile per mancata rimozione di contenuti illeciti di cui hanno acquisito conoscenza o per rimozione abusiva di contenuti leciti» (Allegrì, 2020, 129; Balaguer Callejón, 2012). Ne deriva un necessario bilanciamento tra interessi contrapposti che necessita di tempo per dirimere il dubbio di quale sia quello prevalente e che mal si concilia con la velocità e viralità con cui i contenuti viaggiano nel web.

Ad ogni modo, l'atteggiamento europeo è stato quello di incentivare la via della autoregolamentazione mediante il ricorso alla *soft regulation*. A tal ragione si richiama brevemente il *Code of practice on disinformation* (Bonini, 2020) che seppur riguardante una tematica assai circoscritta come quella della disinformazione, rappresenta comunque un altro tassello importante, ma non del tutto sufficiente. Il Codice rivolge un invito alle diverse piattaforme social, sollecitandole a garantire un maggior grado di trasparenza sull'origine dei contenuti e a contrastare la diffusione delle *fake news*.

Essendo però un codice, la cui adesione è del tutto volontaristica, benché al proprio interno preveda forme di controllo e un apparato sanzionatorio, è privo del carattere della vincolatività tipico di altre fonti del diritto.

Ad arricchire il quadro normativo, in occasione delle elezioni del Parlamento europeo del 2019 (Rubechi, 2019), sono stati introdotti un regolamento (sulla procedura di verifica relativa alle violazioni delle norme in materia di protezione dei dati personali nel contesto delle elezioni del Parlamento europeo), una comunicazione (COM(2018) 637 final) e una raccomandazione (relativa alle reti di cooperazione in materia elettorale, alla trasparenza online, alla protezione dagli incidenti di cybersicurezza e alla lotta contro le campagne di disinformazione nel contesto delle elezioni del Parlamento europeo), tutte orientate a garantire elezioni europee libere ed eguali.

Più di recente sono state presentate due proposte legislative. La prima, presentata nell'autunno del 2021, riguarda una proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica (2021/0381(COD)). Come si legge nelle motivazioni e negli obiettivi, la proposta mira ad assicurare un confronto politico e un dibattito pubblico informati a principi di equilibrio e correttezza. Per questo reca un

articolato che da un lato tende ad armonizzare a livello europeo la trasparenza della pubblicità (online e offline), dall'altro invece regolare l'utilizzo delle tecniche di targeting e di amplificazione dei contenuti negli annunci politici. Con specifico riguardo al tema della trasparenza, la proposta introduce una forma di responsabilità nella fornitura di informazioni per coloro che distribuiscono pubblicità politica al pubblico nella modalità di etichettatura dei contenuti.

La seconda, invece, è l'iniziativa legislativa cd. «European Media Freedom Act» (EMFA), il cui obiettivo è quello di giungere a una armonizzazione e a un rafforzamento del pluralismo dei media all'interno del mercato, che tenga conto delle linee dettate dall'Unione, tra cui le priorità dettate dalla Commissione in una serie di iniziative come l'European Democracy Action Plan (c.d. EDAP). L'iniziativa EMFA dovrebbe viaggiare in parallelo rispetto a quanto già sancito dalla Direttiva Servizi Media Audiovisivi (SMAV) e quelle che rientrano nel Digital Service Act¹⁷.

3. IL CASO ITALIANO

3.1 L'approccio normativo riguardante i media tradizionali e il ruolo della par condicio

La disciplina della propaganda e della comunicazione politica rientra nella cosiddetta legislazione elettorale di contorno¹⁸. Benché la definizione possa

¹⁷ Il Digital Service Acts (DSA) è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale il 27 ottobre 2022 ed è entrato in vigore il 16 novembre 2022 ed è direttamente applicabile in tutta l'Unione a partire dal primo gennaio 2024. Nel frattempo, è stato approvato anche il Digital Market Act, pubblicato nella Gazzetta ufficiale ed è entrato in vigore il primo novembre 2022. Come si legge sul sito della Commissione europea, il DSA è orientato a incrementare i meccanismi per la rimozione dei contenuti illegali e ad assicurare una efficace tutela dei diritti fondamentali degli utenti online, compresa la libertà di parola. Lo stesso, inoltre, dovrebbe introdurre un maggiore controllo pubblico sulle piattaforme online, in particolar modo per quelle che raggiungono oltre il 10% della popolazione dell'Unione. È stato introdotto un meccanismo di responsabilità degli utenti, delle piattaforme e delle autorità pubbliche, bilanciato sulla base dei valori europei, ponendo al centro i cittadini. A tal proposito, le norme dovrebbero assicurare un maggior grado di protezione dei consumatori e dei loro diritti fondamentali online, istituire un quadro efficace e chiaro in materia di trasparenza e responsabilità delle piattaforme online, nonché promuovere l'innovazione, la crescita e la competitività all'interno del mercato unico. Il DMA, invece, ha introdotto una normativa che tocca da vicino i mercati digitali e ha previsto l'introduzione di una serie di criteri oggettivi e molto precisi per definire le piattaforme online di grandi dimensioni che esercitano una funzione di controllo dell'accesso, definiti «gatekeeper». Sono prese in considerazione le imprese che: detengono una posizione economica forte, hanno un impatto significativo sul mercato interno e operano in più paesi dell'UE, occupano una forte posizione di intermediazione, vale a dire quelle che collegano un'ampia base di utenti a un gran numero di imprese, detengono (o stanno per detenere) una posizione solida e duratura sul mercato, ossia stabile nel tempo.

¹⁸ Per 'Legislazione elettorale di contorno', la cui formulazione è attribuibile a Fulco Lanchester (1994), si deve intendere la disciplina delle campagne elettorali, del loro costo e del loro finanziamento

indurre in errore, in realtà assume la stessa importanza della legislazione elettorale in senso stretto, giacché stabilisce le regole affinché il confronto politico-elettorale possa svolgersi in una cornice di eguaglianza e parità delle chances tanto per i partiti, quanto per i singoli candidati.

Una competizione elettorale che consente a tutti di partecipare a prescindere da eventuali costi o condizioni di svantaggio ha due corollari necessari: da un lato scongiura l'ipotesi che la politica possa diventare appannaggio esclusivo di chi ha il controllo della ricchezza (a maggior ragione da quando è stato abolito il finanziamento pubblico ai partiti politici)¹⁹, dall'altro garantisce i principi che necessariamente accompagnano il diritto di voto.

Appare dunque evidente come ciò inerisca indubbiamente sul *quantum* e sulla qualità della democrazia e i suoi circuiti

Perciò, le campagne elettorali, che si basano sul confronto e alle volte addirittura sullo scontro politico, devono essere ispirate a due principi fondamentali, ribaditi in diverse occasioni anche dalla Corte costituzionale italiana, vale a dire quello dell'equilibrio e dell'eguaglianza.

Non potendo in questa sede ripercorre il lungo *excursus* storico e i cambiamenti ingeneratisi nell'arco di storia costituzionale (Borrello, Frosini, 2019), è sufficiente ricordare che dopo la discesa in campo di Silvio Berlusconi nel 1994 – e la sua conseguente vittoria alle elezioni politiche²⁰ – la normativa sulla par condicio è stata approvata nel 2000.

La legge n. 28 del 2000, tuttora vigente e che riprende le linee essenziali di un precedente decreto²¹, ha operato una sistematizzazione dell'uso dei mezzi radiotelevisivi quando si tratta di fini politici. La normativa ha introdotto

pubblico e privato, la disciplina dell'informazione politica, la parte relativa ai regolamenti parlamentari; mentre con la formula 'legislazione elettorale' si fa riferimento all'insieme di norme costituzionali, ordinarie e regolamentari che disciplinano la titolarità e l'esercizio del voto elettivo. LANCHESTER (2004).

¹⁹ Nel panorama italiano, il tema del finanziamento pubblico ai partiti politici è stato a lungo particolarmente divisivo.

²⁰ Le elezioni del 27-28 marzo 1994, alle quali si erano presentate ben quattro coalizioni, pur quella di centro-destra alleata nei suoi due poli geografici, hanno visto la vittoria di Silvio Berlusconi. Si riportano brevemente i risultati: il Polo della Libertà/Polo del Buon Governo di Berlusconi ha ottenuto alla Camera il 42,84 per cento dei voti e al Senato il 42,60 per cento dei voti (e dunque rispettivamente 366 e 156 seggi); l'Alleanza dei Progressisti di Occhetto è riuscita a conseguire alla Camera il 34,34 per cento dei voti e al Senato il 32,90 per cento dei voti (e dunque rispettivamente 213 e 31 seggi); mentre il Patto per l'Italia con 15,75 per cento dei voti alla Camera e il 16,96 per cento dei voti al Senato si è visto assegnati 46 e 31 seggi. Cfr. <https://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=27/03/1994>

²¹ Il riferimento è al decreto-legge n. 83 del 1995 recante «*Disposizioni urgenti per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie*», che è stato reiterato più volte (d.l. n. 182/1995, 289/1995, n.386/1995, n.488/1995 e n. 19/1996) fino all'estate del 1996 quando è decaduto. La ripetuta reiterazione del decreto Gambino ha suscitato ampie critiche (nonché oggetto della sent. n. 161/1995 della Corte costituzionale), dal momento che limitava la possibilità di svolgere attività di propaganda e pubblicità relativamente ai quesiti abrogativi. Si v. LANCHESTER (2000).

norme per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica. La stessa ha avuto come principale obiettivo la promozione e la regolamentazione dell'accesso ai mezzi di informazione, al fine di consentire sia la parità di trattamento sia l'imparzialità rispetto a tutti i soggetti politici anche nel corso delle campagne elettorali. In questo senso, l'articolato del provvedimento disciplina non solo i messaggi politici autogestiti e la comunicazione politica radiotelevisiva, ma anche ciò che accade nei programmi di informazione attribuendo compiti di definizione e ripartizione alla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi e all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, senza dimenticare di normare anche il caso delle imprese radiofoniche dei partiti politici, la comunicazione istituzionale e la complessa questione dei sondaggi politici ed elettorali.

Nonostante la normativa imponga un vero e proprio pluralismo e benché introduca alcuni divieti – come quello di fornire indicazioni di voto o manifestare le preferenze da parte dei programmi di informazione dalla data di convocazione dei comizi elettorali e fino alla chiusura delle operazioni di voto ovvero quello di diffondere sondaggi demoscopici nei quindi giorni antecedenti al voto – la stessa oramai è eccessivamente risalente nel tempo. Difatti ignora del tutto sviluppo tecnologico intercorso, nonché la diffusione di piattaforme social, che possono raggiungere gli elettori in qualsiasi luogo, in qualsiasi momento, in maniera pressoché gratuita e con una immediatezza senza precedenti. Insomma, tutto e tutti a portata di un «clic». A ciò deve aggiungersi un elemento di non poco conto, vale a dire che i messaggi trasmessi via social possono essere particolarmente personalizzati ed essere diffusi in maniera capillare.

Il mezzo televisivo, anche surclassato, non è stato del tutto bypassato. Ne sono testimonianza due tendenze di reciproca contaminazione: se da un lato la televisione diventa sempre più social, dall'altro i social network sono sempre più inclini ad avvalersi di applicazioni broadcast (si pensi, ad esempio, alla «diretta Facebook»).

3.2 L'approccio volontaristico e il ruolo dell'AGCOM

In questa prospettiva, un ruolo di primo piano è svolto dall'AGCOM che, pur in assenza di una specifica disposizione, ma comunque alla luce del vigente quadro normativo, esercita «un ruolo di impulso e di coordinamento tra i diversi attori operanti nel settore dell'informazione online per favorire l'autoregolamentazione su base volontaria ai fini di contrasto dei fenomeni di disinformazione online in generale e, nello specifico, della lesione della corret-

tezza, dell'imparzialità e del pluralismo dell'informazione»²². Perciò, sulla scia tracciata in sede europea, volta a privilegiare l'autoregolamentazione come lo strumento che maggiormente si concilia con la natura dei soggetti coinvolti, anche in Italia si sta cercando di seguire la linea morbida della soft-law, ma con risultati non pienamente soddisfacenti. Tali norme, però, se un lato ben si adattano al recepimento dei mutamenti in ragione della loro natura particolarmente flessibile, dall'altro non hanno la stessa vincolatività e capacità coercitiva di una norma e, pertanto, i risultati stentano a manifestarsi (P. Bonini, 2020).

Difatti, in considerazione della capillare diffusione dei social network e della loro incidenza sul voto all'esito di consultazioni elettorali e referendarie, l'Autorità ha ritenuto opportuno creare un Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali che, come si legge nella delibera istitutiva,²³ ha il compito di promuovere l'adozione di modalità di intervento per contrastare sia la disinformazione sia lesione del pluralismo informativo online, favorendo tanto lo scambio di dati, quanto il confronto e il consolidamento di buone pratiche tra i soggetti operanti nel settore dell'informazione. In tal modo si potrebbe far rientrare in quanto già previsto per i mezzi di informazione offline dalla legge n. 28/2000, affinché possa essere garantita a tutti soggetti politici, con imparzialità ed equità e alle medesime condizioni, l'accesso agli strumenti di informazione e comunicazione politica forniti dalle piattaforme digitali (art. 2, comma 1, legge n. 28/2000).

In vista delle elezioni del 2018, il Tavolo tecnico ha elaborato delle Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale. Le stesse individuano alcuni principi generali (come parità di accesso, trasparenza dei messaggi pubblicitari elettorali, contenuti illeciti, etc.) che informano la materia, applicabili a tutti i mezzi di informazione, comprese le piattaforme digitali. Particolarmente interessante è il punto n. 5 che riguarda il silenzio elettorale. Richiamando quanto disciplinato dalla normativa vigente, per cui nel giorno precedente ed in quelli stabiliti per le elezioni è fatto divieto di ogni forma di propaganda elettorale (in tv e attraverso comizi pubblici), l'Agcom auspica – si badi bene al termine – che tale divieto possa essere fatto valere anche per quanto riguarda le piattaforme.

Anche se il primo banco di prova delle non si può dire pienamente soddisfacente (P. Bonini, 2020)²⁴, poiché si è dinanzi a un codice di autoregolamentazione, che peraltro non prevede uno specifico apparato sanzionatorio in caso di

²² Delibera 423/17/Cons., p. 3.

²³ DELIBERA N. 423/17/CONS

²⁴ Le linee guida hanno trovato prima applicazione durante le elezioni europee del maggio 2019. A tal proposito si v. BONINI (2020).

violazione, l'Agcom è intervenuta nuovamente nell'agosto del 2022. Difatti, in considerazione della improvvisa crisi di governo che ha portato il Presidente della Repubblica a sciogliere le Camere e a convocare i comizi elettorali per il 25 settembre 2022, l'Agcom, con delibera n. 299/22/CONS, ha adottato alcune disposizioni di attuazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione relative alle campagne per le elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Ribadendo i suoi poteri di vigilanza, di controllo e sanzionatori rispetto alla ripartizione degli spazi di comunicazione politica (tempo di parola e di notizia dedicati alle diverse posizioni politiche nei notiziari e nei programmi di approfondimento informativo), il Consiglio dell'Agcom ha adottato un regolamento che tiene conto anche delle piattaforme per la condivisione dei video, sottolineando come le stesse siano tenute ad assumere ogni utile iniziativa volta ad assicurare il rispetto dei principi di tutela del pluralismo, della libertà di espressione, dell'imparzialità, indipendenza e obiettività dell'informazione nonché ad adottare misure di contrasto ai fenomeni di disinformazione.

Proprio le piattaforme per la condivisione di video e social network, cui è dedicato l'art. 28 del regolamento, sono chiamate a collaborare, benché con procedure di autoregolamentazione. In ossequio dei principi appena menzionati, all'Autorità spetta altresì un'attività di promozione finalizzata all'adozione di misure che cerchino di arginare, se non addirittura evitare, la diffusione in rete, e in particolare sui social media, di contenuti in violazione dei principi a tutela del pluralismo dell'informazione e della correttezza e trasparenza delle notizie e dei messaggi veicolati, sanciti dagli articoli 4 e 6 del Testo unico dei servizi di media audiovisivi.

4. ALCUNI CENNI COMPARATI

Dopo lo scandalo di Cambridge Analytica e gli esiti impensabili del referendum Brexit, è finalmente emersa la complessità del tema *ivi* trattato, vale a dire di quanto la tecnologia digitale, pur in linea teorica strumento neutrale²⁵, è in grado di influire nel campo della rappresentanza politica, fino a manipolare le scelte di individui in maniera del tutto inconsapevole. Per questo, gli Stati si sono interrogati su come arginare tale fenomeno che incide direttamente sulla tenuta democratica degli ordinamenti, a maggior ragione quanto sono coinvolte le regole della rappresentanza. La soluzione più condivisa è quella di partire

²⁵ Sulla net-neutrality si v. OROFINO (2016), DE MINICO (2020).

dalle norme che governano i media tradizionali, ricomprendendovi i social network, una volta appurato il loro ruolo rispetto alla formazione delle opinioni.

A tal ragione, in alcuni Paesi, seppur in via embrionale, si è scelto di estendere alcune regole già applicate alla stampa e alla televisione anche ai media digitali per cercare di limitare il controllo dei dati di cui si sono appropriate le aziende del settore. È il caso della Spagna (Balaguer Callejon, 2019), e della Francia (Magnani, 2019; Rambaud, 2019) che hanno deciso di estendere: la disciplina del silenzio elettorale prima dell'apertura dei seggi ai media online, l'obbligo di non diffondere i sondaggi o exit polls prima delle elezioni, o ancora le limitazioni relative alla pubblicità di tipo politico nel corso delle campagne elettorali. Difatti, pur partendo dal presupposto che internet rappresenta l'elemento portante per l'esercizio della libertà di informazione e di propaganda, è necessario però tenere a mente che le due tematiche hanno un significato diametralmente opposto.

Nel caso spagnolo, quando si tratta di legislazione elettorale la chiave di volta è la LOREG vale a dire la Legge organica sul sistema elettorale generale, il cui obiettivo – come si legge nel preambolo – è quello di realizzare un quadro stabile affinché le decisioni politiche che riflettono il diritto di suffragio siano prese in piena libertà.

Come è facilmente intuibile, il periodo della campagna elettorale²⁶ è un momento circoscritto nel tempo e rappresenta il momento di massima intensità per quanto riguarda la comunicazione. Lo stesso, oltre a essere utilizzato dai candidati per raccogliere le preferenze è particolarmente sentito, perciò l'ordinamento spagnolo si basa su una rigida disciplina per quanto riguarda le attività consentite alle forze politiche e per quanto attiene alla distribuzione degli spazi, al fine di assicurare un alto grado di libertà di informazione e comunicazione che sono comunque informati ai principi di proporzionalità e necessità.²⁷ A tal ragione, il legislatore spagnolo ha delimitato specifiche regole al fine di assicurare il controllo della comunicazione e limitare il più possibile l'attività di influenza, o meglio di persuasione, nei confronti degli elettori e del loro diritto di voto. Ciò anche in ragione del fatto che la LOREG prevede che i candidati proclamati possano ottenere l'accesso ai dati censuari (art. 41 comma 5)²⁸, i cui profili di potenziale rischio sono inevitabilmente accresciuti in ragione della raccolta dei dati operata tramite i big data dalle aziende.

²⁶ La legge definisce la campagna come «el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios».

²⁷ Per un approfondimento si v. URÍAS, GALDÁMEZ (2020).

²⁸ Per opportunità si riporta qui l'articolo 41 comma 5: «Los representantes de cada candidatura podrán obtener dentro de los dos días siguientes a la proclamación de su candidatura una copia del censo

Nonostante una normativa particolarmente rigida, il legislatore spagnolo non sembra aver dedicato specifica attenzione al caso dei social media e delle imprese digitali, attestandosi su una semplice estensione delle regole già previsto. Unici due punti di rilievo sono due articoli introdotti nella LOREG. Il primo riguarda quanto disciplinato dall'art. 53, introdotto con una riforma approvata nel 2011. Tale articolo introduce un divieto di propaganda nel periodo antecedente alla campagna elettorale che è stato esteso anche ai media digitali. Nello specifico, all'interno del previgente divieto di campagna elettorale, dal momento dell'indizione delle elezioni fino all'inizio legale della campagna elettorale, non è possibile effettuare pubblicità o propaganda elettorale tramite manifesti, supporti commerciali o inserzioni non solo sulla stampa e sulla radio, ma anche su altri media digitali. In questo modo è ammissibile la creazione o l'utilizzo di pagine e siti web che raccolgono testi o articoli di formazioni politiche o candidati, o anche la partecipazione a social network, purché ciò non comporti la conclusione di contratti commerciali. È possibile desumere che l'informazione diretta all'elettorato sia consentita attraverso i media digitali dei partiti.

Il secondo è l'art 58 bis che disciplina l'uso di mezzi tecnologici e di dati personali nelle attività elettorali, inserito a seguito dell'approvazione della Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales ²⁹. In particolare, oltre alla possibilità di utilizzare i dati personali ottenuti da siti web e altre fonti pubblicamente accessibili per svolgere attività politiche durante il periodo elettorale da parte di partiti, coalizioni e raggruppamenti, il comma 3 legittima l'invio di propaganda elettorale tramite mezzi elettronici o sistemi di messaggistica e la contrattazione di propaganda elettorale su reti sociali o mezzi equivalenti, affermando che non possono essere considerati attività o comunicazioni commerciali. Pur se apprezzabile l'intento di intervenire disciplinando la questione, in realtà la formulazione appare del tutto spinosa. Il primo comma dell'articolo legittima la raccolta di

del distrito correspondiente, ordenado por mesas, en soporte apto para su tratamiento informático, que podrá ser utilizado exclusivamente para los fines previstos en la presente Ley. Alternativamente los representantes generales podrán obtener en las mismas condiciones una copia del censo vigente de los distritos donde su partido, federación o coalición presente candidaturas. Asimismo, las Juntas Electorales de Zona dispondrán de una copia del censo electoral utilizable, correspondiente a su ámbito.

Las Juntas Electorales, mediante resolución motivada, podrán suspender cautelarmente la entrega de las copias del censo a los representantes antes citados cuando la proclamación de sus candidaturas haya sido objeto de recurso o cuando se considere que podrían estar incursas en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 44.4 de esta Ley».

²⁹ In questa prospettiva si può desumere come la protezione dei dati sia soggetta a una duplice regolamentazione: da un lato, il Regolamento europeo che rappresenta il quadro comune a livello sovranazionale, dall'altro la legge organica 3/2018. In una delle sue pronunce, il Tribunale costituzionale ha riconosciuto che le normative europea e nazionale rappresentano lo sviluppo del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali. A tal proposito si v. la sentenza STC 76/2019 del 22 maggio.

dati personali relativi alle opinioni politiche delle persone svolte dai partiti politici nel quadro delle loro attività elettorali. Tale attività è tutelata nell'interesse pubblico solo se vengono offerte garanzie adeguate. Una formulazione di questo tipo appare particolare e forse eccessivamente permissiva, dal momento che consente la raccolta di dati sensibili, il cui uso sregolato, vietato dal regolamento europeo (art. 9) al di fuori del consenso dell'interessato o fatta eccezione per alcune ipotesi espressamente previste, può provocare distorsioni tanto nel dibattito politico quanto nell'estrinsecazione del principio democratico.

L'articolo specifica che, quando questo tipo di attività informativa viene svolta, la sua finalità elettorale deve essere messa ben in evidenza e ai destinatari deve essere assicurato il diritto di opposizione. Verrebbe da chiedersi però come questo diritto di opposizione possa essere garantito, potendo facilmente dedurre che sia stato delegato alle società tecnologiche³⁰.

Ad ogni modo, la modifica alla LOREG è stata anticipata qualche anno prima dalla Junta Electoral central che, con una Instrucción del 2007, aveva già compreso il ruolo impattante dei nuovi media digitali e delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione elettronica nell'alveo della propaganda elettorale tentando di arginarne gli effetti. Come si legge nel testo, l'obiettivo del documento era quello di chiarire che le prescrizioni stabilite dalla legislazione vigente in materia di campagna elettorale o di propaganda referendaria sono applicabili anche alle nuove tecnologie elettroniche e che il compito delle autorità pubbliche è quello di far rispettare la normativa vigente.³¹ Inoltre, spetta in capo alle aziende locali che decidono volontariamente – e gratuitamente – di mettere a disposizione dei candidati o dei partiti politici i loro siti web o altri mezzi di comunicazione elettronica il rispetto dei principi di neutra-

³⁰ Nel 2019 l'Agenzia spagnola per la protezione dei dati (AEPD) ha emanato una circolare avente ad oggetto il trattamento dei dati personali relativi alle opinioni politiche e l'invio di propaganda elettorale con mezzi digitali o sistemi di messaggistica da parte di partiti politici, coalizioni e gruppi di elettori. La circolare, che fa seguito alla rapporto pubblicato dall'Agenzia ed è stata adottata in vista delle elezioni, stabilisce i criteri in base ai quali la stessa può agire in applicazione della normativa sulla protezione dei dati in merito al trattamento delle opinioni politiche da parte dei partiti ai sensi dell'articolo 58 bis della LOREG, nell'ambito del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) e in conformità con le disposizioni della Costituzione spagnola, in modo tale da non violare i diritti fondamentali (come ad. es. il diritto alla protezione dei dati personali sancito dall'articolo 18. 4, il diritto alla libertà ideologica di cui all'articolo 16, la libertà di espressione e di informazione di cui all'articolo 20 o il diritto alla partecipazione politica di cui all'articolo 23. L'Agenzia ha imposto ai partiti una consultazione a tre settimane di distanza dal voto (delle legislative, comunali e europee del maggio 2019) rispetto ai dati raccolti e ha limitato il ricorso ai big data e vietato il microtargeting. Il testo della circolare è consultabile qui <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-3423>

³¹ La Instrucción richiama la normativa: Legge organica 5/1985, del 19 giugno 1985, sul Sistema elettorale generale; Legge organica 2/1980, del 18 gennaio 1980, sulla regolamentazione dei diversi tipi di referendum; la legislazione approvata dalle Comunità autonome in materia di campagna o propaganda elettorale.

lità politica, trasparenza e parità di accesso. In ogni caso, per la loro distribuzione devono essere seguiti i criteri stabiliti dall'articolo 56.2 della LOREG.

Appare dunque evidente che, pur con una piccola eccezione, la legislazione attualmente vigente è ancora in fase embrionale, non tenendo sufficientemente conto del ruolo di potere che hanno assunto i social network e le relative aziende tecnologiche. L'intervento è certamente apprezzabile anche se non tale da rappresentare un modello cui aspirare.

Dalla disamina delle poche norme approvate emerge come il legislatore spagnolo vi abbia fatto espresso riferimento solo con riguardo alla pubblicità e alla promozione diretta dei candidati sui social network senza però prevedere ulteriori specifiche necessarie, tra cui la più grave è la mancanza di tutela dei dati dei cittadini raccolti e trattati a fini elettorali.

Peraltro, è stato osservato che la classica distinzione fra pubblicità e propaganda sembra affievolirsi in prossimità di appuntamenti elettorali, non tanto negli obiettivi – che rimangono comunque politici – quanto piuttosto per le tecniche commerciali cui si fa sempre più ricorso.

Per quanto riguarda invece la Francia, a partire dal 2012, le campagne elettorali per le elezioni presidenziali sono state condotte con maggiore frequenza su Internet e sui social network. Una tendenza di questo tipo ha indubbiamente influenzato la modalità con cui si è deciso di affrontare la loro regolazione. Pur inquadrando l'uso dell'etere nella più generale tematica della comunicazione «audiovisuale», si sono ben presto posti due problemi: il primo, di livello generale, è quello di come applicare il codice elettorale, mentre il secondo, più specifico, di come applicare le regole della propaganda quando si tratta di internet e social network.

In virtù del pluralismo politico, tutte le emittenti – radiofoniche e televisive – devono concedere un tempo di parola a ogni corrente politica e ciò deve avvenire in maniera proporzionale rispetto al peso politico che esse assumono.

Anche se ogni candidato può esprimere liberamente il proprio pensiero in considerazione di un radicato principio di libertà di espressione, ciò però non può avvenire in maniera del tutto incondizionata, ma vi sono alcune limitazioni da rispettare (come ad es. per salvaguardare l'ordine pubblico, il divieto di pubblicità, raccolta di fondi, etc.)

Più in generale, le regole che sovrintendono la comunicazione durante il periodo elettorale, che sono state oggetto di revisione nel 2016³², prevedono una tripartizione delle tempistiche, distinguendo tra il periodo antecedente la data di pubblicazione della lista ufficiale dei candidati da parte del Consiglio

³² L. n. 2016-1917 del 29 dicembre 2016.

costituzionale, il periodo successivo alla pubblicazione e il periodo ufficiale di campagna elettorale – che prende avvio i 15 giorni antecedenti il primo turno –.

Con specifico riguardo all'uso di internet nel corso della campagna elettorale è necessario far riferimento alle poche disposizioni contenute nel codice elettorale, nonché alle raccomandazioni dell'Autorità di regolamentazione della comunicazione audiovisiva e digitale (Arcom)³³ e della Commissione nazionale per l'informatica e le libertà civili (CNIL).

Sebbene i partiti politici abbiano la facoltà di creare un proprio sito per la campagna elettorale, è necessario che rispettino però taluni obblighi. In particolare, il codice elettorale sancisce che le disposizioni in esso contenute relative ai divieti e alle restrizioni previste in materia di propaganda elettorale si applichino anche alle campagne elettorali svolte su internet, ricomprendendo dunque «qualsiasi messaggio avente carattere di propaganda elettorale diffuso con qualsiasi mezzo di comunicazione al pubblico per via elettronica» (articolo L. 48-1).

Inoltre, alla vigilia di ogni turno di votazione, è vietato trasmettere o far trasmettere qualsiasi messaggio che abbia carattere di propaganda elettorale «con qualsiasi mezzo di comunicazione al pubblico per via elettronica». Il giorno dello scrutinio, la diffusione di qualsiasi risultato elettorale, parziale o definitivo, prima della chiusura definitiva dell'ultimo seggio elettorale in Francia continentale è inoltre vietata «con qualsiasi mezzo di comunicazione al pubblico per via telematica».

Peraltro, è precisato che gli eventuali costi sostenuti per l'apertura di un sito web da parte di un candidato ai fini della sua campagna elettorale devono essere esplicitati nel rendiconto finale (art. 52-12 del Codice elettorale).

Oltre alla riforma del 2016, nel dicembre del 2018 è stata approvata la legge n. 1202 (*relative à la lutte contre la manipulation de l'information*). La normativa, che ha dovuto superare un forte ostruzionismo parlamentare e il vaglio preventivo del Consiglio costituzionale, è finalizzata ad assicurare nel periodo della campagna elettorale non solo un'informazione chiara e trasparente a tutti i cittadini, ma altresì «la sincérité du scrutin». Per il raggiungimento di tali obiettivi sono previste alcune misure a carico delle piattaforme digitali, tra cui si segnala l'obbligo di fornire agli utenti informazioni corrette, chiare e trasparenti in ordine all'identità del soggetto che commissiona alle piattaforme la promozione a pagamento di contenuti informativi di natura politica relativi a un dibattito di interesse generale e b) sull'utilizzo dei dati personali nel contes-

³³ Il Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) è stato sostituito dall'Autorità di regolamentazione della comunicazione audiovisiva e digitale (Arcom), che garantisce l'esercizio della libertà di comunicazione audiovisiva nonché il pluralismo politico.

to della promozione di contenuti informativi relativi a un dibattito di interesse generale; inoltre è fatto obbligo di rendere pubblico l'importo della prestazione in cambio della promozione di tali contenuti quando l'importo supera una certa soglia. Tali informazioni sono pubblicate in un registro che deve essere reso disponibile on line e che deve essere regolarmente aggiornato.

La normativa è perciò fortemente orientata agli obblighi di trasparenza a carico degli operatori digitali, anche con riguardo agli algoritmi di cui gli stessi si avvalgono. È inoltre richiesto un impegno nel contrasto alla disinformazione on line³⁴, che vede il coinvolgimento diretto dell'Autorità di regolamentazione della comunicazione audiovisiva e digitale. Tale organo amministrativo non solo ha il potere di autorizzare o revocare la diffusione di contenuti sui mezzi di comunicazione televisiva e digitale, ma può altresì sospenderla qualora diffonda notizie false che sono in grado di alterare la sincerità del voto.

Per quanto riguarda l'uso dei dati personali, nel giugno 2019 è stata novellata la legge «Informatique et Libertés» che regola l'uso di dati che rivelano direttamente o indirettamente le opinioni politiche delle persone interessate. Tutta la documentazione utilizzata per scopi politici deve essere conforme alle norme sulla protezione dei dati personali. In particolare, devono essere rispettati i principi di conservazione limitata, di sicurezza e riservatezza e di rispetto dei diritti delle persone.

In occasione delle elezioni presidenziali 2022 (Piciacchia, 2022), lo scorso febbraio la Commissione nazionale per il controllo della campagna elettorale presidenziale (CNCCEP)³⁵ ha pubblicato dapprima un parere e poi un rapporto³⁶ sull'uso degli account dei social network da parte dei candidati. L'organo ha innanzitutto ricordato che, quando si tratta di propaganda, i candidati e le relative strutture di supporto sono tenuti a rispettare taluni principi, tra cui il divieto di utilizzare risorse pubbliche durante una campagna elettorale. Nel ribadire il proprio ruolo di monitoraggio rispetto al corretto svolgimento della campagna elettorale sui social network ha sottolineato l'importanza di evitare non solo la diffusione di notizie false e di dichiarazioni diffamatorie,

³⁴ Al fine di fermare in maniera tempestiva la circolazione di notizie false è possibile dar seguito a un'azione legale. In questo caso spetta al giudice qualificare la «notizia falsa», secondo la definizione offerta della legge del 1881 che prevede tre criteri: a) deve essere evidente che la notizia sia falsa, b) la notizia falsa deve essere diffusa in maniera massiccia e c) deve recare pregiudizio alla correttezza del procedimento elettorale.

³⁵ La Commissione nazionale per il controllo della campagna elettorale (CNCCEP) è una commissione che ha una durata temporanea. Difatti viene istituita due mesi prima delle elezioni con l'incarico di garantire la parità di trattamento dei candidati. Ogni candidato comunica al CNCCEP la persona che può rappresentarlo in caso di necessità.

³⁶ Rapport établi par la Commission nationale de contrôle de la campagne électorale en vue de l'élection présidentielle (scrutins des 10 avril et 24 avril 2022)

ma anche di scongiurare le ipotesi di manipolazione attraverso la distribuzione massiva di messaggi.

Tra l'altro, in ragione del principio di neutralità nell'esercizio di funzioni pubbliche, l'organo ha ricordato che ogni candidato che ricopre già una posizione deve distinguere tra le comunicazioni legate alle proprie funzioni e quelle che invece sono strettamente legate alla campagna elettorale³⁷. Tale scelta è comprensibile perché evita di indurre in errore gli elettori. Difatti, l'uso di qualsiasi mezzo pubblico nell'ambito della campagna elettorale per le elezioni presidenziali è severamente vietato dalla legge del 1962 che governa le elezioni presidenziali³⁸, e in ragione di ciò è stata raccomandata la creazione di account specificatamente dedicati alla campagna elettorale.

Nel caso di violazione, la Commissione ha avvisato che si riservava il diritto di informare il pubblico o le autorità competenti di qualsiasi pratica «sleale» adottata da qualsiasi candidato, giacché in grado di pregiudicare il corretto svolgimento della campagna elettorale stessa o perché potenzialmente lesiva del principio di parità tra i candidati³⁹. Nella sua attività di valutazione e monitoraggio rispetto all'impatto che i social network hanno sulla conduzione della campagna elettorale, la Commissione ha tenuto in considerazione una serie di fattori quali la durata e le modalità di utilizzo dell'account, il pubblico che segue l'account, l'eventuale uso di risorse pubbliche per il monitoraggio, etc.

Come si legge nel rapporto, la Commissione, che ha vigilato durante tutta la campagna elettorale, non ha però riscontrato ulteriori comportamenti che ne giustificassero un intervento.

³⁷ Per opportunità si ricorda quanto disciplinato dall'art. L. 52-1 del codice elettorale, che dispone: «Pendant les six mois précédant le premier jour du mois d'une élection et jusqu'à la date du tour de scrutin où celle-ci est acquise, l'utilisation à des fins de propagande électorale de tout procédé de publicité commerciale par la voie de la presse ou par tout moyen de communication audiovisuelle est interdite. A compter du premier jour du sixième mois précédant le mois au cours duquel il doit être procédé à des élections générales, aucune campagne de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité ne peut être organisée sur le territoire des collectivités intéressées par le scrutin. Sans préjudice des dispositions du présent chapitre, cette interdiction ne s'applique pas à la présentation, par un candidat ou pour son compte, dans le cadre de l'organisation de sa campagne, du bilan de la gestion des mandats qu'il détient ou qu'il a détenus. Les dépenses afférentes sont soumises aux dispositions relatives au financement et au plafonnement des dépenses électorales contenues au chapitre V bis du présent titre».

³⁸ Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel

³⁹ A tal proposito, si ricorda che la Commissione ha inviato le proprie osservazioni al procuratore del candidato Emmanuel Macron sull'account Twitter @EmmanuelMacron in merito alla diffusione della sua dichiarazione di candidatura sotto forma di «Lettera ai francesi». In particolare, ha osservato che tale messaggio era legato alla propaganda elettorale e che, date le caratteristiche dell'uso di questo account Twitter, da anni utilizzato per trasmettere messaggi connessi all'esercizio delle sue funzioni di Presidente della Repubblica, sarebbe stato preferibile non utilizzare. La Commissione ha quindi invitato il candidato a rimuovere il post e, parimenti, ad astenersi dall'utilizzare l'account per diffondere messaggi legati alla propaganda elettorale durante la campagna.

Ulteriori osservazioni della Commissione sono state rivolte rispetto l'utilizzo di indirizzi e-mail degli elettori da parte di alcuni candidati nel corso della campagna elettorale. Sulla base di una serie di segnalazioni, la Commissione, in collaborazione con la CNIL, ha perciò effettuato un'attività di controllo rispetto all'attività di alcuni candidati che avevano inviato un quantitativo di messaggi e-mail su indirizzi di posta professionali, chiedendo chiarimenti sulle modalità di invio dei messaggi, sull'entità della spedizione e sui metodi utilizzati per la compilazione degli archivi di indirizzi. Alla luce di ciò, la Commissione ha ricordato che tali attività devono avvenire nel rispetto della legge sulla protezione dei dati personali, in particolare per quanto riguarda l'uso degli archivi di indirizzi a fini propagandistici

Inoltre, pur ribadendo il principio della libera espressione delle opinioni degli elettori sui social network, scevra da qualsiasi regolamentazione da parte di un'autorità amministrativa, la Commissione ha sottolineato l'importanza di evitare la diffusione di notizie false e di dichiarazioni diffamatorie in ragione di una possibile compromissione del regolare svolgimento della campagna elettorale. Se in linea generale la diffusione di tali contenuti su internet è potenzialmente illimitata, nello specifico il ricorso ai cd. bot consente di diffondere tali informazioni non solo su larga scala, ma ne ha aumentato la visibilità nonché la velocità di diffusione⁴⁰.

5. RIFLESSIONI APPARENTEMENTE CONCLUSIVE

In una società fortemente mediatizzata come quella odierna, ove larga parte della vita di ciascun individuo ruota intorno all'etere, l'assenza di informazioni disponibili e la poca presenza sui social network possono essere percepite come «une dissimulation de la vérité» (Cotteret, 2015).

Tali considerazioni possono essere declinate dal punto di vista dei partiti politici e, a tal proposito, si ritiene utile ad avviso di chi scrive richiamare, seppur brevemente, un recente caso giurisprudenziale italiano. Il 9 settembre 2019 la piattaforma Facebook (e Instagram) ha deciso di disattivare le pagine nazionali e territoriali del movimento politico CasaPound Italia (e altri profili di vari dirigenti, iscritti, attivisti connessi). La decisione di rendere inaccessibili le pagine indicate è stata assunta unilateralmente da Facebook con

⁴⁰ In questa sua attività di osservazione e controllo, la Commissione ha sostanzialmente ripreso quanto già attuato nel 2012 e nel 2017, avvalendosi anche del supporto di un team di agenti del Ministero dell'Interno, incaricati di monitorare internet e i social network per conto della Commissione

la motivazione che i contenuti pubblicati violavano le condizioni d'uso del social network⁴¹.

A seguito di ciò, l'associazione CasaPound ha presentato un ricorso d'urgenza al Tribunale di Roma (ex art. 700 c. c.), per ottenere la riattivazione delle pagine cancellate, sostenendo di non aver affatto violato le regole indicate nelle condizioni d'uso del social network e di avere pertanto subito illegittimamente un grave pregiudizio, anche in termini di danno di immagine. Particolarmente interessanti ai fini delle considerazioni che si vogliono in questa sede offrire risultano alcune delle motivazioni rese nell'ordinanza cautelare emessa dal Tribunale di Roma in composizione monocratica il 12 dicembre 2019 (r.g. n. 59264/2019). Il giudice, nell'accogliere integralmente le ragioni dei ricorrenti, ha osservato che sussiste un nesso innegabile tra i servizi offerti da Facebook e il principio del pluralismo politico espresso dall'art. 49 Cost. ritenendo che «il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano, come testimoniato dal fatto che la quasi totalità degli esponenti politici italiani quotidianamente affida alla propria pagina Facebook i messaggi politici e la diffusione delle idee del proprio movimento».

In questa prospettiva, si trova conferma di due questioni. Non solo di quanto sia effettivamente pervasivo il ruolo dell'etere, ma anche quanto sia determinante la presenza social dei partiti politici. Inoltre, stante la condizione attuale vi è da chiedersi se la crisi che ha investito il sistema politico italiano (ma non solo) possa essere risolta attraverso internet, in una sorta di funzione di ricostruzione della cinghia di trasmissione tra elettori ed eletti, sempre più messa a dura prova. Una riconciliazione che segue la strada dell'immediatezza e della parvenza di un dialogo diretto che si basa sull'ottenere – alle volte sul carpire – un consenso immediato nel corso delle campagne elettorali, ma che poi dovrebbe essere coltivato al di là dei «like».

Questo perché, al pari della televisione, la via digitale differisce da quella reale e finisce con espropriare «le istituzioni della loro autorità. Il suo vero potere consiste, per il ruolo che svolge nel sistema politico, nel ridurre o addirittura sopprimere il potere di chi lo esercita all'interno delle istituzioni» (Cotteret, 2015).

⁴¹ In particolar modo si ritenevano violati il divieto di incitamento alla violenza, sancito al punto n. 2 degli standard della community e il divieto di istigazione all'odio, sancito al punto n. 13. Qualche settimana dopo l'oscuramento da parte da Facebook, le pagine di CasaPound e di Forza Nuova hanno trovato ospitalità sul *social network* russo VKontakte, che si caratterizza per *policies* sui contenuti nei fatti molto più permissive.

All'epoca la diffusione così capillare della tv e l'impatto che la stessa ha avuto anche nel mondo della rappresentanza politica ha convinto della necessità di regolare tale strumento sulla base di principi pubblicistici. La disciplina di tale fenomeno ha riguardato tanto l'importanza del pluralismo (politico e informativo) quanto la necessità del silenzio elettorale, principi orientati a consentire da un lato l'eguaglianza e la parità di chances dall'altro il diritto dei cittadini a ricevere, in maniera consapevole, informazioni il più possibile complete e attendibili e che devono anche avere il tempo di elaborare. Tutti questi elementi sono ritenuti essenziali e imprescindibili affinché un ordinamento possa definirsi pienamente democratico.

Posto che sarebbe impossibile controllare a priori i miliardi di informazioni che circolano in rete, i post, i tweet, i video su tiktok e le immagini su instagram, è indubbio che il loro insieme è in grado di influenzare il voto nel brevissimo termine e per questo merita una quanto più adeguata regolazione per assicurare un voto che possa essere propriamente definito libero (Pitruzzella, 2017)⁴².

Negli ultimi anni si è registrata una certa sensibilità al fenomeno delle campagne elettorali e della diffusione di contenuti politici sui social media, che però ancora stenta a trovare compiuta disciplina, a differenza di quanto avvenuto in passato per i media «tradizionali». Gli esempi comparati citati nel presente scritto mostrano un'attenzione tiepida al fenomeno, che è ancora ben lontana dal trovare una disciplina sufficientemente adeguata.

Nel caso italiano si può dire che il fenomeno è del tutto ignorato, benché sarebbe sufficiente, in attesa di una normativa *ad hoc* che tenga conto delle differenze delle varie piattaforme, novellare la disciplina in vigore, vale a dire la legge sulla par condicio, ricomprendendovi anche i social media e i social network. Un tentativo di degna considerazione, che riprendeva la normativa tedesca NetzDG, era il ddl Zanda-Filippini che però si è arenato (Monti, 2017).

Al momento, i soli concreti interventi sono stati operati dal Garante per la protezione dei dati personali che, a margine delle elezioni del settembre del 2022, ha attivato un provvedimento d'urgenza nei confronti di Facebook Italia. Come si legge nel comunicato del 22 settembre 2022, tale provvedimento è volto a chiedere chiarimenti «in relazione alle attività intraprese dal social network riguardo alle prossime elezioni per il rinnovo del Parlamento italiano». L'attivazione di una simile procedura emergenziale si è resa necessaria a

⁴² Uno scenario nel quale i mezzi di comunicazione tradizionali vengono ogni volta più indeboliti per la tendenza delle grandi piattaforme di internet a monopolizzare il mercato pubblicitario. Cfr. PITRUZZELLA (2017).

seguito della notizia dell'attivazione di una campagna su Facebook e Instagram, parte della società Meta Platforms Ireland Limited, indirizzata agli utenti maggiorenni per fornire informazioni sulle elezioni del 25 settembre e «contrastare le interferenze e rimuovere i contenuti che disincentivano al voto», tramite la funzione Election day information (Edi). Nello specifico, come si legge nella ricostruzione offerta nel provvedimento del 21 dicembre 2022, Meta aveva predisposto per Facebook promemoria elettorali volti a reindirizzare gli utenti al sito web del Ministero dell'interno dove gli stessi avrebbero potuto «trovare informazioni attendibili sulle elezioni».

Per questo, l'Autorità Garante ha ritenuto necessario rivolgere specifiche richieste di informazioni a Meta, con particolare riguardo: a) alla natura e modalità dei trattamenti di dati connessi alla pubblicazione dei promemoria e degli adesivi ed alla eventuale loro condivisione, nonché ai tempi di conservazione dei dati raccolti; b) all'accordo dichiaratamente in essere con il Ministero dell'interno per l'invio dei predetti promemoria e la pubblicazione degli «adesivi»; c) alle policy aziendali e della Comunità social, nonché eventuali riferimenti nelle «Condizioni d'Uso», rilevanti rispetto alla cennata iniziativa; d) agli accordi realizzati con le organizzazioni indipendenti di fact-checking e flussi di dati scambiati con le medesime, con specifico riferimento ad eventuali nomine a responsabili del trattamento; d) alle modalità con le quali i trattamenti di cui sopra, in particolare quelli idonei a rivelare le opinioni politiche degli interessati, sarebbero stati portati a conoscenza dei medesimi e base giuridica che legittimasse i trattamenti stessi; e) alle misure poste in essere per garantire che l'iniziativa, come dichiarato, fosse portata a conoscenza esclusivamente dei maggiori di anni 18.

Meta ha fatto seguito alle richieste del Garante nell'immediatezza, trasmettendo una nota di risposta già il 22 settembre 2022 che è stata ritenuta non sufficientemente esaustiva e, perciò, l'Autorità ha invitato a sospendere temporaneamente il trattamento. Dopo una nuova risposta ritenuta insufficiente, il Garante Privacy ha dichiarato che il trattamento previsto da Meta Platforms Ireland Limited potesse verosimilmente configurare una violazione della disciplina vigente ed ha rivolto un avvertimento, con validità pari a tre mesi, a Meta Platforms Ireland Limited. Gli eventuali trattamenti dei dati personali oggetto del provvedimento avrebbero configurato una violazione delle disposizioni e si è perciò riservato di attivare le consentite procedure per l'adozione di misure definitive, ai sensi dell'art. 66, par. 2 del Regolamento.

In attesa di ulteriori sviluppi, vi è da ricordare come le garanzie di libertà e segretezza del voto rappresentano un baluardo posto a tutela dei cittadini affinché non solo non subiscano indebite forme di costrizione, ma parimenti

garantiscono la libera formazione dell'opinione pubblica, entrambe oggi messe a dura prova. A tutto ciò deve peraltro aggiungersi un fenomeno latente, ma sempre più incisivo, che si sta manifestando: la profilazione dei cittadini a fini politici ed elettorali. Le tecniche inizialmente ideate e impiegate a scopi commerciali per influenzare i consumatori negli acquisti sono sempre più utilizzate nelle campagne elettorali e nella comunicazione politica. Le piattaforme digitali (ma non solo) hanno compreso che le potenzialità dei big data e degli algoritmi sono ancor più marcate sul terreno della politica. Tali strumenti, inizialmente impiegati per monitorare in tempo reale i comportamenti dei potenziali elettori, col tempo hanno mostrato anche il loro lato oscuro, vale a dire quello di predire con un alto grado di probabilità, i comportamenti di voto. Le conseguenze di tale capacità predittiva⁴³, che si può anche tradurre in capacità prescrittiva, finiscono col contaminare l'esercizio dei diritti politici e con manifestare seri problemi in termini di tutela della riservatezza e di protezione dei dati personali. Vi è però da osservare che dinanzi al massiccio utilizzo dei social network nelle campagne elettorali e nella comunicazione politica non vi è stata una risposta regolatoria sufficientemente adeguata tanto a livello nazionale quanto a livello europeo. Ciò rappresenta una tendenza diametralmente opposta rispetto al passato, allorquando invece i legislatori (di diversi stati membri) hanno normato la diffusione di contenuti di tipo politico-elettorale attraverso i mezzi di comunicazione tradizionali (stampa e radiotelevisione), per tentare di garantire pari opportunità di accesso ai media e pari opportunità per la formazione dell'opinione pubblica e della volontà politica degli elettori.

Posto che oggi la società non si può più considerare strutturata sulla base di una generica comunicazione di massa, quanto invece su una comunicazione individualistica di massa (sia nel caso della comunicazione politica sia in quello della comunicazione elettorale ancorché sussista una loro differenza) e pur tenendo in considerazione che le innovazioni che derivano dal progresso scientifico-tecnologico impediscono un controllo in termini quantitativi e qualitativi, permangono diversi problemi. Gli stessi si manifestano non solo per quanto attiene l'eguaglianza delle chances, ma anche con riguardo alla necessità di capire a quale sia il ruolo dello Stato nell'assicurare il pluralismo dei mezzi, evitando che singoli o gruppi, con la concentrazione delle reti, riescano

⁴³ In ragione di ciò nel febbraio 2019 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha posto l'attenzione su strumenti algoritmici, capaci «not only to predict choices but also to influence emotions and thoughts and alter an anticipated course of action, sometimes subliminally» (punto n. 8). Council of Europe, Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes, 13 February 2019, Dec (13/02/2019).

ad assumere un peso eccessivo, se non addirittura preponderante, all'interno dell'opinione pubblica.

Si deve però ricordare che all'interno degli ordinamenti democratici la qualità della democrazia si basa sulla possibilità che i cittadini possano assumere decisioni in piena libertà, dopo aver selezionato le offerte presentate dai soggetti politicamente rilevanti, senza che vi siano indebiti condizionamenti. La mancanza di un apparato normativo che disciplini la materia mette perciò a dura prova la tenuta degli ordinamenti democratici, riverberando effetti tanto sulla forma di Stato, quanto sulla forma di governo.

BIBLIOGRAFIA

- ALLEGRI, M. R. (2020), *Oltre la par condicio, Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, Milano, Franco Angeli.
- AZZARITI, G. (2011), *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2.
- BALAGUER CALLEJON, F. (2019), *Social network, società tecnologiche e democrazia*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 3.
- (2021), *El impacto de los nuevos mediadores de la era digital en la libertad de expresión*, in *lceonline*, I, n., p. 19 ss.
- (2019), *El impacto de los nuevos mediadores de la era digital en la libertad de expresión*, Id., *Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia*, in *ReD-CE*, núm. 32. Julio-Diciembre.
- BASSINI, M. (2015) *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *DPCE*. n.3.
- BIANCA, M. (2019), *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Media-Laws*, n. 2.
- BONINI, P. (2020) *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, n. 11.
- BORRELLO, R., FROSINI, A. (2019), *La disciplina delle trasmissioni radiotelevisive di rilievo politico in Italia*, Maggioli editore.
- COTTERET, J. M. (2015), *Parlement 2.0*, Paris, Fauves Editions.
- CALIFANO, L. (2019), *Autodeterminazione vs eterodeterminazione dell'elettore: voto, privacy e social network*, in *Federalismi.it*, n. 16.
- (2022), *Comunicazione politica e social network*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, n. 10.
- (2016), *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.
- CALIFANO, L., COLAPIETRO, C. (2017), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

- D'ORAZIO, R., FINOCCHIARO, G., POLLICINO, O., RESTA, G., *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021.
- CARAVITA, B. (2018), *Il consenso ai tempi dei social*, in Federalismi.it, n. 13.
- (2021) *Davanti ad un mondo che cambia chi è più pericoloso tra Trump e Zuckerberg? Alla ricerca di una risposta che penetri nei meccanismi che governano la nostra vita in rete*, in Federalismi.it, n.1.
- (2019) *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in Federalismi.it, n.2.
- CUNIBERTI, M. (2017), *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in Medialaws.
- D'ATENA, A. (2019) *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in Rivista AIC, n.2.
- D'IPPOLITO, G. (2019), *Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social network*, in Media laws.
- FARO, S., FROSINI, T. E., PERUGINELLI, G. (2020) *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna, Il Mulino.
- FROSINI, T. F. (2011), *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in Rivista AIC.
- (2019), *Liberté, Egalité, Internet*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- GERBAUDO, P. (2015), *I partiti digitali. L'organizzazione politica nell'era delle piattaforme*, Il Mulino.
- GORI, G. (2017), *Social media ed elezioni. I limiti del diritto e il rischio di una modulated democracy*, in Informatica e diritto, n. 1-2.
- GRANDINETTI, O. (2019), *La par condicio al tempo dei social, tra problemi «vecchi» e «nuovi» ma, per ora, tutti attuali*, in Media Laws, 2019.
- HERNÁNDEZ PEÑA, J. C. (2020), *Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos*, in Revista Española de Derecho Constitucional, 124, pp. 41-73.
- LANCHESTER, F. (1996) *La propaganda elettorale (e referendaria) in Italia tra continuità sregolata e difficile rinnovamento*, in Quad, cost., fasc. 3 (dicembre).
- (2004), *Gli strumenti della democrazia: lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè editore, 2004.
- *Propaganda elettorale*, in Enc. dir., vol. XXXVII.
- LAURENTI COLLINO, N. (2020), *La webpolitica: la democraticità delle nuove forme di democrazia partecipativa*, in Nomos-Le attualità nel diritto, n. 1.
- LAZARSFELD, P., BERELSON, B., GAUDET, H. (1948), *The People's Choice: How the Voter Makes Up His Mind in a Presidential Campaign*, New York, Columbia University Press.
- MAGNANI, A. (2019), *Libertà d'informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in Forum di Quaderni Costituzionali, pp. 1-29;
- MONTI (2017), *La proposta del ddl Zanda-Filippin sul contrasto alle fake news sui social network: profili problematici*, in www.diritticomparati.it

- MORI, M., *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico esperti e il rischio della privatizzazione della censura nelle azioni dell'Unione europea (Code of practice on disinformation)*, in Federalismi.it.
- OROFINO, M. (2016), *La declinazione della net-neutrality nel Regolamento europeo 2015/2120. Un primo passo per garantire*, in Federalismi.it, n. 2.
- PICIACCHIA, P. (2022), *La (quasi scontata) riconferma di Macron all'Eliseo in attesa della (assai meno scontata) sfida per le elezioni legislative*, in Nomos-Le attualità nel diritto, n. 1.
- PITRUZZELLA, G. (2017), *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in Pitruzzella G., Pollicino O., Quintarelli S., *Parole e potere: Libertà d'espressione, hate speech e fake news. Italian Edition*. Egea.
- POLLICINO, O. (2017), *Fake news, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, in Media Laws, n. 1
- QUINTARELLI, S., *Parole e potere: Libertà d'espressione, hate speech e fake news. Italian Edition*. Egea.
- RAMBAUD, R. (2019), *Lutter contre la manipulation de l'information*, in *L'Actualité juridique: Droit administratif* (AJDA), 8, 2019, p. 453 e ss.
- SORO, A. (2019), *Democrazia e potere dei dati*, Baldini Castoldi, Milano.
- SUNSTEIN, C. R., (2017) *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton.
- URÍAS, J., GALDÁMEZ, A. (2020), *Información y libertad de expresión en periodo electoral*, Valencia, Tirant lo Blanch.

UNA NUOVA ERA COSTITUZIONALE ALLA PROVA DELLE TECNOLOGIE DI RICONOSCIMENTO FACCIALE. UNO STUDIO SULLE APPLICAZIONI PIÙ CONTROVERSE IN ITALIA E IN SPAGNA E LE «CONTRADDIZIONI» DELL'UNIONE EUROPEA

LORENZO SOTTILE¹
Università degli Studi di Genova

SOMMARIO: 1. *Sicurezza o sorveglianza di massa? Un'introduzione alle tecnologie di riconoscimento facciale.*–2. *Il caso spagnolo: le tecnologie di riconoscimento facciale tra progetti pilota e utilizzi strategici.*–3. *Il caso italiano: la sorveglianza a livello nazionale e le surveilled cities.*–4. *L'eccezione che diventa la regola nelle politiche dell'Unione Europea.*–5. *Proposte per un «attivismo costituzionale» in grado di ribaltare il paradigma securitario.*

1. SICUREZZA O SORVEGLIANZA DI MASSA? UN'INTRODUZIONE ALLE TECNOLOGIE DI RICONOSCIMENTO FACCIALE

La «rivoluzione tecnologica» (Galetta, Corvalán, 2019)² che ha caratterizzato gli ultimi decenni ha determinato l'emersione di una nuova era costituzionale. La crescita esponenziale dei dati disponibili, l'elaborazione di algoritmi sempre più sofisticati – specialmente quelli di *machine learning* (o di

¹ Dottorando di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali, Corso di Dottorato in Scienze Sociali. Il contributo è aggiornato al febbraio 2023.

² In questi termini si sono espressi GALETTA, CORVALÁN (2019), 3, richiamando l'idea di una Quarta Rivoluzione Industriale, caratterizzata da un alto grado di automazione e di interconnessione.

apprendimento automatico³) – e l’impiego capillare di sistemi di Intelligenza artificiale (IA) rivolgono complesse sfide al costituzionalismo contemporaneo, che si trova, necessariamente, a dover ridefinire i propri confini.

Il differente ritmo (Mobilio, 2021)⁴ che connota l’evoluzione del diritto e della tecnologia, oltre ad offrire nuove opportunità, sta generando contesti di «sostanziale anomia» (Mobilio, 2021)⁵, ove si insinua l’incontrollato potere dei c.d. *Big Tech*, in grado di alterare la tradizionale tripartizione dei poteri elaborata da Montesquieu⁶. In questo contesto caotico si manifesta, infatti, un indebolimento dello Stato di diritto e una frammentazione dei «centri decisionali»⁷ che espongono a seri rischi i diritti e le libertà fondamentali.

L’inarrestabile progresso tecnico pone una serie di questioni, tra le quali spicca la necessità di «ibridare» il diritto costituzionale con la tecnologia⁸ per ridurre la «discrepanza tra la semantica umana e il linguaggio degli algoritmi» (Mobilio, 2021)⁹. L’obiettivo primario di questo processo sembra rispondere all’esigenza di un’ampia estensione delle garanzie costituzionali per salvaguardare la tenuta dell’ordinamento; un intervento ritenuto urgente anche dall’Unione Europea, che negli ultimi anni si è focalizzata principalmente sull’elaborazione di strategie volte a «controllare» gli avanzamenti tecnologici. Quest’impegno è confluito nella proposta di regolamento del 21 aprile 2021 della Commissione europea per stabilire regole armonizzate sull’Intelligenza artificiale, elaborata secondo un’impostazione «antropocentrica» e basata su un sistema di tutele proporzionato al livello di rischio dei diversi dispositivi di IA impiegati.

A livello europeo è stato, dunque, promosso un atteggiamento di prudenza che ha interessato soprattutto gli applicativi che trattano «categorie particolari di dati personali»¹⁰; tuttavia, le sollecitazioni comunitarie non hanno dis-

³ Per comprendere approfonditamente il loro funzionamento, si veda BUCHANAN, MILLER (2017), 5 ss.

⁴ Così, MOBILIO (2021), 683; la concezione di un’evoluzione tecnologica che procede ad una velocità che non può essere controllata dall’essere umano viene evocata anche da CHOCHIA, NÄSSI (2021), 2, recuperando il pensiero di ELLUL (1964).

⁵ In tal senso, MOBILIO (2021), 92 e 119 ss.

⁶ Come osservato da CASONATO (2019), 178.

⁷ Particolarmente rilevanti sono i frequenti casi di *self-regulation* che permettono alle grandi imprese di riempire il vuoto giuridico per affermare i propri interessi. Per un’analisi delle principali critiche rivolte al fenomeno dell’autoregolazione si veda HIRSCH (2011), 458 ss.

⁸ Si riprende l’interessante considerazione di SIMONCINI, SUWEIS (2019), 103, in cui gli Autori prospettano «un diritto costituzionale che conosca e si esprima nel linguaggio della tecnologia».

⁹ MOBILIO (2021), 211, individuando una delle molteplici ragioni alla base dell’opacità dei processi decisionali algoritmici.

¹⁰ Secondo una definizione condivisa dall’art. 9 del regolamento 2016/679/UE (GDPR) e dall’art. 10 della direttiva 2016/680/UE (LED), si fa riferimento a dati in grado di rivelare l’origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l’appartenenza sindacale, nonché a dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all’orientamento sessuale della persona.

tolto gli Stati dall'utilizzo, nel tempo, delle tecnologie biometriche, pur in assenza di una cornice normativa *ad hoc* a livello nazionale, europeo o internazionale che le disciplinasse puntualmente.

Paradigmatico è il caso delle tecnologie di riconoscimento facciale (TRF), ossia le tecnologie biometriche che permettono di identificare una persona attraverso l'analisi dell'immagine del suo volto.

In riferimento a questa tipologia di sistemi, la ridotta invasività del controllo a distanza ha sicuramente favorito un uso massivo di tali tecnologie sia nel settore privato sia nel settore pubblico¹¹. Proprio facendo leva su questa caratteristica, idonea a distinguere gli applicativi menzionati da altri strumenti – quali, ad esempio, l'acquisizione delle impronte digitali o l'analisi del DNA¹² –, i Governi di alcuni Stati hanno sperimentato un tipo di controllo ubiquitario e pervasivo, la cui immaterialità consente di estrarre informazioni dai cittadini anche senza il loro consenso, interpretando il loro corpo come «*source of unprecedented accuracy and precision*» (Aas, 2006)¹³.

Un simile utilizzo delle TRF disvela, quindi, l'inadeguatezza del regolamento 2016/679/UE e della direttiva 2016/680/UE nel contrasto al massivo ricorso dei sistemi in questione e la necessità di una più puntuale risposta giuridica.

In particolare, desta profonda preoccupazione il possibile connubio delle tecnologie di riconoscimento facciale oggi disponibili con alcune attività, quali la sorveglianza degli spazi pubblici e le finalità di *law enforcement*, data la propensione alla creazione di un «Leviatano securitario» da parte delle politiche di sicurezza locali, nazionali ed internazionali.

L'uso indiscriminato delle tecnologie di riconoscimento facciale profila una pluralità di pericoli per l'architettura costituzionale degli Stati democratici, tra i quali si evidenziano un impatto diretto, idoneo a produrre effetti su un esteso catalogo di diritti e libertà fondamentali, ed uno indiretto, capace di ingenerare il c.d. *chilling effect*.

Dal primo angolo visuale, sembrano essere potenzialmente esposti ad una grave violazione il diritto all'identità personale¹⁴, il diritto alla riservatezza, il diritto alla privacy, il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto all'eguaglianza in senso formale. Per un verso, l'intrusività del controllo e la

¹¹ A titolo di esempio, basti pensare all'impiego nell'ambito dell'istruzione, della medicina, negli ambienti di lavoro, ma anche all'interno delle abitazioni, nelle banche, negli esercizi commerciali, in occasioni di manifestazioni pubbliche o eventi sportivi.

¹² Si veda DOMINGO JARAMILLO (2021), 24-25.

¹³ AAS (2006), 153.

¹⁴ A tal proposito, RAFFIOTTA, BARONI (2022), 4-5, hanno notato come la diffusione del digitale abbia determinato delle difficoltà in merito alla distinzione tra i concetti di identità e identificazione, sfumandone i contorni giuridici.

possibilità di raccogliere (quasi) liberamente dati sul *web* permettono di superare in maniera agevole la soglia del primordiale «*right to be let alone*», con un'invasione considerevole sia della sfera privata *online* che *offline*. Per altro verso, le condizioni di funzionamento delle tecnologie di riconoscimento facciale¹⁵ e i *bias* originati al momento della programmazione del modello algoritmico o nei *database* utilizzati come *training set*, fanno registrare molti casi di falsi-positivi e falsi-negativi, causando discriminazioni fondate prevalentemente sul genere e sull'origine etnica¹⁶.

Dal secondo angolo visuale, è stato evidenziato come la perdita di anonimato¹⁷ e la consapevolezza della capacità della macchina di «leggere» i tratti esteriori (e in alcuni casi persino le emozioni) delle persone osservate riesca a dissuadere i cittadini dal legittimo esercizio di libertà costituzionalmente riconosciute, tra cui quelle connesse alla libera manifestazione del pensiero.

Di conseguenza, è agevole comprendere come il profilo maggiormente problematico delle tecnologie di riconoscimento facciale si sostanzia nello scopo principale che orienta il loro utilizzo, ossia la finalità di identificazione per il monitoraggio di determinati luoghi pubblici e per le attività di *law enforcement*.

Il controllo è frequentemente realizzato attraverso una rete di telecamere a circuito chiuso, integrata con i sistemi di TRF, i quali «catturano» i volti di ogni persona che l'occhio elettronico incontra; procedono, successivamente, alla vera e propria identificazione dei soggetti, confrontando i volti registrati con quelli presenti in un *database* di riferimento, al fine di cercare delle corrispondenze che verranno elaborate sotto forma di percentuali di somiglianza.

Riflettendo sul meccanismo di funzionamento delle TRF, si può cogliere un'inedita combinazione tra la sorveglianza di massa e il consolidamento della pubblica sicurezza, le cui differenze divengono sempre più sfocate. In un primo momento, infatti, il dispositivo «intelligente» analizza una serie indefinita di persone, senza il loro espresso consenso, raccogliendo una vasta mole di informazioni e trattando indistintamente tutti come potenziali sospetti, avvicinandosi così all'idea di una sorveglianza di massa.

Tale operazione potrebbe concretizzarsi nell'individuazione di soggetti già precedentemente inseriti in un *database*, il che denota ulteriormente lo scopo, sotteso all'impiego di tali strumenti, di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali¹⁸. Emergono

¹⁵ Elementi come la posizione della telecamera, la distanza dall'obiettivo e il riflesso della luce possono incidere notevolmente sull'accuratezza e la precisione del risultato raggiunto dal dispositivo.

¹⁶ Si fa riferimento ai lavori di LESLIE (2020), e di BUOLAMWINI, GEBRU (2018).

¹⁷ SANTISTEBAN GALARZA (2021), 505.

¹⁸ Dall'art. 1 della direttiva 2016/680/UE.

quindi con forza delle istanze securitarie che rivelano, invero, la presenza di determinati obiettivi, «nascosti» all'interno dei *database* e corrispondenti essenzialmente a ricercati o a gruppi marginalizzati della società.

Quest'intreccio inestricabile di diverse finalità fa sorgere delle difficoltà di inquadramento della disciplina delle tecnologie di riconoscimento facciale sotto l'egida del GDPR o della LED. Tale rilievo, congiuntamente all'assenza di una normativa nazionale specifica, ha contribuito ad un impiego delle TRF elusivo dei diritti e delle libertà fondamentali.

In questa prospettiva deve essere inserita la Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre del 2021, che ha richiesto una «moratoria sulla diffusione dei sistemi di riconoscimento facciale per le attività di contrasto con funzione di identificazione, a meno che non siano usate strettamente ai fini dell'identificazione delle vittime di reati, finché le norme tecniche non possano essere considerate pienamente conformi con i diritti fondamentali, i risultati ottenuti siano privi di distorsioni e non discriminatori, il quadro giuridico fornisca salvaguardie rigorose contro l'utilizzo improprio e un attento controllo democratico e adeguata vigilanza, e vi sia la prova empirica della necessità e proporzionalità della diffusione di tali tecnologie; osserva che i sistemi non dovrebbero essere utilizzati o diffusi nei casi in cui i criteri di cui sopra non siano soddisfatti».

L'atto, seppur non vincolante, rappresenta un traguardo significativo nel processo di riaffermazione dei principi costituzionali sulla travolgente ascesa delle TRF. Tuttavia, non può non constatarsi, al contempo, come tale intervento tardivo abbia lasciato ampi margini alla generalizzata adozione dei sistemi in parola, come avvenuto in Spagna e in Italia.

Proprio il confronto tra le esperienze applicative sviluppatesi nei due Paesi permette di delineare un quadro dell'uso – spesso distorto – delle tecnologie di riconoscimento facciale in molteplici ambiti.

Le ragioni sottese all'analisi della sperimentazione italiana e di quella spagnola non sono però riconducibili soltanto all'ampia ed eterogenea casistica offerta, ma soprattutto agli elementi di affinità che connotano le due esperienze: viene in rilievo, anzitutto, «la costruzione di politiche securitarie attorno ad una percezione soggettiva della sicurezza, intesa come bisogno primario» (Pistorio, 2021)¹⁹; in secondo luogo, il ruolo di «custodi» della Costituzione e delle Carte europee ed internazionali svolto dalle Autorità Garanti per la protezione dei dati personali, a fronte della perdurante inerzia del legislatore; in terzo luogo, il mancato rispetto dei principi di liceità, correttezza, trasparenza

¹⁹ Richiamando PISTORIO (2021), 124.

e minimizzazione dei dati personali²⁰; infine, il lavoro di indagine delle organizzazioni della società civile e le inchieste giornalistiche che si attestano come le fonti d'informazione più complete ed accurate in merito ai casi di utilizzo delle tecnologie di riconoscimento facciale, le quali hanno principalmente ispirato la ricostruzione che segue.

2. IL CASO SPAGNOLO: LE TECNOLOGIE DI RICONOSCIMENTO FACCIALE TRA PROGETTI PILOTA E UTILIZZI STRATEGICI

La vicenda delle tecnologie di riconoscimento facciale in Spagna presenta alcuni tratti peculiari, distintivi rispetto alle altre esperienze applicative promosse nel contesto comunitario. In particolar modo, si evidenzia un impiego sporadico, ma diffuso, tanto nel settore pubblico quanto nel settore privato.

Sebbene non abbiano avuto materiale attuazione, numerosi sono stati i progetti pilota che hanno testimoniato una crescente volontà d'impiego delle TRF: basti pensare alla collaborazione intercorsa tra la *Empresa Municipal de Transportes (EMT)* di Madrid e Mastercard per installare un sistema di pagamento attraverso il riconoscimento facciale negli autobus pubblici²¹; oppure, al piano volto ad implementare la tecnologia 5G in Andalucía, che include tre applicazioni di tecniche di riconoscimento facciale²²; infine, al programma di sviluppo di un sistema di riconoscimento facciale all'interno del Cívitas Metropolitano, lo stadio del club calcistico dell'Atlético de Madrid²³.

Al di là del mancato seguito delle varie iniziative, non possono essere ignorati gli utilizzi concreti degli strumenti tecnologici menzionati, anche in considerazione del fatto che, al momento, la Spagna non ha dato seguito alla richiesta di moratoria proveniente dal Parlamento Europeo²⁴.

Un aspetto centrale della prassi applicativa spagnola consiste nell'assenza di sistemi di riconoscimento facciale operanti nelle strade del Paese²⁵. Infatti, le

²⁰ Ex art. 5 del regolamento 2016/679/UE.

²¹ DEL CASTILLO (2019).

²² Come riportato qui dal Ministerio de Economía y Empresa: https://portal.mineco.gob.es/es-es/comunicacion/Paginas/190430_np_01piloto.aspx.

²³ ABAD RAMÓN (2021).

²⁴ Già dal marzo del 2021, circa 70 studiosi, tra cui filosofi, sociologi, docenti di informatica e di scienze sociali, avevano firmato una lettera indirizzata al Governo spagnolo, chiedendo l'istituzione di una commissione d'inchiesta indipendente sui sistemi di riconoscimento facciale, per comprendere se vi sia la necessità di una moratoria sull'uso di queste tecnologie e sulla loro diffusione nel mercato.

²⁵ Come sottolineato nel *reportage* di ORTEGA (2020).

telecamere intelligenti installate nelle località di Las Rozas e Marbella rimangono nei limiti imposti dal GDPR in materia di trattamento di dati biometrici: il *software* di IA funziona attraverso il rilevamento di movimenti inusuali, la *búsqueda por apariencia* e la semplice analisi facciale, concentrandosi sui lineamenti del volto, il colore del vestiario, l'età, il genere, il colore dei capelli, l'andatura e l'aspetto fisico. Non si tratta, dunque, di dati biometrici e di TRF, il cui utilizzo da parte della Polizia locale non sarebbe stato ammissibile²⁶.

Al contrario, l'impiego di telecamere integrate con le tecnologie di riconoscimento facciale è diffuso in alcuni luoghi nevralgici della città di Madrid caratterizzati da un elevato tasso di affollamento, come la struttura fieristica di IFEMA e la *Estación Sur de autobuses*.

In quest'ultima area il sistema è attivo sin dal 2016 e, secondo i rapporti delle imprese che lo hanno installato, a partire da quell'anno sono stati registrati risultati eccellenti; in particolare, la riduzione degli incidenti si è attestata attorno al 75%. Le riprese avvengono costantemente e le immagini sono trasmesse sugli schermi del centro operativo per essere analizzate dal *software* in tempo reale e, ogni qualvolta venga rilevata una coincidenza con uno dei volti presenti all'interno del *database* di riferimento, un avviso allerta il *Departamento de Seguridad* della stazione, la quale, a sua volta, coopera con le forze dell'ordine statali.

Le dinamiche di funzionamento delle TRF nei diversi casi esaminati dimostrano come il processo di identificazione operato dai suddetti sistemi non possa prescindere da un controllo indiscriminato delle persone inquadrare e dal trattamento dei loro dati biometrici. Pertanto, è essenziale domandarsi se lo scopo del loro utilizzo sia effettivamente quello di garantire la sicurezza pubblica diminuendo i tassi di criminalità oppure quello di attuare una vera e propria sorveglianza di massa.

Inoltre, appare difficile – se non impossibile – trovare un equilibrio tra l'impiego di questi dispositivi e i diritti e le libertà fondamentali, in assenza di una normativa di rango primario che imponga dei rigidi confini alle esigenze confliggenti.

Proprio quest'ordine di riflessioni ha orientato il duplice intervento dell'*Audiencia Provincial de Barcelona* e dell'*Agencia Española de Protección de Datos* nel 2021 sul «caso Mercadona». La famosa catena di supermercati aveva avviato, dal giugno del 2020, l'installazione di telecamere con sistemi di riconoscimento facciale in quaranta delle sue filiali, per identificare

²⁶ PÉREZ COLOMÉ (2019); RAGAZZI, KUSKONMA, PLÁJÁS, VAN DE VEN, WAGNER (2021), 41-42.

soggetti con un ordine di allontanamento dai suoi negozi o destinatari di misure analoghe.

La base giustificativa del progetto era stata identificata nelle dichiarate finalità di miglioramento della sicurezza dei clienti e dei lavoratori; tuttavia, i giudici hanno evidenziato molteplici violazioni della disciplina vigente in materia di protezione dei dati personali, che hanno condotto all'irrogazione di una sanzione pecuniaria di circa due milioni e mezzo di euro inflitta a *Mercadona* dall'AEPD. Infatti, la misura di controllo posta in essere dalla catena di supermercati non aveva rispettato: le condizioni di liceità del trattamento (art. 6 GDPR); i divieti imposti per il trattamento di categorie particolari di dati personali (art. 9 GDPR); il principio di minimizzazione dei dati (art. 5.1.c)); l'obbligo in capo al titolare del trattamento di fornire agli interessati le informazioni previste dagli artt. 12 e 13 del GDPR e di mettere in atto misure tecniche e organizzative per la protezione dei dati (art. 25.1 GDPR); i requisiti richiesti per la redazione della valutazione d'impatto sulla protezione dei dati.

La vicenda appena richiamata conferma la necessità di sollecitare una maggiore attenzione e, auspicabilmente, un cambio di marcia, sia in ambito pubblico sia privato, rispetto all'uso generalizzato delle tecnologie di riconoscimento facciale. I giudici e l'Autorità Garante spagnoli, infatti, hanno dimostrato di poter rivestire un ruolo decisivo nella salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali anche in una situazione di vuoto legislativo, scoraggiando qualsiasi tipo di applicazione irrispettosa dei principi sanciti dal diritto interno, europeo ed internazionale.

A tal proposito, sarà dirimente il controllo esercitato dall'*Agencia Española de Protección de Datos* sulla liceità e le potenziali modalità di utilizzo del sistema ABIS (*Automated biometric identification system*), che potrà essere presto a disposizione della *Policía Nacional*, della *Guardia civil* e delle altre forze di polizia. Nonostante le rassicurazioni provenienti dal Ministero dell'Interno in merito alla costruzione della base dati di riferimento e all'esclusione di un impiego della TRF orientato alla vigilanza e al monitoraggio in tempo reale degli spazi pubblici, permangono dubbi sul soddisfacimento degli *standard* di trasparenza richiesti dalla normativa comunitaria e sul livello di tollerabilità dell'incidenza delle suddette tecnologie sull'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali²⁷.

²⁷ PASCUAL (2022).

3. IL CASO ITALIANO: LA SORVEGLIANZA A LIVELLO NAZIONALE E LE *SURVEILLED CITIES*.

Il rapporto tra l'Italia e le tecnologie di riconoscimento facciale si è rivelato, sin dalle prime sperimentazioni, molto solido e ben strutturato, articolandosi su due livelli: il piano nazionale e il piano locale, in grado di interagire tra loro in un proficuo scambio di informazioni²⁸.

Il primo impulso per lo sfruttamento di questi dispositivi, in funzione strumentale alle politiche di sicurezza e alle attività di indagine e repressione dei reati, risale al 2016, quando il Ministero dell'Interno ha proceduto all'acquisto di SARI (Sistema Automatico di Riconoscimento Immagini). Tale sistema presenta due diversi scenari operativi: SARI *Enterprise*, che, affiancandosi al sistema AFIS-SSA, confronta un'immagine con le fotografie presenti nell'archivio dei soggetti fotosegnalati e SARI *Real Time*, che analizza in tempo reale i volti delle persone riprese dalle videocamere confrontandoli con una *watchlist* di riferimento e generando un *alert* al momento della rilevazione di una corrispondenza.

Nonostante la cospicua spesa iniziale, la loro attivazione è stata subordinata al parere del Garante per la protezione dei dati personali, il quale si è espresso in termini differenti sulle due modalità operative.

Per quanto attiene al sistema SARI *Enterprise*, il Garante, attraverso il parere reso in data 26 luglio 2018, ha affermato che il suo utilizzo non presenta problematicità dal punto di vista della protezione dei dati personali. È stato osservato come il sistema si sostanzi in un ausilio per l'automatizzazione di determinati passaggi che fino a quel momento richiedevano l'inserimento manuale; pertanto, non si verifica un nuovo trattamento di dati personali, ma una nuova modalità di trattamento di dati biometrici che dovrà avvenire nei limiti del diritto dell'Unione Europea e delle norme nazionali che lo prevedono.

Alcune criticità sono state, invece, rilevate in riferimento al sistema SARI *Real Time*. Il Garante è intervenuto il 25 marzo del 2021 con un parere non favorevole rispetto all'utilizzo del sistema in parola, evidenziando un trattamento su larga scala di «particolari categorie di dati personali», che coinvolgerebbe tutte le persone che circolano nello spazio pubblico monitorato, mettendo a rischio la tutela dei loro diritti e libertà fondamentali. Il Garante pare, dunque, mettere in guardia dal pericolo di un uso arbitrario di SARI *Real Time* da parte delle forze dell'ordine, che potrebbe alimentare una sorta di «sorve-

²⁸ Il materiale raccolto dal Centro Hermes per la Trasparenza e i Diritti umani digitali è stato indispensabile per ricostruire l'esperienza italiana.

glianza universale», inserendosi in un *gap* legislativo che non fornisce adeguata tutela ai soggetti interessati dal trattamento.

La vicenda conferma, in ogni caso, l'inadeguatezza del GDPR e della LED a fondare una solida base per l'utilizzo delle tecnologie di riconoscimento facciale e l'urgente necessità di un intervento legislativo che miri alla salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, limitando le occasioni di impiego delle TRF e chiarendo i criteri di selezione dei soggetti inseriti nella *watchlist*.

Analoghe problematiche si rintracciano nella dimensione locale, laddove l'operatività dei dispositivi è strettamente legata alle politiche comunali in materia di sicurezza urbana. Nonostante il numero dei reati commessi e denunciati all'autorità giudiziaria da parte delle forze dell'ordine dimostri, negli ultimi anni, una significativa flessione²⁹, alcuni Comuni hanno recentemente investito ingenti somme per dotarsi di videocamere da posizionare in zone strategiche delle città, al fine di migliorare l'azione di prevenzione e repressione dei reati e combattere situazioni di degrado.

Il caso più rilevante è quello della città di Como, dove le videocamere di determinate aree sono state integrate con un sistema dotato di una funzione di riconoscimento facciale, di visualizzazione di immagini in tempo reale e di rilevamento automatico di *loitering*. Sebbene la valutazione d'impatto preventiva presenti il sistema come un classico strumento di videosorveglianza, è indubitabile che esso agisca secondo modalità diverse, più precisamente attraverso un trattamento massivo di dati biometrici. Come rilevato dal Garante della privacy il 26 febbraio del 2020, anche in questo caso sarebbe insufficiente il richiamo delle norme esistenti, come la LED e la legge n. 38/2009, il cui art. 6, ai commi 7 e 8, prevede la possibilità per i Comuni di utilizzare sistemi di videosorveglianza in luoghi pubblici o aperti al pubblico, indicando espressamente le modalità di conservazione dei dati. Di conseguenza, il Garante ha intimato l'interruzione dell'utilizzo del sistema di riconoscimento facciale in attesa di una base giuridica specifica.

Tale provvedimento è stato fondamentale anche per arrestare sul nascere alcune sperimentazioni in corso di attivazione nei Comuni di Udine e Torino. Il progetto «ARGO» del capoluogo piemontese, pur non includendo tra i sistemi di sorveglianza le tecnologie di riconoscimento facciale, contemplava l'adozione di strumenti in grado di estrarre metadati in tempo reale, quali, ad

²⁹ Si consulti l'«Indice della criminalità» degli ultimi anni del Sole 24 Ore, elaborato su dati del Dipartimento di Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno.

esempio, la distinzione tra uomo e donna, la presenza di oggetti o accessori e informazioni relative all'abbigliamento.

I limiti imposti dall'intervento dell'Autorità indipendente non hanno, tuttavia, dissuaso i Comuni dalla ricerca di soluzioni «intelligenti» per garantire un maggiore senso di sicurezza ai cittadini, anche a scapito della tutela dei loro diritti e libertà fondamentali.

È ragionevole aspettarsi, quindi, che, in attesa del regolamento comunitario *ad hoc*, verranno presentati altri progetti per creare delle *smart cities*, suscettibili di trasformarsi in vere e proprie *surveilled cities*³⁰. Tali progetti non potranno includere le tecnologie di riconoscimento facciale, dal momento che il Parlamento italiano è intervenuto introducendo una moratoria triennale nella legge n. 205/2021 che ha convertito il decreto-legge n. 139/2021 (c.d. dl Capienze). L'art. 9, comma 9 della legge appena richiamata, infatti, dispone la sospensione dell'utilizzo di impianti di videosorveglianza che impiegano sistemi di riconoscimento facciale in luoghi pubblici o aperti al pubblico da parte delle autorità pubbliche o di soggetti privati, fino all'entrata in vigore di una disciplina legislativa della materia, e comunque non oltre al 31 dicembre 2023³¹.

L'Italia è stato il primo Paese europeo ad aver introdotto la moratoria sulle TRF attraverso un divieto caratterizzato da una notevole estensione. Occorre però sottolineare le eccezioni contenute nel comma 12 della legge n. 205/2021: le tecnologie in esame potranno essere impiegate dalle autorità competenti a fini di prevenzione e repressione dei reati o di esecuzione di sanzioni penali in presenza del parere favorevole del Garante, il cui controllo *ex ante* non sarà, invece, richiesto in caso di trattamenti effettuati dall'autorità giudiziaria nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, nonché di quelle giudiziarie del pubblico ministero.

Può dunque evidenziarsi come, da un lato, siano state scongiurate le derive securitarie delle politiche di sicurezza dei Comuni; dall'altro non possono dirsi del tutto rimossi i pericoli associati all'utilizzo delle TRF anche nel nostro Paese.

Sembra, quindi, che il «colpo decisivo» dovrà essere sferrato in ambito comunitario. Per questo motivo, occorre spostare il *focus* sulle criticità degli atti che l'Unione Europea ha adottato o ha intenzione di adottare nell'immediato futuro.

³⁰ Confermano questa tendenza l'annuncio dell'avvio di un sistema di videosorveglianza che prevede l'impiego di tecnologie di riconoscimento facciale da parte del Comune di Lecce e la volontà del Comune di Arezzo di sperimentare «super-occhiali infrarossi» al fine di verificare, nell'immediatezza, la validità dei documenti dei guidatori attraverso il rilevamento delle targhe dei veicoli. Il Garante privacy ha prontamente bloccato i progetti aprendo un'istruttoria nei confronti dei due Comuni interessati.

³¹ La moratoria è stata successivamente prorogata sino al 31 dicembre 2025 dalla legge n. 87/2023 che ha convertito il decreto-legge n. 51/2023.

4. L'ECCEZIONE CHE DIVENTA LA REGOLA NELLE POLITICHE DELL'UNIONE EUROPEA

Dai rilievi sinora proposti ben si comprende come le normative che verranno eventualmente introdotte all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea per regolare l'utilizzo delle tecnologie di riconoscimento facciale dipenderanno strettamente dalle sorti della proposta di regolamento sull'IA della Commissione europea.

Seppur in quest'ultima siano assenti disposizioni espressamente dedicate alle tecnologie oggetto del presente studio, si rintracciano, in essa, ricorrenti menzioni a vari sistemi di identificazione biometrica, tra cui quella remota «in tempo reale», che ricomprende anche la funzione maggiormente contestata delle TRF.

La proposta avanzata a livello comunitario si sviluppa secondo un'impostazione basata sull'individuazione di diversi livelli di rischio, distinguendo pratiche di IA vietate, ad alto rischio e a basso rischio. I sistemi di identificazione biometrica remota «in tempo reale» negli spazi accessibili al pubblico rientrano nel primo gruppo, poiché il loro utilizzo è ritenuto inaccettabile in quanto contrario ai valori dell'Unione.

Il lapidario divieto viene tuttavia ridimensionato sotto alcuni aspetti: innanzitutto, sono previste delle eccezioni che permettono l'impiego di questi sistemi in via straordinaria, ai fini, per esempio, della ricerca mirata di potenziali vittime specifiche di reato, compresi i minori scomparsi; della prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di un attacco terroristico; del rilevamento, localizzazione, identificazione o azione penale nei confronti di un autore o un sospettato di un reato punibile con la pena detentiva di almeno tre anni. In secondo luogo, sempre qualora dovesse ammettersi il loro utilizzo in via eccezionale, la richiesta dell'autorizzazione di un'autorità giudiziaria o di un'autorità amministrativa indipendente dello Stato potrebbe avvenire contestualmente o successivamente allo stesso utilizzo.

Queste eccezioni rappresentano, a ben guardare, altrettanti punti di debolezza della proposta, essendo idonee ad attribuire agli Stati membri un ampio potere discrezionale in ordine all'utilizzo degli strumenti in parola³². Le perplessità sul punto risultano confermate, peraltro, dal *considerando* (68), il quale prevede che «per motivi eccezionali di pubblica sicurezza o di tutela della vita e della salute delle persone fisiche nonché della proprietà industriale e

³² DE GREGORIO, PAOLUCCI, POLLICINO (2022).

commerciale, gli Stati membri possano autorizzare l'immissione sul mercato o la messa in servizio di sistemi di IA che non sono stati sottoposti a una valutazione della conformità».

Tali criticità evidenziano l'urgenza della riflessione necessaria a rendere il futuro regolamento più coerente e realmente rispettoso dei diritti fondamentali messi a rischio dall'IA. Difatti, l'apparente approccio «*human-centric*» sembra cedere il passo alle esigenze del mercato e alle istanze securitarie, laddove l'attenzione prioritaria dedicata, nei *considerando*, ai diritti fondamentali e ai valori europei tende ad affievolirsi nelle disposizioni che formano il testo della proposta³³.

Vere e proprie «contraddizioni» si manifestano altresì in una dimensione più ampia, dimostrando un'assenza di uniformità nelle stesse politiche dell'Unione. Il riferimento va all'approvazione, da parte del Consiglio europeo, della proposta di regolamento denominata «Prüm II» in data 8 aprile 2022. Attraverso la predisposizione di un *router* centrale, il documento mira ad implementare ed automatizzare gli scambi di dati personali, compresi i dati biometrici, tra le autorità di pubblica sicurezza degli Stati membri. Il Garante europeo per la protezione dei dati ha sin da subito invitato gli organi dell'UE a riflettere sugli effetti negativi che il sistema potrebbe produrre sui diritti e sulle libertà fondamentali e sui profili di opacità relativi alle generiche modalità di utilizzo del *router*³⁴.

Le prospettive future iniziano ad essere, dunque, più allarmanti, al punto da far evocare la minaccia di una «biosorveglianza» mai sperimentata sino a questo momento³⁵.

5. PROPOSTE PER UN «ATTIVISMO COSTITUZIONALE» IN GRADO DI RIBALTARE IL PARADIGMA SECURITARIO

Lo stato dell'arte in tema di tecnologie di riconoscimento facciale mostra come tali strumenti siano, nella loro configurazione attuale, ben lontani da una

³³ DE GREGORIO, PAOLUCCI, POLLICINO (2021). Un ulteriore sbilanciamento a favore degli interessi economici è stato rilevato da PAGNANELLI (2021), 803-804, nell'art. 56, co. 2, lett. b), della proposta di regolamento sull'IA, laddove il mercato interno viene individuato come area di intervento del comitato europeo per l'intelligenza artificiale.

³⁴ MASCOLO (2022).

³⁵ Dello stesso tenore le considerazioni di Ella Jakubowska, consulente politica dell'ONG European Digital Rights (EDRi), che ha descritto il progetto come «l'infrastruttura di sorveglianza biometrica più ampia che avremo mai visto al mondo».

pacifica convivenza con i diritti e le libertà fondamentali consacrati all'interno delle Costituzioni.

Si impone, dunque, un duplice ordine di riflessioni, che investe, inizialmente, la «tensione» (Maccabiani, 2022)³⁶ tra diritto e tecnologia e, in un secondo momento, il ruolo del costituzionalismo contemporaneo nella ridefinizione dei confini dei diritti e delle libertà fondamentali.

Per quanto concerne il primo profilo, occorre prendere in esame le diverse strategie che il legislatore, sia nazionale sia comunitario, può attuare per dirimere la tensione citata, senza trascurare, tuttavia, le difficoltà derivanti dall'elevato grado di competenze tecnico-scientifiche richiesto per regolamentare il progresso tecnologico e dal differente ritmo evolutivo che connota i due elementi in gioco. Sul punto, gli approcci possibili sembrano potersi tradurre in un atteggiamento di eccessiva prudenza suscettibile di convertirsi nell'assenza di disciplina o nella tutela anticipatoria dei diritti e delle libertà secondo le coordinate del principio di precauzione³⁷; oppure in un sistema di iper-regolamentazione che rischia di divenire rapidamente obsoleto e, di conseguenza, inidoneo a rappresentare la realtà e a salvaguardare le garanzie individuali e collettive.

Entrambi gli scenari delineati conducono, a ben guardare, ad una «sconfitta» del diritto e palesano la necessità di evitare una rincorsa affannosa per il conferimento di una forma giuridica ad ogni componente della rivoluzione tecnologica, nonché l'esigenza di concentrare gli sforzi nel disciplinare gli applicativi che indeboliscono concretamente l'architettura costituzionale degli Stati democratici.

Ecco allora che, tornando alle TRF, il *focus* del problema non deve essere genericamente individuato negli algoritmi che fondano la loro esistenza, bensì nell'utilizzo effettivo a cui sono destinati tali dispositivi.

Infatti, come evidenziato, solamente nei casi in cui il loro impiego sia finalizzato all'identificazione, attraverso attività di sorveglianza degli spazi pubblici e di *law enforcement*, si manifestano le molteplici situazioni di pericolo per i diritti e le libertà fondamentali; criticità che incidono altresì sul piano teorico, laddove si assiste già da tempo alla crisi trasformativa dei diritti e delle libertà che «*de artificio formal para afrontar la realidad*» stanno diventando «*artilugios sospechosos; poco fiables*» (Chueca Rodríguez, 2019)³⁸.

³⁶ COSÌ, MACCABIANI (2022), 72.

³⁷ SIMONCINI, SUWEIS (2019), 102 e ss.

³⁸ Riprendendo le illuminanti riflessioni di CHUECA RODRÍGUEZ (2019), 27.

Tale frequente uso distorto sta determinando una distanza sempre maggiore tra la sicurezza, ora intesa squisitamente in termini negativi³⁹ e i diritti e le libertà fondamentali, decostruendo l'originario connubio formulato nell'art. 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 che ha trovato, poi, pieno riconoscimento nelle Carte fondamentali degli ordinamenti democratici. Infatti, come testimoniato dalle esperienze applicative delle TRF in Italia e in Spagna, il modello della «sicurezza dei diritti» su cui si reggono le Costituzioni del dopoguerra sta attualmente perdendo terreno a favore del «diritto alla sicurezza»⁴⁰, promosso all'interno degli ordinamenti nazionali e a livello europeo.

Dinanzi al graduale indietreggiare della declinazione della sicurezza in funzione strumentale alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali e alla contestuale affermazione della prevalenza del dominio securitario, il costituzionalismo contemporaneo è obbligato a fornire una risposta proattiva, sopperendo anche alle «contraddizioni» delle recenti politiche dell'Unione Europea.

Si auspica, pertanto, la nascita di un «attivismo costituzionale» che orienti il suo impegno in direzioni diverse. Seppur rivesta notevole interesse l'aspetto semantico e, quindi, l'idea di sviluppare un diritto costituzionale «ibrido», a parer di chi scrive è altrettanto importante prestare adeguata attenzione all'effetto inverso, caldeggiando una contaminazione dell'ambito tecnologico con la cultura costituzionale ed inaugurando la stagione della tutela *by education* (Simoncini, Suweis, 2019)⁴¹. Tale processo dovrà, tuttavia, passare previamente per la ricostruzione dogmatica dei diritti e delle libertà nella direzione di un ampliamento dei loro confini, al fine di scardinare il paradigma securitario oggi dominante.

In riferimento alle tecnologie di riconoscimento facciale – ma il discorso ben potrebbe estendersi al di là delle questioni sin qui trattate – sembra che la ridefinizione del contenuto dei diritti e libertà fondamentali sia divenuta appannaggio delle Autorità Garanti per la protezione dei dati personali e della giurisprudenza interna e sovranazionale; il che rafforza le preoccupazioni che gravitano intorno all'inerzia del legislatore e all'assenza di una disciplina *ad hoc* rivolta alla regolazione delle TRF.

Invero, è necessario il compimento di un passo ulteriore: l'«attivismo» che dovrà porre le nuove basi del costituzionalismo contemporaneo non potrà prescindere dal coinvolgimento del legislatore per consentire l'eliminazione o

³⁹ Per approfondire, si veda BARBERIS (2017), 20 ss.

⁴⁰ Secondo l'elaborazione teorica di BARATTA (2001), 19 ss.

⁴¹ Così, SIMONCINI, SUWEIS (2019), 103.

la minimizzazione dei rischi generati dall'utilizzo imprudente delle tecnologie, soprattutto quelle biometriche, il cui impiego dovrà essere definitivamente slegato da politiche securitarie e da tentativi di sorveglianza universale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AAS, K. F. (2006). *'The body does not lie': Identity, risk and trust in technoculture*. Crime, Media, Culture: An International Journal.
- ABAD RAMÓN, M. (2021). *El reconocimiento facial nos desnuda ante desconocidos*. El País.
- BARATTA, A. (2001). *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*. In Anastasia, S.; Palma, M. (a cura di), *La bilancia e la misura*. FrancoAngeli. Milano.
- BARBERIS, M. (2017). *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*. Il Mulino. Bologna.
- BUCHANAN, B.; MILLER, T. (2017). *Machine Learning for Policymakers. What It Is and Why It Matters*. Belfer Center for Science and International Affairs. Harvard Kennedy School.
- BUOLAMWINI, J.; GEBRU, T. (2018). *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*. Proceedings of Machine Learning, n. 81.
- CASONATO, C. (2019). *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*. BioLaw Journal, n. 1.
- CHOCIA, A.; NÄSSI, T. (2021). *Ética y tecnologías emergentes: reconocimiento facial*. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, n. 34.
- CHUECA RODRÍGUEZ, R. L. (2019). *Debilidades estructurales del derecho fundamental*. In VV. AA., *Las fronteras de los derechos fundamentales en la constitución normativa*. CEPC. Madrid.
- DE GREGORIO, G.; PAOLUCCI, F.; POLLICINO, O. (2022). *AI Act, troppo potere agli Stati? I problemi della proposta Ue*. Agendadigitale.eu.
- (2021). *L'intelligenza artificiale made in Ue è davvero «umano-centrica»? I conflitti della proposta*. Agendadigitale.eu.
- DEL CASTILLO, C. (2019). *Todo sobre el reconocimiento facial en autobuses de Madrid: «Esto no tiene nada que ver con China»*. elDiario.es.
- DOMINGO JARAMILLO, C. (2021). *Utilización del sistema de reconocimiento facial para preservar la seguridad ciudadana*. El Criminalista Digital.
- ELLUL, J. (1964). *The Technological Society*. Vintage Books. New York.
- GALETTA, D.-U.; CORVALÁN J. G. (2019). *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*. Federalismi.it, n.3.
- HIRSCH, D. (2011). *The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?*. Seattle University Law Review, vol. 34.
- LESLIE, D. (2020). *Understanding bias in facial recognition technologies: an explainer*. The Alan Turing Institute.

- MACCABIANI, N. (2022). *Co-regolamentazione, nuove tecnologie e diritti fondamentali: questioni di forma e di sostanza*. Osservatorio sulle fonti, n. 3.
- MASCOLO, A. (2022). «Prüm II»: prove tecniche per un'infrastruttura biometrica europea?. Irpa.eu.
- MOBILIO, G. (2021). *I sistemi di identificazione biometrica a distanza: un esempio paradigmatico delle sfide lanciate dalla tecnologia al diritto costituzionale*. Consulta Online, n. 3.
- (2021). *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- ORTEGA, E. (2020). *En España ya se está utilizando el reconocimiento facial, ¿sabes dónde?*. Computer Hoy.
- PAGNANELLI, V. (2021). *Decisioni algoritmiche e tutela dei dati personali. Riflessioni intorno al ruolo del Garante*. Osservatorio sulle fonti, n. 2.
- PASCUAL, M. (2022). *La Policía española usará una herramienta automática de reconocimiento facial*. El País.
- PÉREZ COLOMÉ, J. (2019). *Marbella, el mayor laboratorio de videovigilancia de España*. El País.
- PISTORIO, G. (2021). *La sicurezza giuridica. Profili attuali di un problema antico*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- RAFFIOTTA, E. C.; BARONI, M. (2022). *Intelligenza artificiale, strumenti di identificazione e tutela dell'identità*. BioLaw Journal, n. 1.
- RAGAZZI, F.; KUSKONMA, E. M.; PLÁJÁS, I. Z.; VAN DE VEN, R.; WAGNER, B. (2021). *Biometric & Behavioural mass surveillance in EU member States. Report for the Greens/EFA in the European Parliament*.
- SANTISTEBAN GALARZA, M. (2021). *Reconocimiento facial y protección de datos: una respuesta provisional a un problema pendiente*. Revista De Derecho De La UNED RDUNED, n. 28.
- SIMONCINI, A.; SUWEIS, S. (2019). *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*. Rivista di filosofia del diritto, n. 1.

A. I. (I. A.) AL SERVIZIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: L'ESPERIENZA ITALIANA NEL CONTESTO EUROPEO

ANTONIO TIPALDI
Link Campus University – Roma

SOMMARIO: 1. *Il sintagma Intelligenza Artificiale: etica e diritto nel quadro europeo.*–2. *L'utilizzo di sistemi intelligenti nella PA. Cenni sull'esperienza italiana.*–3. *Profili di responsabilità e possibili soluzioni.*

1. IL SINTAGMA INTELLIGENZA ARTIFICIALE: ETICA E DIRITTO NEL QUADRO EUROPEO

L'analisi si prefigge di offrire una ricostruzione del tema dell'intelligenza artificiale nella sua dimensione domestica e nel contesto europeo, attraverso lo studio della normativa di riferimento e della elaborazione dottrinale in materia.

Come è noto, l'intelligenza artificiale è generalmente definita come la «*disciplina, appartenente all'informatica, che studia i fondamenti teorici, le metodologie e le tecniche che consentono di progettare sistemi hardware e sistemi di programmi software capaci di fornire all'elaboratore elettronico prestazioni che, a un osservatore comune, sembrerebbero essere di pertinenza esclusiva dell'intelligenza umana*»¹; questa definizione, assai completa, è sta-

¹ Professore a contratto di Diritto Commerciale presso il Dipartimento DISA-MIS dell'Università degli Studi di Salerno; dottorando Link Campus University – Roma
Per un approfondimento si veda SOMALVICO (1987, 1-5).

ta elaborata da Marco Somalvico, considerato uno dei pionieri dell'intelligenza artificiale in Italia.

Diversamente dai software tradizionali, un sistema di dispositivo/macchina dotato di I. A. è basato su tecniche di apprendimento (*machine learning e deep learning*)²; vengono cioè definiti degli algoritmi che consentono ad un sistema automatico di elaborare un'enorme quantità di dati dai quali imparare per costruire un modello del problema oggetto di indagine e risoluzione.

La velleità di assegnare al dispositivo/macchina la capacità di poter svolgere funzioni legate all'intelletto dell'uomo è da sempre esistita³, ma gli effettivi sviluppi di questa semplice intuizione trovano il loro compimento intorno agli anni 50, decennio attraversato da grande fermento scientifico sullo studio del calcolatore e sul suo utilizzo per sistemi intelligenti.

La prima opera generalmente riconosciuta come Intelligenza Artificiale viene ricondotta ai due studiosi statunitensi, Warren McCulloch e Walter Pitts, che, nel 1943, proposero il primo modello di rete neurale ispirato al funzionamento del cervello umano.

I due ricercatori dimostrarono che con esso era possibile implementare tutti i blocchi fondamentali della logica booleana⁴ ed inoltre ipotizzavano che queste reti fossero in grado di apprendere⁵.

Sulla scorta di tale rivoluzionario modello, qualche anno dopo, Donald Hebb, nel 1949, ideò una regola di modifica dei pesi delle sinapsi⁶, che rese possibile l'ipotizzato apprendimento delle reti neurali; di fondamentale importanza risultò poi anche il primo computer a rete neurale, sviluppato da Marvin Minsky nel 1950, detto SNARC, che simulava una rete di 40 neuroni.

Ruolo cruciale in tale periodo ebbero gli studi condotti da Alan Turing, considerato uno dei padri dell'informatica moderna, il quale per la prima volta, nel 1950, in un articolo pubblicato sulla rivista *Mind*, formalizza il concetto di «algoritmo», ed elabora il c.d. «test di Turing», un criterio per determinare

² Per un approfondimento si veda WEIDMAN (2020); R. MARMO (2020).

³ P. MELLO (2002); l'autrice fa riferimento ad esempio, alle operazioni matematiche svolte con l'abaco, strumento inventato, probabilmente dai cinesi intorno al 5000 a.c., ma anche al primordiale meccanismo di controllo automatico realizzato sempre dai cinesi volto a regolare il livello dell'acqua nelle risaie attraverso un galleggiante che muoveva una paratoia, la quale lasciava defluire l'acqua in caso di eccessivo innalzamento del livello di quest'ultima.

⁴ Tipologia di calcolo logico del tutto analogo alla logica dei circuiti binari dei moderni computer, sviluppata dal matematico inglese George Boole nel 1847 all'University College e pubblicata nel suo libro «*The Mathematical Analysis of Logic*», che oggi va sotto il nome di logica o «aritmetica booleana»; per un approfondimento si veda BOOLE (1993).

⁵ Per un approfondimento si veda MCCULLOCH (1943, 15–133).

⁶ La legge di Hebb sostiene che l'attivazione simultanea di due neuroni o di gruppi di neuroni produce un rafforzamento permanente delle connessioni sinaptiche, in breve «*What fires together, wires together*»; per un approfondimento si veda in tema DE PINTO (1990, 121–128).

se una macchina sia in grado di esibire un comportamento intelligente e di poter sviluppare l'autoapprendimento⁷.

Nel 1956, muovendo dalla proposta di Dartmouth⁸, prese avvio il «Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence», convegno tenutosi nell'omonimo college, che vide riuniti i maggiori esponenti dell'informatica. In questa occasione il dibattito non portò alla elaborazione di nuovi modelli, ma venne coniata la locuzione «intelligenza artificiale», ora considerata come scienza autonoma.

Da qui in avanti, il tema dell'Intelligenza Artificiale acquisisce una forte attenzione da parte della comunità scientifica e, con il tempo, crescono le aspettative circa le sue, possibili e svariate applicazioni.

Le odierne tecnologie volte allo sviluppo dell'intelligenza artificiale incidono sempre più sulla società e sui costumi, sollevando il problema della elaborazione di strumenti a protezione dei diritti fondamentali, della sicurezza e della protezione delle risorse conoscitive che si estraggono dai dati.

I tradizionali paradigmi che caratterizzano i diversi ambiti del diritto sono rimessi in gioco per poter meglio svolgere una funzione volta a neutralizzare gli eventuali rischi derivanti dalle attività che si compiono in un ambiente interconnesso.

A tal proposito, le istituzioni europee hanno rivolto la propria attenzione precipuamente alle forme di IA in grado di operare in modo autonomo, le quali mimano e riproducono l'intelligenza umana, senza la pretesa tuttavia di superarla. Oggetto di intervento sono stati i *narrow enabled-systems*, sistemi di IA più «limitati» che, grazie alla loro capacità di apprendimento, basata sull'analisi di enormi quantità di dati⁹, pongono delicate questioni in tema di sicurezza, di privacy e, soprattutto, di responsabilità per danni causati a terzi.

Il grado di autonomia del sistema IA è, infatti, uno dei punti chiave dell'analisi sulla responsabilità civile, così come confermato dalla Risoluzione del Parlamento Europeo che definisce l'autonomia dell'Intelligenza artificiale di un robot (dispositivo/macchina) come «la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna»; precisato che «tale autonomia è di natura puramente

⁷ Per un approfondimento si veda TURING (1950, 433-460).

⁸ Documento informale di 17 pagine redatto nell'agosto del 1955 da John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester e Claude Shannon, che introduce per la prima volta il termine di intelligenza artificiale, che motiva la necessità della conferenza nei seguenti termini: «Lo studio procederà sulla base della congettura per cui, in linea di principio, ogni aspetto dell'apprendimento o una qualsiasi altra caratteristica dell'intelligenza possano essere descritte così precisamente da poter costruire una macchina che le simuli».

⁹ Cfr. nota 11

tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente»¹⁰.

I primi spunti regolatori in tema di Intelligenza artificiale non possono essere considerati alla stregua di vere e proprie norme, bensì una semplice, primordiale risposta all'esigenza di controllare i dispositivi/macchine basati su sistemi di IA, senza reprimere o limitare le loro azioni, evitando che queste possano prendere il sopravvento sull'essere umano.

Le note «tre leggi»¹¹ della robotica formulate dallo scrittore e biochimico russo Isaac Asimov rappresentano un primo tentativo volto a minimizzare il rischio di danni causati dai dispositivi/macchine dotate di IA attraverso una programmazione delle macchine compatibile con il rispetto della legge e con un codice etico¹².

Per quanto futuristiche, vaghe e poco adatte ad essere definite tout court delle leggi, le formulazioni di Asimov contengono importanti spunti di riflessione circa la relazione tra etica e diritto, particolarmente avvertita in materia di nuove tecnologie e di sviluppo dei sistemi IA. Numerosi sono, invero, i documenti elaborati nel contesto europeo e mondiale in tale direzione. Tra questi si annoverano la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio del 2017, che dedica una specifica sezione ai principi etici ed il documento «*Orientamenti etici per un'IA affidabile*»¹³, che promuove la realizzazione di sistemi IA «antropocentrici», ideati e strutturati quali strumenti nelle mani dell'uomo e al servizio del bene comune, per aiutarlo a migliorare il proprio stato di benessere¹⁴.

¹⁰ Risoluzione 2015/2013 INL del 16/02/2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica; con essa il Parlamento Europeo ha emanato le proprie linee guida per regolare il fenomeno della robotica e le relative norme di diritto civile sulla materia e costituisce uno dei primi interventi normativi sull'Intelligenza Artificiale e, nello specifico, sui profili civilistici della stessa.

¹¹ 1. Un robot non può recar danno ad un essere umano, né permettere che, a causa della propria negligenza, un essere umano patisca danno. 2. Un robot deve sempre obbedire agli ordini degli esseri umani, a meno che contrastino con la Prima Legge. 3. Un robot deve proteggere la propria esistenza purché questo non contrasti con la Prima o la Seconda Legge. Per un approfondimento si veda I. ASIMOV (1942).

¹² Per un approfondimento si veda COMANDUCCI (2006, 191-198); LEMME (2019, 29-152).

¹³ Commissione europea, Direzione generale delle Reti di comunicazione, dei contenuti e delle tecnologie, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, Ufficio delle pubblicazioni, 2019, in <https://data.europa.eu/doi/10.2759/317045>.

¹⁴ In tema si veda paragrafo 153 del documento *Orientamenti etici per un'IA affidabile*: «L'approccio antropocentrico all'IA è volto a garantire che i valori umani rivestano un ruolo centrale nelle modalità di sviluppo, distribuzione, utilizzo e monitoraggio dei sistemi di IA, garantendo il rispetto dei diritti fondamentali, tra cui quelli sanciti nei trattati dell'Unione europea e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, accomunati dal riferimento a un fondamento condiviso radicato nel rispetto della dignità umana, nei quali l'essere umano gode di uno status morale unico e inalienabile. Ciò implica anche il rispetto dell'ambiente naturale e di altri esseri viventi che fanno parte dell'ecosistema umano e un approccio sostenibile che consenta alle generazioni future di prosperare», in <https://promositalia.camcom.it/kdocs/1984514/ethicsguidelinesfortrustworthyai-1.pdf>.

La centralità dell'essere umano assume, in questa prospettiva, una prioritaria rilevanza rispetto al profilo tecnico dell'affidabilità e del buon funzionamento del dispositivo/macchina. Prospettiva, peraltro, condivisa dalla santa Sede, come emerge dal documento «Call for AI Ethics»¹⁵, varato dalla Pontificia Accademia per la Vita nel 2020, ove si pone l'accento sulla necessità che sia l'uomo a guidare la tecnologia, e non viceversa.

A testimonianza della nevralgica importanza che i profili etici dispiegano in materia di nuove tecnologie, non è superfluo precisare che, anche fuori dai confini europei, il dibattito scientifico si è contraddistinto per l'opportunità di stabilire delle linee guida e di indirizzo.

In California, ad esempio, la conferenza Beneficial AI 2017¹⁶, promossa dall'Istituto Future of life¹⁷, è culminata nell'approvazione di ventitrè principi (di Asilomar)¹⁸, i quali, benché non vincolanti, denotano l'urgenza di definire, in qualche misura, i confini di un tema complesso e sfaccettato.

Il profilo che accomuna i documenti e le proposte sopra citati è, all'evidenza, il timore di un uso improprio e distorto dei sistemi di IA, sebbene sia (ancora) radicata la convinzione che i dispositivi non possano essere definiti soggetti autonomi di diritti e doveri.

Nella cultura giuridica occidentale non è infatti la tecnologia in sé a sollevare questioni di ordine etico e giuridico, quanto il suo (cattivo) utilizzo.

Di qui la urgenza – già sottolineata dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 2017 – di addivenire ad una standardizzazione della materia nel

¹⁵ Documento elaborato dalla Pontificia Accademia per la Vita in collaborazione con IBM e Microsoft, volto a sostenere un approccio etico all'Intelligenza Artificiale e promuovere tra organizzazioni, governi e istituzioni un senso di responsabilità condivisa con l'obiettivo di garantire un futuro in cui l'innovazione digitale e il progresso tecnologico siano al servizio del genio e della creatività umana e non la loro graduale sostituzione.

¹⁶ La Conferenza prevedeva tre sezioni Ricerca, Etica e Valori e Problemi di scenario nelle quali sono state oggetto di trattazione svariate tematiche che spaziano da problemi più concreti come la prospettiva di arricchire la prosperità dell'essere umano attraverso l'automazione, la sicurezza e la privacy a problematiche più astratte e futuristiche come quelle inerenti la «super intelligenza artificiale».

¹⁷ Ente no profit operante nell'area di Boston volto a catalizzare e sostenere la ricerca e le iniziative per salvaguardare la vita e sviluppare visioni ottimistiche del futuro, con un focus particolare sull'intelligenza artificiale. Approfondimenti sulla mission in <https://futureoflife.org/>.

¹⁸ La «Asilomar Conference on Beneficial AI», organizzata dal Future of Life Institute, tenutasi dal 5 all'8 gennaio 2017, presso l'Asilomar Conference Grounds in California ha riunito studiosi e ricercatori in economia, diritto, etica e filosofia per affrontare e formulare principi etici in tema di intelligenza artificiale. Il suo esito è stata la creazione di una serie di linee guida per la ricerca sull'IA, i c.d. ventitrè Principi Asilomar; fra i promotori e firmatari di tali principi si possono menzionare il CEO di Tesla, Elon Musk, e l'astrofisico Stephen Hawking, oltre ad altri duemila ricercatori ed esperti di AI e robotica. Di articolare interesse è il ventitreesimo principio che riguarda la Super-Intelligenza Artificiale, il quale recita che essa «dovrebbe essere sviluppata esclusivamente al servizio di ideali etici ampiamente condivisi e a beneficio di tutta l'umanità, anziché di un solo paese o organizzazione» (cf. <https://futureoflife.org/ai-principles>).

contesto europeo, con particolare riguardo ai profili della responsabilità, della protezione dei dati personali e della prevenzione dalla pirateria informatica.

Il Parlamento europeo ha esaudito le richieste volte a delineare un quadro uniforme in materia di robotica, approvando, nell'ottobre del 2020, tre importanti Risoluzioni¹⁹.

La prima (A9-0186/2020) affronta il tema «costituzionale» dei presidi etici che le applicazioni di Intelligenza artificiale dovranno garantire per assicurare sicurezza, trasparenza e presa di responsabilità, evitare la creazione di pregiudizi e di discriminazioni, stimolare la responsabilità sociale e ambientale ed assicurare il rispetto dei diritti fondamentali; la seconda (A9-0178/2020) riguarda il regime della responsabilità civile per danni e pregiudizi arrecati da sistemi di IA; la terza (A9-0176/2020) concerne i diritti di proprietà intellettuale, con particolare riferimento al rilascio di licenze ed ai processi creativi.

A conferma della nevralgica importanza che le istituzioni europee annettono al tema dell'intelligenza artificiale, considerata uno snodo cruciale nella futura trasformazione digitale della società, nel Green Deal europeo e nel rilancio dell'economia post COVID-19, il Parlamento ha, altresì, emanato una ulteriore risoluzione, avente ad oggetto «questioni relative all'interpretazione e applicazione del diritto internazionale nella misura in cui l'UE è interessata relativamente agli impieghi civili e militari e all'autorità dello Stato al di fuori dell'ambito della giustizia penale»²⁰ e, insieme al Consiglio, ha avanzato una proposta di Regolamento della materia (21 aprile 2021²¹), la quale aspira alla creazione di un mercato europeo dell'IA rispettoso dei valori dell'Unione²².

Tale proposta fa parte di un più ampio pacchetto di misure destinate ad affrontare i problemi posti dallo sviluppo e dall'utilizzo dell'IA in Europa.

¹⁹ Risoluzione A9 – 0186/2020 del 20/10/2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate; Risoluzione A9– 0176/2020 del 20/10/2020 recante disposizioni sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale; Risoluzione A9-0178/2020 del 20/10/2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale.

²⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull'intelligenza artificiale: questioni relative all'interpretazione e applicazione del diritto internazionale nella misura in cui l'UE è interessata relativamente agli impieghi civili e militari e all'autorità dello Stato al di fuori dell'ambito della giustizia penale (2020/2013(INI)).

²¹ Proposta del 21/04/2021 dal titolo «The Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts».

²² Recita il primo considerando della proposta «[t]he purpose of this the Regulation is to improve the functioning of the internal market by laying down a uniform legal framework in particular for the development, marketing and use of artificial intelligence in conformity with Union values».

La Commissione ha, di recente, elaborato un «Piano coordinato di revisione dell'intelligenza artificiale 2021»²³, che promuove azioni congiunte degli stati membri volte ad eliminare la frammentazione dei programmi di finanziamento, mentre Parlamento e Consiglio un regolamento in materia di macchine²⁴ (21 aprile 2001), che dovrebbe sostituire la direttiva 2006/42/CE del 17 maggio 2006, che garantisce la libera circolazione delle macchine all'interno del mercato UE ed assicura un alto livello di protezione per gli utenti e altre persone esposte.

Queste iniziative sono il risultato di un vivace dibattito circa la necessità di costruire un mercato europeo dell'IA affidabile, sicuro e rispettoso dei diritti fondamentali.

Uno dei temi di maggior interesse, attiene alla possibilità di prefigurare una responsabilità civile del robot (si pensi ai danni prodotti dai veicoli a guida autonoma), tema che pone delicati problemi interpretativi ed applicativi alla luce dei criteri di imputazione (colpa e dolo) e delle consolidate categorie dogmatiche (responsabilità aquiliana, danno ingiusto) che connotano la nostra tradizione giuridica.

2. L'UTILIZZO DI SISTEMI INTELLIGENTI NELLA PA. CENNI SULL'ESPERIENZA ITALIANA

Tra le molteplici applicazioni dell'intelligenza artificiale, risulterà utile, ai fini del suddetto scritto, esplorare il suo impiego nella pubblica amministrazione, protagonista di una svolta epocale nell'architettura organizzativa e strutturale del settore in esame.

L'interessamento della P. A. alle applicazioni dell'IA non è avvenuto per caso, il filo conduttore risulta essere di matrice europea, infatti l'Unione Europea, da tempo, con l'utilizzo dell'intelligenza «*Made in Europe*» denominata *European AI Alliance*²⁵, ha invocato una cooperazione tra Stati per incentivare l'uso di tale tecnologia ed estenderla anche al settore della P. A.

La vera spinta all'utilizzo di sistemi intelligenti, arriva, però, con il Sistema AIPA di Atos (*Atos Intelligent Process Automation*)²⁶ con cui le P. A. hanno

²³ «Coordinated plan on artificial intelligence 2021 review» del 21/04/2021.

²⁴ «Regulation of the European Parliament and of the Council on machinery product» del 21/04/2021.

²⁵ La European AI Alliance è un'iniziativa della Commissione Europea per stabilire un dialogo politico aperto sull'Intelligenza Artificiale. Dal 2018, l'AI Alliance ha coinvolto circa 6000 parti interessate attraverso eventi regolari, consultazioni pubbliche e scambi di forum online, vedi <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-ai-alliance>

²⁶ Piattaforma digitale che offre alle aziende di qualunque dimensione e alle Amministrazioni Pubbliche la capacità di «reinventare» i servizi e disegnarli, in ottica end to end, in maniera flessibile e veloce.

la possibilità di utilizzare componenti integranti di Automazione e Intelligenza Artificiale per realizzare soluzioni digitali e sfruttare un sistema di intelligenza artificiale attraverso applicazioni che permettono di replicare operazioni complesse e sostituirsi al ragionamento umano (*smart speaker* e *le chatbot*).

Questa tecnologia coinvolge sempre di più l'attività di interazione e collaborazione tra i diversi uffici della stessa amministrazione o amministrazioni di diversa struttura, attraverso il cd. «R. P. A.»²⁷ che riproduce il comportamento dei dipendenti pubblici in maniera perfetta, senza errori.

Spostando l'attenzione sui singoli ordinamenti comunitari, quello italiano, già con la Legge 241 del 1990 all'articolo 3-bis, seppure limitandosi solo a richiamarne l'utilizzo da parte della P. A., si è occupato del tema della tecnologia incentivando le amministrazioni all'uso al fine di conseguire maggiore efficienza nelle loro attività, nei rapporti tra amministrazione e tra queste e i privati.

Tale utilizzo si è reso concreto grazie all'introduzione da parte del D.lgs. n. 82 del 2005 del Codice Amministrazione Digitale (CAD)²⁸ poi integrato e modificato con l'articolo 50-ter con l'istituzione della «Piattaforma digitale nazionale dati» (PDND) con cui le P. A. possono comunicare tra di loro condividendo dati in modo più agevole e offrendo al cittadino nuovi servizi con maggiore efficienza.

In particolare, nel 2021 la strategia italiana sull' IA delinea ventiquattro politiche da implementare nei prossimi tre anni per consolidare il sistema di intelligenza artificiale in Italia, attraverso creazione e potenziamento di competenze, ricerca, programmi di sviluppo e applicazioni della tecnologia in esame.

A tal riguardo sono state individuate le fonti di investimento, europee e nazionali per sostenere ciascuna politica all'interno delle misure previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), presentato dall'Italia per rilanciare l'economia dopo la pandemia di COVID-19, il quale prevede investimenti e un pacchetto di riforme tra cui, appunto, la digitalizzazione della P. A. con l'obiettivo di formare i dipendenti pubblici attraverso competenze specializzanti

²⁷ La Robotic Process Automation (RPA) è l'automazione di processi lavorativi utilizzando software «intelligenti» (i cosiddetti «robot»), che possono eseguire in modo automatico le attività ripetitive degli operatori, imitandone il comportamento e interagendo con gli applicativi informatici nello stesso modo dell'operatore stesso; in tema W. M. P. van der Aalst, M. Bichler, A. Heinzl, *Robotic Process Automation, Business & Information Systems Engineering*, n. 60/2018, pp. 269–272.

²⁸ Il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) è un testo unico che riunisce e organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese. Istituito con il decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, è stato successivamente modificato e integrato prima con il decreto legislativo 22 agosto 2016 n. 179 e poi con il decreto legislativo 13 dicembre 2017 n. 217 per promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale.

in programmi tecnologici complessi, uso di algoritmi di intelligenza artificiale, conoscenza dei sistemi più avanzati di calcolo e di grandi quantità di dati.

Per raggiungere tale scopo in maniera concreta, sfruttando al meglio i finanziamenti stanziati con il PNRR, l'Italia ha adottato lo «*Strategic Program on Artificial Intelligence 2022 – 2024*»²⁹; con tale programma la strategia adottata si basa su tre aree di intervento: ricerca, competenza ed economia; il finanziamento di partenza va alla ricerca, per renderla più avanzata possibile, rafforzando così le competenze e formando talenti da inserire nei settori strategici come infrastrutture, banche, pubblica amministrazione e sicurezza nazionale.

Solo per fare qualche esempio sulle possibilità di utilizzo dell'AI, ricordiamo il caso della «Buona Scuola» in cui l'algoritmo di I. A. utilizzato dal Miur nelle operazioni di mobilità scolastica 2016/2017 ha provocato molti ricorsi da parte dei docenti vittime degli errori nelle assegnazioni agli ambiti territoriali.

A riguardo, i giudici del Consiglio di Stato affermarono che «*se l'algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un atto amministrativo informatico, ad esso va applicata la disciplina ordinaria dei provvedimenti e dei procedimenti amministrativi tradizionali*»³⁰

Giurisprudenza³¹ e dottrina³² sembrerebbero, quindi, favorevoli nel ritenere gli algoritmi direttamente e immediatamente riconducibili alla pubblica amministrazione che li utilizza posto che alcune recenti pronunce hanno rilevato che la scelta di ricorrere all'Intelligenza Artificiale non legittima in alcun modo un diverso regime di applicazione della legge.

²⁹ Programma Strategico Intelligenza Artificiale 2022-2024 a cura del Ministero dell'Università e della Ricerca, del Ministero dello Sviluppo Economico e del Ministro per l'Innovazione tecnologica e la Transizione Digitale, Roma, 2021.

³⁰ Consiglio di Stato, sentenza n. 2270/2019; con tale risoluzione i giudici in sede di considerazioni preliminari hanno sottolineato come «*non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti*», incoraggiano, quindi, l'ingresso delle tecnologie informatiche nei procedimenti amministrativi, incluso l'utilizzo di algoritmi che consentono alla pubblica amministrazione di meglio conformarsi ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 della legge n. 241 del 1990), nonché di ottemperare al principio costituzionale del buon andamento (art. 97 Cost.), che impone di utilizzare i minori mezzi e risorse possibili per il raggiungimento dei fini individuati dalla legge, stante anche l'indirizzo in tal senso promosso dal legislatore eurounitario.

Chiaramente nell'ottica di un bilanciamento dei valori e dei principi in gioco, sottolineano i togati, l'utilizzo di procedure «robotizzate» non può rappresentare una modalità atta a porre in essere pratiche elusive delle norme di legge difatti se «*l'algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un atto amministrativo informatico*», ad esso va applicata la disciplina ordinaria dei provvedimenti e dei procedimenti amministrativi tradizionali.

³¹ Consiglio di Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7981; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 31 marzo 2021 n. 843; Consiglio di Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020 n. 881.

³² Per un approfondimento si veda CARULLO (2021, pp. 431-461); GALLETTA (2019).

In Spagna con la pubblicazione sul Boletín Oficial del Estado il governo spagnolo ha approvato i finanziamenti³³ per la creazione di un'agenzia di supervisione dell'intelligenza artificiale³⁴.

L'Agenzia che si spera operativa verso la fine del 2023 si occuperà dello sviluppo, la supervisione e il monitoraggio dei progetti nel quadro della strategia nazionale AI spagnola, così come dei progetti promossi dall'Unione Europea, in particolare quelli relativi allo sviluppo normativo dell'intelligenza artificiale e dei suoi potenziali usi.

Come la Spagna tanti altri Paesi dell'UE hanno intrapreso la strada della digitalizzazione delle rispettive P. A.; di particolare interesse appare l'azione della Norvegia che nel corso di un workshop di maggio 2022 ha attivato un *chatbot* utilizzato da circa cento comuni norvegesi, disponibile per oltre un milione e mezzo di cittadini per informazioni e supporto; in tal caso ove l'obiettivo principale è quello di fornire informazioni utili ai cittadini, l'ottimizzazione è un aspetto da non sottovalutare posto che la banca dati delle domande può essere considerata «unica» in quanto le competenze dei Comuni sono simili, e possono cambiare solo le risposte, che, ovviamente vanno contestualizzate ad ogni singola situazione.

In Italia, dopo la pubblicazione a luglio 2020 di un documento intitolato «Strategia italiana per l'AI» a cura del Ministero dello sviluppo economico, recentemente l'Agenzia per l'Italia Digitale ha lanciato un programma di percorsi di innovazione e co-progettazione volto a migliorare i servizi della PA, introducendo soluzioni basate sull'intelligenza artificiale.

Con la nascita di IA-Gov, un laboratorio di attività volte a costruire progettualità tra uffici pubblici, imprese innovative, startup e centri di ricerca, si

³³ Sección 27 Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Programa 46PR C16. R01, Estrategia Nacional de IA, Capítulo 7, Artículo 71 A. Si veda anche ENA – Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial in <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/021220-ENIA.pdf>

³⁴ L'agenzia si chiamerà AESIA, Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, e avrà sede a La Coruña, in Galizia; tale ente avrà la possibilità di porre il veto all'uso di sistemi AI potenzialmente dannosi e in caso di violazioni, anche, la possibilità di comminare sanzioni, i cui proventi andranno nel suo budget.

L'agenzia gestirà la *sandbox* nazionale sull'AI, che consentirà ad aziende, che aderiranno su base volontaria da marzo ad aprile 2023, e regolatori di lavorare assieme per definire le buone pratiche sull'implementazione dei sistemi AI. La *sandbox* aiuterà anche a definire il ruolo dell'agenzia presso le aziende private.

Altro compito dell'agenzia che si spera operativa nell'autunno del 2023 sarà l'istituzione e gestione di un «bollino AI nazionale», ovvero un certificato che attesterà che i sistemi AI soddisfano i requisiti richiesti dall'Europa; a richiesta del bollino sarà volontaria, almeno fino all'entrata in vigore dell'AI Act; fonti del governo hanno accennato alla possibilità di collegare a questo certificato l'accesso ai finanziamenti europei per le aziende.

stanno costruendo le basi per un profondo rinnovamento nel panorama dei servizi pubblici del Paese.

All'iniziativa hanno aderito decine di realtà innovative che applicano l'intelligenza artificiale nella Pubblica Amministrazione.

Progressivamente, quindi, l'IA sta iniziando a vedere la luce anche nella Pubblica Amministrazione italiana, o quantomeno stanno emergendo molteplici strumenti utilizzabili in tal senso.

Uno tra questi è AIPA, il servizio di Atos disponibile nel marketplace AGID che permette alla P. A. di ricevere componenti integrate di automazione e Intelligenza artificiale per realizzare nuove soluzioni digitali. Ad oggi, esistono varie applicazioni dell'IA, tra cui: gli smart speaker, i sistemi di sicurezza, i chatbot e gli assistenti vocali.

La piattaforma AIPA si fonda sui concetti di «Intelligent Process Automation» (iBPM) per realizzare processi (workflow, case management, BPM, etc.) e «Robotic Process Automation» (RPA) per l'automazione delle attività ripetitive e time consuming.

Un'altra ipotesi è la combinazione di iBPM e RPA con l'IA che permette alla Pubblica Amministrazione di realizzare i nuovi servizi. La strada è da tenere in forte considerazione, quindi, poiché si tratta di risorse che permettono di sostituire i passaggi delle pratiche della P. A. da un ufficio all'altro, a volte anche strutture diverse, dove ogni passaggio richiede una verifica da parte dei funzionari.

Tutto ciò potrebbe essere risolto tramite la «Robotic Process Automation», che riproduce il comportamento dei dipendenti pubblici, senza incorrere in errori.

Ad ogni modo, Atos ha messo a disposizione delle PP. AA. i propri servizi per migliorare l'efficienza delle amministrazioni stesse tramite la reingegnerizzazione, l'automazione e la standardizzazione dell'organizzazione di backoffice della Pubblica Amministrazione.

Tra i servizi esistenti e già utilizzati dalle P. A. per renderla sempre più digitale troviamo SPID, CIE, PagoPA, ed altri, che sembrano rispettare i principi di efficienza e qualità dei risultati nella P. A.

3. PROFILI DI RESPONSABILITÀ E POSSIBILI SOLUZIONI

Al fondo del discorso l'impatto trasformativo che l'uso dell'I. A. nella P. A. può avere sulla persona ed in generale sulla società, ad esempio, costruendo modelli di dati aperti al rischio di produrre pregiudizi e discriminazioni invocando inevitabilmente il ruolo del giurista nell'individuazione dello strumento

normativo della responsabilità civile più adatto a tenere insieme gli interessi delle parti coinvolte.

In altri termini, si pone l'esigenza, di un riparto dei «rischi e dei costi» tra una molteplicità di attori presenti (programmatori, produttori utilizzatori...) in capo a cui attribuire il regime di responsabilità più adeguato.

Robot, androidi ed altre forme di Intelligenza artificiale convivono, oggi, con l'essere umano, conformando e modificando lo stile di vita di quest'ultimo.

L'inarrestabile processo tecnologico, che non è azzardato definire in termini di autentica «rivoluzione», pone il giurista dinanzi a sfide inedite e lo obbliga a fornire risposte a problemi di ordine teorico, etico e pratico.

Consapevole di questa urgenza, il Parlamento europeo ha, a più riprese, evidenziato che i moderni robot non solo sono in grado di svolgere attività tipicamente affidate alla manualità dell'essere umano, ma possiedono anche peculiari caratteristiche cognitive come la capacità di apprendere dall'esperienza e di assumere decisioni in totale autonomia; ciò li rende sempre più connessi all'ambiente circostante ed anche, potenzialmente, in grado di alterarlo in modo significativo.

Tali capacità inducono, inevitabilmente, ad interrogarsi sulla risarcibilità dei danni causati a terzi per effetti della condotta, commissiva o omissiva, del robot.

A tal riguardo, la già citata Risoluzione del 2017 definisce l'autonomia di una macchina/robot come «la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna»³⁵.

Da tale assunto sembrerebbe discendere, a mo' di logico corollario, che più i robot sono autonomi, meno essi potranno essere considerati alla stregua di semplici strumenti operativi nelle mani di altri soggetti come il fabbricante, l'operante, il proprietario, l'utilizzatore, etc.³⁶

In particolare, il punto 59, lett. F) del documento prevede «l'istituzione di uno status giuridico specifico per i Robot nel lungo termine, di modo che almeno i Robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei Robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi».

Previsione che condurrebbe, in prospettiva, ad identificare, accanto alle tradizionali figure della persona fisica e della persona giuridica, una nuova categoria, ovvero quella della «persona elettronica», titolare di diritti e doveri. Tale previsione presta, all'evidenza, il fianco a numerosi rilievi critici.

³⁵ Risoluzione 2015/2013 INL del 16/02/2017, Sez. «Responsabilità», punto AA.

³⁶ Risoluzione 2015/2013 INL del 16/02/2017, Sez. «Responsabilità», punto AB.

In primo luogo, considerare i robot quali persone elettroniche postula il riconoscimento in capo ad essi di una autonomia patrimoniale perfetta, tale da consentire loro di assolvere ad eventuali obbligazioni pecuniarie e da essere passibili di procedure, anche di carattere coercitivo, volte ad ottenere il risarcimento dei danni patiti da terzi.

Una simile scelta, inoltre, potrebbe incentivare una deresponsabilizzazione degli ideatori e dei produttori di I. A., i quali, agendo su scala globale e speculando sulle divergenze ad oggi esistenti tra i diversi ordinamenti giuridici, potrebbero non essere chiamati a rispondere personalmente dei danni occorsi.

Nel maggio del 2017, pochi mesi dopo la pubblicazione della Risoluzione, il Comitato economico e sociale europeo (CESE), nel parere C-238³⁷, ha espresso una serie di perplessità riguardo la proposta avanzata dal Parlamento europeo, in particolare per quanto concerne l'attribuzione della soggettività giuridica a dispositivi/macchine intelligenti.

Il Comitato ha, nello specifico, espresso opinione contraria all'introduzione di una forma di personalità giuridica per i robot o i sistemi di I. A., in quanto, a suo avviso, ciò comporterebbe un rischio inaccettabile sul piano morale: «dirottare» la responsabilità civile sul robot significa disattendere la funzione di prevenzione (e di disincentivo) dei comportamenti illeciti o eccessivamente rischiosi, che compete all'illecito aquiliano.

Sulla questione si è espressa anche la Commissione degli episcopati della Comunità europea (COMECE), con un'ampia riflessione intitolata «*Robotization of life—Ethics in view of new challenges*» (gennaio 2019), frutto del lavoro di gruppo di esperti per i quali la costruzione di uno statuto legale per i robot non è da ritenersi attuabile, così come non è percorribile la via che porta a collocarli allo stesso livello delle persone umane in quanto ciò si porrebbe in insanabile contrasto con l'art. 6 della Dichiarazione universale sui diritti umani, che afferma l'uguaglianza di ogni persona davanti alla legge.

La possibilità di estensione della personalità giuridica a macchine autonome³⁸, dotate di intelligenza artificiale, andrebbe a stravolgere il concetto di responsabilità radicata nella personalità giuridica che può essere esercitata solo laddove esista la «capacità di libertà», che è concetto differente da quello di autonomia.

Tali censure sono state solo in parte superate dal Parlamento europeo, che ha, in qualche misura, corretto il tiro, scorrendo di una *sub-specie* di personalità giuridica, la c.d. *personalità elettronica* (o anche artificiale), ma ciò non

³⁷ Parere del CESE nella 526.ma sessione plenaria del 31/05 e 01/06 del 2017.

³⁸ Per un approfondimento si veda RUFFOLO (2020); SBARBARO (2020); COMANDE' (2019).

è valso a fugare i diffusi dubbi, sì che il dibattito è, sul punto, tutt'oggi aperto sia nel contesto europeo, sia negli ordinamenti interni.

La stessa Commissione europea si riserva di verificare se i tradizionali strumenti giuridici presenti nelle tradizioni dei singoli paesi membri siano adatti a regolare i rapporti civili nel mondo dell'intelligenza artificiale e si interroga sull'opportunità di introdurre nuove categorie atte a disciplinare il fenomeno.

Al pari del diritto del mare, non disciplinabile con il *nomos* della terra³⁹, è diffusa la sensazione che le tecnologie digitali mal si prestino ad essere regolate dagli istituti che presiedono alla responsabilità civile, materia che, peraltro, nel contesto europeo, presenta caratteristiche differenti da sistema a sistema.

Gli interventi del legislatore comunitario sono stati, come di consueto, frammentati, avendo egli agito step by step per conferire uniformità a specifici settori: si pensi alla responsabilità dell'internet provider o alla responsabilità da prodotti difettosi (85/374/CEE).

Ed è proprio alla direttiva 85/374/CEE che i commentatori hanno rivolto la propria attenzione, interrogandosi sulla possibilità di considerare il robot o il sistema basato su IA quale «prodotto», gravando il danneggiato dell'onere di provare il difetto del prodotto, il danno subito ed il nesso di causalità fra difetto e danno (art. 4)⁴⁰, lasciando tuttavia impregiudicati «i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva» (art. 13). È appena il caso di precisare, come si evince del resto dai «considerando» che precedono il testo della direttiva, che il regime di responsabilità del produttore prescinde dalla sua colpa. Il criterio di imputazione del fatto illecito avviene sulla scorta di parametri oggettivi⁴¹.

La *no fault liability* è la soluzione – condivisa peraltro dalla Commissione – caldeggiata da un Gruppo di esperti⁴² sulla responsabilità delle nuove tecnologie, attraverso la quale si suggerisce un adeguamento delle disposizioni nazionali mediante l'introduzione di regole meno gravose per la vittima circa l'onere della prova.

In questa prospettiva, l'operatore è tenuto a dimostrare l'osservanza di cogenti regole sulla sicurezza nel processo di creazione di un sistema IA, la cui

³⁹ Per un approfondimento si veda SCHMITT (1991).

⁴⁰ Art. 4, Direttiva 85/374/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

⁴¹ Identico regime è previsto dal sistema nordamericano dal *Consumer Product Safety Act* del 1972.

⁴² «Responsabilità dell'Intelligenza Artificiale e delle altre tecnologie emergenti», 2019, Lussemburgo, Gruppo di esperti sulla responsabilità delle nuove tecnologie, Report.

inosservanza esonera la vittima dall'*onus probandi* circa l'esistenza di un nesso causale tra prodotto e danno.

Dal quadro sin qui sinteticamente illustrato sembra emergere il *favor* per una valutazione della responsabilità imperniata sulla capacità dell'operatore di gestire e di minimizzare il rischio, e non sul criterio psicologico della colpa.

La questione che residua è quella della scelta dello strumento più idoneo a disciplinare la materia dello sviluppo e dell'utilizzo dei robot e dell'Intelligenza artificiale.

La Commissione ha, inizialmente, optato per strumenti di *soft law*, quali linee guida e codici di condotta; le sollecitazioni rivolte dal Parlamento si sono, infatti, concretizzate nella Comunicazione «Intelligenza artificiale per l'Europa»⁴³, nella quale si rimarca la necessità di contemperare il mondo dell'IA con il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, soprattutto alla luce dell'entrata in vigore del GDPR sulla protezione dei dati, nella Comunicazione «Creare fiducia nell'Intelligenza artificiale antropocentrica»⁴⁴ in cui trovano accoglimento i sette requisiti fondamentali individuati dal Gruppo Indipendente di esperti: intervento e sorveglianza a cura dell'uomo; robustezza tecnica e sicurezza; riservatezza e governance dei dati; trasparenza; diversità, non discriminazione ed equità; benessere sociale ambientale nonché nel Libro bianco⁴⁵ sull'Intelligenza artificiale.

Nell'aprile 2021, La Commissione ha, poi, presentato una proposta⁴⁶ di regolamento volta a stabilire un quadro giuridico uniforme in materia di intelligenza artificiale ed a creare un mercato europeo per lo sviluppo, la commercializzazione e l'uso dell'intelligenza artificiale, conformemente ai valori dell'Unione.

A corredo della proposta, la Commissione ha varato un «Piano coordinato di revisione dell'intelligenza artificiale» (2021) che stimola azioni congiun-

⁴³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle regioni, «*L'intelligenza artificiale per l'Europa*», COM(2018).

⁴⁴ «*Creare fiducia nell'Intelligenza artificiale antropocentrica*», COM (2019), Bruxelles, 168 Final.

⁴⁵ «*Libro bianco sull'Intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*», COM (2020), Bruxelles pubblicato il 19/02/2020.

⁴⁶ Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, art. 225: «*A maggioranza dei membri che lo compongono, il Parlamento europeo può chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati. Se la Commissione non presenta una proposta, essa ne comunica le motivazioni al Parlamento europeo*». L'art. 114 regola la procedura legislativa ordinaria seguita dal Parlamento europeo; inoltre, al para. 3 specifica che: «*La Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo*».

te volte ad eliminare la frammentazione dei programmi di finanziamento, delle iniziative e delle azioni intraprese a livello dell'UE e dei singoli Stati membri.

Ad oggi, la regolamentazione esistente, sia a livello nazionale che comunitario, in tema di responsabilità appare non in linea con il progressivo sviluppo delle ultime tecnologie in tema di IA la quale verrà, comunque, sempre più integrata all'interno della pubblica amministrazione, quindi risolvere i problemi sopra esposti risulterà fondamentale; l'azione del giurista risulterà fondamentale in tale contesto e dovrà ben coniugare la norma di responsabilità civile, necessaria ma non sufficiente con le tutele approntate dalla regolamentazione dei dati, *rectius* dei dati personali per garantire che questi siano corretti, precisi e completi e che gli output dei sistemi siano privi di *bias*.

In conclusione pare utile citare l'analisi elaborata dallo scrittore Y. N. Harari sul difficile tema del rapporto tra umani e IA che porta ad una forte affermazione ovvero che «*il mercato del lavoro del 2050 potrebbe ben essere caratterizzato da una cooperazione umani – IA anziché da una situazione competitiva. Nei settori che vanno dalla sicurezza all'attività bancaria, squadre di umani-più-IA potrebbero superare le prestazioni sia degli umani sia dei computer*»⁴⁷.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ASIMOV, I. (1942), Runaround, *Astounding Science-Fiction*, n. 03
- BOOLE, G. (1993). *L'analisi Matematica Della Logica*, Bollati Boringhieri: Torino.
- CARULLO, G. (2021). Decisione Amministrativa E Intelligenza Artificiale, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3.
- COMANDE, G. (2019). Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità, *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1.
- COMANDUCCI, P. (2006). Le Tre Leggi Della Robotica E L'insegnamento Della Filosofia Del Diritto, *Materiali Per Una Storia Della Cultura Giuridica*.
- DE PINTO (1990), On The Hebb Rule And Unlimited Precision Arithmetic, *Mc Culloch And Pitts Network, Rolf Eckmiller Advanced Neural Computers*.
- GALLETTA, D. U. (2019). Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, *Federalismi.it*, n.3.
- HARARY, Y. N. (2019), *21 lezioni per il XXI secolo*, Bompiani: Milano.

⁴⁷ Per un approfondimento si veda HARARY (2019).

- LEMME, G. (2019). Gli Smart Contracts E Le Tre Leggi Della Robotica, *Analisi Giuridica Dell'economia, Studi E Discussioni Sul Diritto Dell'impresa*, n.1.
- MARMO, R. (2020). *Algoritmi Per L'intelligenza Artificiale. Progettazione Dell'algoritmo, Dati E Machine Learning, Neural Network, Deep Learning*, Hoepli: Milano.
- MC CULLOCH, W. S. (1943). A Logical Calculus Of The Ideas Immanent In Nervous Activity, *Bulletin Of Mathematical Biophysics*, n. 5.
- MELLO, P. (2002). Intelligenza Artificiale, *Documentazione Interdisciplinare Di Scienza & Fede*.
- RUFFOLO, U. (2020). Il problema della Personalità Elettronica, *Journal of Ethics and legal Technologies*.
- SBARBARO, F. (2020). Algoritmi, Intelligenza Artificiale e Personalità Giuridica: prime note sul recente dibattito in tema di Autonomous Entity, *Il Nuovo Diritto Delle Società*, n. 7.
- SCHMITT, C. (1991). *Il Nomos Della Terra*, Adelphi: Milano.
- SOMALVICO, M. (1987). *Intelligenza Artificiale*, Hewlett-Packard:
- TURING, A. M. (1950), Computing Machinery And Intelligence, *Mind*, 59.
- WEIDMAN, S. (2020). *Deep Learning. Dalle Basi Alle Architetture Avanzate Con Python*, Tecniche Nuove: Milano.

L'UTILIZZO DELLE SANDBOX NORMATIVE: UNA RICOGNIZIONE COMPARATA DELLE PRINCIPALI ESPERIENZE DI TECNICHE DI PRODUZIONE NORMATIVA SPERIMENTALI

MATTEO TRAPANI¹
Università di Pisa

SOMMARIO: 1. *L'astrattezza e la razionalità tecnica: un percorso bicefalo.*–2. *Le indicazioni europee.*–3. *Il concetto di sandbox e le sue peculiarità.*–4. *La Sandbox Fintech in Italia...*–4.1 *... e la Sandbox multisettoriale.*–5. *La Sandbox in Spagna.*–6. *Le Zone di Sperimentazione in Portogallo.*–7. *Le sandbox in Francia.*–8. *Alcune note conclusive.*

1. L'ASTRATTEZZA E LA RAZIONALITÀ TECNICA: UN PERCORSO BICEFALO

«Il cambiamento non è mai stato così veloce e non sarà mai più così lento»², con questa frase Justen Trudeau nel 2018, al *World Economic Forum*, riassume le sfide poste in vari ambiti dalla rivoluzione digitale; questa stessa frase riassume anni di studi e riflessioni sulla difficoltà del diritto ad interpretare ed utilizzare l'evoluzione della tecnica. Nell'ultimo periodo, in particolar modo con l'acuirsi di numerose crisi che si sono succedute ed hanno interessato vari settori, da quello della rappresentanza a quelli economico e sanitario, la centralità della tecnica e delle nuove tecnologie è diventata sempre più un elemento caratterizzante l'azione dei pubblici poteri. Specificatamente, ci si è

¹ Ricercatore a tempo determinato in Tenure Track Unipi.

² <https://www.weforum.org/agenda/2018/01/pm-keynote-remarks-for-world-economic-forum-2018>

spesso interrogati se fosse il diritto –regolandola– a dover precedere l’evoluzione tecnologica o se sia quest’ultima a condizionare la propria stessa disciplina legislativa. Non sfugge la complessità con la quale si è chiamati ad agire per disciplinare le modalità di utilizzo di prodotti o servizi basati su tecnologie innovative il cui impatto sul diritto non è precisamente prevedibile. Le implicazioni sono molteplici in quanto, al fine di poter prevedere una disciplina adeguata, è necessario che il legislatore e le istituzioni possano ipotizzare gli effetti che l’utilizzo di un determinato strumento tecnico possa riversare sull’ordinamento giuridico. Tutto ciò non è possibile in casi in cui tali effetti non siano conoscibili o siano contraddistinti da una elasticità tale da rendere imprevedibili le modalità di risposta di uno strumento messo sul mercato.

Si pensi, ad esempio, ai sistemi dotati di un’intelligenza artificiale chiamata ad agire non solamente in virtù dei dati di cui è in possesso al momento della programmazione, ma che si contraddistingue per la sua capacità di elaborare e raccogliere ulteriori dati e modificare la propria azione in relazione a quest’ultimi. L’utilizzo di *big data*, AI e di sistemi di *cloud computing* ha reso possibile superare limiti tecnici che devono, tuttavia, essere bilanciati da sistemi idonei di produzione giuridica (F. Di Porto, 2020, 277 ss.; I. A. Nicotra – V. Varone, 2019, 96 ss.).

Uno dei casi più conosciuti di questi sistemi, in forte evoluzione durante gli ultimi anni, è legato alla mobilità. La produzione di auto a guida autonoma, caratterizzate dalla presenza di sistemi di intelligenza artificiale, ha riscontrato un notevole successo anche quale conseguenza della necessità di conseguire un risparmio energetico e una migliore razionalizzazione degli spazi nelle nostre città. Il tema delle *Smart Cities* e degli strumenti urbanistici, architetture, normativi e sociali che contribuiscono ad ottimizzare i servizi pubblici ed il rapporto tra amministrazione e cittadini con l’utilizzo di tecniche legate all’innovazione, ha rappresentato un terreno fertile di riflessione per quanto riguarda la tutela dei diritti del singolo e lo sviluppo di nuovi diritti digitali. Tale evoluzione ha comportato una modifica dello spazio nel quale il legislatore è chiamato ad individuare regole, norme e linee guida proprio in conseguenza dell’irrompere di tecnologie sempre nuove.

Una destrutturazione dello spazio e del tempo che ha coinvolto principalmente le amministrazioni pubbliche e la modalità di programmazione, di gestione e di fornitura dei servizi. La mobilità rappresenta certamente una di quelle sfide che maggiormente interessano gli stati e sulle quali è possibile declinare una riflessione sulla capacità del diritto ad accompagnare l’innovazione digitale. Le problematiche che si pongono sulla regolamentazione della mobilità intelligente sono molteplici ed afferiscono al rispetto del Codice della Strada, alla

identificazione delle responsabilità per eventuali incidenti, alla tutela della *privacy*, ai diritti legati alla proprietà del mezzo ed alla disciplina riguardante l'attività di regolamentazione e di cartellonistica delle strade stesse. Tematiche che sono rese ancora più complesse dall'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale, poiché la guida autonoma non permette una facile e certa identificazione delle modalità con le quali il mezzo si comporta davanti a dei pericoli. Così il legislatore è chiamato a regolamentare fattispecie che non conosce o che non può prevedere, e sulle quali deve applicare categorie giuridiche che oggi sono sconosciute o quantomeno di difficile identificazione. Così è in tema di disciplina della responsabilità nella valutazione del bilanciamento effettuato nel caso in cui, davanti ad un pericolo, un sistema di intelligenza artificiale sia chiamato a decidere quale scelta prendere.

Come vedremo, in numerosi Paesi, in particolare in Italia, Germania e Singapore la *sandbox* è utilizzata proprio per testare soluzioni di guida autonoma e verificarne la compatibilità con la normativa vigente. Le tematiche però che possono interessare questo strumento sono varie e coinvolgono i dati personali, l'ambiente, il *fintech*, l'energia. In tutti questi casi si incrociano aspetti non solo tecnologici ma anche etici e sociali, che non possono essere lasciati al caso ma devono essere inclusi negli algoritmi che regolano l'intelligenza artificiale. Il legislatore italiano ha iniziato solo recentemente ad approcciarsi al tema nell'ottica prima di una generale inclusione dell'innovazione tecnologica e della digitalizzazione nei procedimenti amministrativi e, solo successivamente, mediante l'approvazione di una serie di fonti di *soft law* che contribuiscono a creare linee guida e orientamenti per i produttori e gli utenti di questi sistemi. Il legislatore europeo ha invece affrontato questi temi con maggior coraggio, anche mediante l'adozione di numerosi atti che incidono fortemente sulla regolamentazione dell'Innovazione digitale; rimandando ai copiosi studi in materia, è necessario richiamare alcuni atti in fase di discussione o approvati³ come il *Digital Service Market*, le direttive sulla *cybersecurity*, la disciplina *privacy*, il regolamento sull'intelligenza artificiale⁴ ed altri numerosi documenti e *dossier* che sono stati posti alla base della riflessione sul tema in questi anni.

³ Questa impostazione fa parte della più ampia strategia contenuta nel *Digital Single Market* mediante la quale l'UE si è impegnata a mettere in atto ogni azione al fine di creare uno spazio comune per i servizi digitali.

⁴ Nella Regolamento sull'Intelligenza Artificiale si affronta il tema delle *sandbox* quali spazi di sperimentazione legislativa e come possibile strumento per disciplinare il complesso sistema delle tecnologie emergenti. La previsione delle *sandbox* risponde in particolar modo alla verifica della compatibilità delle soluzioni con la *privacy*, tema evidentemente centrale nella discussione del legislatore europeo, e vengono inserite quale strumento «acceleratore» dell'innovazione.

L'evoluzione scientifica e l'avanzamento della tecnica hanno avuto un impatto significativo sulla stessa produzione delle fonti, tanto da obbligare spesso il legislatore a regolamentare tecnologie che erano già state sottoposte a regole dal privato. Le modalità con le quali enti pubblici ed imprese si inseriscono sul mercato, i modelli normativi di riferimento da applicare e le stesse categorie giuridiche hanno subito una modifica quale effetto dell'evoluzione tecnologica, evidenziando una duplice necessità: quella dell'adeguamento normativo *by default* dei prodotti caratterizzati dall'utilizzo di tecnologie emergenti e quello della flessibilità delle regole e della loro eventuale modifica quale effetto dell'evoluzione tecnologica. La legge, astratta e generale, non può spesso cogliere, infatti, la razionalità tecnica che promana dal sorgere di nuove situazioni giuridiche da azioni prima non considerate e dipendenti da sistemi che non sono direttamente riconducibili all'intelletto umano. Una razionalità che rischia di far adeguare il diritto al fatto, rovesciando quella piramide che vede la realtà soggetta e organizzata dal diritto e dalle regole che il legislatore pone. Tutto ciò fa entrare in crisi la regolamentazione tradizionale ponendo il legislatore davanti ad un bivio: disciplinare le nuove tecnologie alla luce delle regole che il mercato ha già dettato o produrre una propria legislazione ma dal basso valore coercitivo. Un dilemma che rischia di porre il sistema davanti ad «una forma e una sostanza regolativa, gestionale e decisionale che, se per un verso appare espressione di logiche artificiali tutte interne al singolo settore, per un altro, non essendo vincolate ad esigenza di generalità ed astrattezza, possono seguire e servire tutte le variabili del settore di volta in volta oggetto di regolazione» (C. Amirante, 2008, 44).

2. LE INDICAZIONI EUROPEE

L'esigenza di regolazione dell'innovazione tecnologica ha così comportato un triplice effetto: il superamento della sola predisposizione di norme di *soft law*, l'attenzione del legislatore alle regole del mercato ed un nuovo ruolo per le Autorità indipendenti e i Ministeri.

Per il primo è necessario rifarsi a quanto affermato nella risoluzione del Parlamento europeo su IA nell'era digitale, ove si afferma al punto 130 che «*Highlights that an underlying objective of the EU's digital strategy, as well as that of the AI strategy, is creating a 'European Way' in a digitalised world; clarifies that this approach should be human-centric, trustworthy, guided by ethical principles and based on the concept of the social market economy; underli-*

nes that the individual and the protection of their fundamental rights should always remain at the centre of all political and legislative considerations»⁵.

Un approccio che unisce la necessità di produrre regole certe e conoscibili da tutti all'esigenza sempre più crescente di far partecipare alla creazione delle regole tutti quei soggetti, istituzionali, sociali ed economici, che possono essere interessati a migliorare la disciplina e fissare principi condivisi. La ricerca di nuovi metodi per unire l'incertezza e flessibilità dei nuovi prodotti, frutto dello sviluppo tecnologico, e l'esigenza di individuare valori e principi fondamentali, applicabili alle soluzioni tecnologiche, determina la possibilità di prevedere modalità di produzione di fonti che minimizzino fin subito i rischi di non conformità.

Obiettivo che interessa la Commissione Europea che si impegna a *«to only propose legislative acts in the form of regulations for new digital laws in areas such as AI, as the digital single market needs to undergo a process of genuine harmonisation; is convinced that due to rapid technological development, digital legislation should always be flexible, principle-based, technology-neutral, future-proof and proportionate, while adopting a risk-based approach where appropriate, based on respect for fundamental rights and preventing unnecessary additional administrative burden for SMEs, start-ups, academia and research; stresses, furthermore, the importance of a high degree of legal certainty and, consequently, the need for robust, practical and unambiguous applicability criteria, definitions and obligations in all legal texts regarding the sale, use or development of AI technologies»*.

Il nuovo Regolamento⁶ sull'Intelligenza artificiale, nel prevedere l'utilizzo di *sandbox*, conferma che tali modalità possono accompagnare un'innovazione responsabile e l'integrazione di tutele adeguate, di misure di contenimento dei rischi fin dalla fase della progettazione della soluzione innovativa.

Negli ultimi anni numerosi Paesi e la stessa Unione europea hanno concentrato il proprio interesse verso modalità di «sperimentazione regolamentare» e di «*sandbox* normative».

L'*Expert Group on Regulatory Obstacles to Financial Innovation* (RO-FIEG) della Commissione europea ha inserito tra le sue raccomandazioni que-

⁵ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_EN.html

⁶ L'art. 53 del Regolamento prevede che siano istituiti ambienti controllati da una o più autorità competenti degli Stati membri o dal Garante europeo della protezione dei dati. Tutto ciò al fine di facilitare lo sviluppo e l'immissione sul mercato di servizi o prodotti particolarmente innovativi, sempre sotto il monitoraggio diretto delle autorità competenti e al fine di garantire la conformità ai requisiti al regolamento AI e in generale al diritto eurounitario e degli Stati membri.

lla di valutare l'opportunità di istituire una «*sandbox* normativa» a livello di UE proprio al fine di migliorare gli effetti dell'innovazione tecnologica⁷.

Stando alle definizioni condivise a livello UE, le «*regulatory sandboxes*» consistono in «quadri concreti che, fornendo un contesto strutturato per la sperimentazione, consentono, se del caso in un ambiente reale, di testare tecnologie, prodotti, servizi o approcci innovativi – al momento soprattutto nel contesto della digitalizzazione – per un periodo di tempo limitato e in una parte limitata di un settore o di un ambito soggetto a vigilanza regolamentare, garantendo la messa in atto di opportune misure di salvaguardia»⁸; le «*experimentation clauses*», che spesso costituiscono la base giuridica degli spazi di sperimentazione normativa, sono invece «disposizioni giuridiche che consentono alle autorità incaricate di attuare e applicare la legislazione e di esercitare, caso per caso, un certo grado di flessibilità in relazione alla sperimentazione di tecnologie, prodotti, servizi o approcci innovativi»⁹.

L'OCSE, spinta anche dalla necessità di trovare modalità efficaci di produzione del diritto, a seguito di una analisi dei modelli di produzione normativa¹⁰ che si sono sviluppati nei Paesi europei, ha incentivato l'utilizzo di modelli di normativa agile a partire, in particolare, da settori chiave dell'economia come mobilità e trasporti, comunicazioni, sanità e farmacia, e non solo nei servizi finanziari.

L'utilizzo delle «*regulatory sandbox*» e degli altri strumenti di regolamentazione digitali presuppone in molti casi che vi siano necessità tecniche o tecnologiche da affrontare, e che la pubblica amministrazione provi a superarle mediante un dialogo con i privati, con le aziende, con i tecnici e gli *stakeholder* internazionali. I privati possono così fornire un contributo decisivo nella regolazione della tecnologia partecipando al processo di regolamentazione e in alcuni casi di co-regolazione che arricchisce le modalità di produzione del diritto.

⁷ Commissione Europea, *30 Recommendations on regulation, innovation and finance*, RO-FIEG, 2019, pp. 71 ss.

⁸ Sul punto v. Consiglio dell'Unione europea, Conclusioni del Consiglio sugli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all'innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell'era digitale, 16 novembre 2020, reperibile al link: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13026-2020-INIT/it/pdf>, § 8.

⁹ Ibid., § 9.

¹⁰ Sul tema si vedano i documenti dell'OCSE, in particolare quelli pubblicati come report per il G20 Digital economy task force, e reperibili all'indirizzo <https://www.oecd.org/g20/topics/digitalisation-and-innovation/>. In particolar modo il «G20 survey on agile approach to the regulatory governance of innovation», il «G20 collection of digital identity practices» e il «G20 compendium on the use of digital tools for public service continuity».

Tali modalità di «*smart regulation*»¹¹ rispondono all'esigenza di superamento della regolamentazione mediante modelli di *soft law* delle nuove tecnologie¹² che, seppur consentano al legislatore di far fronte alle esigenze di conciliazione tra normativa flessibile e nuovi modelli di *business*, non permettono di cogliere le specificità di processi contraddistinti da una fase sperimentale tecnica molto complessa, dove l'eventuale collaborazione tra innovatori e legislatore comporta una diminuzione dei costi e dei tempi ed una astratta compatibilità normativa del prodotto innovativo.

L'UE ha trattato il tema delle *sandbox* anche nelle conclusioni del Consiglio dell'Unione Europea «sugli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all'innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell'era digitale» del novembre 2020 (2020/C 447/01).

Il Consiglio identifica nel «principio di innovazione»¹³ che tutela l'importanza che le innovazioni normative siano in linea con le trasformazioni tecnologiche, uno strumento utile per la creazione di strumenti normativi più efficienti, coerenti, prevedibili, omogenei, adeguati alle esigenze future, sostenibili e resilienti¹⁴. L'applicazione di tale principio ha incentivato l'utilizzo di spazi di sperimentazione normativa, che il Consiglio riconosce essere già previsti in una serie di settori, che permettono di far progredire in modo proattivo e sinergico l'evoluzione tecnologica e quella legislativa.

Il Consiglio ha invitato ad utilizzare clausole di sperimentazione ed ha impegnato la Commissione a ricercare un ambiente comune di disciplina;

¹¹ I documenti e gli studi condotti dall'OCSE riguardano in particolar modo la modalità con le quali le istituzioni devono approcciarsi con la regolamentazione. Per citare solo i principali OECD (2020), *Review of International Regulatory Co-operation of the United Kingdom*, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/09be52f0-en.pdf?expires=1619678310&id=id&accname=ocid84004878&checksum=F48BAB9FF667445A72230450A64AB4AD>; OECD (2020), *Shaping the future of regulators: the impact of emerging technologies on economic regulators, the governance of regulators*, OECD Publishing, Paris; OECD (2020), *The role of sandboxes in promoting flexibility and innovation in the digital age. Going Digital Toolkit Policy*; OECD (2019), *Regulatory effectiveness in the era of digitalisation*.

¹² Spesso l'UE ha adottato linee guida, raccomandazioni o comunicazioni che in qualche modo rappresentano gli indirizzi su numerosi temi. Si vedano, ad esempio, i numerosi atti legati all'AI quali la Comunicazione dell'aprile 2018 della Commissione dal titolo «*Artificial intelligence: Commission outlines a European approach to boost investment and set ethical guidelines*» o la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)).

¹³ Si veda il dossier della Commissione Europea dal titolo *Study supporting the interim evaluation of the innovation principle*, 2019, reperibile sul sito https://ec.europa.eu/info/publications/study-supporting-interim-evaluation-innovation-principle_en.

¹⁴ Lo stesso Consiglio definisce nel documento le clausole di sperimentazione normative quali «disposizioni giuridiche che consentono alle autorità incaricate di attuare e applicare la legislazione e di esercitare, caso per caso, un certo grado di flessibilità in relazione alla sperimentazione di tecnologie, prodotti, servizi o approcci innovativi».

nel 2021 la Presidenza Slovena ha sottoposto agli Stati membri un breve questionario e dei documenti di *policy* per monitorare le tipologie di *sandbox* presenti nei vari Paesi e per raccogliere le migliori pratiche ¹⁵.

L'istituto della *sandbox* ha così iniziato a trovare un terreno comune di valutazione ed analisi che può condurre alla creazione di una disciplina eurounitaria. I dubbi che permangono e che proveremo ad affrontare sono, tuttavia, molteplici ed afferiscono principalmente alla difficoltà in alcuni sistemi, caratterizzati da processi di *hard law* e rigidi, di accettare una qualsiasi modifica del diritto senza una previa decisione del legislatore, o comunque in una delle modalità costituzionalmente previste, ognuna per propria competenza, modalità e materia.

3. IL CONCETTO DI SANDBOX NORMATIVA E LE SUE PECULIARITÀ

La «*sandbox*» non rappresenta altro che una metafora presa in prestito dalla vita quotidiana. Il «box di sabbia» rappresenta, infatti, il luogo sicuro ove far giocare i propri figli in una spiaggia ed in qualche modo rappresenta perfettamente le contraddizioni in termini presenti sia in questo spaccato di vita quotidiana che nella sua proiezione metaforica nel diritto. Così come nella vita reale, anche nell'ordinamento giuridico, tutto ciò che pare più sicuro, delimitato ed osservato a vista, nasconde insidie e difficoltà che non sono facilmente prevedibili. La *ratio*, traslata prima in ambito informatico e poi giuridico, è abbastanza elementare: se non posso far prevedere al diritto quali effetti avrà la tecnologia, posso sicuramente chiedergli di occuparsene in fase di progettazione e primo inserimento sul mercato, sospendendo l'efficacia delle norme che potrebbero comportare complicazioni. Uno strumento che ha iniziato ad avere la propria centralità in particolar modo nel sistema anglosassone e che ha trovato nella elasticità di quel sistema, nella peculiarità del *common law*, nella conformazione del rapporto tra autorità e organi preposti alla regolazione e alle pulsioni di mercato, un terreno fertile ed argilloso. Il buon funzionamento delle *sandbox* dipende da numerosi fattori che non sono sempre facilmente classificabili, in quanto afferiscono non solo alla struttura ordinamentale ma anche alle implicazioni economiche. Nella realtà giuridica la *sandbox* è uno

¹⁵ I documenti sottoposti agli Stati per la consultazione sono: a) *The role of sandboxes in promoting flexibility and innovation in the digital age*; b) *ESAs Joint Committee report FinTech: Regulatory sandboxes and innovation hubs*, January 2019; c) *UNSGSA FinTech Working Group and CCAF 2019, Early Lessons on Regulatory Innovations to Enable Inclusive FinTech*; d) *Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs for Fintech*; e) *Regulatory sandboxes and financial inclusion*.

spazio, virtuale oppure fisico, all'interno del quale è possibile testare per un periodo di tempo limitato progetti innovativi da un punto di vista tecnologico, con la possibilità di derogare la normativa di settore in modo da consentire ai promotori del progetto di svolgere i *test* nella maniera più esaustiva, completa ed efficiente possibile. La *sandbox* normativa è caratterizzata da una ulteriore peculiarità: i risultati dei vari test e delle varie sperimentazioni possono essere utilizzati come base per una successiva ed eventuale modifica normativa. La *sandbox* può essere analizzata sotto molteplici aspetti «involgendo implicazioni di tipo giuridico, economico e sociale, sta facendo emergere ulteriori elementi meritevoli di opportuna considerazione, ciascuno legato al carattere multiforme, multifunzionale e multidimensionale del modello in questione. Ad adiuvandum, sta ponendo in particolare evidenza i due macro orientamenti del dibattito in corso che si spinge ora verso il lido della regolazione sperimentale, ora verso quello della sperimentazione normativa» (M. T. Paracampo, 2022, 209). Il procedimento, seppur differente da Paese a Paese, ha una struttura comune: un soggetto, pubblico o privato, propone un progetto fortemente innovativo, e in alcuni casi immediatamente testabile, all'ente pubblico che sovrintende la sperimentazione e che è responsabile, da solo o in sinergia con altri soggetti, della valutazione della validità della sperimentazione e della effettiva necessità di sospensione di una norma. I soggetti chiamati ad effettuare la valutazione, in alcuni casi le Autorità, in altre i Ministeri stessi e in altri ancora comitati tecnici *ad hoc*, emettono un parere che viene posto alla base dell'eventuale attivazione della sospensione in ambiente protetto e che potrà portare a una proposta di modifica della normativa.

Nel nostro ordinamento è difficilmente inquadrabile la *sandbox* normativa nel sistema delle fonti, in quanto essa non potrebbe derogare una normativa senza che tutto ciò vada a modificare profondamente l'assetto istituzionale. Infatti «una deroga troppo ampia andrebbe ad intaccare i fondamenti dello Stato di diritto, giacché neutralizzerebbe norme vigenti senza la mediazione degli organi legittimati a tale scopo» (A. Merlino, 2022, 120).

Non è un caso se la *sandbox* a livello europeo si sia sviluppata a partire dal settore del *fintech* (L. Bromberg – A. Godwin – I. Ramsay, 2017, 314 ss.) nel Regno Unito, in quanto è risultato più naturale creare una cornice giuridica adeguata in un ordinamento che si basa su regole di *common law* ed in un settore in continua evoluzione, contraddistinto da una forte territorialità degli effetti (in gran parte economici e non legati, ad esempio, a beni della vita). Il progetto fu lanciato nel 2016 e interessò subito la *Financial Conduct Authority*; i requisiti che devono essere soddisfatti al fine di accedere ad una *sandbox* sono principalmente tre: l'innovatività, il beneficio sociale o economico per la

collettività e la effettiva necessità di superare una norma al fine della sperimentazione e della messa in commercio di un prodotto.

I benefici della *sandbox*, ben colti prima dall'UK e poi da numerosi Paesi europei ed extraeuropei come Giappone, Singapore, Israele, Paesi Bassi, Germania, Portogallo, Spagna, Francia ed altri, non sono solamente giuridici ma altresì economici, anche se il diretto coinvolgimento di sole alcune imprese può limitare il principio di concorrenza e creare disuguaglianze in quanto *«regulatory sandboxes have the potential to give certain economic privileges to specific firms without extending those same privileges to other, similarly situated firms. Typically, regulators approve and allow only certain firms, or types of firms, to participate in their sandbox. Because regulatory sandboxes, by design, reduce the regulatory costs that an admitted firm incurs, firms approved to participate in the sandbox may receive an advantage over their non approved competitors. This presents something of a paradox for policymakers: for a regulatory sandbox to be effective, it must offer participants some form of regulatory relief, but this relief may provide those firms government-granted economic privilege at the expense of their rivals. This concern is an aspect of regulatory sandboxes that so far has been under examined»* (Brian R. Knight – Trace E. Mitchell, 2020, 5 ss.).

Così numerose altre criticità si sono registrate: dalla mancanza di adesione da parte dei privati a queste tipologie di *sandbox*, alle difficoltà di collaborazione tra soggetti istituzionali, alle complicazioni insorte nel momento della eventuale proposta di deroga di una normativa o di modifica della disciplina ed al complesso sistema di autorizzazione e dell'interessamento di Autorità indipendenti, oltre ad una evidente difficoltà di inquadramento di questo strumento nel sistema di produzione delle fonti.

4. LA SANDBOX FINTECH IN ITALIA

La *Sandbox* è stata introdotta nel nostro ordinamento con il decreto legge n. 34 del 30 aprile 2019 (cd. Decreto Crescita) a cui è seguito il decreto 30 aprile 2021, n. 100 del Ministero dell'Economia e delle Finanze; l'ambito di applicazione è limitato al settore della Finanza Tecnologica (il cd. *FinTech*), ossia quella parte del mondo finanziario in cui, sfruttando l'innovazione tecnologica, è possibile sviluppare nuovi modelli di *business*, processi, prodotti e

anche nuovi operatori di mercato¹⁶ (A. Merlino, 2022 a; M. T. Paracampo, 2019, 219 ss.).

Lo scopo della *Sandbox* italiana (che in questo caso è uno spazio virtuale) è quello di favorire l'innovazione nei settori finanziario, bancario e assicurativo permettendo a coloro che hanno una proposta tecnologicamente innovativa di testarla, adottando gli strumenti necessari per non pregiudicare la concorrenza, tutelare i consumatori, mantenere la stabilità del mercato finanziario ed eventualmente proporre modifiche normative. Secondo quanto previsto dalla normativa, gli operatori di mercato possono presentare, all'interno di due finestre temporali che vengono istituite nel corso dell'anno, i loro progetti alle autorità competenti per materia; le autorità a cui può essere indirizzata la domanda sono la Banca d'Italia, la Commissione Nazionale (CONSOB), l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (IVASS), il Garante per la protezione dei dati personali, l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e l'Agenzia delle Entrate. Queste, oltre a ricevere la richiesta di partecipazione da parte dei soggetti promotori, si occupano anche degli aspetti gestionali della sperimentazione, quali la determinazione delle finestre temporali per la presentazione delle domande di partecipazione, l'attività di accompagnamento e di supporto nei confronti del richiedente, l'espletamento della fase istruttoria successiva alla presentazione della richiesta e del monitoraggio dei *test* a cui viene sottoposto il progetto, la redazione delle relazioni sullo svolgimento delle sperimentazioni. Oltre a queste autorità vengono coinvolti anche altri attori istituzionali quali il Dipartimento del Tesoro, presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Dipartimento per le politiche europee e il Ministero dello Sviluppo Economico. L'intero procedimento è condotto dal «Comitato *Fintech*», presieduto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e coadiuvato dalla Segreteria tecnica del Dipartimento del Tesoro, che rappresenta l'organo di raccordo e coordinamento e riunisce i rappresentanti di tutti gli enti interessati nel procedimento ed eventuali altri soggetti che potrebbero fornire informazioni utili al fine della valutazione della sperimentazione. Il comitato svolge anche un'attività di monitoraggio dello sviluppo del settore *FinTech*, di concerto con gli altri soggetti internazionali, al fine di delineare linee guida comuni per l'avanzamento del settore. Possono essere sottoposti a richiesta di sperimentazione mediante *sandbox* i progetti innovativi in uno stato avanzato e finanziariamente sostenibile (requisito oggettivo) presentati da soggetti che operano (o hanno intenzione di iniziare ad operare), anche non in modalità prevalente, nel settore *FinTech*

¹⁶ Definizione reperibile sul sito della CONSOB.

(requisito soggettivo) e che rispondono a uno dei requisiti funzionali richiesti. Il progetto per essere, ammesso alla sperimentazione, deve infatti realizzare benefici per gli utenti finali che comportino un miglioramento della qualità del servizio, della promozione della concorrenza, delle condizioni di accesso, della disponibilità, della tutela dell'utente finale o dei costi; produrre una maggiore efficienza del sistema bancario, finanziario e assicurativo o di coloro che in questi sistemi operano; migliorare l'applicazione della regolamentazione del sistema bancario, finanziario o assicurativo in una maniera meno onerosa e più efficace; semplificare i sistemi, le procedure, e i processi interni degli operatori nel settore bancario, finanziario o assicurativo in materia di gestione di rischi. Prima della presentazione della domanda è prevista una fase di «accompagnamento», nel corso della quale i soggetti interessati a proporre un progetto per la sperimentazione possono effettuare delle richieste di supporto alle autorità di vigilanza, per avere dei chiarimenti sul funzionamento della *Sandbox*, sull'individuazione dell'autorità competente per materia e sulle modalità di presentazione della domanda di ammissione. I soggetti interessati a proporre la domanda di partecipazione possono farlo durante la vigenza di una delle due finestre annuali dedicate, allegando alla domanda tutti i documenti attestanti la conformità del progetto ai requisiti legali. Successivamente l'autorità competente svolge la fase istruttoria, effettuando una valutazione circa la completezza della richiesta e la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, tenendo conto delle deroghe alla normativa richieste dai promotori, delle misure predisposte per la prevenzione dei rischi e degli strumenti a tutela degli utenti. L'autorità, ai fini della completezza dell'istruttoria, può richiedere a coloro che hanno presentato la domanda chiarimenti o integrazioni, ed anche pareri al Comitato o ai membri di questo.

Al termine della sperimentazione l'autorità elabora una relazione sull'esito di questa fase e la invia alla Segreteria tecnica, la quale, dopo averne preso visione, la trasmette agli altri componenti del Comitato che, nel caso in cui lo ritengano necessario, possono chiedere di convocare una riunione con le Autorità di vigilanza competenti per analizzare i contenuti dell'istruttoria che rientrano nei rispettivi ambiti di competenza. Se al termine dell'istruttoria il progetto viene valutato positivamente, l'autorità competente emette un provvedimento in cui sono enunciate le modalità, le prescrizioni e le tempistiche della sperimentazione; in caso contrario invece, emette un provvedimento di diniego.

Nel corso dello svolgimento della sperimentazione l'Autorità competente è incaricata anche del monitoraggio della stessa; al termine del monitoraggio questa può disporre integrazioni, modifiche e anche la revoca del provvedimento iniziale di ammissione alla *sandbox*.

Terminato il periodo di sperimentazione accordato, l'Autorità effettua una relazione sui risultati ottenuti e la trasmette alla Segreteria tecnica, segnalando se sia il caso o meno di effettuare modifiche normative, alla luce del progresso scientifico e tecnologico. Spetterà poi al Comitato, se lo riterrà opportuno, presentare al Governo una proposta di intervento sulla normativa di settore; il Comitato può anche promuovere la formulazione di proposte normative da parte delle istituzioni europee.

4.1 ... e la *Sandbox* multisettoriale

L'Italia ha, altresì, previsto recentemente una *sandbox* normativa multisettoriale, disciplinata dall'art. 36 del decreto legge n. 76 del 2020. Il progetto «Sperimentazione Italia», nel quale si sviluppa la *sandbox*, ha l'ambizione di colmare il *digital divide* e il *gap* esistente tra il nostro Paese e il resto dell'Europa. «Sperimentazione Italia», come è possibile leggere dai vari documenti, vuole permettere a *start-up*, imprese, università e centri di ricerca di sperimentare progetti tecnologicamente innovativi, che consentano di portare a termine la digitalizzazione della P. A., creare benefici per l'ambiente e per le realtà socio-economiche del Paese, migliorare la competitività e l'aggiornamento della normativa in funzione del progresso tecnologico, così da creare nuove opportunità di business per gli operatori economici. Per accedere alla *Sandbox*, il promotore del progetto deve presentare un'apposita domanda al Dipartimento della Trasformazione Digitale e al Ministero dello Sviluppo Economico i quali, dopo avere svolto un'istruttoria, in caso di esito positivo della stessa, ed aver ottenuto eventuali autorizzazioni da altri enti coinvolti, autorizzano la sperimentazione definendone le modalità. Una volta terminata questa fase i promotori devono trasmettere al Dipartimento e al Ministero una relazione sui risultati e sui benefici socio-economici del progetto; il Dipartimento dopo aver preso visione della relazione può inviare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Ministro competente per materia un parere sulla possibilità di modificare la normativa di settore.

Allo scopo di tutelare i diritti di tutti la deroga non può essere applicata in settori quali la salute, l'ambiente, la tutela dei beni culturali e paesaggistici; lo stesso divieto di deroga vale per le disposizioni del codice penale, per la legislazione antimafia e per i vincoli internazionali e comunitari. Inoltre, la normativa non permette la sperimentazione in materia di: «*FinTech, raccolta del risparmio, credito, finanza, moneta, moneta elettronica, sistema dei pagamenti, assicurazioni e di ogni altro servizio finanziario oggetto di autorizza-*

zione ai sensi di disposizioni dell'Unione Europea o di disposizioni nazionali attuative di disposizioni dell'Unione Europea; sicurezza nazionale; anagrafica, di stato civile, di carta d'identità elettronica; elettorale e referendaria; procedimenti di competenza delle autorità provinciali di pubblica sicurezza relativi a pubbliche manifestazioni, misure di prevenzione personali e patrimoniali, autorizzazioni e altri provvedimenti a contenuto abilitativo, soggiorno, espulsione e allontanamento dal territorio nazionale degli stranieri e dei cittadini dell'Unione Europea, o comunque di ogni altro procedimento a carattere preventivo in materia di pubblica sicurezza»¹⁷. Seppur siano iniziate delle sperimentazioni legate in particolare alla mobilità¹⁸, le principali criticità ad oggi evidenziate dalla disciplina sono quelle della difficoltà a coordinare più soggetti pubblici, a ricevere eventuali autorizzazioni a sospensioni che potrebbero comportare danni a persone o cose, al ruolo non chiaro delle varie istituzioni coinvolte, alla mancanza effettiva di fondi ed all'eccessiva numerosità delle eccezioni alle deroghe che, in sostanza, in particolar modo in sistemi dotati di IA, rischiano di essere sempre presenti (si pensi alla guida autonoma ed alle tante materie interessate). Nell'allegato tecnico fornito dal Dipartimento, inoltre, si chiede di indicare con precisione le norme che osterebbero alla sperimentazione, comportando ciò senza dubbio un elemento di forte criticità per le imprese che necessiterebbero di un maggior coinvolgimento iniziale e di un accompagnamento.

5. LA SANDBOX IN SPAGNA

La Spagna sul tema ha seguito un approccio quasi sovrapponibile a quello italiano, istituendo una *Sandbox* virtuale relativa al settore *FinTech*, con la legge n. 7 del 13 novembre 2020. Qualunque soggetto interessato a presentare un progetto tecnologicamente innovativo per il settore della tecnofinanza può presentare domanda di partecipazione. I requisiti sono pressoché simili a quelli previsti dalla normativa italiana: il valore aggiunto del progetto agli strumenti del settore finanziario, i soggetti in ambito *fintech* ed il grado di avanzamento e sostenibilità della proposta. Il legislatore spagnolo, nel prevedere una *sandbox Fintech* che unisca il progresso tecnologico e scientifico e l'efficienza

¹⁷ Ministero per l'Innovazione Tecnologica e la Trasformazione Digitale, *Sperimentazione Italia*, in [Innovazione.gov.it](https://www.innovazione.gov.it).

¹⁸ Bisogna segnalare che all'interno del progetto Sperimentazione Italia è stata approvata a febbraio la sperimentazione di alcuni prototipi di navette a guida autonoma su strada a Torino e a Milano e in corso una sperimentazione per dei robot a guida autonoma per le consegne a domicilio.

settore finanziario, ha tenuto in ampia considerazione sia lo svilupparsi di una adeguata politica finanziaria di contorno che la previsione di tutele, per evitare che vi siano dei pregiudizi per la tutela dei consumatori dei servizi finanziari, la stabilità finanziaria e l'integrità dei mercati¹⁹. Nel caso della *Sandbox FinTEch*, la domanda di partecipazione può essere presentata dagli interessati durante la vigenza delle apposite finestre, che vengono aperte una volta ogni sei mesi e vede coinvolti come attori la Segreteria Generale del Tesoro e della Finanza internazionale (un'articolazione interna del Ministero degli Affari Economici) e varie autorità di vigilanza: l'Autorità di Vigilanza e Finanza Internazionale, la Banca di Spagna, la Commissione Nazionale sul Mercato e i Prodotti Finanziari, e la Direzione Nazionale sulle Assicurazioni e i Fondi Pensione. Anche in questo caso è stato istituito un organo di raccordo, la Commissione di coordinamento. La Segreteria Generale del Tesoro e della Finanza Internazionale (SGTFI) riceve telematicamente la domanda di partecipazione e la trasmette all'Autorità di Vigilanza e Finanza Internazionale ed eventualmente all'autorità di vigilanza competente per materia, la quale svolge una valutazione preliminare del progetto e, in caso di esito favorevole, la invia alla SGTFI. La valutazione viene trasmessa alla Commissione di coordinamento che a sua volta, nel corso di una riunione appositamente convocata, emette la propria valutazione e notifica l'esito dell'istruttoria al promotore del progetto. In caso di accoglimento della domanda, l'autorità competente sottoscrive con il promotore un protocollo in cui sono indicati termini e modalità di svolgimento della sperimentazione. L'autorità di vigilanza competente è incaricata del monitoraggio che svolge tramite i suoi funzionari, che valutano l'effettiva conformità del progetto al Protocollo e alla legge durante lo svolgimento delle prove, che possono essere interrotte nell'eventualità di una violazione. Una volta terminata la sperimentazione, il promotore presenta una relazione in cui enuncia i risultati ottenuti e la consegna, entro il termine di un mese, all'autorità di vigilanza, la quale provvede a trasmetterla al Comitato di coordinamento, che, una volta presa visione dei risultati dei *test*, può disporre di nuovi qualora lo ritenga necessario.

Per quanto riguarda il procedimento di riassetto normativo, la SGTFI redige un rapporto annuale, in cui sono incluse le proposte di modifica alle normative scaturite in seguito ai *test* dei progetti, che viene illustrato in Parlamento dal Ministro degli Affari Economici²⁰. Recentemente, il Governo

¹⁹ Legge n. 7 del 13 novembre 2020, preambolo.

²⁰ Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, *Sandbox Financiero*, in Tesoropublico.es. Vedi anche Banco de España, *Sandbox*, in bde.es.

spagnolo, insieme alla Commissione Europea, ha annunciato il lancio di un progetto pilota finalizzato all'istituzione di una nuova *Sandbox* sull'intelligenza artificiale²¹.

6. LE ZONE DI SPERIMENTAZIONE IN PORTOGALLO

Un caso di particolare interesse è quello della *Sandbox* portoghese. La legge n. 67 del 30 luglio 2021 non individua un settore specifico, né definisce una modalità di individuazione dei settori ed affida all'Agenzia Nazionale per l'Innovazione la facoltà di delimitare un luogo fisico in cui è possibile svolgere sperimentazioni. In Portogallo, infatti, la sperimentazione si svolge in un luogo fisico definito Zona Franca Tecnologica (ZLT), ossia un'area geografica e «tematica» in cui sperimentare progetti tecnologicamente innovativi ai quali chiunque sia interessato può accedere su istanza di parte o, in alternativa, per mezzo di *call* aperte appositamente definite come «programmi per l'innovazione» (*call to action*). Il progetto che i promotori intendono presentare deve contenere l'enumerazione dei rischi potenziali e le misure predisposte per scongiurarli; devono, inoltre, stipulare una polizza assicurativa per la responsabilità civile nei confronti di terzi. I promotori hanno facoltà di presentare la domanda all'Ente di gestione della ZLT che, dopo averla valutata positivamente, sottoscrive un «protocollo di prova» con loro e con l'Agenzia Nazionale per l'Innovazione all'interno, nel quale sono indicati gli obiettivi, i parametri, le modalità, i potenziali impatti sui terzi e le tempistiche della sperimentazione. L'Ente di gestione è altresì incaricato del monitoraggio, d'intesa con l'Agenzia Nazionale per l'Innovazione e con la supervisione dell'Autorità di vigilanza e regolamentazione competente, secondo le modalità indicate nell'atto costitutivo. In Portogallo il ruolo delle autorità di vigilanza è diverso rispetto ai due casi precedentemente analizzati; oltre a supervisionare il monitoraggio della sperimentazione, infatti, possono presentare proposte per la costituzione di nuove ZLT, e forniscono supporto tecnico per le attività di sperimentazione. Seppur non sia esplicitata la modalità con la quale sia possibile attivare una modifica legislativa, le relazioni che vengono effettuate su ogni sperimentazione possono senza dubbio essere poste alla base di un ripensamento della disciplina nei vari settori testati.

²¹ European Commission, *Launch event for the Spanish Regulatory Sandbox on Artificial Intelligence*, in digital-strategy.ec.europa.eu.

7. LE *SANDBOX* IN FRANCIA

La Francia ha istituito due *Sandbox*, una relativa al settore energetico ed una seconda per i progetti relativi alla tutela ed al trattamento dei dati personali in diversi settori (sanità, trasporti etc.) la cui *governance* è affidata alla Commissione Nazionale per l'Informatica e le Libertà (CNIL), che è incaricata di presidiarne tutti gli aspetti gestionali.

Nel caso della *Sandbox* per l'energia (istituita con l'art. 61 della legge n. 1147 dell'8 novembre 2019) la domanda può essere presentata da chiunque abbia interesse a proporre un progetto tecnologicamente innovativo relativo all'uso di tecnologie sperimentali per la transizione energetica. Anche in questo caso viene richiesto che il progetto sia già in uno stato avanzato e che il promotore indichi la normativa da derogare. La *Sandbox* viene gestita dalla Commissione per la regolamentazione dell'energia elettrica (CRE), una articolazione interna del Ministero dell'Energia, la quale svolge la fase istruttoria e può richiedere ulteriori informazioni ai promotori e consultare gli operatori della rete elettrica e le autorità preposte alla distribuzione dell'energia elettrica per eventuali dubbi.

La CRE, quando viene presentata una domanda di partecipazione, deve informare il Ministero, il quale può opporsi all'accesso del progetto alla *Sandbox* qualora ritenga che non sussistano i presupposti previsti dalla legge. Nel caso in cui dovesse essere confermata la fattibilità della sperimentazione, la CRE adotta una delibera in cui enuncia quali deroghe vengono concesse e le condizioni di svolgimento della sperimentazione. La sperimentazione può avere una durata massima di quattro anni ed il monitoraggio viene svolto personalmente dai responsabili del procedimento, che una volta all'anno devono inviare alla CRE una relazione sullo svolgimento della sperimentazione. Terminata la sperimentazione, la Commissione può stabilire la fine della deroga alla normativa oppure prorogare la sperimentazione. Per quanto riguarda la seconda *Sandbox*, la durata massima della sperimentazione è di tre anni e l'accesso è consentito a condizione che il progetto garantisca una migliore tutela dell'individuo e il corretto trattamento dei dati personali, contribuisca al superamento di criticità concrete di applicazione della disciplina sulla *privacy* nel settore di riferimento, risponda ad un interesse collettivo, sia ad un livello sufficientemente avanzato e sia dotato di una adeguata copertura finanziaria. Il CNIL valuta così la conformità del progetto rispetto ai presupposti di ammissibilità e stila una graduatoria da sottoporre al Comitato di valutazione (un organo interno al CNIL composto da membri di questo ed integrato da esperti che variano a seconda del settore per cui è stata aperta la *call to action*) che, dopo un'audizione dei singoli promotori, stila l'elenco dei progetti ammessi a sperimentazione. Il comitato nomina un respon-

sabile del monitoraggio che si occupa di valutare la conformità della sperimentazione al GDPR e cura i rapporti con il promotore del progetto; i risultati della sperimentazione vengono inclusi dal CNIL nella sua relazione annuale. Nel corso del semestre francese di presidenza del Consiglio dell'Unione Europea, il governo francese si è fortemente impegnato per modificare le disposizioni sulle *Sandbox* presenti nella proposta di Regolamento comunitario sulla Intelligenza Artificiale, in modo che queste fossero maggiormente «flessibili».

8. ALCUNE NOTE CONCLUSIVE

Lo studio della *sandbox* come modello di regolamentazione è ancora allo stato embrionale. Non solamente sono assai pochi i Paesi che adottano una vera e propria *sandbox*, e non un *innovation hub* o soluzioni simili²², cioè un insieme di strumenti che permettono sia agli innovatori di sperimentare un bene in uno spazio protetto, senza incorrere in violazioni e sanzioni, sia di verificare la possibilità di definire norme maggiormente coerenti con gli effetti che lo sviluppo tecnologico ha comportato. L'approccio è quindi diffuso e vede la compartecipazione e co-regolazione di numerosi soggetti pubblici e privati che si inseriscono nell'*iter* normativo in modo orizzontale, tanto che «il passaggio dal modello della piramide normativa a quello della rete non comporta necessariamente un indebolimento della funzione ordinatrice del diritto, ma consente invece di applicare principi giuridici fluidi ad una realtà che necessita di essere regolamentata senza incappare nella Scilla di una eccessivamente rigida regolamentazione, ma senza nemmeno rinunciare a regolare fenomeni nuovi che sono oggi una realtà già esistente» (A. Merlino, 2022, 126).

Dall'analisi dei Paesi presi in considerazione è possibile innanzi tutto affermare che esistono varie tipologie di *sandbox* che dipendono principalmente dalle finalità che si prefissa il legislatore. La prima, quella più comune, ha come oggetto principale il lancio commerciale di un bene o servizio ed il suo effettivo rispetto della normativa esistente o eventualmente modificata. In questo caso l'interesse principale è quello della «sperimentazione normativa» ove la parte tecnica è chiamata ad adeguarsi alla normativa in fase di sperimentazione. Una seconda, più complessa e meno utilizzata, è quella che vede come oggetto preponderante la normativa ed in cui le sperimentazioni vengono svolte per

²² Come avviene, ad esempio, in Germania dove si prevedono clausole di sperimentazione che possono essere previste dalle singole normative e che producono effetti simili alle *sandbox*. In particolare la Germania si è interessata di queste modalità di sperimentazione regolamentare sul tema della mobilità sostenibile.

affermare *policy*, linee guida e modificare la normativa esistente. In questi casi si è di fronte a una regolazione sperimentale ed il ruolo delle Autorità e dei soggetti istituzionali risulta essere maggiormente centrale. Un'ulteriore tipologia di *sandbox*, di derivazione eurounitaria, ha come obiettivo quello di creare uno spazio europeo di sperimentazione, come richiesto anche dal considerando 70 della proposta di Regolamento dell'UE sull'IA, al fine di facilitare il posizionamento delle imprese innovative nel mercato globale. Un ulteriore elemento di differenziazione è dato dal settore della *sandbox*: se alcuni Paesi preferiscono creare solamente *sandbox* monosettoriali (Germania, Spagna, Regno Unito; Paesi Bassi) altri hanno invece previsto anche *sandbox* intersettoriali (Italia, Portogallo) o trasversali (Francia con la *sandbox* sulla *privacy*).

L'effettivo funzionamento delle *sandbox* dipende anche dal ruolo dei soggetti coinvolti. In alcuni casi, come visto, viene coinvolta solo una Autorità che ha competenze sulla materia e, in quel caso, l'eventuale sospensione è più diretta; in altri casi, invece, come in quello Italiano, i soggetti chiamati a dare il proprio parere sono molteplici e tutto ciò rischia di deresponsabilizzare e far interrompere il procedimento nell'attesa di una autorizzazione. In questi casi, la *governance* accentrata o diffusa può incidere fortemente sulla validità della *sandbox*. Bisogna altresì osservare che l'eventuale sospensione di una norma nel sistema italiano non è di facile attuazione, in particolar modo per le norme che sono poste alla base di beni fondamentali e dalla cui inosservanza potrebbero derivare danni a persone, in quanto contrasterebbe fortemente con i principi fondamentali dell'ordinamento. Rimane sullo sfondo anche il ruolo delle Autorità che nel nostro ordinamento svolgono un compito maggiormente di controllo e di vigilanza ma che hanno poteri legislativi esterni, seppur dipendenti da fonti che glieli affidano e delimitano (V. Cerulli Irelli, 2009). In questo caso un'eventuale sospensione dei soli atti adottati dalle Autorità, seppur sia maggiormente sostenibile e comporti meno complicazioni, rischierebbe di non essere sufficiente al fine della buona riuscita della sperimentazione. Gli interrogativi su questo modello sono ancora molti ma l'eventuale previsione di una Autorità *ad hoc*, di *call* settoriali ben definite, di una razionalizzazione dei soggetti competenti (in particolar modo nella *sandbox* multisettoriale), di maggiore coinvolgimento dei soggetti privati al procedimento, di una limitazione delle eccezioni, di istituzioni di Zone franche ove condurre sperimentazioni, potrebbero comportare un utilizzo migliore della *sandbox* nell'ottica della più adeguata regolamentazione delle tecnologie emergenti.

L'utilizzo della *sandbox* risulta, in conclusione, essere un importante strumento non solamente per il legislatore ma in particolare per tutti quei soggetti privati che operano nel mercato dell'innovazione e che proprio da

questo dialogo con le istituzioni pubbliche possono sia indirizzare i propri beni e servizi verso soluzioni che rispettino le norme vigenti sin dalla fase della progettazione sia inserirsi in modo più efficace nel mercato europeo.

La duplice finalità insita nelle *sandbox*, quella relativa alla sperimentazione della tecnologia e delle soluzioni innovative e quella di verifica perdurante della tenuta dell'architettura normativa, mediante la sperimentazione di un nuovo modo di regolamentare (M. T. Paracampo, 2022, 219; M. Lesher, 2020)²³, non ha raggiunto tuttavia lo stesso grado di maturità. Se infatti questo strumento può essere particolarmente utile per la fase di «sperimentazione» normativa, dove il processo di test e costruzione del prodotto viene svolto tenendo conto della normativa e influenzandosi a vicenda, è invece molto più complessa una effettiva attuazione quale «regolazione» sperimentale. In particolare tutto ciò dipende dal ruolo che hanno le Autorità e le competenze di Ministeri e dei soggetti pubblici che, unito alle peculiarità dei sistemi di *civil law* e dalla forte rigidità istituzionale e di divisione dei poteri, difficilmente è possibile che incidano sulla vigenza delle norme. In questo contesto è quindi necessario, pur tenendo di conto delle modalità di attuazione delle *sandbox* nei paesi di *common law* e in quelli extraeuropei, agire sulle criticità già evidenziate al fine di costruire un modello di sperimentazione normativa, a livello europeo e nazionale, che possa ben bilanciare la rigidità del nostro sistema, il complesso dialogo tra Ministeri e Autorità e l'elasticità richiesta dai sistemi innovativi. Lo studio della *sandbox* appare dunque, in prospettiva, rilevante in quanto necessita della sospensione di leggi e regole amministrative al fine di valutare l'impatto di strumenti tecnologici altamente innovativi che potrebbero condurre a una migliore tutela dei diritti dei cittadini. In chiave problematica tale possibilità, in particolare per quanto riguarda le fonti legislative, deve essere attentamente valutata alla stregua della compatibilità di tale sospensione con il sistema giuridico generale, che non può non essere affidata alle cure dei pubblici poteri.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AMIRANTE, C., *Dalla forma stato alla forma mercato*, Torino, ed. Giappichelli, 2008, 44.
BROMBERG, L.; Godwin A.; Ramsay I., *Fintech sandboxes: achieving a balance between regulation and innovation*, in *Journal of banking and finance law and practice*, 2017, 314 ss.

²³ Si veda M. Lesher, *Bringing new digitally enabled products and services to market: sandboxes and the role of policy experimentation*, 2020.

- CARETTI, P. (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in Osservatorio sulle fonti 2003-2004, Torino, Giappichelli, 2005.
- CERULLI IRELLI, V., *Sul potere normativo delle autorità amministrative*, in Astrid online, 2009
- DI PORTO, F., *La regolazione di fronte alle sfide dell'ICT e dell'intelligenza artificiale*, in Cavallo Perin R. – Galetta D. U. (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, ed. Giappichelli, Torino, 2020, 277 ss.
- EDMONDS, D., *Would you kill the fat man?*, Princeton University Press, 2014.
- EUROPEAN COMMISSION, *Launch event for the Spanish Regulatory Sandbox on Artificial Intelligence*, in digital-strategy.ec.europa.eu.
- KÀLMÀN, J., *Ex ante 'regulation'? The legal nature of regulatory sandboxes or how to 'regulate' before regulation even exists*, in European Financial Law in Times of Crisis, Dialog Campus, gennaio 2021.
- KNIGHT, B. R., MITCHELL, T. E., *The sandbox paradox*, 2020, 5 ss.
- LESHER, M., *Bringing new digitally enabled products and services to market: sandboxes and the role of policy experimentation*, 2020.
- MERLINO, A., *Il regulatory sandbox e la teoria delle fonti*, In DPCE online, n 1 del 2022, 120.
- *Il regulatory sandbox. Una nuova prospettiva ordinamentale*, ed. Scientifica, Napoli, 2022.
- MINISTERIO DE ASUNTOS ECONOMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, *Sandbox Financiero*, in Tesoropublico.es. Vedi anche Banco de España, *Sandbox*, in bde.es.
- NICOTRA, I. A.; VARONE, V., *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in Rivista AIC, n. 4 del 2019, in part. 96 ss.
- OECD (2020), *Review of International Regulatory Co-operation of the United Kingdom*, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/09be52f0-en.pdf?expires=1619678310&id=id&accname=ocid84004878&checksum=F48BAB9FF667445A72230450A64AB4AD>; OECD (2020), *Shaping the future of regulators: the impact of emerging technologies on economic regulators, the governance of regulators*, OECD Publishing, Paris; OECD (2020), *The role of sandboxes in promoting flexibility and innovation in the digital age. Going Digital Toolkit Policy*; OECD (2019), *Regulatory effectiveness in the era of digitalisation*.
- PARACAMPO, M. T., *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, in Rivista di Diritto Bancario, n. 2 del 2019.
- *Il percorso evolutivo ed espansivo delle regulatory sandboxes da Fintech ai nuovi lidi operativi del prossimo futuro*, in Federalismi.it, 2022.
- Report per il G20 Digital economy task force, e reperibili all'indirizzo <https://www.oecd.org/g20/topics/digitalisation-and-innovation/>. In particolar modo il «G20 survey on agile approach to the regulatory governance of innovation», il «G20 collection of digital identity practices» e il «G20 compendium on the use of digital tools for public service continuity».

Medio ambiente

LE PROSPETTIVE DEL BILANCIAMENTO TRA PAESAGGIO E AMBIENTE DOPO LA REVISIONE DELL'ART. 9 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA: DAVVERO UN FALSO PROBLEMA?

ANNA PAPA

Università degli Studi di Napoli Parthenope

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive.*–2. *Il paesaggio come «forma del Paese».*–3. *La giurisprudenza costituzionale ed amministrativa in tema di paesaggio.*–4. *Quali prospettive di bilanciamento tra il paesaggio come «forma di una comunità» e l'ambiente come «nuovo paradigma dello sviluppo futuro».*

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

La revisione costituzionale dell'art. 9 Cost., entrata in vigore nel 2022¹, ha, come è noto, portato all'inserimento, in questo articolo, accanto allo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica e alla salvaguardia del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione, la «tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni».

La scelta del revisore costituzionale è apparsa da subito di grande impatto², non solo per l'essere stato il primo intervento, seppure di tipo estensi-

¹ Legge costituzionale n. 11 febbraio 2022, n. 1 recante *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2022.

² Si vedano, *ex plurimis*, AA. VV. (2022); BIFULCO (2022); BILANCIA (2022); CARBONE (2023); CASSETTI (2022); CECCHETTI (2022); DELSIGNORE, MARRA, RAMAJOLI (2022); SOBRINO, IMARISIO (2022); DE FIORES (2021); DI SALVATORE (2022); FATTIBENE (2022); FERRARA (2022); FROSINI (2022); MARAZZITA (2022); MONTALDO (2022); RESCIGNO (2021); SEVERINI, CARPENTIERI (2021).

vo, su un articolo inserito tra i principi fondamentali³, ma anche per il nuovo equilibrio che deve ora essere individuato tra tutti gli elementi che compongono l'art. 9 Cost. rinnovato.

In particolare, aspetto sul quale si intende riflettere in questa sede, appare ragionevole attendersi un ripensamento della tutela del paesaggio⁴, quest'ultimo inteso quale elemento culturale, quale forma del Paese che – spogliatosi nel tempo proprio dell'esigenza di comprendere in sé anche l'ambiente⁵ – deve oggi confrontarsi proprio con un nuovo bilanciamento con quest'ultimo, che in questo momento storico appare imporsi come prevalente rispetto ad altri interessi. Si tratta, tuttavia, di una prospettiva non priva di criticità, dal momento che il paesaggio presenta un carattere di unicità e non replicabilità che difficilmente si può immaginare di ripristinare, una volta alterato, nella sua funzione di *reale* (e non artefatta) rappresentazione esteriore di una comunità e di un territorio. Si tratta di un tema importante e complesso e anche per questo appare importante aprire questa riflessione con il lungo e articolato percorso normativo e giurisprudenziale che hanno portato ad oggi a ritenere il paesaggio un elemento fondante dell'identità del Paese.

2. IL PAESAGGIO COME «FORMA DEL PAESE»

Nell'esperienza giuridica italiana il paesaggio è da sempre considerato, insieme ai beni culturali, un elemento culturale e un profilo identitario, aderendo alla nota definizione datane da Alberto Predieri quale «espressione di una dinamica di forze naturali, ma anche, e soprattutto, di forze umane (...). È un fatto fisico oggettivo, e al tempo stesso un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà immobile, suscettibile di essere

³ Si vedano in merito le posizioni di BIFULCO (2022); BILANCIA (2022); FROSINI (2022); RESCIGNO (2022); SEVERINI, CARPENTIERI (2021).

⁴ In proposito si vedano CONTE (2023); FABRIZZI (2023); MONTEDORO (2022); PARISI (2023); D'ALOIA (2022).

⁵ Come è noto, nella formulazione originaria del 1948, la parola ambiente non compariva in alcun articolo della Costituzione. Solo con la riforma costituzionale del 2001 è stata inserita con riferimento al riparto di competenze legislative Stato – Regioni, sino alla modifica degli art. 9 e 41, operata con la già ricordata l. cost. n. 1/2022. Questa riforma ha introdotto alcune modifiche: all'art. 9 Cost. è stato aggiunto il terzo comma, che dispone che la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni», ed è stata cambiata la formulazione dell'art. 41 Cost., che adesso prevede che l'iniziativa economica privata non possa «svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali». Su questi aspetti, cfr., in particolare, CASSETTI (2021); JONA (2023); MAFFEZZONI (2023); SANCHINI (2022).

valutato diacronicamente e sincronicamente, sempre tenendo presente la sua perenne non staticità. Il paesaggio, dunque, è la forma del Paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nelle città e nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni della sua cultura»⁶.

Questa definizione, ancora oggi di stringente attualità, restituisce una visione di paesaggio non statica, bensì dinamica, non legata alla sola dimensione delle bellezze naturali⁷ ma capace di adattarsi ai cambiamenti sociali e soprattutto alla necessaria compenetrazione tra elementi naturali e presenza umana⁸. Superata quindi l'iniziale espressione di «bellezze naturali», che riconduceva nel perimetro della tutela solo ciò che in natura esprimeva bellezza, con la l. n. 411/1905⁹ il paesaggio acquisì per la prima volta una valenza culturale, partendo dall'idea che «il culto delle civili ricordanze» si esprimesse non solo «nelle solenni opere consacrate nel marmo e nel bronzo», ma anche nei monti, nelle acque, nelle foreste, ossia in «tutte quelle parti del patrio suolo, che lunghe tradizioni associarono agli atteggiamenti morali ed alle vicende politiche di un grande paese»¹⁰.

È, tuttavia, con la successiva l. n. 778/1922¹¹, anche nota come *legge Croce*, che venne introdotto un primo modello di legge generale della disciplina paesaggistica, stabilendo che «sono dichiarate soggette a speciale protezione le cose immobili la cui conservazione presenta un notevole interesse pubblico a causa della loro bellezza naturale o della loro particolare relazione con la storia civile e letteraria. Sono protette altresì dalla presente legge le bellezze panoramiche». In ragione della presenza di valutazioni estetiche, identitarie e

⁶ Così PREDIERI (1969).

⁷ Una delle prime leggi in materia di paesaggio, sulla quale ci si soffermerà nel testo, la 1497/1939, usava infatti questa locuzione o aggettivi derivanti dal termine paesaggio, come «piano territoriale paesistico» o «vincolo paesaggistico». Su questi aspetti, cfr. SEVERINI (2019).

⁸ BOSCOLO (2016), afferma che «La nozione normativa di paesaggio si presenta da sempre autonoma e riflette tendenze concettuali dominanti nel dibattito non giuridico».

⁹ L. n. 411/16 luglio 1905, recante *Dichiarazione d'inalienabilità, a scopo di rimboscamento, di relitti marittimi nella provincia di Ravenna, per la conservazione della pineta*.

¹⁰ La legge prevedeva una dichiarazione di inalienabilità, a scopo di rimboscamento, dei relitti marittimi della provincia di Ravenna, per la conservazione della Pineta e fu determinante nell'estendere una tutela fino a quel momento prevista per monumenti e opere d'arte. Come venne sottolineato, il paesaggio è considerato un bene culturale perché il suo valore non risiede soltanto nella bellezza estetica, ma anche nei valori storico-identitari che incarna per le popolazioni locali e per la storia e la cultura del Paese: in questo senso la normativa in oggetto era finalizzata non solo alla tutela del litorale adriatico, «ma anche [de]l luogo celebrato da una novella del *Decamerone* (...) e dalle tavole della scuola del Botticelli e fondata l'intervento sulla storia del sito e le sue memorie, da Odoacre e Teodorico alla *divina foresta spessa e viva*» di Dante, a Dryden, a Byron, a Giuseppe e Anita Garibaldi». Così SEVERINI (2007).

¹¹ L. 11 giugno 1922, n. 778 recante disposizioni «Per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico».

culturali, risultava evidente una interconnessione profonda tra beni ‘naturali’, ‘artistici e storici’ e identità nazionale, come evidenziato dallo stesso Croce secondo il quale il «godimento» del paesaggio costituisce un valore qualitativo da preservare nel tempo¹², potendo essere inteso come «la rappresentazione materiale e visibile della patria coi suoi caratteri fisici particolari (...) quali si sono formati e son pervenuti fino a noi (...)».

Della legge del 1922 fu, tuttavia, lamentata ben presto la difficile applicazione¹³ e si giunse così all’approvazione della l. n. 1497/1939 (c.d. *legge Bottai*)¹⁴ che, pur condividendo l’impostazione della legge precedente, ne operò una sistematizzazione, legando la nozione di paesaggio a quella di bellezza naturale, riconducibile a quei beni che esprimono il ‘bello di natura’ legato alla Patria. Si ricorse, pertanto, in questa legge a una tecnica definitoria indiretta: non veniva definito il paesaggio in quanto tale, ma erano ritenuti qualificabili come paesaggio «quei segmenti eminenti di territorio caratterizzati da eccezionale bellezza, la cui percezione valoriale seguiva logiche non dissimili dalla contemplazione della cosa d’arte»¹⁵, da tutelare con azioni volte a preservarne l’integrità, verificando preventivamente ogni iniziativa di trasformazione potenzialmente alterante.

Come è stato sottolineato, tale legge formalizzava «una concezione essenzialmente statica e conservativa della tutela di quanto potesse considerarsi pregevole in senso «estetico» ed esprimevano una visione fortemente unitaria e omogenea della disciplina normativa del ‘bello storico-artistico’ e del ‘bello naturale’»¹⁶.

¹² Come si legge nella Relazione al disegno di legge del 1922, oggetto della tutela è tutto ciò che è bello, fonte di ispirazione per la musica e per le arti: «certo il sentimento, tutto moderno, che si impadronisce di noi allo spettacolo di acque precipitanti nell’abisso, di cime nevose, di foreste secolari, di riviere sonanti, di orizzonti infiniti deriva della stessa sorgente, da cui fluisce la gioia che ci pervade alla contemplazione di un quadro dagli armonici colori, all’audizione di una melodia ispirata, alla lettura di un libro fiorito d’immagini e di pensieri».

¹³ Lo storico dell’arte Achille Bertini Calosso definì la *legge Croce* «una legge provvida, ma a chi ha la responsabilità della sua applicazione appare in troppi casi insufficiente». BERTINI CALOSSO (1938-1939).

¹⁴ L. 29 giugno 1939, n. 1497 (*Protezione delle bellezze naturali*).

¹⁵ La legge stabiliva, infatti, all’art. 1, primo comma: «Sono soggette alla presente legge a causa del loro notevole interesse pubblico: 1) le cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale o di singolarità geologica; 2) le ville, i giardini e i parchi che, non contemplati dalle leggi per la tutela delle cose d’interesse artistico o storico, si distinguono per la loro non comune bellezza; 3) i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale; 4) le bellezze panoramiche considerate come quadri naturali e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze». Cfr. BOSCOLO (2016).

¹⁶ Come è stato sottolineato, la legge, basata sulla sequenza di vincolo/autorizzazione, sposava un’idea di paesaggio «conservativa e di vaglio autorizzatorio, inteso come limitazione delle facoltà proprietarie per superiori ragioni di interesse pubblico, da svolgere sulla base di un giudizio tecnico di compatibilità dell’innovazione con la preesistenza storico-naturale da tutelare. Il paesaggio, insomma, come patrimonio ereditato e su cui poter intervenire sì, ma in una prospettiva di continuità e di saldatura tra passato e futuro». Cfr. CECCHETTI (2006). Nello stesso senso anche CARBONE (2004); SEVERINI (2019).

Può dirsi quindi che il fondamento di quella legge risiedesse proprio «nell'esigenza di proteggere quei monumenti della natura che, al pari delle opere d'arte, sono fonte di godimento e mezzo di educazione dello spirito e che facendo più bello e attraente il paesaggio attraggono il visitatore straniero e sono fonte di ricchezza per la Nazione: per questo valore spirituale e commerciale della bellezza naturale nelle sue diverse manifestazioni, si pone appunto a necessità di proteggerla con un adeguato sistema di tutela giuridica»¹⁷.

Questa esigenza di tutela è stata, come ampiamente noto, fatta propria dalla Costituzione del 1948 che, al secondo comma impegna la Repubblica a tutelare il paesaggio e il patrimonio storico e culturale del Paese¹⁸, inteso «come elemento centrale dell'interesse nazionale poiché espressione della nazione»¹⁹. Al tempo stesso, però, l'art. 9 Cost. ha rappresentato un elemento di rottura con il passato per molteplici ragioni: ai pubblici poteri è stato affidato un ruolo non più limitato alla semplice «regolazione» o «conservazione»; rispetto alla l. n. 1497/1939 la tutela veniva estesa a tutto il «patrimonio naturale», con l'introduzione della distinzione tra «paesaggio» e «patrimonio storico e artistico»²⁰; inoltre, e certamente di particolare rilevanza, il concetto di paesaggio inizia a ricomprendere non solo «il dato naturale (ad esempio le coste, le montagne, i laghi, ovvero le bellezze naturali), ma anche quello derivante dall'interazione uomo-natura, essendo in entrambi presente la dimensione culturale»²¹.

Anche la Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio, presieduta da Francesco Franceschini ed istituita con la l. n. 310/1964, nella sua attività di indagine inerente al censimento e alla stato dei beni culturali in Italia, fu orientata

¹⁷ Cfr. CANTUCCI (1953); BARBATI (2007).

¹⁸ All'origine di questa disposizione si colloca la formula contenuta nell'art. 7 dello schema di articolo predisposto da Concetto Marchesi e Aldo Moro e adottato dalla I Sottocommissione come testo base per la discussione sui «principi dei rapporti sociali (culturali)»: «I monumenti artistici, storici e naturali del Paese costituiscono patrimonio nazionale in qualsiasi parte del territorio della Repubblica e sono sotto la protezione dello Stato» (Seduta del 18 ottobre 1946). Tale formula, seppur modificata, fu approvata dalla «Commissione dei settantacinque» e discussa dall'Assemblea plenaria nelle sedute del 23 e del 30 aprile 1947 come art. 29 del progetto di Costituzione: «I monumenti artistici e storici, a chiunque appartengano ed in ogni parte del territorio nazionale, sono sotto la protezione dello Stato. Compete allo Stato anche la tutela del paesaggio». L'Assemblea approvò un emendamento a sostituzione della prima proposizione nella versione originaria: «Il patrimonio storico e artistico della Nazione è sotto la tutela dello Stato», ma, dopo un'ulteriore modifica al termine «Stato» (nell'ambito della sola prima proposizione) si preferì il termine «Repubblica». La formulazione dell'art. 29 del Progetto di costituzione definitivamente approvata fu quindi la seguente: «Il patrimonio storico e artistico della Nazione è sotto la tutela della Repubblica. Compete allo Stato anche la tutela del paesaggio».

¹⁹ Cfr. CERRINA FERONI (2021).

²⁰ Così CARBONE (2004).

²¹ Così CERRINA FERONI (2019).

a valorizzare la dimensione culturale del paesaggio, definendolo quale «bene culturale ambientale, frutto dell'interazione tra l'elemento antropico della cultura umana e l'elemento naturalistico del territorio». E, come già si è avuto modo di sottolineare, centrali nel dibattito scientifico sul tema si dimostrarono le osservazioni di Alberto Predieri, che concepì il paesaggio come «l'espressione di una dinamica di forze naturali, ma anche, e soprattutto, di forze umane (...)». È un fatto fisico oggettivo, e al tempo stesso un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà immobile, suscettibile di essere valutato diacronicamente e sincronicamente, sempre tenendo presente la sua perenne non staticità. Il paesaggio, dunque, è la forma del Paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nelle città e nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni della sua cultura».

Il termine «paesaggio» dunque per Predieri, indica, «la forma del Paese nella sua interezza» e la sua tutela «è, soprattutto, affermazione normativa della presenza e prevalenza di interessi e valori della comunità e più precisamente di valori non economici di solidarietà e di partecipazione, che sono tipici dello Stato che aspira alla qualificazione di Stato sociale [ovvero che aspira ad] una più incisiva prospettiva di continua azione volta alla modificazione della società non solo come redistribuzione di redditi e ricchezze ma anche e soprattutto come condizione per il libero sviluppo delle individualità e come partecipazione dei cittadini al potere sociale»²².

Se la normativa pre-costituzionale, rimasta comunque in vigore anche dopo il 1948 perché coerente con i principi che l'art. 9 intendeva cristallizzare, puntava a definire il paesaggio come elemento da tramandare alle generazioni successive, i processi di industrializzazione e cementificazione degli anni '60 e '70 rendono improcrastinabile un intervento di tutela rafforzata che, partendo dalla l. n. 431 del 1985 (la cd. *legge Galasso*)²³ giunge fino al Codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004, più volte modificato e integrato²⁴.

²² PREDIERI (1969).

²³ Con la *legge Galasso* venne superato definitivamente il giudizio estetico quale elemento primario di individuazione del bene paesaggistico, optando per la definizione di specifiche categorie (boschi, fiumi, laghi, etc.). La legge prevedeva inoltre che le Regioni sottoponessero «a specifica normativa d'uso e di valorizzazione ambientale il relativo territorio mediante la redazione di piani paesistici o di piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesistici ed ambientali» e introducesse la nozione di «vincolo paesaggistico». Così CARPENTIERI (2004).

²⁴ Il Codice consta di 184 articoli, divisi in cinque parti: «Disposizioni generali», «Beni culturali», «Beni paesaggistici», «Sanzioni» e «Disposizioni transitorie» ed è stato più volte oggetto di modifica dal 2004 ad oggi (l'ultimo aggiornamento ad opera del d.l. n. 13/2023 «Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune»).

Quest'ultimo, dopo aver affermato che i beni paesaggistici costituiscono, assieme ai beni culturali, il patrimonio culturale, stabilisce che «sono beni paesaggistici gli immobili e le aree (...) costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge», giungendo ad elencare tre macro categorie di beni paesaggistici: «le «bellezze naturali» della l. 1497/1939; le aree della l. 431/1985; «gli immobili e le aree comunque sottoposti a tutela dai piani paesaggistici»²⁵.

Il Codice, inoltre, per la prima volta fornisce una definizione normativa di «paesaggio» qualificandolo all'art. 131 come «il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni»²⁶.

Tale definizione viene confermata dall'individuazione dell'ambito di operatività del piano paesaggistico, elaborato su scala regionale e che ripartisce il territorio in ambiti omogenei, a partire da quelli di elevato pregio paesaggistico fino a quelli significativamente compromessi o degradati, sulla base delle caratteristiche naturali e storiche ed in relazione al livello di rilevanza e integrità. Identificando il paesaggio come «forma del territorio», tale strumento considera l'intero spazio consentendo l'eventuale e selettiva individuazione di particolari beni da sottoporre a «specifiche misure di salvaguardia e di utilizzazione», che vanno ad aggiungersi alle previgenti categorie di beni già tutelati come «beni ambientali»²⁷.

Accogliendo dunque una valenza estetico – identitaria di paesaggio e un'impostazione di tutela «volta a riconoscere, salvaguardare e recuperare i valori culturali che il paesaggio esprime», il Codice si apre ad una «dimensione identitaria quale profilo determinante nel sancire la valenza paesaggistica di un territorio, in quanto riassuntiva (...) dei diversi processi di riconoscimento del valore simbolico, testimoniale od estetico» di esso»²⁸. Alla base di questa

²⁵ CECCHETTI (2006).

²⁶ BOSCOLO (2016), osserva che «Sul piano ermeneutico-lessicale, nella vigente proposizione definitoria si colgono le tracce di due dinamiche convergenti: a. il riconoscimento della dimensione identitaria quale profilo determinante nel sancire la valenza paesaggistica di un territorio, in quanto elemento riassuntivo – nell'accezione semantica di "identità" assunta in questo punto del codice – dei diversi processi ascrivibili del valore di volta in volta estetico, simbolico o testimoniale di un territorio, entro uno schema in cui il carattere identitario viene assunto quale esito di un processo di riconoscimento comunitario; b. la tendenza a sfumare il rapporto tra il tutto (il territorio) ed alcuni segmenti di speciale pregio (i beni vincolati)».

²⁷ CECCHETTI (2006).

²⁸ BOSCOLO (2016); SETTIS (2010) afferma che il Codice dei beni culturali e del paesaggio «prosegue la tradizione legislativa italiana in materia, inglobandone i tratti essenziali: di fatto esso è per molti aspetti una nuova formulazione delle due leggi Bottai del 1939, che a loro volta risalivano alla legge di tutela del patrimonio culturale del 1909 e a quella sul paesaggio del 1922 [...]; ma ha dovuto necessariamente far perno sull'art. 9 Cost., nonché includere molte altre norme, per esempio quelle della *legge Ga-*

concezione sussiste «un'operazione di riconoscimento di sé che – attraverso i sensi e l'intelletto – l'individuo, la collettività ed il singolo nella collettività può realizzare nell'ambiente circostante»²⁹.

Un ultimo ma non secondario elemento, che rafforza la rilevanza del paesaggio nella sensibilità nazionale è data dalla ratifica, nel 2006, della Convenzione Europea del Paesaggio, il cui obiettivo è la promozione, valorizzazione e gestione del paesaggio, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 19 luglio 2000 e sottoscritta a Firenze, il 20 ottobre 2000. Tale Carta internazionale può essere considerata «come espressione documentale, la più avanzata, di una diffusa esigenza europea di protezione del paesaggio percettivo (...) segno inequivocabile di un rinnovato interesse per il paesaggio in quanto tale e per gli strumenti della sua tutela»³⁰. Può dirsi quindi che la Convenzione europea del Paesaggio sottintenda un progetto che pone in primo piano la sostenibilità nei settori dell'economia, dell'ambiente, della società e della cultura basata sulla qualità dei luoghi e il benessere delle popolazioni insediate. In questo senso, la Convenzione ha introdotto una nuova nozione di paesaggio poiché esso «trae senso (...) anche dai significati che individui e gruppi gli attribuiscono attraverso la percezione», risultando «specchio delle interazioni tra una popolazione e il territorio in cui vive, diventando espressione della cultura locale e riferimento identitario per gli abitanti»³¹. Secondo la Convenzione europea del paesaggio, infatti, il paesaggio (riferendosi sia quelli a «eccezionali», a quelli «della vita quotidiana» e a quelli «degradati») è «elemento importante della qualità della vita delle popolazioni» e contemporaneamente «fondamento della loro identità»³².

lasso del 1985». Il Codice pertanto «ha reso giustizia dopo quasi un secolo all'originario progetto di Giovanni Rosadi, che già nella legge del 1909 avrebbe voluto la salvaguardia del paesaggio come parte essenziale della prima legge nazionale di tutela».

²⁹ Così R. FATTIBENE (2016), secondo la quale «In questo modo, il paesaggio assume una sua autonomia valenza (identitaria, appunto) rispetto all'ambiente, pur rimanendone espressione visiva (valenza estetico-identitaria: «il concetto di paesaggio indica, innanzitutto, la morfologia del territorio»; esso «riguarda», pur sempre, «l'ambiente nel suo aspetto visivo». Su questi aspetti cfr., altresì, CORTESE (2008), il quale ritiene che «le esigenze fisiche ed emotive del cittadino devono poter trovare una corrispondenza nel paesaggio, che diventa contenitore emozionale di sentimenti, ricordi, storia e tradizioni, e ancora più spesso espressione del valore estetico del territorio».

³⁰ FATTIBENE (2016).

³¹ DE NARDI (2012).

³² CERRINA FERONI (2021), sottolinea che «Anzitutto va sgombrato il campo da un equivoco ove mai lo si pensasse esistente: l'art. 9 della Costituzione parla di «patrimonio storico e artistico della Nazione». È dunque dato costituzionale insuperabile che l'unica 'comunità di patrimonio' nel nostro ordinamento è la Nazione».

3. LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E AMMINISTRATIVA IN TEMA DI PAESAGGIO

L'evoluzione del concetto di «paesaggio» si riflette anche nella giurisprudenza costituzionale: se in un primo momento essa si basava sulla convinzione che la tutela del paesaggio fosse «da comprendersi nella più ampia «protezione delle bellezze naturali»»³³, con la sentenza n. 239/1982 della Corte costituzionale si è registrato un cambio di paradigma, con la distinzione tra urbanistica, tutela dell'ambiente e tutela del paesaggio. Con questa pronuncia, infatti, la Corte, decidendo sulla questione di legittimità costituzionale della legge della Regione Calabria n. 14/1973 (*Misure di protezione delle coste in attesa dell'approvazione del piano urbanistico regionale*), ha stabilito che «intuitivamente la medesima zona di territorio può formare oggetto di provvedimenti normativi relativi al paesaggio ovvero concernenti l'urbanistica», e giunge quindi a ritenere la valenza urbanistica della legge regionale sul rilievo per cui «il provvedimento *de quo* non concerne la protezione di un valore estetico-culturale relativo alle bellezze paesistiche, nel che si sostanzia la nozione di paesaggio accolta dalla Costituzione; questa nell'art. 9, secondo comma, accomuna la tutela del paesaggio a quella del patrimonio storico ed artistico e detta il suo precetto, come già ha rilevato parte della dottrina, ai fini di proteggere e migliorare i beni (culturali) suddetti e contribuire così all'elevazione intellettuale della collettività». Considerando quindi il paesaggio, «unitamente al patrimonio storico ed artistico della Nazione, come un valore cui la Costituzione ha conferito straordinario rilievo e collocando la norma che fa carico alla Repubblica di tutelarlo tra i principi fondamentali dell'ordinamento», la Consulta ha affermato che la sua tutela (del paesaggio) «non può venire realisticamente concepita in termini statici, di assoluta imm modificabilità dei valori paesaggistici registrati in un momento dato, ma deve, invece, attuarsi dinamicamente e cioè tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del paese per quanto la soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente»³⁴, riconoscendo nel valore paesaggistico un «aspetto del valore estetico-culturale secondo scansioni diverse, perché legate a scelte di civiltà di più ampio respiro»³⁵. Il paesaggio, infatti, si presenta come un ambiente naturale, inteso come sede della continua interazione tra comunità umana e natura, eminente valore cui la Costituzione ha conferito spiccato rilievo³⁶.

³³ Corte cost., sent. n. 65/1959.

³⁴ Corte cost., sent. n. 94/1985. Si rinvia alle considerazioni di Coco (1986).

³⁵ Corte cost., sent. n. 359/1985. Per un commento si rimanda a COZZUTO QUADRI (1986).

³⁶ Corte cost., sentt. n. 39/1986 e n. 167/1987.

Nella successiva e nota pronuncia n. 151/1986, la Corte costituzionale, giudicando la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la *legge Galasso*, sollevata da alcune Regioni, ha fissato un ulteriore elemento interpretativo, stabilendo che la «tutela del paesaggio (è) improntata a integralità e globalità, vale a dire implicante una riconsiderazione assidua dell'intero territorio nazionale alla luce della primarietà del valore estetico-culturale». Tale tutela non esclude né assorbe la configurazione dell'urbanistica quale funzione ordinatrice, ai fini della reciproca compatibilità, degli usi e delle trasformazioni del suolo nella dimensione spaziale considerata e nei tempi ordinatori previsti, ma postula un coordinamento mediante soluzioni correttamente atteggiate, nella direttrice della primarietà del valore estetico culturale e della esigenza di una piena e pronta realizzazione di esso, secondo un modello ispirato al principio di leale cooperazione.

La nozione di paesaggio, quindi, «ai sensi dell'art. 9 Cost., deve ora ritenersi comprensiva di ogni elemento naturale e umano attinente alla forma esteriore del territorio»³⁷, con la conseguenza che «la tutela del bene culturale è nel testo costituzionale contemplata insieme a quella del paesaggio e dell'ambiente come espressione di principio fondamentale unitario dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo e tali forme di tutela costituiscono una endiadi unitaria. Detta tutela costituisce compito dell'intero apparato della Repubblica, nelle sue diverse articolazioni ed in primo luogo dello Stato (art. 9 della Costituzione), oltre che delle Regioni e degli enti locali»³⁸.

Successivamente, in forza della connotazione «culturale-identitaria» del paesaggio rimarcata dall'entrata in vigore del Codice Urbani, la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 196/2004 ha distinto il paesaggio dalla materia «governo del territorio», assumendo che quest'ultima sia riferita a « tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti e attività», cioè «all'insieme delle norme che consentono di identificare e graduare gli interessi in base ai quali possono essere regolati gli usi ammissibili del territorio».

Analoga attenzione al paesaggio si rinviene anche nella giurisprudenza amministrativa. Per il Consiglio di Stato, il paesaggio è «bene primario e assoluto, in quanto abbraccia l'insieme 'dei valori inerenti al territorio' concernenti l'ambiente, l'eco-sistema ed i beni culturali che devono essere tutelati nel loro complesso, e non solamente nei singoli elementi che la compongono». Esso rappresenta «un interesse prevalente rispetto a qualunque altro interesse, pubblico o privato, e, quindi, deve essere anteposto alle esigenze urbanistico-edilizie»,

³⁷ Corte cost., sent. n. 39/1986, cit.

³⁸ Corte cost., sent. n. 378/2000.

ragion per cui «il piano paesaggistico costituisce una valutazione *ex ante* della tipologia e dell'incidenza qualitativa degli interventi ammissibili in funzione conservativa degli ambiti reputati meritevoli di tutela per cui i relativi precetti devono essere orientati nel senso di assicurare la tutela del paesaggio ai fini della conservazione di quei valori che fondano l'identità stessa della nazione»³⁹.

Significativa è anche la giurisprudenza amministrativa sul bilanciamento tra l'interesse paesaggistico e altri interessi. In particolare, il Consiglio, premettendo «l'indeclinabilità della funzione pubblica di tutela del paesaggio per la particolare dignità data dall'essere iscritta dall'art. 9 Cost. tra i principi fondamentali della Repubblica», ha più volte sottolineato che alla funzione di tutela del paesaggio «è estranea ogni forma di attenuazione della tutela paesaggistica determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione: tale attenuazione, nella traduzione provvedimento, condurrebbe illegittimamente, e paradossalmente, a dare minor tutela, malgrado l'intensità del valore paesaggistico del bene, quanto più intenso e forte sia o possa essere l'interesse pubblico alla trasformazione del territorio»⁴⁰.

Tale assunto è stato poi riconfermato quando il Giudice amministrativo ha riconosciuto che la tutela del paesaggio, principio fondamentale della Costituzione con «carattere di preminenza rispetto agli altri beni giuridici che vengono in rilievo nella difesa del territorio», presuppone esigenze di tipo conservativo che devono naturalmente contemperarsi, senza tuttavia mai recedere completamente, con quelle connesse allo sviluppo edilizio del territorio che sia consentito dalla disciplina urbanistica nonché con le aspettative dei proprietari dei terreni⁴¹.

Una recente sentenza del Consiglio di Stato ha riguardato anche la fascia costiera del territorio nazionale, specificando che il Codice del 2004 preserva anche i suddetti territori «da possibili lesioni esteriori che possano intaccare non solo la dimensione naturalistica ma, altresì, collettiva e identitaria che caratterizza le coste. (...)»⁴². Il paesaggio non è, infatti, considerato nella sua

³⁹ Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 2222/2014.

⁴⁰ Fondamentale è la sentenza n. 3652/2015 del 23 luglio 2015 con cui la sesta sezione del Consiglio di Stato ha accolto gli appelli proposti avverso le sentenze del TAR Lazio n. 3992, 3993 e 3994 del 2014 disponendo l'annullamento del decreto di approvazione del progetto dell'elettrodotto a 380 kV «Udine Ovest – Redipuglia», per illegittimità derivata rispetto al decreto di compatibilità ambientale DVA-DEC-2011-0000411 del 21 luglio 2011. Nel caso in questione nonostante il parere contrario della Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici del Friuli-Venezia Giulia, il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, di concerto col Ministro per i Beni e le Attività Culturali, si era espresso per la compatibilità del progetto in nome dell'interesse pubblico della realizzazione.

⁴¹ Cons. Stato, Sez. II, sent. n. 7839/2019.

⁴² Cfr. Consiglio di Stato, sesta sezione, n. 2599/2023.

dimensione strettamente territoriale e indifferenziata, ma, dando continuità alla matrice dell'accezione storicistica di paesaggio (...), nell'essere 'rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali'. Per questo motivo vanno salvaguardate «anche le coste alle quali è riconosciuto dal legislatore quel valore culturale immanente alla nozione giuridica di paesaggio e che (...) costituisce, al contempo, la ragione fondante e il parametro della tutela. Il valore culturale del paesaggio costiero si afferma non soltanto in ragione del dato di natura (...), ma in considerazione della valenza identitaria che le coste assumono, quali parti della 'forma' del Paese e testimonianze materiali della storia millenaria di una penisola che ha avuto nelle proprie coste il crocevia delle partenze, dei ritorni e degli approdi degli uomini e delle civiltà che hanno concorso a determinare l'identità della Nazione italiana».

Secondo la concezione identitaria condivisa sia dalla giurisprudenza che dalla normativa, dunque, il paesaggio, «risultanza dell'incontro» tra natura e uomini, viene «percepito dal singolo e dalle collettività come testimonianza del loro passaggio sulla terra (fruizione); anche quando il godimento è individuale, esso mantiene caratteri collettivi, poiché il singolo, pur in una relazione univoca con l'esterno, percepisce un bene segnato dalla comunità» e per questa ragione «ogni atto pregiudizievole del paesaggio costituisce, infatti, una *de-minutio* della qualità della vita e della possibilità di espressione della personalità nei luoghi ed attraverso i luoghi circostanti, sia del singolo che della collettività di riferimento»⁴³.

4. QUALI PROSPETTIVE DI BILANCIAMENTO TRA IL PAESAGGIO COME «FORMA DI UNA COMUNITÀ» E L'AMBIENTE COME «NUOVO PARADIGMA DELLO SVILUPPO FUTURO»

Come anticipato in premessa al presente lavoro, l'ampio dibattito sviluppatosi prima e subito dopo la revisione costituzionale dell'art. 9 Cost., si è focalizzato essenzialmente su due diverse interpretazioni del futuro impatto della novella. Da un lato, alcuni studiosi hanno proposto la tesi che vuole la revisione come un momento di cristallizzazione della giurisprudenza costituzionale sviluppatasi nei decenni e che aveva portato da tempo a ritenere l'ambiente un valore costituzionalmente protetto. In questa prospettiva, la revisione degli articoli 9 e 41 Cost. si collocherebbe nel solco di una riforma

⁴³ FATTIBENE (2016).

«bilancio»⁴⁴, che prende atto di un quadro costituzionale consolidato rispetto ai cui esiti interpretativi nulla sembrerebbe aggiungere, se non l'esattezza di un più compiuto riferimento alla tutela ambientale accanto alla tutela paesaggistica e un'esplicita determinazione del limite ambientale alla libertà di iniziativa economica privata e pubblica⁴⁵.

Una lettura nel senso della maggiore innovazione apportata dalla l. cost. n. 1 del 2022, ritiene, invece, che la riforma costituzionale non solo abbia inteso aggiungere all'art. 9 della Costituzione la precisazione per cui anche l'ambiente costituisce oggetto di tutela da parte della Repubblica – al pari del paesaggio e del patrimonio storico ed artistico – ma abbia anche voluto sottolineare come la tutela dell'ambiente non possa non tenere conto di prospettive di equilibrio tanto in senso sincronico (tutela della *biodiversità*⁴⁶ e degli *ecosistemi*⁴⁷) quanto diacronico (tutela da esercitarsi *anche nell'interesse delle generazioni future*) e dunque si ponga in un'ottica e in una prospettiva di adesione al principio di sostenibilità⁴⁸, al punto da aver dato forma ad un nuovo patto costituzionale⁴⁹, il cui obiettivo principale è il diritto ad esistere, non solo degli esseri umani, ma di tutti gli esseri viventi e senzienti, di oggi e domani⁵⁰. In questa prospettiva, l'ambiente diviene non solo uno dei tanti valori presenti nella Carta costituzionale e in quelle europee e internazionali di valore costituzionale, bensì si candida ad essere il valore ordinante dell'assetto costituzionale. Come appare evidente, letta da questo angolo visuale, la riforma costituzionale non richiede semplicemente un nuovo bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti (ambiente, paesaggio ma anche beni culturali) bensì richiede un cambio di paradigma interpretativo nel quale l'ambiente diviene fondamento costituzionale dell'azione dei poteri pubblici e privati⁵¹.

Come appare evidente, la prevalenza – in sede politica e giurisprudenziale – dell'una o dell'altra tesi non si presenta neutrale nella configurazione del futuro rapporto tra ambiente e paesaggio. L'adesione alla prima tesi, al punto

⁴⁴ Sulla distinzione tra «revisioni bilancio» e «revisioni programma» si veda SILVESTRI (1987).

⁴⁵ Sul punto CECCHETTI (2021).

⁴⁶ La definizione del termine si rinviene all'interno dell'art. 2 della *Convenzione sulla diversità biologica di Rio de Janeiro* del 1992.

⁴⁷ Anche la Corte costituzionale si è espressa in merito al rapporto tra ambiente ed ecosistema. Si pensi, ad esempio, alle sentenze nn. 378/2007 e 12/2009.

⁴⁸ Ritengono sia stato introdotto implicitamente, tra gli altri, IACOVELLI (2022); LOMBARDI (2023).

⁴⁹ A. MORRONE (2022).

⁵⁰ Sulla tutela delle generazioni future antecedentemente alla revisione costituzionale sia consentito il rinvio a PAPA, PALOMBINO (2018). In merito alla riforma invece si rimanda a BARTOLUCCI (2022); CECCHETTI (2022); LOMBARDI (2023); PALOMBINO (2022); PORENA (2022). Critica il nuovo inciso, invece, RESCIGNO (2021).

⁵¹ BENVENUTI (2023); CASSETTI (2022); DE LEONARDIS (2022); MILANESI (2023); MOLITERNI (2020).

di cristallizzazione di quanto già fatto finora per proseguire lungo il cammino intrapreso, lascia intravedere la possibilità che il rapporto tra ambiente e paesaggio resti quello degli ultimi decenni, nei quali la giurisprudenza ha più volte chiarito che il bene paesaggio non possa essere sistematicamente recesivo dinanzi alle esigenze di salvaguardia dell'ambiente. Anzi. E questo vale sia per il paesaggio nel senso più naturalistico della nozione, sia per il paesaggio urbano, quale elemento identitario dello sviluppo di una comunità, nel quale i processi di rigenerazione urbana tendono proprio a bilanciare tutela del passato ed esigenza di un recupero – culturale, paesaggistico e ambientale – di interi spazi cittadini.

La seconda prospettiva, invece, ritenendo necessario un cambio di paradigma, sembra voler impostare la relazione paesaggio-ambiente nel senso della necessaria prevalenza dell'interesse ambientale su quello paesaggistico, ogniquale volta la soluzione mediana si presenti di troppo difficile e onerosa realizzazione.

Questa seconda ipotesi non può che destare preoccupazione, qualora si ritenga che il paesaggio, pur nella sua inevitabile trasformazione, sia e resti la «forma del Paese», quell'elemento unificante di una comunità e quel valore naturalistico che caratterizza Paesi, come l'Italia, che lo hanno tutelato – anche prima dell'introduzione di specifiche normative – in quanto elemento connotato al sentire della comunità. Senza tralasciare che proprio il paesaggio e il patrimonio storico artistico hanno reso l'Italia un paese a forte attrazione turistica.

È fondamentale quindi che non si alimentino contrapposizioni tra paesaggio e ambiente, soprattutto come contrapposizione tra passato e futuro, tra tutela di quanto le generazioni passate hanno conservato e creato e quanto le generazioni attuali ritengono fondamentale per la tutela del futuro proprio e di coloro che verranno. Anche in considerazione di un elemento del quale occorre avere fiducia: la ricerca. Ciò che appare oggi imprescindibile per la tutela ambientale non lo sarà domani (e la storia del riciclo dei rifiuti lo insegna al pari di quanto si sperimenta nel settore energetico) proprio grazie alla ricerca scientifica. Gli interventi sul paesaggio risultano invece, nella maggior parte dei casi, irreversibili, salvo ricostruzioni artificiali che rappresenterebbero, ad opinione di chi scrive, un rimedio peggiore del male, andando ad incidere proprio sull'elemento della «naturalità», che peraltro accomuna paesaggio e ambiente.

Occorre quindi saper distinguere e graduare le rispettive tutele, dando voce in primo luogo alle comunità di riferimento, le prime, e per certi aspetti le uniche, in grado di saper distinguere in ciò che li circonda quel «nucleo essenziale di carattere estetico», che le determina e le caratterizza; nella consa-

pevolezza della globalità della tutela ambientale e nel convinzione che ciascuno debba fare la propria parte, occorre saper quindi scegliere gli interventi da attuare, in modo da evitare che le decisioni dell'oggi si vestano di una patente di inesorabilità che la ricerca scientifica potrebbe attenuare e smentire nel prossimo futuro, ma ormai troppo tardi per evitare interventi sulla forma del Paese non condivisi e, alla luce del progresso scientifico, forse neppure così necessari.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.VV. (2022). *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno 28 gennaio 2022*. Napoli. Editoriale Scientifica.
- BARBATI, C. (2007). «Il paesaggio come realtà etico-culturale». *Aedon*, 2.
- BARTOLUCCI, L. (2022). «Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano «espressamente» in Costituzione». *Forum di Quaderni costituzionali*, 2.
- BENVENUTI, M. (2023). «La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti». *Rivista AIC*, 2.
- BERTINI CALOSSO, A. (1939). «La tutela delle bellezze naturali e del paesaggio». *Le Arti*.
- BIFULCO, R. (2022). «Primi riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente». *federalismi.it*
- BILANCIA, P. (2022). «Riflessioni sul principio costituzionale di tutela del paesaggio nell'ordinamento italiano». *Passaggi costituzionali*.
- BOSCOLO, E. (2016). «Le nozioni di paesaggio. La tutela giuridica di un bene comune (in appartenenza diffusa) tra valori culturali e identitari». *GiustAmm.it*, 5.
- CANTUCCI, M. (1953). *La tutela giuridica delle cose d'interesse storico e artistico*. Padova.
- CARBONE, L. (2004). «Ambiente, paesaggio e beni culturali e ambientali». *federalismi.it*, 19.
- CARBONE, M. C. (2023). «Le parole sono importanti. La configurazione dell'ambiente come valore generale attraverso l'aggiornamento del lessico costituzionale». *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2.
- CARPENTIERI, P. (2004). «La nozione giuridica di paesaggio». *Riv. trim. di dir. pubb.*, 2.
- CASSETTI, L. (2021). «Salute e ambiente come limiti «prioritari» alla libertà di iniziativa economica?». *federalismi.it*.
- (2022). «Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di «nuovi» equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?». *federalismi.it.*, *Focus – Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, 4.
- CECCHETTI, M. (2006). «Art. 9». In R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Milano.
- (2022). «Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione». *Corti supreme e salute*, 1.

- CERRINA FERONI, G. (2021). «La dimensione culturale-identitaria di paesaggio. Uno sguardo giuridico comparato». In M. Frank-M. Pilutti Namer (a cura di), *La Convenzione Europea del Paesaggio vent'anni dopo (2000-2020) Ricezione, criticità, prospettive*, Venezia, 2021.
- (2019). «Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei». *federalismi.it*, 8.
- COCO, M. (1986). «Produzione energetica e tutela del paesaggio: ancora una ipotesi di conflitto di interessi e di competenza». *Rassegna di diritto civile*.
- CONTE, L. (2023). «Ambiente, paesaggio, cultura. Il «lessico» costituzionale dopo la riforma». *Rivista AIC*, 3.
- CORTESE, W. (2008). «Configurazione di un diritto al paesaggio: una teoria rivoluzionaria o un'ipotesi percorribile?». In W. Cortese (a cura di), *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, Palermo, 2008.
- COZZUTO QUADRI, M. R. (1986). «Paesaggio e urbanistica: la Corte cost. Alla ricerca di un difficile equilibrio dei rapporti tra Stato e Regioni». *Il Foro italiano*, parte I.
- D'ALOIA, A. (2022). «L'art. 9 Cost. e la prospettiva intergenerazionale». *Passaggi costituzionali*, 2.
- DE FIORES, C. (2021). «Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione». *Costituzionalismo.it*, 3.
- DE NARDI, A. (2012). *Paesaggio, identità e senso di appartenenza al luogo: un'indagine tra gli adolescenti italiani e stranieri*, vol. 119, 1.
- DELSIGNORE, M.; MARRA, A.; RAMAJOLI, M. (2022). «La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente». *Riv. giur. ambiente*.
- DI SALVATORE, E. (2022). «Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione». *Costituzionalismo.it*, 1.
- FABRIZZI, F. (2023). «Dal paesaggio all'ambiente». *Rivista AIC*, 3.
- FATTIBENE, R. (2016). «L'evoluzione del concetto di paesaggio tra norme e giurisprudenza costituzionale: dalla cristallizzazione all'identità». *federalismi.it*, 10.
- (2022). «Una lettura ecocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione». *Nomos— Le attualità del diritto*, 3.
- FERRARA, M. (2022). «La forma dell'ambiente. Un percorso tra scelte di politica costituzionale e vincoli discendenti dalla cedu». *Istituzioni del federalismo*, 4.
- FROSINI, T. E. (2021). «La Costituzione in senso ambientale. Una critica». *federalismi.it*.
- IACOVELLI, D. (2022). «La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione nell'ecologia delle idee». *Jus-online*, 3.
- JONA, E. (2023). «La libertà di iniziativa economica e la protezione dell'ambiente e della salute». *federalismi.it*, 2.
- LOMBARDI, P. (2023). «Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà». *federalismi.it*, 1.
- MAFFEZZONI, F. M. (2023). «Riflessioni sui «nuovi» limiti ed orientamenti dell'iniziativa economica privata (intorno al «nuovo» art. 41 Cost.)». *federalismi.it*, 5.

- MARAZZITA, G. (2022). «La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione anche nel rapporto fra Stato e Regioni». *Istituzioni del federalismo*, 4.
- MILANESI, M. (2023). «Il ritorno dello Stato programmatore: transizione ecologica, riforma dell'art. 41 Cost. e nuovi modelli d'intervento pubblico. Con una nota sul ruolo di Banca d'Italia». *AmbienteDiritto*, 3.
- MOLITERNI, A. (2020). «La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico». *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2.
- MONTALDO, R. (2022). «La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.; una riforma opportuna e necessaria?». *federalismi.it*, 13.
- PALOMBINO, G. (2022). *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*. Milano.
- PAPA, A.; Palombino, G. (2018). «Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire». In L. Carpentieri (a cura di), *L'abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*, Giappichelli, Torino, 2018.
- PARISI, E. (2023). «I moderni caratteri del concetto giuridico di paesaggio». *federalismi.it*, 17.
- PORENA, D. (2022). ««Anche nell'interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione». *federalismi.it*, 15.
- PREDIERI, A. (1969). «Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio». *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea Costituente*. Firenze.
- RESCIGNO, F. (2021). «Quale riforma per l'articolo 9». *federalismi.it*.
- SANCHINI, F. (2022). «La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente tra dimensione intergenerazionale e mutamenti della costituzione economica». *Osservatorio sulle fonti*, 3.
- SANTINI, G. (2021). «Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.». *Forum di Quaderni costituzionali*, 2.
- SETTIS, S. (2010). *Paesaggio Costituzione Cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*. Torino.
- SEVERINI, G. (2019). «»Paesaggio»: storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica». *Aedon*, 1.
- SEVERINI, G.; CARPENTIERI, P. (2021). «Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione». *Giust. insieme*.
- SILVESTRI, G. (1987). «Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale». *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987.
- SOBRINO, G.; IMARISIO, L. (a cura di) (2022). *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione e le sue implicazioni: un primo confronto. Atti del seminario svoltosi a Cuneo il 29 aprile 2022*. Torino.

LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE EN LAS CONSTITUCIONES ESPAÑOLA E ITALIANA: UN ANÁLISIS COMPARADO

ADRIÁN GARCÍA ORTIZ*
Universidad de Alicante

SUMARIO: 1. *La emergencia climática: el gran desafío global del siglo XXI.*–2. *La tutela de la naturaleza desde el Derecho constitucional.*–3. *El medio ambiente en la Constitución española: derecho y principio rector.*–4. *El medio ambiente en la Constitución italiana: principio fundamental y límite a la libre iniciativa económica.* 4.1. *La tutela ambiental en la jurisprudencia de la Corte Costituzionale.* 4.2. *La reforma constitucional de 2022.*–5. *Las competencias medioambientales en el Estado compuesto español e italiano.*–6. *Lecciones recíprocas para un constitucionalismo más ecológico.*–7. *Bibliografía.*

1. LA EMERGENCIA CLIMÁTICA: EL GRAN DESAFÍO GLOBAL DEL SIGLO XXI

De acuerdo con el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), la actividad humana ha provocado un calentamiento global de entre 0,8°C y 1,2°C (1,1°C en 2019) respecto a los niveles preindustriales y es probable que, si continúa aumentando al ritmo actual, el incremento alcance 1,5°C entre 2030 y 2052¹. El aumento de la temperatura media del

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco de la Cátedra de Nueva Transición Verde de la Universidad de Alicante, financiada por la Vicepresidencia Segunda y Conselleria de Vivienda y Arquitectura Bioclimática de la Generalitat Valenciana.

¹ Intergovernmental Panel on Climate Change, *Global Warming of 1.5°C*, Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido) y Nueva York (Estados Unidos), 2018. <https://doi.org/10.1017/9781009157940>

planeta está produciendo ya episodios de calor extremo, unas precipitaciones intensas más frecuentes junto a sequías más extendidas, el incremento de la temperatura de los océanos, la subida de su nivel de acidez y el descenso del nivel de oxígeno y la alteración o extinción de ecosistemas marinos, terrestres, costeros y de agua dulce. El impacto de la actividad del ser humano sobre los ecosistemas es tal que algunos autores consideran que el Holoceno habría dado paso a una nueva era geológica, caracterizada porque los procesos ecológicos son alterados por los seres humanos: el *Antropoceno*².

El cambio climático es, en definitiva, una realidad y el ser humano su principal causa. Ello ha conducido a la formación de una «conciencia ecológica» que se remonta a la década de 1960³ y a que, en tiempos recientes, diferentes gobiernos, entre ellos el español⁴, hayan declarado la emergencia climática y se hayan comprometido a adoptar medidas con el objetivo de reducir las emisiones contaminantes del clima y proteger y restaurar los ecosistemas afectados. Esta nueva realidad no debe permanecer ajena a los estudios de Derecho y, menos aún, a los de Derecho constitucional, en cuanto disciplina jurídica llamada a analizar los retos de la sociedad y a articular respuestas desde los paradigmas de control del poder y garantía de los derechos.

Si bien nos encontramos ante un desafío global que requiere de respuestas a nivel planetario, el Estado, en cuanto unidad soberana básica y eje central de la organización de poder, es el primer responsable de diseñar y ejecutar medidas de protección de la naturaleza⁵ frente a las consecuencias derivadas del

² El término Antropoceno fue propuesto en la década de 1980 por STOERMER y generalizado por CRUTZEN a partir del año 2000 (CRUTZEN y STOERMER, 2000; CRUTZEN, 2002).

³ La publicación en 1962 de *Silent Spring* de RACHEL CARSON, en el que se denunciaba el «biocidio» que estaban causando los pesticidas en la agricultura, y la identificación del modelo de desarrollo industrial que explota indiscriminadamente los recursos como la causa de una «crisis ecológica sin precedentes» en un artículo publicado por WHITE en 1967, han sido considerados los puntos de origen de un proceso en que la protección de la naturaleza empieza a introducirse en el debate político, jurídico y científico (DELLA GIUSTINA, 2020, p. 34). En las décadas de 1960 y 1970 comienza a percibirse que el crecimiento ilimitado, el consumismo y el productivismo que postula el desarrollo capitalista conduce a la destrucción del entorno natural, lo que en el ámbito de la economía empieza a ser denunciado por MISHAN en 1969. No obstante, será entonces una crítica aislada: el impacto ecológico del modelo económico prácticamente no se estudia en ese momento en las facultades de Economía, o bien se hace para realizar propuestas sin alterar el marco teórico, esto es, el mercado (BERZOSA, 2016, p. 67).

⁴ Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba la Declaración del Gobierno ante la Emergencia Climática y Ambiental, de 21 de enero de 2020. Puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.miteco.gob.es/prensa/declaracionemergenciaclimatica_tcm30-506551.pdf

⁵ La mayor parte de los instrumentos jurídico-constitucionales emplean el término «medio ambiente» –concepto relacional que vincula sujetos, objetos y entorno (PREDIERI, 1981, p. 506)– para hacer referencia, de una manera residual, a todo aquello que no forma parte del «medio urbano»: el paisaje, la flora y fauna, los espacios marítimos, etc. No obstante, este término lleva implícita la intervención (y, por tanto, transformación) del ser humano, desde una perspectiva, como se verá, antropocéntrica: el medio ambiente como aquello que beneficia o de lo que se aprovecha el ser humano. Por el contrario, las tendencias que

«cambio climático por efecto invernadero de causa antrópica» (Olcina Cantos, 2019, p. 10). Por ello, el presente trabajo pretende analizar las respuestas jurídicas que el constitucionalismo español e italiano han articulado frente a los grandes desafíos climáticos del siglo XXI. Se realiza un estudio de Derecho constitucional comparado entre ambos países por dos razones: en primer lugar, porque los ordenamientos español e italiano constituyen «elementos comparables», en cuanto son similares pero no idénticos ni tampoco completamente diferentes, y la comparación puede arrojar resultados útiles (Salvador Martínez, 2008, p. 378); en segundo lugar, por el interés que despierta el análisis de la reciente reforma del texto constitucional italiano, que ha introducido en su articulado la tutela del medio ambiente, de la biodiversidad y de los animales.

2. LA TUTELA DE LA NATURALEZA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Desde el punto de vista metodológico es posible identificar dos enfoques en la respuesta constitucional a la necesidad de tutela medioambiental: el antropocentrismo y el ecocentrismo⁶. La perspectiva antropocéntrica configura a la naturaleza como un objeto, tanto de uso y disfrute (derecho al medio ambiente, explotación de recursos naturales) como merecedor de protección. Existe, pues, una relación entre sujeto (ser humano) y objeto (naturaleza), por lo que las categorías jurídicas se construirán a partir de la medida del ser humano y de su relación con el medio ambiente. La naturaleza queda en una posición subordinada, condicionada a su utilidad para el ser humano, que adquiere un estatus preferente en la relación⁷.

apuestan por un nuevo «constitucionalismo ecológico» prefieren emplear un concepto más amplio, el de «naturaleza», entendida como conjunto armónico y equilibrado de aquellos elementos que hacen posible la vida. En cualquier caso, ambos términos son extraños para la ecología —ciencia a la que es necesario recurrir y a partir de la cual CARAVITA DI TORITTO (1990, p. 53) define el medio ambiente como la «*tutela dell'equilibrio ecologico della biosfera, o degli ecosistemi considerati*»—, que emplea en su lugar el de «ecosistema» (BAGNI, 2022, p. 17), esto es, una comunidad de seres vivos relacionados entre sí en un mismo ambiente.

⁶ Se trata de una distinción análoga a la efectuada en el mundo anglosajón entre conservacionismo y preservacionismo: «el *preservacionismo* [ecocentrismo] es la concepción ética que justifica la protección de la naturaleza por el valor intrínseco que ésta posee en sí misma y no, como en el caso del *conservacionismo* [antropocentrismo], por el valor instrumental que posee para el ser humano» (RIECHMANN, 2000, p. 17).

⁷ SIMÓN YARZA (2012, p. 15) apunta al respecto que la concepción antropocéntrica no pretende «negar a los seres vivos [diferentes de las personas] su intrínseco valor, sino sencillamente afirmar el carácter superior de la dignidad humana. En este sentido, la conciencia ecológica antropocéntrica no excluye la exigencia de respetar la naturaleza debido a la dignidad que le es propia, sino que cabalmente se contrapone a las corrientes ecologistas que equiparan a todas las especies».

Por el contrario, la perspectiva ecocéntrica atiende a la naturaleza –y a todos los seres vivos– como un fin en sí mismo, como una realidad de la que el ser humano participa, pero no sólo. La relación se establece entre un sujeto (ser humano) y otro sujeto (naturaleza), por lo que entre ellos no existe una relación de beneficio o utilidad, sino de complementariedad y convivencia (Martínez Dalmau, 2019, p. 42). Todos los seres vivos se conciben, así, como autofinalidad (Vicente Giménez, 2016, p. 21).

El Derecho internacional, europeo y nacional del medio ambiente (con algunas excepciones, como la constitución de Ecuador) se ha construido a partir del paradigma antropocéntrico, por lo que todas las categorías jurídicas que tutelan o se refieren a la naturaleza adoptan el punto de vista del ser humano. Estas categorías pueden ser analizadas a partir de las dos dimensiones que es posible identificar en toda constitución: dogmática y orgánica.

Desde el punto de visto dogmático, esto es, de los valores, principios y derechos que dotan de sentido al ordenamiento constitucional y que se sitúan en el epicentro de su actuación, la naturaleza puede ser concebida, en primer lugar, como un *valor*, bien por su proclamación como tal en los textos constitucionales, bien por su configuración material como contenido axiológico a partir de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, en cuanto generador de una «conciencia colectiva en torno a la cuestión ecológica como bien jurídico colectivo» (Vicente Giménez, 2016, p. 35)⁸. En segundo lugar, los textos constitucionales suelen reconocer algún tipo de principio rector o *mandato de actuación* a los poderes públicos para que actúen en favor de la protección del medio ambiente⁹. En tercer lugar, con menor frecuencia el daño al medio ambiente aparece en las cartas constitucionales como un *límite a la actuación* de los poderes públicos o de los particulares¹⁰.

No obstante, la categoría jurídica más empleada en Derecho constitucional comparado en relación con la naturaleza es la de *derecho subjetivo*¹¹, que, desde

⁸ Se trata del caso de Ecuador, cuya constitución aparece impregnada de las exigencias de la preservación de la Pacha Mama y el *sumak kawsay* (buen vivir), si bien su proclamación no ha alterado un modelo de desarrollo económico basado en el factor extractivista (VICIANO PASTOR, 2019, p. 68).

⁹ Así, por ejemplo, el art. 54. I de la Constitución de Lituania de 1992 establece que el Estado cuidará de la protección del medio natural, la flora y la fauna, los objetos naturales individuales y las áreas de especial valor, y velará por el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como por su restauración e incremento. Del mismo modo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) no configura un derecho subjetivo al medio ambiente sano, sino un principio según el cual en las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad (art. 37 CDFUE).

¹⁰ Por ejemplo, el art. 44.7 de la Constitución de Rumanía de 1991 fija la protección del medio ambiente como un límite al derecho de propiedad.

¹¹ Junto al derecho subjetivo al disfrute de un medio ambiente sano, los textos constitucionales han proclamado un correlativo deber de conservación, como puede apreciarse, por ejemplo, en el art. 86 de la

una perspectiva antropocéntrica y articulado en torno al valor de la solidaridad, garantiza al individuo el disfrute al medio ambiente sano para contribuir a su salud y a una mayor calidad de vida¹². El medio ambiente aparece como el objeto del derecho, que se concreta en la necesidad de que aquél aparezca como sano o saludable, con las consiguientes obligaciones de los poderes públicos a tal fin.

La configuración del derecho al medio ambiente como un derecho subjetivo es, sin embargo, polémica, puesto que la mayoría de los ordenamientos constitucionales no lo configuran como un derecho subjetivo en sí mismo, capaz de legitimar acciones en su defensa, sino más bien como un principio rector o un mandato de actuación a los poderes públicos¹³. Por ello, la tutela jurídica del medio ambiente ha venido produciéndose generalmente por vía indirecta, esto es, a través de la protección jurisdiccional de otros derechos fundamentales sobre los que aquél se proyecta, como el derecho a la vida, la intimidad personal y familiar, la inviolabilidad del domicilio o la propiedad. A esto ha contribuido decididamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya jurisprudencia, a pesar de la ausencia de referencia al medio ambiente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ha consagrado un efectivo derecho fundamental a un medio ambiente sano frente a, entre otras, las lesiones producidas por la contaminación ambiental¹⁴, acústica¹⁵ y atmosférica¹⁶.

Por otra parte, desde el punto de vista orgánico, esto es, de la organización constitucional del poder, la degradación del medio ambiente ocasionada por el cambio climático constituye un ámbito de actuación de los poderes públicos de

Constitución de Polonia de 1997, que establece que todas las personas deben cuidar la calidad del medio ambiente, siendo consideradas responsables en caso de ocasionar su degradación.

¹² El derecho al medio ambiente se configura como un derecho de tercera generación, en cuanto se basa «en los valores sociales emergentes en una sociedad tecnificada como la actual» y, como tal, tiene «un carácter individual (se disfrutan sin relación a una estructura institucional prestadora de servicios, contrariamente a lo que sucede con la salud o la educación), pero al mismo tiempo (...) una dimensión colectiva (en la medida en que el objeto del derecho que se disfruta individualmente tiene un carácter colectivo)» (VERNET y JARIA, 2007, p. 515). No obstante, para POSTIGLIONE (1985, p. 45) el derecho al medio ambiente se puede encuadrar en los derechos de la personalidad.

¹³ Así, SIMÓN YARZA (2012, p. 371) ha defendido que la tutela de la naturaleza «no puede llevarse a cabo desde el *status libertatis* que delinear los derechos fundamentales, sino que sólo puede hacerse desde un *status procuratoris* (...). Es al poder político a quien corresponde determinar cuáles son las técnicas más apropiadas para garantizar el cuidado del medio ambiente. Un derecho fundamental al «entorno natural» sólo podría tener un efecto distorsionador, ya que trasladaría la discusión política al ámbito jurisdiccional, donde los intereses de un solo individuo resultarían sobredimensionados. *No es posible, en rigor, un derecho subjetivo al medio ambiente*».

¹⁴ Entre otras, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 16798/90, *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994, ECLI: CE: ECHR:1994:1209JUD001679890.

¹⁵ Entre otras, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 36022/97, *Hatton y otros c. Reino Unido*, de 2 de octubre de 2001, ECLI: CE: ECHR:2001:1002JUD003602297.

¹⁶ Entre otras, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 55723/00, *Fadeyeva c. Rusia*, de 9 de junio de 2005, ECLI: CE: ECHR:2005:0609JUD005572300.

acuerdo con la forma de *Estado social*, que habrá de atender al conflicto latente entre dos bienes jurídicos frecuentemente contrapuestos: el desarrollo económico y la protección del medio ambiente (Vernet y Jaria, 2007, p. 519)¹⁷.

Finalmente, cabe apuntar que, frente a estos paradigmas clásicos del Derecho constitucional, parte de la doctrina ha diseñado nuevas categorías jurídicas bajo el presupuesto del agotamiento de las primeras y, por tanto, de la necesidad de identificar parámetros innovadores capaces de hacer frente de manera efectiva a las nuevas realidades derivadas del cambio climático: el reconocimiento de personalidad jurídica a la naturaleza¹⁸, la «justicia ecológica» (Vicente Giménez, 2016) o los «bienes fundamentales» (Ferrajoli, 2022)¹⁹.

3. EL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: DERECHO Y PRINCIPIO RECTOR

La Constitución española (CE) se refiere al medio ambiente desde dos perspectivas diferentes: como derecho subjetivo de la ciudadanía a disfrutar de un medio ambiente adecuado y como mandato de actuación a los poderes públicos para promover su protección.

¹⁷ En efecto, el cambio climático atenta tanto contra los derechos sociales (nuevos requisitos de sostenibilidad en la vivienda o la degradación de la salud por la aparición de nuevas enfermedades e infecciones respiratorias ocasionadas por la contaminación) como contra los derechos civiles (la integridad física y moral, la intimidad personal y familiar, la inviolabilidad del domicilio, la propiedad o la dignidad). Pero, además, el cambio climático profundiza en las desigualdades y se deja sentir con particular virulencia en los sectores sociales más desfavorecidos, con una mayor dificultad para soportar los episodios extremos de calor, desplazarse respecto de zonas inundadas o adquirir bienes producidos de manera sostenible. El Estado social del siglo XXI debe ser también, pues, sensible a los nuevos factores degradantes de la igualdad real y efectiva de su ciudadanía ocasionados por el cambio climático.

¹⁸ El reconocimiento de personalidad jurídica a la naturaleza puede realizarse bien como una globalidad o bien a partir de elementos individuales, de modo que pueda ser titular de derechos subjetivos (ESTUPIÑÁN ACHURY, STORINI, MARTÍNEZ DALMAU y DE CARVALHO DANTAS, 2019; VICENTE GIMÉNEZ, 2016). En este sentido, destaca la –pionera en Europa– Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. La atribución de personalidad jurídica a la naturaleza, no obstante, presenta unos rasgos diferentes respecto de aquella que corresponde a las personas físicas y jurídicas: los bienes naturales pueden ser sujetos de derechos, pero no de obligaciones (CHOFRE-SIRVENT, 2022, pp. 94-95). En cualquier caso, como señala CAMISÓN YAGÜE (2022, p. 46), también la protección de la naturaleza desde esta perspectiva ecocéntrica necesita de la intervención del ser humano: «todo reconocimiento de la subjetividad jurídica de la Naturaleza tendrá siempre una precomprensión antrópica de la que, nos guste o no, es imposible prescindir».

¹⁹ FERRAJOLI propone el concepto de *bien fundamental* como superador –o más bien complemento– de la categoría «derecho subjetivo», construido en torno a la teoría liberal individualista e insuficiente para tutelar los intereses colectivos. Estos bienes fundamentales, en cuanto son considerados vitales («el agua potable, el aire, el clima, los glaciares y el patrimonio forestal») deben sustraerse «al mercado y a la política mediante la introducción de garantías objetivas como, por ejemplo, la institución de un demanio planetario, capaz de asegurar su intangibilidad» (FERRAJOLI, 2022, p. 30).

En primer lugar, el art. 45 CE proclama, desde una perspectiva antropocéntrica, el derecho de todos a disfrutar del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona –un «derecho subjetivo a la calidad de vida ambiental» (Simón Yarza, 2012, p. 11)– y el correlativo deber de conservarlo. No se trata en puridad de un derecho subjetivo sino, por su ubicación sistemática en el capítulo tercero del título I de la Constitución, un principio rector de la política social y económica que informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero que sólo puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que disponen las leyes de desarrollo (art. 53.3 CE). El art. 45 CE, pues, no habilita una vía judicial para su defensa²⁰ y no constituye fundamento suficiente para la admisión de un recurso de amparo²¹.

El Tribunal Constitucional concibe el medio ambiente a partir de una perspectiva antropocéntrica: el concepto «medio ambiente» –definido como «conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida»²²– se explica a partir de la intervención del ser humano en su entorno: «[e]l medio ambiente (...) es un concepto nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro. Si éste no se hubiera presentado resultaría inimaginable su aparición por meras razones teóricas, científicas o filosóficas, ni por tanto jurídicas»²³.

Como se ha apuntado con anterioridad, aunque el art. 45 CE no se configura como un auténtico derecho fundamental, es posible conseguir su tutela indirectamente, a través de la afectación de otros derechos fundamentales efectivamente garantizados como tales. Esto es, «puede adquirir relevancia como derecho fundamental cuando la agresión al medioambiente es tal que constituye una lesión de la integridad física o moral, la intimidad personal y familiar o la inviolabilidad del domicilio» (Sánchez Barroso, 2020, p. 369). Se trata de la doctrina sentada en el caso *López Ostra c. España* del TEDH²⁴ y

²⁰ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 36/1991, de 14 de febrero, BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991, ECLI: ES: TC:1991:36; sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, BOE núm. 13, de 15 de enero de 2008, ECLI: ES: TC:2007:247.

²¹ Tribunal Constitucional (Sección Segunda), auto 940/1985, de 18 de diciembre, ECLI: ES: TC:1985:940A.

²² Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 102/1995, de 26 de junio, BOE núm. 181, de 31 de julio de 1995, ECLI: ES: TC:1995:102; Fundamento Jurídico 4.

²³ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 102/1995, *cit.*; Fundamento Jurídico 7.

²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda 16798/90, *cit.* Mediante esta sentencia España fue condenada por vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) al considerar que la contaminación ambiental, aunque no se pusiera en grave peligro la salud de los interesados, afectaba al bienestar de las personas y les impedía disfrutar de su domicilio (apartado 51).

que en España tuvo su reflejo en la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001²⁵.

En segundo lugar, junto a este derecho subjetivo –que, como se ha visto, en sí mismo opera como mandato de actuación–, el texto constitucional contempla explícitamente como mandato a los poderes públicos la obligación de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose para ello en la «indispensable solidaridad colectiva» (art. 45.2 CE) –como precursor de un posterior principio de participación del público (Salazar Ortuño, 2016, p. 168)–, y previéndose en caso de incumplimiento las correspondientes sanciones penales y administrativas y la obligación de reparar el daño causado, en los términos fijados por la Ley (art. 45.3 CE).

La apelación a la «utilización racional de todos los recursos naturales» comprendería, según Salazar Ortuño (2016, p. 168), «la función de vigilancia y control de la utilización de los recursos naturales, la función reparadora de los daños de que haya sido objeto el medio ambiente, y la función de mejorar el medio encaminada a mejorar la calidad de vida (...) que se corresponden con los principios de prevención, principio de conservación, principio de reparación del daño, y principio de promoción y mejora». Este precepto habilitaría, según algunos autores, a que los poderes públicos pudieran limitar la libre iniciativa económica basada en la explotación de recursos naturales (Jaria i Manzano, 2014, p. 590), y estarían vinculados por él «todos los poderes públicos internos sea cual sea su significación territorial y las competencias asumidas por cada uno» (Canosa Usera, 2000, p. 209), incluidas, por tanto, las comunidades autónomas²⁶.

En definitiva, los mandatos contenidos en el art. 45 CE, tanto en su primer como en su segundo apartado, han de interpretarse como «normas de programación final» que, más que condicionar la actuación de los poderes públicos, la orientan hacia unas concretas consecuencias (Simón Yarza, 2012, pp. 82-83). Constituyen un «mandato de legislar» (Jiménez Campo, 1996, p. 527) –y una habilitación para restringir otros derechos (Simón Yarza, 2012, p. 84)– que, al configurarse

²⁵ Esta sentencia estableció que «una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida». Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 119/2001, de 24 de mayo, BOE núm. 137, de 8 de junio de 2001, ECLI: ES: TC:2001:119; Fundamento Jurídico 6.

²⁶ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 126/2002, de 20 de mayo. BOE núm. 146, de 19 de junio de 2002. ECLI: ES: TC:2002:126.

como derecho en el art. 45.1 CE, parece «imponer al legislador, en su progresiva realización de la correspondiente norma programática, la necesaria configuración de derechos subjetivos en el ámbito material sobre el que se proyecta aquella», de modo que «la protección del medio ambiente, enunciada en una típica norma programática (art. 45.2), no podría articularse sin conceder un derecho de acción, para defenderlo, a quienes son titulares de lo que la Constitución llama “derecho” a su disfrute (art. 45.1)» (Jiménez Campo, 1999, pp. 131-132).

4. EL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA: PRINCIPIO FUNDAMENTAL Y LÍMITE A LA LIBRE INICIATIVA ECONÓMICA

La tutela del medio ambiente en el ordenamiento constitucional italiano ha atravesado dos etapas: hasta el año 2022 la naturaleza había sido objeto de una doctrina de tutela construida por la *Corte Costituzionale* a partir de su vinculación con la protección del paisaje y el derecho a la salud y, a partir de la reforma constitucional de ese año, tal doctrina se trasladará al texto constitucional como principio fundamental y como límite a la libre iniciativa económica privada.

4.1 La tutela ambiental en la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*

Hasta la reforma del título V de la Constitución italiana (CI) del año 2001²⁷, que introdujo los términos «medio ambiente» y «ecosistemas» en el art. 117 en relación con el reparto competencial entre el Estado y las Regiones, el texto constitucional italiano no contenía referencia alguna al problema medioambiental, lo que, sin embargo, no impidió que la doctrina y la jurisprudencia constitucional construyeran un fundamento constitucional a las políticas de protección de la naturaleza²⁸. En el momento de aprobación de la Constitución (1947) no existía aún una conciencia ecológica sólida y dominaba la idea de la naturaleza como patrimonio paisajístico²⁹.

²⁷ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Serie Generale, n. 248, 24-10-2001.

²⁸ Sin embargo, se ha considerado que la ausencia de mención al medio ambiente en el texto constitucional, y a pesar de la actividad interpretativa de la Corte, provocó una tutela débil y fragmentada (AMIRANTE, 2006, pp. 254-257).

²⁹ Como en el resto del continente, el primer estudio italiano completo sobre la temática medioambiental no se publicará hasta 1973 (GIANNINI, 1973).

La *Corte Costituzionale* se refiere a la tutela ambiental por primera vez en 1959³⁰, cuando, de acuerdo con la concepción histórica que concebía la naturaleza desde su dimensión exclusivamente estética, afirmó que la protección del medio ambiente se incluye en la concepción más amplia de la protección de la belleza natural (Carpineto, 2016, p. 110). La protección medioambiental como un fin en sí mismo aparecerá en 1971³¹ –contemporáneamente a la tutela que estaba desarrollándose embrionariamente en las esferas internacional y europea–: la Corte lo definirá como una parte del territorio que se caracteriza por su valor científico y de interés histórico y etnográfico, y que comprende formaciones geológicas y sus manifestaciones espontáneas, la flora y fauna de particular relevancia y la belleza paisajística³². Posteriormente, la Corte afirmará en 1982 que la protección ambiental comprende la actividad urbanística, la tutela del paisaje y la salud y la defensa del suelo, el aire y el agua de la contaminación³³, y en 1985 alertará del impacto del desarrollo económico del Estado sobre el territorio y el medio ambiente³⁴.

El punto de inflexión de esta doctrina vendrá constituido por la sentencia 210/1987³⁵, que establecerá que la Constitución de 1947 configura implícitamente el medio ambiente como un derecho fundamental de la persona y un interés fundamental de la colectividad. La *Corte Costituzionale* apuesta por una concepción unitaria del medio ambiente, comprensivo de todos los recursos naturales y culturales, la conservación, gestión racional y mejora del agua, el aire, el suelo y el territorio, la preservación del patrimonio terrestre y marítimo, de todas las especies animales y vegetales y del ser humano³⁶.

Este cambio jurisprudencial es posible gracias a una relectura de los arts. 9 y 32 de la Constitución. El art. 9 establece que la República tutela el paisaje y

³⁰ Corte Costituzionale (pres. Azzariti, rel. Gabrieli). Sentenza 65/1959, del 16 dicembre 1959. ECLI: IT: COST:1959:65.

³¹ Corte Costituzionale (pres. Branca, rel. Fragali). Sentenza 79/1971, del 21 aprile 1971. Gazz. Uff. n. 106, del 28 aprile 1971. ECLI: IT: COST:1971:79.

³² La concepción del paisaje como una realidad ajena a la naturaleza también aparecerá en: Corte Costituzionale (pres. Rossi, rel. Volterra). Sentenza 106/1976, del 23 aprile 1976. Gazz. Uff. n. 125, del 12 maggio 1976. ECLI: IT: COST:1976:106.

³³ Corte Costituzionale (pres. Elia, rel. Saja). Sentenza 239/1982, del 20 dicembre 1982. Gazz. Uff. n. 4, del 5 gennaio 1983. ECLI: IT: COST:1982:239.

³⁴ Corte Costituzionale (pres. Elia, rel. Malagugini). Ordinanza 4/1985, del 10 gennaio 1985. ECLI: IT: COST:1985:4.

³⁵ Corte Costituzionale (pres. La Perfolà, rel. Greco). Sentenza 210/1987, del 22-28 maggio 1987. Gazz. Uff. n. 27, del 1 luglio 1987. ECLI: IT: COST:1987:210. Este criterio sería confirmado en la sentencia 407/2002, en la que se afirmaría que la tutela del medio ambiente era una materia flexible en la que podían concurrir diferentes competencias. Corte Costituzionale (pres. Ruperto, rel. Capotosti). Sentenza 407/2002, del 10-26 luglio 2002. Gazz. Uff. n. 30, del 31 luglio 2002. ECLI: IT: COST:2002:407.

³⁶ Corte Costituzionale (pres. Saja, rel. Greco). Sentenza 641/1987, del 17-30 dicembre 1987. Gazz. Uff. n. 2, del 13 gennaio 1988. ECLI: IT: COST:1987:641.

el patrimonio histórico y artístico de la Nación: la Corte afirmará ahora que el medio ambiente no es algo distinto del paisaje, sino que forma parte del mismo. Por su parte, el art. 32 proclama que la República tutela la salud como un derecho fundamental del individuo y un interés de la colectividad: dado que un medio ambiente descuidado puede producir efectos perjudiciales sobre la salud de las personas, tutelar el entorno implica contribuir a su derecho a la salud. Se construye así un derecho a un medio ambiente sano como derivación del derecho a la salud, en una concepción antropocéntrica de la tutela medioambiental (Manganaro, 2017, p. 334) que da lugar a un valor colectivo fundamental³⁷.

A partir de esta jurisprudencia, la *Corte Costituzionale* afirmará la necesidad de tutela de la salud en todas las condiciones en que se desarrolla la vida y reclamará que el ordenamiento proteja el medio ambiente como elemento determinativo de la vida y como valor primario absoluto³⁸. Esto es, el derecho a la salud no debe reducirse a la prestación de cuidados médicos en caso de necesidad, sino que debe cubrir también las atenciones necesarias sobre todos aquellos factores ambientales con potencialidad para perjudicar la salud física y psíquica de las personas (Ferrara y Gallo, 2014, pp. 282-283). Esta vinculación del derecho al medio ambiente con el derecho a la salud permitió a la *Corte Costituzionale* sentar que la libre iniciativa económica debe ser ponderada con el derecho a la salud –del que deriva el derecho a un medio ambiente sano– y al trabajo³⁹.

Finalmente, la *Corte Costituzionale* afirmará que el medio ambiente es también un valor primario, previsto y garantizado por la Constitución (Crosetti, Ferrara, Fracchia y Olivetti Rason, 2002, p. 57), que debe ser protegido en un «*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*»⁴⁰. En cuanto que valor primario, el medio ambiente y la salud no pueden ser sacrificados por otros intereses, in-

³⁷ Corte Costituzionale (pres. La Perfolà, rel. Greco). Sentenza 210/1987, *cit*.

³⁸ Corte Costituzionale (pres. Saja, rel. Gallo). Sentenza 127/1990, del 7-16 marzo 1990. Gazz. Uff. n. 12, del 21 marzo 1990. ECLI: IT: COST:1990:127.

³⁹ Corte Costituzionale (pres. Gallo, rel. Silvestri). Sentenza 85/2013, del 9 maggio 2013. Gazz. Uff. n. 20, del 15 maggio 2013. ECLI: IT: COST:2013:85; (pres. Grossi, rel. Cartabia). Sentenza 182/2017, del 4 luglio 2017. Gazz. Uff. n. 29, del 19 luglio 2017. ECLI: IT: COST:2017:182; (pres. Lattanzi, rel. Carabia). Sentenza 58/2018, del 7 febbraio 2018. Gazz. Uff. n. 13, del 28 marzo 2018. ECLI: IT: COST:2018:58.

⁴⁰ Corte Costituzionale (pres. Lattanzi, rel. Antonini). Sentenza 179/2019, del 23 maggio 2019. Gazz. Uff. n. 30, del 14 luglio 2019. ECLI: IT: COST:2019:179; Considerato in diritto 12.1.

cluso por aquellos también tutelados constitucionalmente: será el legislador, en su actividad de producción normativa, y la *Corte Costituzionale*, en sede de control, quienes, a través de los principios de proporcionalidad y racionalidad, velarán por el respeto a su núcleo esencial (Mantione, 2021, p. 2).

4.2 La reforma constitucional de 2022

El 22 de febrero de 2022 la *Gazzetta Ufficiale* publicó la *Legge costituzionale* mediante la cual se modificaban los arts. 9 y 41 de la Constitución italiana a fin de incorporar la protección medioambiental como un valor de la República y como límite a la libre iniciativa económica privada⁴¹. Aprobada por la *Camara dei Deputati* y el *Senato della Repubblica* en segunda votación y con la mayoría de dos tercios de los componentes de cada cámara –lo que, de acuerdo con el art. 138. III CI, impedía la convocatoria de referéndum–, por primera vez desde la entrada en vigor de la Constitución en 1948 se realizaba una reforma de los artículos de la Constitución que contemplan los principios fundamentales del ordenamiento constitucional (arts. 1 a 12 CI).

La reforma constitucional afecta, en primer lugar, al art. 9 CI, al que se añade un nuevo párrafo final. El precepto, tras la reforma, tiene el siguiente tenor literal:

La República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica.

Tutela el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación.

Tutela el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, también en interés de las futuras generaciones. La Ley del Estado disciplina los medios y la forma de tutela de los animales [traducción y cursiva propias].

La tutela del medio ambiente queda proclamada así como un principio fundamental del ordenamiento constitucional italiano, esto es, como un valor y un mandato de actuación a los poderes públicos. Destaca, por una parte, el empleo de tres términos diferentes para hacer referencia a la realidad ambien-

⁴¹ Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1. Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*. Serie Generale, n. 44, 22-2-2022. La iniciativa legislativa fue presentada en el Senado por las senadoras Loredana De Petris y Paola Nugnes el 23 de marzo de 2018. El Senado la aprobó en primera deliberación el 9 de junio de 2021 y la Cámara de Diputados el 12 de octubre de 2021. En segunda deliberación la iniciativa fue aprobada por el Senado el 3 de noviembre de 2021, por mayoría de dos tercios de sus componentes. La Cámara de Diputados la aprobó definitivamente, en segunda deliberación, con 468 votos a favor, 1 contrario y 6 abstenciones, el 8 de febrero de 2022.

tal. Se plantean a este respecto dos posibles interpretaciones: o bien constituyen bienes jurídicos diferentes objeto de regulaciones diversas o bien, por el contrario, la utilización de estos tres términos viene motivada por la confusión conceptual existente en la materia y la voluntad del *poder constituyente-constituido* de abarcar la mayor realidad posible: el entorno natural útil para el ser humano (medio ambiente), las diferentes especies animales y vegetales (biodiversidad) y la diversidad de comunidades de seres vivos interrelacionados (ecosistema). En cualquier caso, los términos «medio ambiente» y «ecosistemas» ya habían sido introducidos en el texto constitucional (en concreto, en el art. 117. II.s) CI) mediante la reforma de 2001, fijando la *Corte Costituzionale* al respecto que entre ambos conceptos existe una diferencia conceptual: «*anche se i due termini esprimono valori molto vicini, la loro duplice utilizzazione, nella citata disposizione costituzionale, non si risolve in un'endiadi, in quanto col primo termine si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé*»⁴².

Destaca también el confuso empleo del término «también» para incluir a las futuras generaciones entre los destinatarios de la protección: parece querer dotar así de un sentido (antropocéntrico) –adicional al de la naturaleza como un fin en sí mismo– a la actividad de tutela a que están obligados los poderes públicos. Con la referencia a las futuras generaciones se incorpora al texto constitucional la responsabilidad intergeneracional propia del desarrollo sostenible, concepto que, sin embargo, no se introduce en la Constitución.

Finalmente, se atribuye al Estado la competencia sobre la tutela de los animales, mediante la institución de una reserva legal y en un precepto alejado del Título V de la CI (arts. 114 a 133), que regula el reparto competencial entre el Estado y las Regiones. Esa parece ser su única finalidad, dado que la protección de los animales, desde un punto de vista substantivo, puede entenderse incluida en el más amplio concepto de «biodiversidad». Quedan excluidas de esta competencia central, no obstante, las Regiones de estatuto especial (Friuli-Venezia Giulia, Cerdeña, Sicilia, Trentino-Alto Adige y el Valle de Aosta) y las Provincias Autónomas de Trento y Bolzano⁴³.

⁴² Corte Costituzionale (pres. Flick, rel. Napolitano). Sentenza 12/2009, del 14 gennaio 2009. Gazz. Uff. n. 4, del 28 gennaio 2009. ECLI: IT: COST:2009:12; Considerato in diritto 2.3.

⁴³ En efecto, el art. 3.1 de la Legge costituzionale establece una cláusula de salvaguardia de las competencias de las Regiones de estatuto especial y las Provincias Autónomas de Trento y Bolzano al establecer que «[l]a Ley del Estado que regula los modos y las formas de protección de los animales, a la que se refiere el artículo 9 de la Constitución, modificada por el artículo 1 de la presente Ley Constitucional, se aplicará a las Regiones de estatuto especial y a las Provincias Autónomas de Trento y Bolzano dentro de los límites de las competencias legislativas que les otorgan sus respectivos estatutos» [traducción y cursiva propias].

A pesar de que se trata de una reforma ambiciosa, en cuanto incorpora la tutela medioambiental entre los principios fundamentales de la República, el análisis de su efectividad dependerá de su concreto desarrollo y aplicación en la práctica política. En efecto, no queda claro el nivel de vinculatoriedad jurídica de la previsión y, sobre todo, los sujetos legitimados para actuar judicialmente en defensa del medio ambiente, dado que no parece haberse ampliado la legitimación respecto a las asociaciones ambientalistas ya previamente legitimadas⁴⁴.

En segundo lugar, se reforma el art. 41 CI para incorporar el daño a la salud y al medio ambiente como límite a la libre iniciativa económica privada y para añadir el medio ambiente como finalidad de la actividad económica pública y privada:

La iniciativa económica privada es libre.

No puede desarrollarse de manera contraria a la utilidad social o de modo que produzca daño *a la salud, al medio ambiente*, a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana.

La Ley determina los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda ser dirigida y coordinada con fines sociales y *ambientales* [traducción y cursiva propias].

El daño al medio ambiente se configura de este modo, por un lado, como límite a la iniciativa económica privada, que no podrá desarrollarse de modo que cause un perjuicio a la naturaleza, y, por otro lado, como objetivo a promover por parte de la actividad económica pública y privada, si bien en este caso con una eficacia jurídica inferior, dado que se remite, mediante un mandato al legislador, a lo que establezca la correspondiente Ley de regulación. Debe señalarse que la referencia a la salud junto con el medio ambiente en el segundo párrafo del art. 41 CI es el resultado de la jurisprudencia constitucional, anteriormente explicada, que configuraba un derecho fundamental a un medio ambiente sano como prerequisite para un derecho a la salud efectivo.

Queda por determinar, igualmente, tanto la eficacia jurídica de esta disposición (en concreto, la medida en que puede paralizar el desarrollo de actividades económicas contaminantes o lesivas en cualquier modo a la naturaleza) como los sujetos legitimados para accionar en defensa del medio ambiente. En cualquier caso, la *Corte Costituzionale* señaló con respecto a la redacción anterior del art. 41.1 CI –que restringía los límites a la seguridad, la libertad y la dignidad humana–, que estos límites no deben ser interpretados en el sentido de hacer imposible o extremadamente difícil el ejercicio de la libre iniciativa económica,

⁴⁴ De acuerdo con el art. 13 de la Legge 8 luglio 1986, n. 349. Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale. Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana, n. 162, 15-7-1986.

de modo que los operadores económicos no han de estar expuestos a sacrificios intolerables o irracionales que les prive de cualquier margen de beneficio⁴⁵.

5. LAS COMPETENCIAS MEDIOAMBIENTALES EN EL ESTADO COMPUESTO ESPAÑOL E ITALIANO

Dado que España e Italia presentan una estructura territorial descentralizada, resulta necesario analizar sus respectivos sistemas de reparto competencial entre el Estado central y las diferentes instancias subestatales a efectos de determinar la titularidad de las distintas competencias que pueden incidir sobre el medio ambiente. Ambos sistemas, en cualquier caso, habrán de ser necesariamente conjugados con la política europea de medio ambiente, configurada como una competencia compartida entre la Unión Europea y sus Estados miembros⁴⁶.

De acuerdo con el sistema español de delimitación competencial⁴⁷, las comunidades autónomas pueden asumir competencia sobre la gestión en materia de protección del medio ambiente (art. 148.1.9.^a CE); esto es, sobre la ejecución de la normativa estatal (también de la europea y de la autonómica propia) sobre la materia. Además, al Estado central le corresponde la competencia exclusiva relativa a la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de

⁴⁵ Corte Costituzionale (pres. Branca, rel. Fragali). Sentenza 78/1970, del 21 maggio 1970. Gazz. Uff. n. 143, del 10 giugno 1970. ECLI: IT: COST:1970:78; (pres. Bonifacio, rel. Rocchetti). Sentenza 200/1975, del 27 giugno 1975. ECLI: IT: COST:1975:200.

⁴⁶ El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) configura efectivamente el medio ambiente como una competencia compartida entre la Unión y sus Estados miembros (art. 4.2.e) TFUE) y, como tal, le dedica un título específico, el XX (arts. 191 a 193 TFUE), que fija como objetivos de la política medioambiental de la Unión la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de las personas, la utilización prudente y racional de los recursos naturales y el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático (art. 191.1 TFUE). Adicionalmente, la Unión asume como finalidad, en el contexto del mercado interior, la actuación en pro del desarrollo sostenible y de un nivel elevado de protección y mejora de la calidad de medio ambiente (art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea [TUE]) –objetivos que deberán integrarse en la definición y realización de sus políticas y acciones (art. 11 TFUE)–, y en su política exterior la Unión debe contribuir a elaborar medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos mundiales para lograr el desarrollo sostenible (art. 21.2.f) TUE).

⁴⁷ El reparto de competencias en la Constitución española se fundamenta en un sistema de doble lista de competencias y cláusulas residuales: por un lado, el art. 148 CE contempla un listado de competencias asumibles por las comunidades autónomas en sus respectivos Estatutos; por otro lado, el art. 149.1 CE establece una lista de competencias que corresponden al Estado central con carácter exclusivo. Además, los Estatutos de autonomía pueden asumir las materias no reservadas expresamente al Estado central por la Constitución, y a éste le corresponde la competencia sobre las materias que no hayan sido asumidas por las comunidades autónomas (art. 149.3 CE).

establecer normas adicionales de protección, así como la legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias (art. 149.1.23.^a CE). Se configura así una competencia compartida: a partir de una legislación básica estatal, a la comunidad autónoma le correspondería su desarrollo normativo y ejecución, junto a la posibilidad de aprobar normas adicionales más protectoras respecto de las del Estado.

Este sistema plantea dos tipos de dificultades. Por un lado, la complejidad para deslindar el concepto «medio ambiente» de otras materias relacionadas sobre las cuales la Constitución contempla otras competencias específicas (Canosa Usera, 2000, p. 45): por ejemplo, ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 148.1.3.^a CE) o pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial (art. 148.1.11.^a CE). El Tribunal Constitucional ha señalado al respecto que, dada la naturaleza compleja, pluridimensional e interdisciplinar del concepto⁴⁸, es posible que «sobre una misma superficie o espacio natural pueden actuar distintas Administraciones públicas para diferentes funciones o competencias, con la inexorable necesidad de colaboración (SSTC 227/1988 y 103/1989) y, por supuesto, coordinación»⁴⁹.

Por otro lado, deviene nuclear para el correcto funcionamiento de este sistema la delimitación precisa del término «bases legislativas», cuya aprobación corresponde al Estado y a partir de las cuales las comunidades autónomas pueden aprobar tanto normativa de desarrollo como normas adicionales más protectoras. Para el Tribunal Constitucional la legislación básica ha de entenderse como sinónimo de legislación mínima, en cuanto que «posee la característica técnica de normas mínimas de protección que permiten “normas adicionales” o un plus de protección»⁵⁰. De este modo, se trataría de «una estratificación de la materia por niveles, donde el estatal ha de ser suficiente y homogéneo, pero mejorable por así decirlo para adaptarlo a las circunstancias de cada Comunidad Autónoma»⁵¹. En definitiva, al Estado le correspondería dictar una normativa legislativa mínima que homogeneizara la tutela medioambiental en toda España, mientras que las comunidades autónomas podrían aprobar normativa que se limitara simplemente a desarrollar y concretar esa legislación mínima, o bien adoptar normas independientes que, respetando aquéllas, establecieran un mayor nivel de protección. En cualquier caso, a las

⁴⁸ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 64/1982, de 4 de noviembre, BOE núm. 296, de 10 de diciembre de 1982, ECLI: ES: TC:1982:64; Fundamento Jurídico 5; sentencia 102/1995, *cit.*; Fundamento Jurídico 4.

⁴⁹ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 102/1995, *cit.*; Fundamento Jurídico 3.

⁵⁰ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 170/1989, de 19 de octubre, BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 1989, ECLI: ES: TC:1989:170; Fundamento Jurídico 2.

⁵¹ Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia 102/1995, *cit.*; Fundamento Jurídico 9.

comunidades autónomas le correspondería la ejecución de toda la normativa sobre protección del medio ambiente (europea, estatal y autonómica).

Por su parte, desde la reforma del año 2001, la Constitución italiana pretende homogeneizar la protección medioambiental mediante una normativa única para todo el Estado italiano, al establecer que la «tutela del medio ambiente, del ecosistema y de los bienes culturales» constituye una competencia legislativa exclusiva del Estado (art. 117. II.s) CI)⁵². No obstante, el art. 117. III CI contempla, como una competencia concurrente entre el Estado y las Regiones, la «valorización de los bienes culturales y ambientales y la promoción y organización de actividades culturales», además de la tutela de la salud. Ambas competencias, además, pueden ser atribuidas a las Regiones ordinarias, de conformidad con el art. 116. III CI⁵³. A ello hay que añadir que, de acuerdo con la reforma constitucional de 2022, la tutela de los animales corresponde al Estado central mediante Ley (art. 9. III CI)⁵⁴.

Este sistema competencial genera tres dudas interpretativas: si existe una diferencia entre el «medio ambiente» del art. 117. II.s) CI y los «bienes ambientales» del art. 117. III CI, cuál es la distinción conceptual –en su caso– entre «medio ambiente» (propio de la perspectiva antropocéntrica) y «ecosistema» (más próximo al ecocentrismo) en el art. 117. II.s) CI y, finalmente, qué significado atribuir a la «tutela» (art. 117. II.s) CI) y a la «valorización» (art. 117. III CI). La *Corte Costituzionale* no ha respondido en sentido estricto a estas dudas, pero, junto con la doctrina, sí ha ofrecido una serie de criterios que nos permiten clarificar el reparto de competencias entre el Estado central y las Regiones.

En primer lugar, la tutela del medio ambiente y del ecosistema no deben entenderse como materias en sentido técnico, esto es, como compartimentos estancos cuya competencia corresponde bien al Estado central o bien a las Regiones con exclusión de la otra instancia de poder. Por el contrario, deben

⁵² Como sucede en el modelo español, el reparto competencial entre el Estado central y las Regiones ordinarias italianas se realiza también a través de una doble lista: legislación exclusiva del Estado central (art. 117. II CI) y legislación concurrente, en las que a las Regiones le corresponde la potestad legislativa a partir de los principios fundamentales determinados, de manera exclusiva, por el Estado (art. 117. III CI). Además, análogamente al art. 149.3 CE, se prevé una cláusula residual según la cual corresponde a las Regiones la potestad legislativa respecto a las materias no expresamente reservadas a la legislación del Estado (art. 117. IV CI).

⁵³ La transferencia debe realizarse mediante Ley del Estado –aprobada por la mayoría absoluta de los miembros del Parlamento sobre la base de un acuerdo entre el Estado y la Región en cuestión–, a iniciativa de la Región interesada y oídos los entes locales, respetando los principios del art. 119 CI, que regula el ejercicio de la autonomía financiera de las Regiones.

⁵⁴ Hasta ese momento la tutela de los animales se aseguraba mediante la competencia de «investigación científica» (art. 117. III CI) o bien apelando al respeto de las obligaciones internacionales (art. 13 TFUE o Convenio europeo sobre protección de animales de compañía).

entenderse como competencias sin objeto o finalistas, construidas en función del fin y no del ámbito de incidencia (D'Atena, 2013, p. 163). Se trata, por tanto, no tanto de materias cuanto de finalidades o propósitos que los poderes públicos deben perseguir⁵⁵.

En segundo lugar, ha de considerarse que la tutela ambiental constituye, por su propia naturaleza, una materia transversal⁵⁶ capaz de incidir en diferentes ámbitos y ser objeto, por tanto, de distintas competencias. Así, se ha afirmado que la evolución legislativa y la jurisprudencia constitucional llevan a excluir que «una materia» en sentido técnico pueda identificarse como «protección del medio ambiente», ya que no parece configurable como una esfera de competencia estatal estrictamente circunscrita y delimitada; al contrario, está inextricablemente entrelazada con otros intereses y competencias (Caravita di Toritto, 1990, p. 34).

En tercer lugar, a partir de las anteriores consideraciones, la *Corte Costituzionale* ha construido un sistema competencial que se aleja de la literalidad del texto constitucional, en cuanto que, en vez de atribuir la competencia exclusiva y excluyente al Estado central sobre la materia ambiental, ha determinado que a éste le corresponde el establecimiento de un *standard* de protección uniforme en todo el Estado italiano⁵⁷ que no impediría la actuación legislativa de las Regiones, en un sistema de tutela amplio y multinivel (Mazzamuto, 2009): la disciplina estatal constituiría un límite mínimo de tutela no derogable por las Regiones, ni siquiera aquéllas de estatuto especial⁵⁸.

No obstante, dada la naturaleza transversal del medio ambiente, ello no impediría que los poderes legislativos regionales intervinieran en la competencia de protección del medio ambiente, respetando las directrices unitarias fijadas por el Estado⁵⁹ –y, en su caso, mejorándolas, esto es, estableciendo un nivel de tute-

⁵⁵ Nos encontramos en cualquier caso ante un fenómeno general del art. 117. II CI: «*non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come "materie" in senso stretto, poiché, in alcuni casi, si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie*». Corte Costituzionale (pres. Ruperto, rel. Capotosti). Sentenza 407/2002, *cit.*; Considerato in diritto 3.2.

⁵⁶ Corte Costituzionale (pres. Marini, rel. De Siervo). Sentenza 246/2006, del 21 giugno 2006. Gazz. Uff. n. 27, del 5 luglio 2006. ECLI: IT: COST:2006:246.

⁵⁷ Corte Costituzionale (pres. Cartabia, rel. Amato). Sentenza 88/2020, del 20 aprile 2020. Gazz. Uff. n. 21, del 20 maggio 2020. ECLI: IT: COST:2020:88.

⁵⁸ Corte Costituzionale (pres. Bile, rel. Maddalena). Sentenza 378/2007, del 5 novembre 2007. Gazz. Uff. n. 45, del 21 novembre 2007. ECLI: IT: COST:2007:378; (pres. Amirante, rel. Napolitano). Sentenza 272/2009, del 19 ottobre 2009. Gazz. Uff. n. 44, del 4 novembre 2009. ECLI: IT: COST:2009:272; (pres. Amirante, rel. Napolitano). Sentenza 234/2010, del 23 giugno 2010. Gazz. Uff. n. 27, del 7 luglio 2010. ECLI: IT: COST:2010:234.

⁵⁹ Corte Costituzionale (pres. Ruperto, rel. Capotosti). Sentenza 407/2002, *cit.*

la más elevado⁶⁰–, invocando para ello títulos competenciales (por ejemplo, la tutela de la salud o el gobierno del territorio) que pueden impactar sobre el medio ambiente⁶¹. De este modo, el carácter transversal de la materia y su potencialidad para extenderse al ámbito de las competencias regionales puede reclamar, en el respeto del principio de leal colaboración, intervenciones normativas de las Regiones que actúen en el ejercicio de sus propias competencias, pero que al mismo tiempo cuidan intereses inherentes al medio ambiente (Mantione, 2021, p. 2). Este razonamiento también se aplica a la inversa: la legislación uniforme del Estado central puede incidir sobre las competencias legislativas de las Regiones vinculadas con la materia ambiental (Carpineto, 2016, p. 120).

Finalmente, debe advertirse que, de los tres conceptos introducidos en el art. 9 CI por la reforma constitucional de 2022, el art. 117 CI sólo se refiere al «medio ambiente» y a los «ecosistemas». La «biodiversidad», por tanto, aparecería sin un título competencial definido, hecho que, al menos desde un punto de vista teórico, podría habilitar a las Regiones a adoptar medidas protectoras en virtud de la cláusula residual del art. 117. IV CI, lo que podría colisionar con las competencias medioambientales estatales según el sistema anteriormente descrito.

6. LECCIONES RECÍPROCAS PARA UN CONSTITUCIONALISMO MÁS ECOLÓGICO

El constitucionalismo del siglo XXI debe atender de manera inaplazable al que constituye posiblemente el mayor reto de la humanidad: un cambio climático ocasionado por la acción del ser humano que puede dar lugar a la destrucción del planeta que habita. Las respuestas jurídicas no deben reducirse, evidentemente, al Derecho constitucional, sino que han de articularse desde el completo ordenamiento jurídico y, particularmente, desde los niveles supranacionales de ejercicio de poder, los actuales –de manera destacada, la Unión Europea– y aquellos que puedan configurarse en un futuro para atender a un reto de alcance mundial.

La Constitución, no obstante, está llamada a desempeñar un papel fundamental en la lucha jurídica contra el cambio climático, en cuanto instrumento

⁶⁰ Corte Costituzionale (pres. Cartabia, rel. Prosperetti). Sentenza 63/2020, del 9 marzo 2020. Gazz. Uff. n. 16, del 16 aprile 2020. ECLI: IT: COST:2020:63.

⁶¹ Corte Costituzionale (pres. Ruperto, rel. Capotosti). Sentenza 407/2002, *cit.*; (pres. Chieppa, rel. Contri). Sentenza 536/2002, del 18-20 dicembre 2002. Gazz. Uff. n. 1001, del 27 dicembre 2002. ECLI: IT: COST:2002:536.

capaz de generar conciencia colectiva, de orientar la acción de los poderes del Estado y de garantizar la protección de la naturaleza como bien común frente a sus agresiones. Es necesario incluir en el pacto social una nueva relación del ser humano con el entorno que le rodea y que le garantiza su subsistencia. El medio ambiente debe dejar de ser considerado como un objeto de explotación y disfrute para erigirse en presupuesto básico de la vida presente y de la de las generaciones futuras. Urge, pues, un constitucionalismo ecológico que sitúe a la naturaleza –y con ella misma a la dignidad humana– en el centro de su actuación.

La reforma constitucional italiana apunta en esta dirección, al configurar la tutela del medio ambiente, de la biodiversidad, de los ecosistemas y de los animales como principio fundamental de la República, al tiempo que límite a la libre iniciativa económica privada. De este modo, la Constitución italiana, que por el contexto histórico en que se aprobó carecía de referencia alguna al medio ambiente, ha superado a la más moderna Constitución española, en que la protección medioambiental como principio rector de la política social y económica, innovadora en su momento, ha quedado ya obsoleta. La Constitución española debe, pues, observar la italiana como modelo de referencia para una posible reforma constitucional –poco traumática, aunque también poco probable en el contexto político actual– que refuerce la posición de la naturaleza en su articulado.

Por el contrario, la regulación constitucional italiana del reparto de competencias entre el Estado y las Regiones resulta confusa y poco afortunada. El empleo de dos términos –medio ambiente y ecosistema– para referirse a una misma realidad agrava el problema intrínseco de la indeterminación del concepto y complejiza la delimitación competencial. La atribución a las Regiones de la competencia sobre «valorización de los bienes naturales», a partir de una previa legislación estatal que ha de configurar los principios fundamentales de tal «valorización» contribuye en gran medida a esta complejidad. En este sentido, la Constitución italiana puede fijarse en la –tampoco perfecta– distribución competencial que realiza el texto constitucional español, donde de una manera ligeramente más clara se atribuye la legislación básica al Estado central y la de desarrollo normativo, mejora y ejecución a las comunidades autónomas.

Ambas constituciones, pues, pueden convertirse en modelos de referencia para sus propias revisiones, necesarias en cualquier caso para dotar a los textos constitucionales del mayor arsenal posible de herramientas jurídicas para, desde sus ámbitos de actuación, otorgar a la naturaleza el valor que merece: el de casa común de la humanidad que está, desde hace décadas, en peligro.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AMIRANTE, D. (Ed.). (2006). *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*. CEDAM. Padua.
- BAGNI, S. (2022). Los aportes de los derechos de la naturaleza en la construcción de un paradigma relacional de los derechos. En R. Martínez Dalmau (Dir.), *La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza: sinergias de la cooperación mediterránea* (pp. 12-44). Pireo Editorial. València.
- BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, C. (2016). Acumulación capitalista y justicia ecológica. En T. Vicente Giménez (Ed.), *Justicia ecológica en la era del Antropoceno* (pp. 53-69). Trotta, Madrid.
- CAMISÓN YAGÜE, J. Á. (2022). La Unión por el Mediterráneo: ¿Una vía para conseguir el reconocimiento del «Mare Nostrum» como sujeto de derechos? En R. Martínez Dalmau (Dir.), *La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza: sinergias de la cooperación mediterránea* (pp. 45-84). Pireo Editorial. València.
- CANOSA USERA, R. (2000). *Constitución y medio ambiente*. Dykinson. Madrid.
- CARAVITA DI TORITTO, B. (1990). *Diritto pubblico dell'ambiente*. Il Mulino. Bolonia.
- CARPINETO, P. (2016). La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana. *Anales de la Facultad de Derecho*, 33, 99-125.
- CHOFRE-SIRVENT, J. (2022). El «constitucionalismo del cambio climático» y la naturaleza como sujeto de derechos: indicios de un cambio de paradigma. En R. Martínez Dalmau. (Dir.), *La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza: sinergias de la cooperación mediterránea* (pp. 85-103). Pireo Editorial. València.
- CROSETTI, A., FERRARA, R., FRACCHIA, F. Y OLIVETTI RASON, N. (2002). *Diritto dell'ambiente*. Laterza. Bari.
- CRUTZEN, P. J. (2002). Geology of mankind. *Nature*, 415, 23.
- CRUTZEN, P. J. Y STOERMER, E. F. (2000). The Anthropocene, *Global Change Newsletter*, 41, 17-18.
- D'ATENA, A. (2013). *Diritto regionale*. Il Mulino. Bolonia.
- DELLA GIUSTINA, C. (2020). Il diritto all'ambiente nella Costituzione italiana. *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 1/2020, 1-35.
- ESTUPIÑÁN ACHURY, L., STORINI, C., MARTÍNEZ DALMAU, R. Y DE CARVALHO DANTAS, F. A. (Eds.). (2019). *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Universidad Libre. Bogotá.
- FERRAJOLI, L. (2022). *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*. Trotta. Madrid.
- FERRARA, R. Y GALLO, C. E. (Eds.). (2014). *Tratatto di Diritto dell'ambiente*. Giuffrè. Milán.
- GIANNINI, M. S. (1973). Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 23, 15-53.

- JARÍA I MANZANO, J. (2014). Derechos y medio ambiente. En A. Noguera Fernández y A. Guamán Hernández (Dir.), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales* (pp. 577-615). Tirant lo Blanch, València.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1996). Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales. En Ó. Alzaga Villaamil (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (pp. 451-529). EDESA. Madrid. 1996.
- (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Trotta. Madrid.
- MANGANARO, M. (2017). El desarrollo del derecho a un ambiente sano en la perspectiva constitucional española e italiana. *Lex Social*, 7(1), 321-340.
- MANTIONE, R. P. (2021). La costituzione e la tutela dell'ambiente. Aspetti storici e prospettive future. *Pearson Italia*. <https://it.pearson.com/aree-disciplinari/diritto-economia/area-giuridico-economica/proposte-didattiche/costituzione-tutela-ambiente.html>.
- MARTÍNEZ DALMAU, R. (2019). Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos. En L. Estupiñán Achury, C. Storini, R. Martínez Dalmau y F. A. de Carvalho Dantas (Eds.). (2019). *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático* (pp. 31-47). Universidad Libre. Bogotá.
- MAZZAMUTO, M. (2009). Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 6, 1571-1598.
- MISHAN, E. J. (1969). *Growth: the price we pay*. Staples Press. Londres.
- OLCINA CANTOS, J. (2019). Evidencias e incertidumbres del cambio climático y de los riesgos asociados en el litoral mediterráneo español. *Boletín de la Real Sociedad Geográfica*, CLIV, 9-34.
- POSTIGLIONE, A. (1985). Ambiente: suo significato giuridico unitario. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 49-50.
- PREDIERI, A. (1981). Paesaggio. En *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXI (p. 507). Giuffrè. Milán.
- RIECHMANN, J. (2000). Introducción: Aldo Leopold, los orígenes del ecologismo estadounidense y la ética de la tierra. En A. Leopold, *Una ética de la tierra* (pp. 7-36). Catarata. Madrid.
- SALAZAR ORTUÑO, E. (2016). Derecho ambiental y acceso a la justicia ecológica. En T. Vicente Giménez (Ed.), *Justicia ecológica en la era del Antropoceno* (pp. 155-188). Trotta. Madrid.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M. (2008). Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización. *Teoría y Realidad Constitucional*, 21, 375-395.
- SÁNCHEZ BARROSO, B. (2020). Retos del Derecho constitucional a la luz del cambio climático. En A. Pérez Miras, G. M. Teruel Lozano, E. C. Raffiotta y M. P. Iadicco (Dirs.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, vol. 5 (pp. 367-383). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

- SIMÓN YARZA, F. (2012). *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- VERNET, J. Y JARIA, J. (2007). El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el Derecho internacional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 513-533.
- VICENTE GIMÉNEZ, T. (2016). El nuevo paradigma de la justicia ecológica y el desarrollo ético-jurídico. En T. Vicente Giménez (Ed.), *Justicia ecológica en la era del Antropoceno* (pp. 11-52). Trotta. Madrid.
- VICIANO PASTOR, R. (2019). La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución de Ecuador. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 20, 63-81.
- WHITE, L. (1967). The Historical Roots of Our Ecological Crisis. *Science*, 155(3767), 1203-1207.

EL BINOMIO AGUA Y SALUD, DOS DERECHOS AMENAZADOS POR LA EMERGENCIA CLIMÁTICA Y SANITARIA

BELÉN BURGOS GARRIDO¹

*Profesora del Departamento de Derecho Administrativo
Universidad de Granada*

SUMARIO: 1. *Introducción: La emergencia climática como premisa. Protección del medioambiente y el goce de otros derechos. Salud ambiental y salud humana, dos conceptos interrelacionados.*–2. *El derecho humano al agua y el reconocimiento de la necesidad de salvaguardar la seguridad hídrica.*–3. *El reparto competencial en materia hídrica. La necesaria coordinación entre las Administraciones públicas implicadas.*–4. *Cantidad y calidad: dos nociones para alcanzar la seguridad hídrica. Avances e iniciativas legislativas a nivel europeo.*–5. *Reflexión final sobre el binomio Agua y Salud a nivel global, especialmente, en un contexto de pandemia.*

1. INTRODUCCIÓN: LA EMERGENCIA CLIMÁTICA COMO PREMISA. PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE Y EL GOCE DE OTROS DERECHOS. SALUD AMBIENTAL Y SALUD HUMANA, DOS CONCEPTOS INTERRELACIONADOS

Antes de entrar en el análisis jurídico de cómo se está afrontando actualmente la protección del binomio *Agua y Salud*, hemos de enmarcar los derechos que vamos analizar dentro de la *emergencia climática* en la que nos ha-

¹ Esta publicación es parte del Proyecto DER2017-87789-R y de la ayuda PRE2018-086606 financiados por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y FSE “El FSE invierte en tu futuro” así como de los Proyectos: PY20-00205, financiado por FEDER/Junta de Andalucía-Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, PID2021-128816OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 / FEDER, UE y TED2021-132418B-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU/PRTR.

llamos inmersos, pues toda regulación jurídica que se precie o que se pretenda aprobar no debe de perder de vista la realidad de la que parte.

Efectivamente, actualmente nos hallamos en un contexto de cambio climático, y ello, a pesar de que numerosos textos internacionales, algunos de ellos de *soft law*, otros con fuerza vinculante, vienen reivindicando desde los años 70 la importancia de proteger el medioambiente, en general, su conexión con otros derechos y la relevancia del agua, en particular (cuestión, esta última, sobre la que vamos a centrar nuestro análisis conectándola a su vez con el derecho a la salud).

Pero, antes que nada, queremos subrayar, el lapso de tiempo trascurrido desde que se alzarán las primeras voces avisando sobre la necesidad de realizar un mayor esfuerzo en la protección medioambiental, y ello, porque desde estas primeras advertencias que así lo apuntaban, hace de ello más de 50 años. Lamentablemente, y a la luz del estado actual del clima, podemos afirmar que estos llamamientos no han sido lo suficientemente escuchados².

En concreto, la primera gran conferencia que se organizó sobre la protección del medio ambiente como eje y que subrayó su conexión con el goce pleno y efectivo de los derechos humanos fue la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, adoptada en Estocolmo en 1972, conocida como Cumbre de la Tierra. En ella se afirma, a nuestro juicio muy acertadamente, que «el hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del

² Si bien, es cierto que el desarrollo del Derecho ambiental ha sido paulatino y progresivo y que mediante el incipiente principio de no regresión o cláusula *standstill* se pretende que no se adopten normas que pueda disminuir el nivel de protección del medio ambiente alcanzado hasta el momento. Como acertadamente señala LÓPEZ RAMÓN este principio deriva del principio de desarrollo sostenible e «impone un progreso solidario con las generaciones futuras, solidaridad que implica no retroceder nunca en las medidas de protección del medio ambiente» LÓPEZ RAMÓN, F. (2011, 20 y 21).

Asimismo, nos parece oportuno traer a colación que este principio ha sido ya reconocido por nuestro TC en su Sentencia (Pleno) 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 2, si bien mencionando que «es hoy por hoy a lo sumo una *lex non scripta* en el Derecho internacional y, sin duda, constituye una formulación doctrinal avanzada que ya ha alumbrado una aspiración política de la que, por citar un documento significativo, se ha hecho eco la Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de septiembre de 2011, sobre la elaboración de una posición común de la UE ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río +20» en cuyo apartado 97 se solicita «el reconocimiento del principio de no regresión en el contexto de la protección del medio ambiente y de los derechos fundamentales».

hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma» (apartado primero), se ha de buscar, por tanto, un justo equilibrio entre estas dos necesidades *desarrollo humano* y *respeto al medioambiente*. A mayor abundamiento, esta Declaración en su principio primero, señala que el hombre tiene derecho al «disfrute de condiciones de vida adecuadas en un *medio ambiente de calidad* tal que le permita llevar una *vida digna* y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras».

A esta solemne Declaración le siguieron un conjunto de manifestaciones internacionales en las que podemos hallar la génesis del derecho humano al agua³. Entre ellas, nos interesa destacar, de modo especial y por su incidencia en el tema que ahora desarrollamos, la Observación General n.º 15 sobre el derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) publicada por la ONU en 2002, en la que se afirma que «el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, *salubre*, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico». Y que «un abastecimiento adecuado de agua *salubre* es necesario para *evitar la muerte* por deshidratación, para *reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua* y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de *higiene* personal y doméstica», poniendo de relieve la conexión *Agua y Salud* que venimos apuntando.

Asimismo, por lo que atañe al derecho a la salud, hemos de mencionar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacó en el año 2000 en su Observación General n.º 14 sobre el derecho al más alto nivel posible de salud, que «el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, *el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas*, condiciones de trabajo seguras y sanas y *un medio ambiente sano*». Conectando también, por tanto, ambos conceptos⁴.

³ Como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua celebrada en Mar del Plata en 1977, donde se proclamó por vez primera a nivel mundial el derecho de todas las personas a tener acceso al agua potable en cantidad suficiente o la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente celebrada en Dublín de 1992, donde se indicó que el agua es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente, entre otras. A mayor abundamiento sobre esta cuestión, *Vid.* BURGOS GARRIDO (2020b).

⁴ Igualmente, en otros textos podemos hallar referencias semejantes, así, por ejemplo, según la Comisión Europea, «un nivel insuficiente de calidad del agua constituye una amenaza para la salud pública y la biodiversidad» (Comisión Europea, 2012, 2).

Pero, como decimos, a pesar de este conjunto de manifestaciones internacionales efectuadas hace ya largo tiempo, a día de hoy nos movemos en un contexto de cambio climático donde, lo cierto, es que, a la luz de las últimas investigaciones e informes científicos publicados la situación no es nada positiva ni halagüeña. Antes, al contrario, estos informes científicos presentan unas proyecciones pésimas por lo que a la evolución ambiental a nivel mundial se refiere, pronosticando un incremento alarmante de las temperaturas a nivel global. Esto ha sido calificado por el Secretario General de la ONU, António Guterres, como «un código rojo para la humanidad» donde en el informe del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC, 2021) publicado el 9 de agosto de 2021 ya se puso el acento en que, en el peor de los escenarios, si no se reducían las emisiones de gases de efecto invernadero, a finales del presente siglo se alcanzaría un incremento de 4,4 grados. Cifra para nada baladí o intrascendente dado que las consecuencias del cambio climático son incommensurables. «Extrema urgencia» que se corrobora en el Sexto Informe de Evaluación del IPCC, del Grupo de Trabajo II, publicada el 28 de febrero de 2022, basado en 34.000 estudios y con la participación de 270 autores de 67 países. Hacemos hincapié en estos datos a sabiendas de la existencia de negacionistas del cambio climático.

Estamos hablando, por tanto, de una evidencia, insistimos, científica verificada que debería ser afrontada por todos los Gobiernos al margen de cualesquiera que sean sus tendencias políticas.

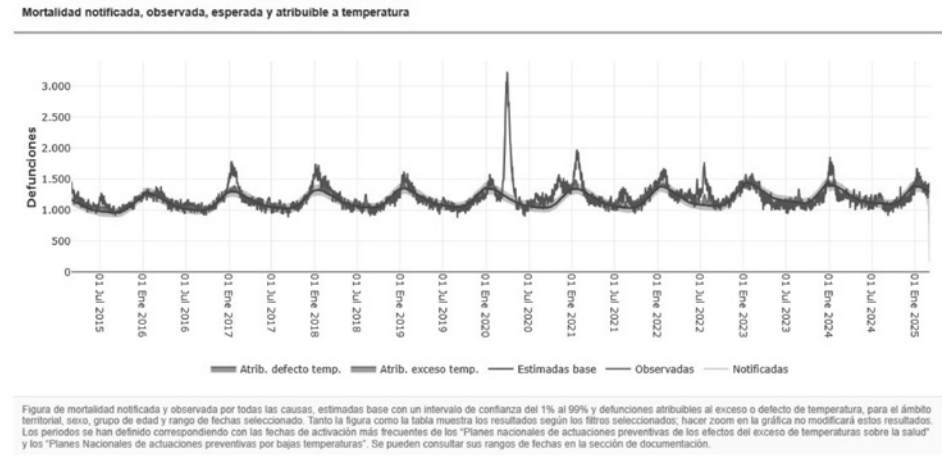
Igualmente, se ha demostrado, que el cambio climático incide en el incremento de la producción de eventos hidrológicos extremos, como es el caso de las de sequías e inundaciones, así como en su agudización y extensión, tanto espacial como temporal. Fenómenos que no es que ya sólo supongan una afectación de nuestro derecho a la salud, sino que, en ocasiones, llegan a incidir en la propia vida de las personas.

A este respecto, es oportuno traer a colación el hecho de que según el Servicio de Cambio Climático Copernicus (C3S) de la Comisión Europea, en Europa el verano climatológico del año 2024 ha sido el más caluroso jamás registrado desde que se tienen registros, que datan desde la década de los cincuenta del siglo pasado; no obstante, existen series de datos que permiten retrotraernos a 1880, y conforme a los mismos, también se trata del verano padecido con mayores temperaturas (Comisión Europea, 2024).

Asimismo, debemos tener presente el estudio sobre el exceso de muertes registradas como consecuencia del incremento de las temperaturas llevado a cabo por el panel de monitorización de la mortalidad diaria por todas las causas (MoMo) del Instituto de Salud Carlos III (dependiente del Ministerio de

Sanidad), una herramienta que calcula el impacto del calor con un modelo basado en las series históricas de fallecimientos y temperaturas. Y que evidencian 41.730 muertes en España atribuibles al exceso de temperatura durante la última década, según el MoMo (datos a 3 marzo de 2025).

Bajo estas líneas puede observarse la evolución de las mismas:



Fuente: Instituto de Salud Carlos III (2024).

Impactos, sociales, que desde el poder legislativo deben valorarse adecuadamente de cara a orientar la política legislativa y encontrar ese equilibrio entre protección medioambiental y desarrollo que deben ir de la mano, pues, al fin y al cabo, el Derecho se debe a la sociedad.

Igualmente, a nivel europeo, las consecuencias del cambio climático vienen avaladas por el proyecto PESETA II (JRC, por sus siglas en inglés) «Impactos climáticos en Europa», que es el informe de síntesis final del proyecto PESETA II (*Proyection of Economic impacts of climate change in Sectors of the European Union based on bottom-up Analysis*) desarrollado por el Centro de Investigación Conjunto de la Comisión Europea. Este proyecto realiza varias estimaciones para finales del siglo XXI y valora los impactos climáticos en el periodo 2071-2100 en comparación con el de referencia (1961-1990), estudiando cinco grandes regiones de la Unión Europea⁵. En concreto, efectúa un

⁵ Norte de Europa, Europa Central Septentrional, Europa Central Meridional, Islas Británicas y Sur de Europa, a la que pertenece España.

análisis de diez ítems de impacto biofísico (agricultura, energía, crecidas fluviales, sequías, incendios forestales, infraestructuras del transporte, costas, turismo, salud humana e idoneidad de los hábitats para las especies forestales), y realiza varias simulaciones considerando cuatro posibles escenarios climáticos. Tras el citado análisis concluye que, si no se hace nada por evitarlo, en el supuesto de que tengamos 3,5°C más de temperatura en el año 2080, los daños económicos climáticos tendrán un coste para Europa de como mínimo 190.000 millones de euros, de los cuales, más de la mitad se deberán a muertes prematuras (Comisión Europea 2014).

Igualmente, a nivel español, contamos con importantes investigaciones que así lo respaldan, en este sentido, según las nuevas proyecciones climáticas efectuadas por el CEDEX, las estimaciones realizadas prevén la agudización de eventos hidrológicos extremos y una reducción contundente de nuestros recursos hídricos a medida que nos adentremos en el siglo XXI (CEDEX, 2017, 299)⁶.

Es pues evidente que el cambio climático desencadena impactos sociales, económicos y medioambientales auténticamente devastadores.

Pero, volviendo a la relación *Medioambiente-Salud*, entre ellos, uno muy importante, que nos interesa poner en valor es la *pérdida de la biodiversidad*. Y ello, porque según la Comisión Europea un aumento de la temperatura media mundial sólo de entre 1,5°C y 2,5°C, incrementa el riesgo de extinción de las especies animales y vegetales entre un 20 % y un 30 % (Comisión Europea, 2007, 4), consecuentemente, provoca la pérdida de la biodiversidad.

Obviamente, si se alcanza el incremento de las temperaturas pronosticado para finales del presente siglo de 4,4°C, es evidente que esta pérdida de la biodiversidad será catastrófica, superando con creces ese 30% marcado para un incremento de temperatura del 2,5°C que, de por sí, ya resulta escandaloso.

Y, aquí es también donde se conectan, como decimos, los dos conceptos previos que queríamos evidenciar; y es que, a menor biodiversidad, mayor posibilidad de que se desarrollen y expandan enfermedades y de que, consecuentemente, padezcamos más emergencias sanitarias como la ocurrida con el coronavirus que tantas penalidades ha traído a nuestras vidas. *Emergencia climática y emergencia sanitaria* son pues dos conceptos conectados.

Por tanto, una primera idea que podemos concluir es que, de cómo enfocamos jurídicamente la salud del planeta a través de la protección del medioambiente, de ello se van a derivar de un modo directo importantes con-

⁶ El informe valora que en España se pronostica una reducción generalizada de las precipitaciones, la evapotranspiración real, la humedad del suelo, la recarga de acuíferos y la escorrentía.

secuencias para nuestra propia salud. O lo que es lo mismo, cómo se desarrolle normativamente el derecho al medio ambiente consagrado en el art. 45 de la CE como un principio rector de la política social económica (Cap. 3.º, Tít. 1.º de nuestra CE), va a incidir contundentemente y de lleno en el derecho a la salud reconocido en el art. 43 de la CE (y por, tanto, también como un principio rector) e incluso en otro derecho que tiene reconocida una tutela jurídica reforzada, me refiero a la protección del derecho fundamental a la vida consagrado en el art. 15 de nuestra CE.

Así lo ha corroborado el Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos de 2023, donde se afirma que 1,4 millones de muertes en el mundo son atribuibles a servicios de agua, saneamiento e higiene inadecuados (UNESCO, 2023, 97). Ello no solo por la falta de abastecimiento de agua para consumo, sino también debido a las carencias en saneamiento. En concreto, porque la ausencia de este servicio constituye uno de los focos más significativos para la concurrencia de enfermedades infecciosas y, consecuentemente, un ingente riesgo de mortalidad para la población. No en vano, las aguas residuales no tratadas se hallan contaminadas con bacterias y virus que implican un grave riesgo para la salud humana. También se produce esta afectación de la salud a través de la contaminación de los ecosistemas y su transferencia a la cadena alimentaria.

Por tanto, es imperioso que el Derecho entre a regular, la protección del medioambiente en general y la protección de los recursos hídricos, en particular, cuestión ésta última sobre la que vamos a centrarnos.

Efectivamente, la escasez y calidad del agua deben ser una de las grandes preocupaciones de nuestros tiempos. En este sentido, no podemos olvidar que el agua es un recurso natural necesario para la conservación de los ecosistemas, la vida vegetal y animal, así como motor económico de los más diversos sectores (agroalimentario, energético o turístico, por citar, sólo, algunos ejemplos), luego podemos decir que el agua se erige como medio o instrumento para el desarrollo de otros derechos (derecho a la alimentación, derecho a una vida digna, o derecho al trabajo, etc).

En este orden de ideas, hemos de aludir a otro concepto previo: al *derecho al desarrollo sostenible*. Esta previsión, tal y como defiende Trigeaud «muestra ese vínculo estrecho entre la problemática medioambiental y la problemática de desarrollo de los Estados, con un punto de vista de protección de los derechos humanos (derecho a la alimentación, derecho al agua, derecho a vivir en un ambiente sano)» (Trigeaud, 2017, 128). Esta relación ha sido puesta en evidencia por diversos textos, entre ellos, la Declaración final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre desarrollo sostenible, Río +20, de 19 de junio de 2012,

que en su apartado 190, señala la especial vulnerabilidad de los países en desarrollo a los efectos adversos del cambio climático; efectos que implican una amenaza para «la seguridad alimentaria y las medidas para erradicar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible» y, concluyendo que «la adaptación al cambio climático representa una prioridad mundial inmediata y urgente».

Igualmente, Recabarren Santibáñez comenta con cita de numerosa doctrina al respecto que «existe un reconocimiento unánime por parte de la doctrina de que el deterioro ambiental puede significar la violación de una serie de derechos fundamentales como la vida, la salud, el derecho al agua y al saneamiento, a la alimentación, a la vivienda adecuada, a la vida privada y familiar, a la libre determinación e incluso a la propiedad» (Recabarren Santibáñez, 2016, 307)⁷.

Por todo lo expuesto, podemos concluir esta introducción afirmando que la desprotección del medioambiente implica la afectación de otros derechos como el derecho a la salud o el derecho a la vida con los que se encuentra íntimamente relacionado.

2. EL DERECHO HUMANO AL AGUA Y EL RECONOCIMIENTO DE LA NECESIDAD DE SALVAGUARDAR LA SEGURIDAD HÍDRICA

Teniendo en cuenta las ideas previas expuestas, y centrándonos ya en la temática hídrica, lo cierto, es que estamos acostumbrados a que abramos el grifo y proveernos del agua que precisemos en ese momento, sin darle a este sencillo gesto la importancia que realmente merece y tampoco sin percatarnos de la cantidad de agua que consumimos a diario⁸. Es decir, sin ser conscientes de nuestra huella hídrica.

Por ello, desde los años 70 en el plano internacional se vienen sucediendo toda una pléyade de documentos que destacan la importancia del agua, sobre la que no podemos, por otra parte, detenernos por razones de espacio, remitiéndonos a estos efectos a otros trabajos (Burgos Garrido, 2020a y 2021). Entre ellos, nos interesa poner en valor dos resoluciones de Naciones Unidas:

⁷ En este sentido, el mencionado autor cita como ejemplo a (BRUZÓN y ANTÚNEZ 2012, 77); (FERREIRA, 2008, 146-148); (SIMÓN, 2010, 91); (SHELTON, 2010, 127); (LEWIS, 2012, 38-40); (BORRÁS, 2014, 653).

⁸ Así, por ejemplo, se necesitan alrededor de 140 litros de agua para obtener una taza de café, 900 litros para producir apenas 1 kilo de maíz o 16.000 litros para tan solo 1 kilo de carne de vacuno (COMISIÓN EUROPEA, 2010, 3).

De un lado, la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, 64/292, de 28 julio de 2010, que proclama el derecho al agua potable y al saneamiento como un *derecho humano* esencial para el pleno disfrute de la vida y del resto de derechos fundamentales.

Y, de otro lado, la Resolución A/RES/70/1 titulada «transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», de 25 de septiembre de 2015, que señala la importancia que tiene la *seguridad hídrica*⁹ para nuestra sociedad, la cual es definida como la «provisión de agua en cantidad adecuada y en una calidad aceptable para la salud, el bienestar humano y el desarrollo socio-económico para lograr la producción de bienes y servicios, y garantizar la conservación de los ecosistemas» e indica, precisamente, que «garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos» es uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

A nivel europeo, son dos las preocupaciones que actualmente centran el debate jurídico sobre las aguas: la calidad y la cantidad de agua de la que disponemos, cuestión que desarrollaremos más detenidamente en los epígrafes siguientes y que ahora dejamos meramente apuntada.

Por ello, son necesarias, de un lado, normas de protección que garanticen su disfrute efectivo y en una calidad suficiente, y de otro, medidas concretas encaminadas a la conservación del recurso. En efecto, en nuestra opinión, no solo es necesario garantizar la abundancia de agua, sino que la misma reúna ciertos parámetros de calidad. Parámetros que, si se reducen o si el agua es adulterada pueden llegar, incluso, a afectar de modo notable a la salud pública. La conservación del agua se erige, por tanto, en el pilar primordial para la supervivencia de todos los seres vivos (Burgos Garrido, 2022, 342 y 343).

Esta conservación del recurso, debe ir dirigida tanto al mantenimiento de su calidad (con el saneamiento y depuración de las aguas residuales) como a su conservación cuantitativa. Medidas que, perfectamente, permite adoptar nuestro Ordenamiento jurídico¹⁰ (así, por citar algunos ejemplos, con el establecimiento de tarifas de agua progresivas que premien al ahorro y penalicen a quienes la malgasten; la proyección de parques y jardines en las ciudades con vegetación autóctona adaptada al clima de la zona para que se consuman menos recursos hídricos; el diseño urbanístico de ciudades resilientes al cambio climático; la reutilización del agua para el riego agrario, la limpieza viaria,

⁹ Sobre el concepto de seguridad hídrica *vid.* AA. VV. (2021), GÓMEZ (2017, 5 a 8) y BURGOS GARRIDO (2019 y 2020c).

¹⁰ Sobre esta última a través de la adopción de medidas tanto preventivas como reactivas para atajar estos fenómenos *vid.* BURGOS GARRIDO (2021) y ARANA GARCÍA y MIRANZO DÍAZ (2021).

etc.¹¹; o, desde la perspectiva de la planificación hídrica con la instauración de planes de sequías y planes de emergencia), cuestión, sobre todo esta última, en la que detectamos un reiterado incumplimiento por parte de los Poderes Públicos en la obligación de establecerlos¹².

Descendiendo al plano jurídico organizativo, hemos de subrayar que estas medidas tienen que afrontarse desde una perspectiva multinivel. Es decir, con participación de todos los agentes implicados que tienen atribuidas normativamente responsabilidades en materia hídrica. Ciertamente, el reconocimiento internacional de las cuestiones expuestas (derecho humano al agua, desarrollo sostenible, seguridad hídrica, y, en definitiva, la protección de la salud a través de la protección medioambiental) no deben quedar en palabras huecas o en una mera declaración programática de derechos, sino que, para que ello sea efectivo ha de cristalizarse en normas concretas y explícitas en el plano de los Ordenamientos jurídicos internos.

En relación a ello, hemos de convenir con Menéndez Rexach (2012,195) en que «el reconocimiento internacional del Derecho humano al agua no significa que su efectividad incumba a instancias internacionales. Corresponde a los Estados o, en su caso, a las organizaciones infraestatales competentes». En el caso español, tanto por parte del Estado, de las CC.AA. y de los Entes Locales, y ello, porque el entramado competencial constitucional en materia hídrica presenta una relación jurídica compleja entre los indicados actores, cuestión que entronca con nuestro siguiente epígrafe.

3. EL REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA HÍDRICA. LA NECESARIA COORDINACIÓN ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS IMPLICADAS

Las competencias en materia de gestión hídrica y, por ende, la plasmación concreta en normas de obligado cumplimiento sobre las materias que venimos aludiendo, se hallan repartidas entre los diferentes niveles políticos y administrativos que conforman nuestro Estado, todo ello, claro está, en virtud de distintos títulos competenciales amparados en nuestra Constitución.

Y ello, porque en la regulación del agua concurren elementos de diversa naturaleza que tienen como consecuencia que podamos fundamentar su inter-

¹¹ Vid. al respecto, BURGOS GARRIDO (2019, 2020a, 2020b)

¹² Tras un estudio comparado entre los municipios obligados a ello en virtud del art. 27.3 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, así lo pongo de manifiesto en BURGOS GARRIDO (2021).

vención en diferentes títulos competenciales. Así, por ejemplo, la competencia será distinta si estamos hablando de la construcción de una obra pública de interés general (como una presa), o, si, por el contrario, queremos regular la protección de la flora y fauna del medio hídrico, es decir la protección de la biodiversidad (que venimos señalando cobra relevancia especial por lo que a la protección de la salud se refiere). Y es que, si algo caracteriza al Derecho de aguas y al Derecho Medioambiental, en general es, precisamente, su transversalidad a varias políticas y su inspiración en el principio de globalidad, cuestión esta última apuntada como un *megaprincipio* por uno de los padres del Derecho ambiental en España (Martín Mateo, 2003). En efecto, los grandes problemas ambientales tienen una dimensión planetaria no entendiendo de fronteras administrativas o de jurisdicciones.

A mayor abundamiento, se produce la circunstancia de que, no todos esos títulos competenciales son de la misma naturaleza. Por ello, nos vamos a encontrar con competencias *exclusivas* o *compartidas*, entre el Estado, las Comunidades Autónomas, en función de lo preceptuado en los arts. 148 y 149 de la Constitución y lo contenido en los respectivos Estatutos de Autonomía¹³; finalmente, también deberemos tener en cuenta un tercer actor, los Entes Locales, que también asumen ciertas competencias en materia hídrica conforme a la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL).

El resultado es que la gestión del agua, se erige en un campo jurídico de complejas interrelaciones.

Dicho esto, la Constitución Española determina el siguiente marco competencial:

a) De un lado, son *competencias exclusivas del Estado* en materia de aguas, las siguientes:

– Conforme al art. 149.1.22 CE: la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, es decir, cuando nos encontremos ante cuencas intercomunitarias (como, por ejemplo, podría ser el caso de una concesión para riego en estas cuencas) y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.

– En virtud del art. 149.1.24 CE: las obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma (como puede ser

¹³ Sobre el reconocimiento del derecho al agua en los Estatutos de Autonomía *vid.* PÉREZ MIRAS (2012).

la construcción de una determinada presa estratégica para garantizar el abastecimiento de agua a la población).

– Y, en base al art. 149.1.23 CE: la legislación básica sobre protección del medioambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

b) De otro lado, son *competencias que las Comunidades Autónomas pueden asumir* si así lo estiman y lo recogen en sus respectivos Estatutos de Autonomía convenientemente aprobados:

– Conforme al art. 148.1.9 CE: la gestión en materia de protección del medioambiente.

– En virtud del art. 148.1.10 CE: los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma y las aguas minerales y termales.

– Y, en base, al art. 148.1.11 CE: la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial.

Asimismo, las CC.AA. están facultadas para el desarrollo de la legislación básica estatal.

Ahora bien, la cuestión nuclear estriba en que, en virtud del art. 149.3 CE, las Comunidades Autónomas pueden asumir, además, las competencias sobre otras materias no atribuidas de modo expreso al Estado en la Constitución, si así lo precisan en sus respectivos Estatutos (principio dispositivo). Ello, si se pone en relación con que el art. 149.1.22 CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre «la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos *cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma*» se interpreta, *a sensu contrario*, que, el Estado *no* tiene competencia exclusiva sobre las aguas que discurran *íntegramente por una sola CA*; luego, sobre éstas últimas, la Comunidad Autónoma en cuestión donde se ubique la cuenca intracomunitaria, podrá asumir, como, de hecho, así ha ocurrido, esta competencia, aumentando así su autonomía. Es más, en todas las CC.AA. donde se da esta situación, se ha ampliado su campo de actuación sobre estos extremos en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía¹⁴.

Por tanto, en el reparto competencial en materia de aguas, resulta decisivo el concepto de *cuenca hidrográfica*. Esta consideración *unitaria e integral* de las cuencas hidrográficas constituye una de las señas de identidad del Dere-

¹⁴ Al margen de ello, en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, hemos de matizar que las mismas han asumido, únicamente, funciones ejecutivas sobre proyectos, construcción y aprovechamientos hidráulicos.

cho español de aguas, que se remonta nada menos que a la creación de las propias Confederaciones Hidrográficas en 1926 (Fanlo Loras, 1996). Rasgo que, además, fue destacado por la STC 227/88, de 29 de noviembre, en su FJ 15, al admitir la utilización de la cuenca hidrográfica como criterio delimitador de competencias y su conformidad con la Constitución española.

Esta doctrina constitucional, de la que siempre hemos de partir, como no podría ser de otro modo, tiene su reflejo en la regulación sectorial administrativa en materia hídrica. Así, nuestro Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA) proclama como principio de gestión en materia de aguas, el respeto a la *unidad de cuenca hidrográfica*, que es el criterio ratificado por el Tribunal Constitucional en relación a la distribución de competencias en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos. Por ello, el art. 149.3 CE en relación con el art. 149.1.22 CE es el precepto clave cuya interpretación fue objeto, de diversos recursos de inconstitucionalidad y conflictos positivos de competencias planteados por varias CC.AA.¹⁵

En este punto, se hace necesario recordar la consolidada jurisprudencia constitucional al respecto que aclara la interpretación sistemática que ha de realizarse sobre el mencionado art. 149.1.22 CE en su STC 227/1998, de 29 de noviembre, y, posteriormente reiterada en las SSTC 161/1996, de 27 de octubre y 118/1998, de 4 de junio, 30/2011, de 16 de marzo y 32/2011, de 17 de marzo, entre otras muchas.

Particularmente, las STC 30/2011, de 16 de marzo, dispone en su fundamento jurídico quinceavo que: «la expresión *aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma* es un concepto constitucional cuyo significado debe desentrañarse atendiendo a criterios lógicos, técnicos y de experiencia. Desde el punto de vista de la lógica de la gestión administrativa, no parece lo más razonable compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma, pues es evidente que los usos y aprovechamientos que se realicen en el territorio de una de ellas condicionan las posibilidades de utilización de los caudales de los mismos cauces, principales y accesorios, cuando atraviesan el de otras Comunidades o surten a los cursos fluviales intercomunitarios... Por el contrario, el criterio de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión permite una administración equilibrada de los recursos hidráulicos que la integran, en atención al conjunto de intereses afec-

¹⁵ En relación estos conflictos de competencia *vid.* (DELGADO PIQUERAS, 1989), (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 1992) y (FANLO LORAS, 1992).

tados... Desde un punto de vista técnico, es claro también que las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea... Así lo pone de manifiesto la experiencia internacional sobre la materia. No es ocioso recordar a este respecto los principios que se incluyen en la Carta Europea del Agua, aprobada en 1967 sobre que el agua no tiene fronteras (punto 12) y, en concreto, que ‘la administración de los recursos hidráulicos debiera encuadrarse más bien en el marco de las cuencas naturales que en el de las fronteras administrativas y políticas’ (punto 11). La experiencia de gestión de estos recursos en nuestro país, articulada en torno a la unidad de cada cuenca, desde que se adoptó una concepción global de la política hidráulica, conduce a la misma conclusión... Aún más, la virtual totalidad de los Estatutos de Autonomía..., atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias sobre las aguas que discurren ‘íntegramente’ por su territorio, lo que indica que se ha adoptado también una concepción integral de la gestión del recurso como la que proporciona el criterio de la cuenca hidrográfica, pues en otro caso el adverbio resultaría superfluo». Por lo que se entiende constitucional que las CC.AA. puedan asumir competencias sobre las aguas que discurren íntegramente por su territorio.

La consecuencia de esto es que, en la práctica en España nos vamos a encontrar con distintas leyes y autoridades administrativas en función de que la cuenca que se gestione sea intercomunitaria (que afecte a dos o más Comunidades Autónomas) o intracomunitaria (que se ubique en una única Comunidad).

Finalmente, debemos traer a colación los arts. 2 y 137 de la CE, que plasman los principios de autonomía y descentralización. Respecto a ellos, afirma nuestro TC en su STC de 28 de Julio de 1981 que «es uno de los principios estructurales básicos de nuestra Constitución». Principios que se replican en nuestra LBRL otorgando a los municipios un conjunto de tareas y les encarga la realización de ciertos servicios. Así, el art. 2 LBRL dispone que «1. Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. 2. Las Leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las com-

petencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los Entes Locales en las materias que regulen».

A estos efectos, el art. 25.2.c LBRL precisa que los Ayuntamientos serán los competentes, en los términos de la legislación del Estado y de las CC.AA., para la evacuación y tratamiento de aguas residuales, y por su parte, el art. 26 LBRL ordena que, en todos los municipios se deberá prestar, el servicio de alcantarillado. Por tanto, los municipios tienen, atribuidas ciertas competencias en materia de aguas.

Consecuentemente, y como resultado de este reparto competencial en materia hídrica, podemos concluir que, es necesario desde el punto de vista jurídico la implicación de todos los actores e imprescindible que exista una adecuada coordinación entre las distintas Administraciones públicas con competencias al respecto, todo ello, de conformidad con el art. 103 CE.

4. *CANTIDAD Y CALIDAD: DOS NOCIONES PARA ALCANZAR LA SEGURIDAD HÍDRICA. AVANCES E INICIATIVAS LEGISLATIVAS A NIVEL EUROPEO*

Volviendo al tema de la seguridad hídrica, que hemos indicado que se definía por la ONU en su Resolución A/RES/70/1 como la «provisión de agua en *cantidad* adecuada y en una *calidad* aceptable para la salud, el bienestar humano y el desarrollo socio-económico para lograr la producción de bienes y servicios, y garantizar la conservación de los ecosistemas», se hace imperioso que nos detengamos y desarrollemos los dos conceptos antes apuntados: *cantidad* y *calidad* de las aguas. En ambos casos se requieren normas para su protección.

A nivel europeo ello se ha traducido en la aprobación de un conjunto de Directivas que buscan proteger esos parámetros. No obstante, y dado que sería imposible analizar todas ellas en esta sede, vamos a centrarnos en la calidad del agua y en las principales iniciativas legislativas que por su actualidad ocupan hoy el debate jurídico europeo, una, porque se está estudiando su reforma; y otra, porque acaba de ser aprobada y debe transponerse a los Ordenamientos jurídicos internos ¹⁶.

¹⁶ Otras Directivas que también velan por estos intereses son: la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, conocida como Directiva Marco del Agua; la Directiva 86/278/CEE del Consejo de 12 de junio de 1986 relativa a la protección del medio ambiente y, en particular, de los suelos, en la utilización de los lodos de depuradora en agricultura; la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura; la Directiva 2006/7/CE del Parlamento Europeo y

Como decimos, para disponer de aguas con calidad aptas para su consumo y otros fines se requieren normas que la garanticen, y ello, desde una doble perspectiva:

– De un lado, para el mantenimiento de los ecosistemas y la protección de la salud humana, contábamos hasta hace muy poco a nivel europeo con la Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, recientemente sustituida por la Directiva, de 27 de noviembre de 2024, del mismo nombre y cuyo principal objetivo es que la gran mayoría de las aguas, una vez utilizadas, sean correctamente tratadas y depuradas con carácter previo a su vertido y devolución al cauce público para lo que establece un conjunto de obligaciones (obligación de instalar sistemas colectores, obligación de declarar las zonas sensibles, obligación de dispensar un tratamiento a las aguas según las zonas y según el volumen de habitantes-equivalente¹⁷, entre otras).

Pero, por lo que nos interesa a los efectos de este trabajo, esta Directiva vino a introducir un concepto nuevo hasta la fecha en nuestro Ordenamiento jurídico sobre el que pivotan las obligaciones que insta y que ha supuesto un cambio de paradigma en nuestro sistema nacional tradicional de gestión de estas aguas, nos referimos al concepto de *aglomeración urbana*.

Según la Directiva una *aglomeración urbana* es «la zona cuya población y/o actividades económicas presenten concentración suficiente para la recogida y conducción de las aguas residuales urbanas a una instalación de tratamiento de dichas aguas o a un punto de vertido final». Este concepto fue traspuesto a nuestro Ordenamiento en virtud del art. 2 del R.D. Ley 11/1995, de 28 de diciembre, disponiendo que se considera aglomeración urbana, «la zona geográfica formada por uno o varios municipios, o por parte de uno o varios de ellos, que por su población o actividad económica constituya un foco de generación de aguas residuales que justifique su recogida y conducción a una ins-

del Consejo, de 15 de febrero de 2006, relativa a la gestión de la calidad de las aguas de baño; o, la Directiva 2008/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas de calidad ambiental en la política de aguas.

¹⁷ El concepto de *habitantes-equivalente* se trata de una unidad de medida para establecer la carga contaminante del agua residual bruta (es decir, antes de su depuración) y se define en el art. 2.6 de la Directiva como «la carga orgánica biodegradable con una demanda bioquímica de oxígeno de 5 días (DBO₅) de 60 gramos de oxígeno por día» que sería el equivalente a la carga generada al día por una persona en una vivienda normal. Como vemos, no se sigue tampoco el concepto tradicional de *habitante censado*; y ello, porque en el uso del agua de una ciudad no sólo se envían al sistema de alcantarillado las aguas domésticas de los habitantes censados, sino también las derivadas de otros usuarios, como los habitantes no censados, la población estacional, así como los vertidos generados por los locales comerciales conectados a la red de saneamiento urbana.

talación de tratamiento o a un punto de vertido final». A tenor de este concepto salta a la vista su diferenciación respecto a nuestra tradicional organización territorial (Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales), dado que es evidente que no coincide ni con el ámbito municipal ni con el territorio de la Comunidad Autónoma, obviamente tampoco con el Estado. Ocasionando la transposición de esta Directiva, como bien indica Martín Mateo (1995, 226), un trastorno en nuestro asentado reparto competencial en materia hídrica.

Igualmente, se precisa en el art. 3, del R.D. Ley 11/1995 que corresponde a las CC.AA. fijar, «previa audiencia de los Ayuntamientos afectados, las aglomeraciones urbanas en que se estructura su territorio, estableciendo el ente público representativo de los municipios a los que corresponda, en cada caso, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en este Real Decreto-ley». El resultado es que las CC.AA. ejercen, por tanto, un papel muy importante en este ámbito, ya que, al determinar las aglomeraciones urbanas ello implica la atribución de unas obligaciones concretas en materia de saneamiento y depuración a un territorio determinado que puede estar compuesto por uno o varios municipios o incluso por partes de éstos.

No obstante, y a pesar de las dificultades internas que puedan presentarse se trata de un concepto útil y necesario mediante el que, como expone Álvarez Carreño (2002, 107) se tiene presente la diferente estructura del régimen local en los diversos países de la Unión; ya que, a la Directiva le es imposible un mayor grado de precisión sin que ello suponga una intromisión en la organización territorial y competencial interna de los Estados, posibilidad esta última absolutamente vedada para la norma comunitaria. No obstante, expone acertadamente el autor que uno de los problemas que se detectan relacionados con la determinación de las aglomeraciones urbanas por las CC.AA. es que, en la práctica, cada Comunidad Autónoma ha interpretado de forma muy particular este concepto.

No obstante, como comenta el citado autor, si bien es cierto que generalmente aluden a estructuras de carácter supramunicipal sea de carácter asociativo, mediante mancomunidades o consorcios, o establecidas por el mapa local regional (comarcas o entidades de nueva creación con funciones específicas en materia hídrica) no faltan tampoco ejemplos de transposición que, carentes de una legislación básica estatal, limitan las aglomeraciones urbanas a las entidades de población o pedanías. Consecuentemente, ciertamente, opinamos que sería deseable una mayor precisión del concepto de aglomeración urbana, con un mejor encaje en nuestro reparto competencial, en el que, como decimos, se presentan en la práctica administrativa ciertas fricciones. Cuestión que, sin duda, ha contribuido a la imposición de sanciones a nuestro país por incumpli-

miento de la Directiva de Aguas Residuales, y así se ha intentado alegar infructuosamente por parte de España aludiendo que el retraso se debe a dificultades jurídicas y económicas internas cuestión rechazada de plano por el TJUE en base a reiterada jurisprudencia, «no siendo posible alegar dificultades de orden interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (sentencia de 31 de mayo de 2018, asunto C-251/17, Comisión vs. Italia)¹⁸.

Cuestión que, a nuestro juicio, sería deseable que se solventara en una próxima revisión de la Directiva o en una disposición de carácter nacional que con carácter básico y sin entrometerse en las competencias autonómicas ni locales en la materia fijase las líneas maestras y la metodología empleada para la determinación de lo que debe entenderse por aglomeración urbana. Sin embargo, la nueva Directiva promulgada en noviembre de 2024 ha desaprovechado esa oportunidad.

No obstante, valoramos muy positivamente la nueva Directiva ya que asume un cambio radical de paradigma, que queda patente desde su considerando 3. En él se refleja que se adopta el One Health approach (enfoque de una sola salud) que promueve la Organización Mundial de la Salud, y que tiene como meta, según sus propias palabras, “equilibrar y optimizar de manera sostenible la salud de las personas, los animales y los ecosistemas”. Para ello, implanta a lo largo de su articulado varias medidas, como las acciones para restaurar los ecosistemas urbanos, la planificación de la gestión integrada de las aguas residuales urbanas, la reducción progresiva de las emisiones de gases de efecto invernadero, y, como medidas más relevantes relacionadas con la salud: la creación de un sistema de alerta temprana de detección de ciertas enfermedades

¹⁸ España ha sido condenada en seis ocasiones en virtud de las SSTJUE de 15 de mayo de 2003, asunto C-419/01; de 8 de septiembre de 2005, asunto C-416/02; de 19 de abril de 2007, asunto C-219/05; de 14 de abril de 2011, asunto C-343/2010; de 10 de marzo de 2016, asunto C-38/15, Comisión vs. España; y, de 25 de julio de 2018, asunto C-205/17, todas ella de la Comisión vs. España. Y todas con base al incumplimiento de la DTARU la cual estableció el horizonte temporal de 31 de diciembre de 2005, como fecha en la que supuestamente debía haberse alcanzado la depuración de las aguas de todas las aglomeraciones urbanas con una población superior a 2.000 habitantes-equivalente. La última de estas sentencias condenatorias ha sido la STJUE de 25 de julio de 2018, por no haber ejecutado completamente la Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2011 que imponía la construcción de depuradoras, sentencia que no se ha quedado en una mera declaración de incumplimiento, sino que impone a España una multa a tanto alzado de 12 millones de euros y una multa coercitiva que se irá reduciendo gradualmente en función de los progresos que se vayan alcanzado hasta la plena ejecución de la sentencia fijando la misma en un importe inicial de 60.000 euros diarios, o lo que es lo mismo, 10.950.000 euros por cada semestre de retraso. Es más, actualmente, el 6 de abril de 2022 la Comisión Europea decidió llevar a España, de nuevo, ante el TJUE por incumplimiento de la DTARU. No se trata del único país con expedientes abiertos al respecto. En concreto, en 2021 la Comisión ha llevado Eslovenia, Francia y Hungría ante el Tribunal de Justicia de la UE y prosiguió los procedimientos de infracción contra Bélgica, Eslovaquia y Grecia. Igualmente, en febrero de 2022 a Malta y Polonia.

(SARS-CoV-2 y sus variantes, el virus poliomielítico, la gripe o los patógenos emergentes) a la vista de las recomendaciones emitidas desde el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (ECDC), la Autoridad de Preparación y Respuesta ante Emergencias Sanitarias (HERA) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), el control de los microplásticos y microcontaminantes y PFAS, la introducción del tratamiento del cuaternario (art. 2.14), para reducir estas sustancias, que son motivo de preocupación para la salud, debido a su persistencia (considerandos 42 a 45), la creación de un listado de zonas en las que la concentración o la acumulación de microcontaminantes procedentes de instalaciones de tratamiento de aguas residuales urbanas representen un riesgo para la salud humana o el medioambiente (art. 8.2). Aposando, en definitiva, por el vínculo entre medioambiente y salud.

Lo cierto, es que esta nueva Directiva, a nuestro juicio, se torna ineludible siendo necesario avanzar en las imprescindibles labores de saneamiento de las aguas residuales. Máxime, teniendo en cuenta los acuciantes problemas que hoy en día asolan a estas aguas como los contaminantes emergentes o la contaminación por microplásticos. Y ello, porque, al margen de estas novedosas cuestiones no valoradas en la regulación previa, lo cierto es que, las aguas residuales no tratadas están contaminadas con bacterias, virus y algunos parásitos con capacidad de contagio (como con las bacterias de la *Salmonella*, la *Shigella*, la *Yersinia*, o la *E-Coli*, o virus como la hepatitis A y E) procedentes de residuos biológicos (tanto de origen humano como animal) y residuos químicos. Por lo que, estas aguas implican, de un lado, un importante foco de infección contribuyendo a la propagación de las enfermedades y representando un importante riesgo para la salud humana (ya sea por contacto directo, por beber aguas contaminadas o bañarse en ellas, por ingerir directamente productos alimentarios regados con aguas no depuradas o consumir otros productos elaborados con ellos), al margen de contaminar tanto la tierra como otras masas de agua, incluidas las aguas subterráneas, y suponer una amenaza para los ecosistemas.

Además, las aguas no depuradas contienen nutrientes, como el nitrógeno y el fósforo, capaces de dañar tanto las aguas dulces como el medio marino al favorecer la proliferación excesiva de algas que asfixian otras formas de vida, proceso denominado eutrofización. Causando auténticos desastres ecológicos (como el acaecido en el Mar Menor). De ahí, la importancia del saneamiento no solo para nuestra propia salud sino para la conservación de los ecosistemas

En el reverso de la moneda, hemos de apuntar que el agua puede ser un gran aliado de la salud. Así con la monitorización y control de las aguas residuales por parte de las Administraciones públicas como método importante de

detección temprana del coronavirus, al tratarse de una herramienta útil que puede medir la circulación del virus en la población ante un posible rebrote del COVID-19, o controlar otros patógenos¹⁹, por lo que su control constituye un excelente mecanismo de prevención a la par que puede ayudar a mejorar las decisiones de otros gestores de políticas públicas. Se dice, en este sentido, que las aguas residuales pueden actuar como centinelas de la pandemia y como método de vigilancia epidemiológica.

Por todo lo expuesto, debemos seguir trabajando en este ámbito para depurar correctamente las aguas residuales y lograr el mantenimiento de los ecosistemas y, por ende, la protección de la salud pública.

– De otro lado, y directamente relacionado con lo que acabamos de exponer, y con el hecho del ciclo hidrológico, por lo que a una plasmación concreta del binomio *Agua-Salud* se refiere, no podemos olvidar que la calidad del agua que bebemos incide de forma directa en nuestra salud. Por ello, es fundamental que el agua que bebemos esté correctamente potabilizada y que se encuentre libre de sustancias tóxicas y perjudiciales que pueden causarnos enfermedades.

En este sentido, no podemos dejar de citar que, se ha aprobado la Directiva (UE) 2020/2184 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano, que tiene por objeto, «proteger la salud de las personas de los efectos adversos derivados de cualquier tipo de contaminación de las aguas destinadas al consumo humano garantizando su salubridad y limpieza, y mejorar el acceso a las aguas destinadas al consumo humano» (art. 1).

Esta Directiva debía ser transpuesta por cada uno de los Estados miembros en un plazo de dos años desde su aprobación, es decir, expirando la fecha límite el 12 de enero de 2023. Obligación a la que España ha dado efectivo cumplimiento con el Real Decreto 3/2023, de 10 de enero, por el que se establecen los criterios técnico-sanitarios de la calidad del agua de consumo, su control y suministro.

Tenemos que resaltar que esta Directiva recoge el compromiso de la Unión de garantizar el acceso a agua potable segura a todos sus ciudadanos, pone en práctica un enfoque basado en el riesgo a lo largo de toda la cadena de suministro y, en particular, en los materiales que entran en contacto con la misma y cómo puede ello afectar a la salud.

¹⁹ A este respecto, hemos de aclarar que las trazas de coronavirus presentes las aguas residuales no poseen capacidad infecto contagiosa, *vid.* MUÑOZ-PALAZÓN, BOUZAS, GONZÁLEZ-LÓPEZ y MANZANERA (2021).

Efectivamente, esta Directiva era muy necesaria por varios motivos:

En primer lugar, porque los parámetros de control de la calidad del agua, definidos hace más de 20 años (en concreto, gracias a sus antecesoras las Directivas 80/778/CEE y 98/83/CCE), obviamente, no se encontraban actualizados y habían quedado totalmente desfasados como consecuencia del avance del conocimiento científico sobre la ingesta de determinadas sustancias y sus consecuencias en la salud; efectos nocivos totalmente desconocidos hace años.

En segundo lugar, porque se había promulgado la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DMA), y las anteriores, por ser previas a la misma, lógicamente no se encontraban del todo adaptadas.

En tercer lugar, es relevante citar, y con ello cerramos el círculo de esta investigación volviendo a su principio en el que subrayábamos la categorización del agua como derecho humano, porque se había adoptado en la Unión Europea la Iniciativa Ciudadana *Right2Water* «El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial sino un bien público!» (registrada el 10 de mayo de 2012 y primera Iniciativa Ciudadana Europea en lograr obtener un millón de firmas para su tramitación ante la Comisión). Esta iniciativa trataba de instar a la Comisión Europea a proponer una legislación que plasmará el derecho humano al agua y al saneamiento reconocido por la ONU y a su suministro como un servicio público esencial para todos, esto es, con su incidencia o reflejo en el plano concreto de los Ordenamientos jurídicos internos y con un contenido mínimo.

Esta iniciativa proponía la reforma de la Directiva de agua potable, de modo que su abastecimiento no se rigiese por las normas del mercado interior y que, consecuentemente, quedase al margen del proceso de liberalización y de mercantilización y abogaba por el reconocimiento del derecho humano al agua. Sin embargo, este reconocimiento no se ha producido en nuestro Ordenamiento jurídico interno, por lo que nos podemos plantear ¿Qué es lo que ha ocurrido por el camino?

Si bien la Directiva incorpora un precepto dedicado al acceso al agua destinada al consumo humano, su art. 16, que ha sido muy debatido, es bastante llamativo ya que, aunque en la Directiva se refleje su vinculación con la Iniciativa *Right2Water*, nunca se evoca el concepto de derecho humano al agua, ni menta el reconocimiento de este derecho por las Naciones Unidas en 2010. Y ello, a pesar de que lo cierto, es que en la propuesta aprobada por el Parlamento Europeo en octubre de 2018 sí que se recogía la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias «para mejorar el acceso univer-

sal de todos a las aguas destinadas al consumo humano y promover su uso en su territorio». Y entre esas medidas se incluía la identificación de «las personas sin acceso o con acceso limitado al agua destinada al consumo humano, incluidos los grupos vulnerables y marginados, y las causas de esa falta de acceso», así como la adopción de medidas necesarias para garantizar el acceso al agua potable para estos grupos, como «instalar y mantener equipos de exterior e interior, incluidos los puntos de abastecimiento, para el acceso gratuito al agua destinada al consumo humano en los espacios públicos». Sin embargo, el art. 16, finalmente aprobado, no garantiza el acceso a la red de suministro en los domicilios, no alude a la prohibición o regulación de los cortes del suministro ni tampoco define los grupos vulnerables que deja en manos de los Estados, cosa que sí se hacía en la propuesta.

Es de destacar que la primera propuesta de la Comisión definía a los grupos vulnerables y marginales, como «las personas aisladas de la sociedad, debido a la discriminación o a la falta de acceso a derechos, recursos u oportunidades, y que, con respecto al resto de la sociedad, están más expuestas a una serie de posibles riesgos relacionados con su salud, seguridad, falta de educación, implicación en prácticas perniciosas u otros riesgos».

Lo que dice finalmente en un considerando es que «sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a definir los grupos, *sería importante* que estos grupos incluyan a los refugiados, las comunidades nómadas, las personas sin hogar y las culturas minoritarias como los gitanos e itinerantes, sean sedentarios o no» (considerando 35), limitándose a una mera recomendación y no imponiendo una obligación en el sentido jurídico del término, es decir, sin carácter vinculante alguno por lo que a este apartado se refiere.

No obstante, la valoración global de la Directiva presenta luces y sombras. Se ha aprobado, la Directiva (UE) 2020/2184 y aunque no con la extensión ni contenidos deseados por la iniciativa, es cierto que contiene avances muy positivos a saber: nuevos controles sobre las aguas; precisa los requisitos que deben reunir los materiales de construcción que entren en contacto con la misma, como las tuberías para que no provoquen enfermedades; y también, mejoras en el acceso a la información por parte de los consumidores.

No obstante, la Directiva ha recibido ciertas críticas por su falta de fuerza vinculante, al acogerse en ciertos puntos al principio de subsidiariedad establecido en el art. 5 del TUE, concediendo un gran margen a los Estados para la trasposición a sus Ordenamientos internos que deben desarrollar, en nuestro caso, claro está, de acuerdo con el marco constitucional competencial antes expuesto, como, por ejemplo ocurre con la catalogación de las zonas de captación de agua y la detección de los posibles peligros en su deterioro (como, por

ejemplo, señalando posibles fuentes de contaminación) o con el hecho de que se diga en su considerando 19 y no en su articulado, que en la evaluación del riesgo de los sistemas de distribución de agua se recomienda que se preste una mayor atención a ciertos locales donde la salud se halla en juego de un modo más intenso, como pueden ser los hospitales, las instituciones sanitarias, las residencias de ancianos o las guarderías, etc.; control de locales prioritarios que serán determinados por los Estados, por lo que, de nuevo en este punto no se precisa lo suficiente y pudiera haber sido mucho más contundente.

Por lo tanto, tendremos que estar muy atentos para valorar cómo se implementan estas cuestiones en los distintos Ordenamientos jurídicos, velando porque verdaderamente se consigan los objetivos de la Directiva e, insisto, no perder esta oportunidad de oro que se nos presenta.

Finalmente, en concreto, en el tema de salud y medio ambiente, la Directiva dice que en los casos en que sea necesario para proteger la salud humana en sus respectivos territorios, los Estados deberán fijar valores para parámetros adicionales a los incluidos en el anexo I, basados en el principio de precaución (es decir, que cuando se observe la posibilidad de que pueda haber efectos nocivos para la salud, pero siga existiendo incertidumbre científica, se adopten medidas que reduzcan la posibilidad de sufrir un daño a la salud a pesar de que se ignore la probabilidad precisa de que esto ocurra).

Y también dispone que los Estados miembros deben catalogar las zonas de captación de agua y detectar los posibles peligros en su deterioro, como, por ejemplo, señalando posibles fuentes de contaminación. Esta obligación de los Estados debe ser llevada a cabo en los respectivos procesos de planificación hidrológica conforme a la DMA.

La conclusión que extraemos de esta segunda Directiva es que, aunque contiene importantes avances lo cierto es que, no recoge de una forma adecuada ni completa el derecho humano al agua.

5. REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL BINOMIO AGUA Y SALUD A NIVEL GLOBAL, ESPECIALMENTE, EN UN CONTEXTO DE PANDEMIA

Lo cierto es que está claro que el agua siempre se ha considerado un recurso vital, pero en el contexto de la crisis sanitaria a nivel mundial provocada por el SARS-CoV-2 (Covid-19), el agua se ha erigido, si cabe aún más, en un recurso absolutamente esencial en relación con la salud pública, siendo un

factor de acción y contención en todo lo relacionado con la emergencia sanitaria provocada por la pandemia.

Y ello, porque es obvio, como todos sabemos, que el agua resulta imprescindible para mantener unas mínimas condiciones de higiene.

En relación con esto, todos nosotros hemos escuchado hasta la saciedad a lo largo de estos últimos años la necesidad de extremar las medidas de higiene, lavarnos las manos y desinfectar las superficies. En España, afortunadamente, el 99'9% de la población tiene acceso al agua según Sanidad y, además, durante la pandemia, gracias al Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, se dispuso que, no podría suspenderse el suministro de agua a aquellos consumidores en los que concurriese la condición de consumidor vulnerable, vulnerable severo o en riesgo de exclusión social definidas en la normativa española. Medida que, aunque inicialmente era solo aplicable al Estado de alarma se ha ido prorrogando sucesivamente por diversas normas; la última de ellas, hasta el 30 de junio de 2024 con ocasión del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.

Sin embargo, ¿Cuál es la realidad a nivel global? La realidad es que a pesar de la importancia del agua 2200 millones de personas no tienen acceso garantizado al agua potable; 4400 millones no tienen acceso a saneamiento básico y 3000 millones de personas no tienen acceso a un lavabo en su entorno domiciliario para lavarse las manos (lo que constituye cerca del 40% de la población mundial).

Esto supone una auténtica tragedia humana que debería hacernos replantearnos muchas cosas y para la que se deberían accionar mecanismos de ayuda y cooperación internacional. Y, en definitiva, sobre la importancia de categorizar al agua como un derecho humano y la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático.

Podemos concluir que: una de las lecciones que deja la pandemia, cuestión que ya sabíamos pero que ha vuelto a adquirir relevancia, es la necesidad de priorizar e invertir en los servicios públicos del agua potable y de saneamiento. Y, por otra parte, la necesidad de no descuidar la protección del agua allí donde afortunadamente hoy tenemos acceso a ella; lo que implica su protección jurídica y el ejercicio coordinado de las competencias hídricas atribuidas a las distintas Administraciones públicas para que la podamos seguir disfrutando, dado que se trata de un bien caracterizado por su finitud y, sin embargo, auténticamente esencial.

Y ello, porque proteger el medioambiente y garantizar el agua significa también proteger la salud y, en definitiva, garantizar los derechos de las generaciones presentes y futuras.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. (2021). *La seguridad hídrica. Desafíos y contenido* (Dir. A. Embid Irujo), Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra.
- ÁLVAREZ CARREÑO, S. M. (2002). *El régimen jurídico de la depuración de aguas residuales urbanas*, Montecorvo S. A., Madrid.
- ARANA GARCÍA, E. Y MIRANZO DÍAZ, J. (2021). *La gestión de la escasez de agua y de las sequías por parte de las entidades locales Guía para una gestión eficiente*, Aranzadi.
- BÒRRAS, S. (2014). «Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza», en *Revista Vasca de Administración Pública* (núm. especial 99-100), pp. 649-680.
- BURGOS GARRIDO, B. (2019). «Los municipios frente a las sequías», en J. Melgarejo (dir.) y J. P. Fernández-Aracil (coord.), *Congreso Nacional del Agua Orihuela. Innovación y Sostenibilidad*, Universitat d'Alacant, Alicante, pp. 1579-1591.
- (2020a) «Conexiones entre saneamiento y urbanismo en el Decreto-Ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía» *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. especial 102/2, dedicado al Congreso Homenaje a Ramón Martín Mateo «VIII Congreso Nacional Derecho Ambiental (Vulnerabilidad Ambiental)», junio 2020, CIEMAT, Madrid, pp. 508-521.
- BURGOS GARRIDO, B. (2020b) «El derecho humano al agua», en *Setenta años de constitución italiana y cuarenta años de constitución española* (Dirs. A. Pérez Miras, G. M. Teruel Lozano, E. C. Raffiotta y M. P. Ladicicco), volumen II: Derechos Fundamentales (Coord. C. Montesinos Padilla), Madrid, CEPC BOE, 2020, pp. 471-489.
- (2020c). «La ciudad y el reto de la seguridad hídrica», en *XV Congreso Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA) La Ciudad del Siglo XXI: Transformaciones y Retos* (Coords. C. Barrero Rodríguez y J. M. Socías Camacho), Madrid, INAP, pp. 503-516.
- (2021). *Régimen jurídico administrativo de la sequía y escasez hídrica. Instrumentos para su prevención y gestión*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters.
- (2022). «El papel de la Administración local en la gestión del riesgo la sequía y escasez», en *Observatorio del ciclo del Agua 2022* (Dir., J. Tornos Mas, Subds., E. Arana García y J. Perdigó i Sola, Coord., I. Rodríguez Florido), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 335-374.

- BRUZÓN VILTRES, C. Y ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2012). «Reflexiones en torno a la protección de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho ambiental internacional», en *Justicia Ambiental*, vol. 4, pp. 73-92.
- CEDEX (2017). *Evolución del impacto del cambio climático en los recursos hídricos y las sequías en España*. Informe técnico para Ministerio de Agricultura, Alimentación, Pesca y Medioambiente, Madrid.
- COMISIÓN EUROPEA (2007). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM (2007) 414 final: «Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea»*.
- (2010). *Escasez de agua y sequía en la Unión Europea*, 2010.
- (2012). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM (2012) 216 final sobre «Cooperación de Innovación Europea sobre el Agua».
- (2014). *Climate Impacts in Europe. The JRC PESETA II Project*, Joint Research Centre, Institute for Prospective Technological Studies, Sevilla, España.
- (2024). *The 2024 Annual Climate Summary: Global Climate Highlights 2024*, 2024, disponible en la URL: <https://climate.copernicus.eu/global-climate-highlights-2024> (con acceso 04.03.2024).
- DELGADO PIQUERAS, F. (1989). «La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de aguas: La Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1988», en *RAP*, núm. 118, pp. 271-294;
- GÓMEZ, C. M. (2017). «La seguridad hídrica como envolvente», en *Libro Blanco de la Economía del Agua*, Mc Graw Hill Education, Madrid, pp. 5-8.
- FANLO LORAS, A. (1992). «Competencias en materia de aguas de las Comunidades Autónomas que pertenecen a cuencas intercomunitarias (El caso de Aragón, La Rioja, Cantabria y Navarra)», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 255-256, pp. 549-598.
- FANLO LORAS, A. (1996). *Las confederaciones hidrográficas y otras administraciones hidráulicas*, Civitas, Madrid.
- INSTITUTO DE SALUD CARLOS III (2025). *Mortalidad notificada, observada, esperada y atribuible a temperatura*, Disponible en la URL: https://momo.isciii.es/panel_momo/ (con acceso 04.03.2024).
- IPCC (2021). *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [Masson-Delmotte, V., P. Zhai, A. Pirani, S. L. Connors, C. Péan, S. Berger, N. Caud, Y. Chen, L. Goldfarb, M. I. Gomis, M. Huang, K. Leitzell, E. Lonnoy, J. B. R. Matthews, T. K. Maycock, T. Waterfield, O. Yelekçi, R. Yu and B. Zhou (eds.)], Cambridge University Press.
- LEWIS, B. (2012). «Environmental Rights or a Right to the Environment? Exploring the Nexus Between Human Rights and the Environmental Protection», en *Maquarie Journal of International and Comparative Environmental Law* (Vol. 8, N.º 1), pp. 36-47.

- LÓPEZ RAMÓN, F. (2011). «Introducción general: regresiones del Derecho ambiental», en *Observatorio de Políticas Ambientales*, Pamplona, Aranzadi, 2011, pp. 20 y 21.
- MARTÍN MATEO, R. (1995). *Manual de Derecho Ambiental*, Trivium, Madrid.
- (2003). *Manual de Derecho Ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1992). «Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 128, pp. 23-84.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (2012). «El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16 (ejemplar dedicado a: La protección de bienes jurídicos globales / coord. por Espósito Massicci, C. y Garcimartín Alférez, F. J.), pp. 187-202.
- MUÑOZ-PALAZÓN, P. R. BOUZAS, J. GONZÁLEZ-LÓPEZ Y MANZANERA, M. (2021). «Transmission of SARS-CoV-2 associated with wastewater treatment: a seroprevalence study», en *International Journal of Water Resources Development*, DOI: 10.1080/07900627.2021.1910935.
- PÉREZ MIRAS, A. (2012). *L'inclusione di dichiarazioni di diritti e principi negli Statuti d'Italia e Spagna*. Tesis doctoral dirigida por el Prof. Luca Mezzetti en el Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.
- SHELTON, D. (2010). «Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 6, pp. 111-127.
- SIMÓN, F. (2010). «La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo», en *Persona y Derecho*, vol. 63, pp. 87-110.
- TRIGEAUD, L. (2017). «Las referencias a los derechos humanos en el Acuerdo de París», en *Cambio climático, energía y derechos humanos. Desafíos y perspectivas*, Ántropos, Colombia, pp. 299-332.
- UNESCO (2023), *Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos de 2023: Alianzas y cooperación por el agua*, World Water Assessment Programme (WWAP), París (Francia), disponible en la URL: <https://www.un-ilibrary.org/content/periodicals/27070859> (con acceso 04.03.2025).

IL CAMBIAMENTO CLIMATICO: EMERGENZA O CRISI COSTITUZIONALE?

FRANCESCO GALLARATI
Università degli Studi di Genova

SOMMARIO: 1. *Il costituzionalismo di fronte alla «prossima emergenza»*.–2. *La costituzione dell'emergenza tra riflessione dottrinale e disciplina positiva*.–3. *I caratteri dell'emergenza: necessità, urgenza e temporaneità*.–4. *Clima ed emergenza: un accostamento necessario?*.–5. *(segue) Un accostamento pericoloso*.–6. *Constitutional Endgame?*.

1. IL COSTITUZIONALISMO DI FRONTE ALLA «PROSSIMA EMERGENZA»

Secondo il censimento curato dal sito www.climateemergencydeclaration.org¹, oltre duemila autorità pubbliche nel mondo fino ad oggi hanno dichiarato una «emergenza climatica»². L'elenco è composto, per la maggior parte, da autorità locali, ma vi rientrano anche diciotto assemblee legislative nazionali e numerose autorità regionali³, per una popolazione complessiva pari a oltre un miliardo di persone. A livello europeo, il primo Paese a procla-

¹ Il sito www.climateemergencydeclaration.org è un portale online che raccoglie i dati forniti da una pluralità di organizzazioni di attivisti, il cui scopo è sensibilizzare l'opinione pubblica e le istituzioni politiche sull'emergenza climatica.

² Il dato aggiornato al 28 dicembre 2022 è pari a 2.309 giurisdizioni locali e nazionali.

³ Dato tratto dal registro tenuto dalla ONG CEDAMIA (Climate Emergency Declaration and Mobilisation in Action) e disponibile al seguente indirizzo: <https://www.cedamia.org/fact-sheets/>.

mare l'emergenza climatica è stata l'Irlanda (il 8 maggio 2019)⁴, seguita nei mesi successivi da Spagna⁵, Austria⁶, Francia⁷, Malta⁸ e Italia⁹. Il 28 novembre 2019 anche il Parlamento europeo ha dichiarato una «emergenza climatica e ambientale», invitando la Commissione, gli Stati membri e tutti gli attori globali «a intraprendere con urgenza le azioni concrete necessarie per combattere e contenere tale minaccia prima che sia troppo tardi»¹⁰.

Dal punto di vista giuridico, queste dichiarazioni consistono per lo più in risoluzioni delle assemblee legislative rivolte all'esecutivo affinché questo adotti misure urgenti di contrasto del cambiamento climatico. Esse hanno quindi una valenza prettamente politica e non comportano l'attivazione formale di poteri emergenziali, né una deroga al normale assetto dei poteri o alle garanzie dei diritti fondamentali. Dubbia è inoltre la relativa efficacia, posto che nei periodi seguenti l'adozione delle suddette dichiarazioni non risultano scostamenti significativi nella traiettoria delle emissioni rilasciate dalle nazioni interessate, mentre l'unico risultato degno di nota è la presentazione di piani pluriennali di riduzione delle emissioni¹¹.

Nonostante abbiano un rilievo giuridico marginale, queste dichiarazioni riflettono un cambio di approccio nei confronti del cambiamento climatico, che da problema di natura ambientale sta sempre più assumendo i contorni di una questione di sicurezza pubblica (Nevitt, 2020). Questo cambio di registro è testimoniato dal fatto che, nel 2019, Oxford Dictionaries ha eletto l'espressione

⁴ La dichiarazione è stata approvata nella forma di un emendamento ad una risoluzione adottata dall'Oireachtas Éireann in materia climatica.

⁵ L'11 settembre 2019 il Congreso de los Diputados ha dichiarato un estado de emergencia climática mediante una risoluzione. Nei mesi seguenti, il Governo spagnolo a sua volta ha emanato una dichiarazione in trenta punti consultabile sul sito <https://www.miteco.gob.es>.

⁶ Il Nationalrat ha approvato una dichiarazione di emergenza climatica il 25 settembre 2019. I resoconti della seduta e il testo della risoluzione possono essere consultati al seguente indirizzo: https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2019/PK0944/index.shtml#

⁷ Il 26 settembre 2019 il Parlamento francese ha adottato un disegno di legge con il quale ha introdotto l'art. 100-1 del Codice dell'energia, il quale recita: «Avant le 1er juillet 2023, puis tous les cinq ans, une loi détermine les objectifs et fixe les priorités d'action de la politique énergétique nationale pour répondre à l'urgence écologique et climatique».

⁸ La risoluzione è stata approvata dal Parlamento maltese il 22 ottobre 2019. La notizia è riportata dai media locali: <https://timesofmalta.com/articles/view/government-opposition-reach-climate-change-consensus.744102>

⁹ In Italia l'emergenza climatica è stata dichiarata con risoluzione della Camera dei Deputati del 12 dicembre 2019 e successivamente con risoluzione del Senato della Repubblica del 9 giugno 2020.

¹⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 28 novembre 2019 sull'emergenza climatica e ambientale (2019/2930(RSP)).

¹¹ Un elenco non esaustivo delle azioni conseguenti alle dichiarazioni di emergenza climatica è disponibile al seguente indirizzo: <https://www.cedamia.org/council-post-ced-actions/>. Si tratta, per la maggior parte, di misure ordinarie con un orizzonte pluriennale che, sussistendone la volontà politica, avrebbero potuto essere adottate anche in assenza di dichiarazioni emergenziali.

«climate emergency» parola dell'anno, evidenziando come il suo utilizzo fosse aumentato di cento volte rispetto all'anno precedente, come conseguenza di un consapevole slittamento semantico impresso dalle organizzazioni ambientaliste, al fine di trasmettere all'opinione pubblica un messaggio di immediatezza ed urgenza¹². Nello stesso anno, il quotidiano britannico The Guardian ha annunciato che le espressioni «climate emergency» e «global heating» sarebbero state da allora in avanti preferite ad altre più miti e neutrali come «climate change» o «global warming», in modo da infondere nel lettore la sensazione che il cambiamento climatico sia una «catastrofe per l'umanità»¹³.

Al di là del dato semantico, la retorica dell'emergenza climatica è entrata ormai stabilmente nel vocabolario politico internazionale (Corbett, 2022). In questo senso può essere letto l'appello formulato nel dicembre 2020 dal Segretario generale dell'ONU Antonio Guterres affinché tutti gli Stati dichiarino uno «stato di emergenza climatica» fino al raggiungimento della neutralità climatica¹⁴. Dello stesso segno sono poi gli inviti rivolti da alcuni Deputati e Senatori democratici al Presidente degli Stati Uniti Joe Biden, a dichiarare un'emergenza climatica ai sensi del National Emergencies Act, onde avvalersi dei poteri straordinari attribuitigli ai sensi di quella legislazione al fine di adottare le misure necessarie per rispondere alle gravi minacce per la sicurezza nazionale poste dalla crisi climatica¹⁵.

Questo processo si inserisce all'interno di un fenomeno più ampio, che ha avuto inizio con l'attentato dell'11 settembre 2001 e perdura tuttora, nel quale le *laws of fear* (Sunstein, 2005), da risposta eccezionale ad eventi contingenti e di estrema rarità, sono divenute una modalità ordinaria di risoluzione di problemi cronici quali il terrorismo, l'immigrazione e la sicurezza pubblica (Ackerman, 2004). In effetti, gli ultimi vent'anni possono essere descritti come un succedersi ininterrotto di emergenze, alcune delle quali sono state dichiarate ma mai revocate, tanto che, secondo Wikipedia, nel momento in cui si scrive negli USA risultano pendenti 42 emergenze nazionali¹⁶. In questo contesto di

¹² <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2019/>.

¹³ <https://www.theguardian.com/environment/2019/may/17/why-the-guardian-is-changing-the-language-it-uses-about-the-environment>.

¹⁴ <https://www.reuters.com/article/uk-climate-change-un-summit-idUSKBN28M0IR>

¹⁵ Ci si riferisce in particolare al Bill presentato dal Rep. Blumenauer nel 2021 (H. R.794), il cui testo può essere consultato al seguente indirizzo (ult. consult. 28.12.2022): <https://www.congress.gov/bills/117/congress/house-bill/794/text?q=%7B%22search%22%3A%5B%22hr+1%22%5D%7D&r=66&s=1>. In precedenza, nel 2019, era stata presentata una proposta di risoluzione dal Sen. Sanders, la quale tuttavia specificava che la sua approvazione non avrebbe comportato l'attivazione di poteri emergenziali in capo al Presidente.

¹⁶ Cfr. https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_national_emergencies_in_the_United_States (ult. consult. 28 dicembre 2022).

«emergenza permanente» (Dyzenhaus, 2001), in cui «lo stato di eccezione tende sempre più a presentarsi come il paradigma dominante della politica contemporanea» (Agamben, 2003), il cambiamento climatico è stato da più parti indicato come la «prossima emergenza» globale (Farber, 2020), sulla quale dovranno concentrarsi gli sforzi della comunità internazionale nei prossimi anni. Così, negli ultimi tempi si sono moltiplicati gli appelli affinché gli Stati affrontino la questione climatica con la stessa determinazione (e lo stesso armamentario) utilizzato per sostenere lo sforzo bellico nella Seconda guerra mondiale¹⁷ o, più di recente, per contrastare la pandemia di Covid-19 (Dupré de Boulois, 2020).

Tutto questo solleva importanti interrogativi dal punto di vista costituzionale. Può infatti un fenomeno epocale come il cambiamento climatico essere trattato alla stregua di un'emergenza tradizionale e sottoposto ad una disciplina giuridica assimilabile a quella di una guerra o di una pandemia?

Può sembrare una domanda oziosa allo stato attuale, dato che le dichiarazioni di emergenza climatica finora adottate escludono l'attivazione di poteri emergenziali¹⁸ e le stesse organizzazioni ambientaliste che ne sono promotrici concepiscono la retorica emergenziale non come strumento di lotta politica, bensì come strategia comunicativa (Spratt, Sutton, 2008). Tuttavia, nonostante le buone intenzioni dei promotori, è probabile che con l'acuirsi del cambiamento climatico e l'intensificarsi degli eventi atmosferici estremi ad esso ricollegati, gli appelli affinché gli Stati nazionali affrontino l'emergenza climatica come una questione di sicurezza pubblica continuino ad aumentare ed è verosimile che, prima o poi, alla formale dichiarazione dello «stato di emergenza climatica» possa seguire l'effettiva attribuzione di poteri straordinari in capo alle autorità governative.

In questo senso, torna alla mente il monito di Michael Kloepper che, in tempi non sospetti, metteva in guardia contro il rischio di una «ecodittatura» (Öko-Diktatur), ovvero di un regime in cui un governo tecnocratico, in nome di vere o presunte evidenze scientifiche, si riconosca il diritto di adottare misure incompatibili con l'assetto costituzionale dei poteri e con la tutela dei diritti fondamentali, in virtù dell'esigenza di contrastare la «minaccia esistenziale»

¹⁷ V. ad esempio le risoluzioni presentate dinanzi al Congresso degli Stati Uniti, richiamate nella nota 15.

¹⁸ Significativa, in questo senso, è la risoluzione del Parlamento europeo che, nelle premesse, afferma che «nessuna emergenza dovrebbe essere mai utilizzata per erodere le istituzioni democratiche o pregiudicare i diritti fondamentali» e «che tutte le misure saranno sempre adottate mediante un processo democratico».

che il degrado ambientale costituisce per l'indipendenza (e l'esistenza stessa) dello Stato (Kloepfer, 1994).

Con questo, beninteso, non si vuole affatto mettere in discussione che il cambiamento climatico di origine antropica sia un fenomeno scientificamente provato e di estrema gravità, che richiede l'adozione di misure urgenti e incisive, anche suscettibili di provocare limitazioni significative dei diritti fondamentali. Quel che si vuole indagare in questa sede è, piuttosto, se il cambiamento climatico presenti i requisiti necessari per fondare la dichiarazione di uno stato di emergenza e se il diritto dell'emergenza rappresenti uno strumento efficace per affrontare i rischi posti dal cambiamento climatico.

Per rispondere a tale quesito, nei prossimi paragrafi si sottoporrà innanzitutto ad una rilettura critica la dottrina costituzionale dello stato di emergenza, così come elaborata dalla letteratura giuridica classica e positivizzata in alcuni documenti costituzionali contemporanei, onde poi valutare se ed in quale misura le categorie tradizionali possano servire per inquadrare l'attuale situazione di crisi climatica.

2. LA COSTITUZIONE DELL'EMERGENZA TRA RIFLESSIONE DOTTRINALE E DISCIPLINA POSITIVA

Il problema della disciplina giuridica dell'emergenza è una delle questioni più controverse della riflessione costituzionalistica. Originariamente associata al tema della sovranità, la discussione dottrinale sull'argomento è stata a lungo influenzata dalla celebre tesi di Carl Schmitt, secondo cui «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione». Secondo il costituzionalista tedesco, è infatti il sovrano che «decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo» (Schmitt, 1922). Di qui l'interesse riposto dai primi autori non tanto sulla ricerca del fondamento della dichiarazione dello stato di eccezione – che, per Schmitt, ha fondamento extra-giuridico (Scheppelle, 2004) – quanto sui caratteri della decisione intorno all'emergenza e sulla competenza ad adottarla.

L'associazione tra emergenza e sovranità è andata affievolendosi nel corso dell'ultimo secolo, per il concorso di alcuni fattori che hanno contribuito a spostare il centro del dibattito su diversi profili. Innanzitutto, con l'affermazione dello Stato costituzionale di diritto si è consolidata l'idea che anche il soggetto titolare della sovranità non detiene un potere illimitato, ma deve esercitare le proprie attribuzioni nelle forme e nei limiti posti dall'ordinamento. Si è passati quindi da una concezione dell'emergenza come stato di eccezione collocato

al di fuori dell'ordinamento, all'affermazione dell'emergenza come un fenomeno, sì eccezionale, ma pur sempre afferente alla sfera della giuridicità. Per questo motivo, l'oggetto della riflessione si è spostato dal titolare del potere di decidere sull'emergenza al fondamento del potere medesimo (Pinna, 1988, 51).

Tradizionalmente, la fonte di legittimazione delle dichiarazioni di emergenza è stata rinvenuta nel diritto di autodifesa dello Stato, secondo il principio *salus rei publicae suprema lex esto* (Ranelletti, 1904), o nella «necessità» intesa quale fonte «prima ed originaria di tutto quanto il diritto» (Romano, 1909). Questa concezione si trova riflessa nell'art. 48 della Costituzione di Weimar, che consentiva al Presidente del Reich di adottare le misure necessarie, compresa la sospensione dei diritti costituzionali, «quando la sicurezza o l'ordine pubblico del Reich siano gravemente turbati o compromessi». Una eco di questa impostazione si ritrova anche in alcuni documenti costituzionali contemporanei, come ad esempio nell'art. 16 della Costituzione francese del 1958, il quale autorizza il Presidente della Repubblica a prendere «le misure richieste dalle circostanze» quando sia minacciata l'indipendenza della Nazione, l'integrità del suo territorio o il funzionamento regolare dei poteri pubblici.

Con il tempo, tuttavia, il catalogo delle situazioni e delle circostanze che possono giustificare l'attivazione di poteri straordinari si è ampliato, parallelamente all'affermazione di nuove finalità essenziali dello Stato: in questo contesto, il fondamento dello stato di emergenza non è stato più rinvenuto nella conservazione dello Stato in quanto tale, ma nella difesa di una certa manifestazione dello Stato, ovvero dello Stato democratico di diritto. Di conseguenza, alle fattispecie originarie dello stato di guerra e dello stato di assedio sono stati via via assimilati fenomeni che, pur non ponendo minacce esistenziali per la sopravvivenza dello Stato, ledono gravemente i diritti dei cittadini o mettono a rischio il funzionamento delle istituzioni democratiche, quali crisi economiche o calamità naturali (Pinna, 1988, 74 ss.).

Allo stesso tempo, il fenomeno della globalizzazione, con la crescente interconnessione tra Paesi che ne è derivata, ha portato all'insorgere (sempre più frequente, tanto da apparire ormai come un *continuum*) di emergenze globali, che in quanto tali sfuggono alla dimensione statale (Rolla, 2015). Si è arrivati quindi al paradosso per cui il sovrano – ovvero colui che, secondo la tesi schmittiana, dichiarando lo stato di eccezione, avrebbe dovuto acquisire i poteri necessari per fronteggiare la situazione di emergenza – oggi si trova impotente al cospetto di un'emergenza che non è più in grado di governare.

Di fronte alla crescente inafferrabilità delle situazioni di emergenza, anche il diritto si è dovuto adattare, spostando l'attenzione dalla tipizzazione delle circostanze legittimanti la dichiarazione di emergenza alla razionalizza-

zione dei poteri straordinari che da questa scaturiscono (Nicotra, 2021): si è infatti osservato che, mentre le prime sono imprevedibili e sfuggono ad ogni tentativo di sistematizzazione, non altrettanto può dirsi delle forme e delle modalità di intervento, le quali invece si prestano ad essere disciplinate dal diritto (Rolla, 2015). Si è giunti così, in molti ordinamenti, alla costituzionalizzazione degli strumenti emergenziali, che da poteri *extra ordinem* sono progressivamente stati sottoposti a limiti e principi costituzionali.

L'espressione più significativa di questa «razionalizzazione» dell'emergenza (Vedaschi, 2007, 308) è la Legge fondamentale tedesca, così come revisionata nel 1968, la quale prevede distinti stati di crisi connotati da livelli crescenti di gravità, a cui sono associate forme progressive di alterazione dell'assetto istituzionale e di limitazione delle libertà fondamentali. A questo modello si rifà anche la Costituzione spagnola del 1978, che all'art. 116 individua tre diversi stati emergenziali modulandone la disciplina in relazione alle differenti circostanze di fatto che ne giustificano l'istituzione (Cruz Villalon, 1984). Altri ordinamenti invece, come l'Italia, hanno preferito rimanere «silenti» al riguardo, non fissando in Costituzione una regolamentazione specifica per gli stati di emergenza, ma limitandosi a prevedere taluni istituti emergenziali (ad es. il decreto-legge) idonei ad adeguare, in situazioni di emergenza, la disciplina vigente alle circostanze straordinarie via via verificatesi, ma pur sempre nel pieno rispetto della legalità costituzionale.

Non è possibile in questa sede dare conto, neppure brevemente, della pluralità di discipline dell'emergenza adottate nel diritto costituzionale comparato (per una modellistica si rinvia a Ferejohn, Pasquino, 2004; Gross, 2003. Nella dottrina italiana, v. A. Vedaschi, 2007). Nondimeno, ai fini che qui interessano, è possibile osservare come le regolazioni costituzionali dell'emergenza presentino alcuni caratteri comuni, che possono ricondursi essenzialmente ai concetti di necessità, urgenza e temporaneità (Marazzita, 2003; De Minico, 2016).

3. I CARATTERI DELL'EMERGENZA: NECESSITÀ, URGENZA E TEMPORANEITÀ

Con l'espressione «necessità» non s'intende qui fare riferimento alla necessità come fonte del diritto dell'emergenza, secondo la ricordata ricostruzione di Santi Romano (Romano, 1909), bensì alla diversa e più moderna accezione della necessità quale condizione legittimante l'esercizio di poteri previsti e delimitati da una fonte di diritto positivo (Pizzorusso, 1993). È in questa accezione, in particolare, che questa parola viene utilizzata in alcune costituzioni contem-

poranee, come per esempio nell'art. 77 della Costituzione italiana, mentre in altre essa è assunta come condizione implicita della dichiarazione di emergenza.

Così intesa, la necessità non va confusa con la situazione di fatto che ne è il presupposto: un conto infatti è la fattispecie da cui scaturisce l'emergenza (ad esempio, una calamità naturale), altro è invece la valutazione – che si basa sulle circostanze di fatto ma non si esaurisce in esse – circa la necessità di attivare strumenti giuridici in deroga all'assetto costituzionale delle competenze e/o alla disciplina dei diritti fondamentali. Come evidenziato da Agamben, questo giudizio di necessità non ha carattere oggettivo, ma esprime una valutazione soggettiva che dipende, in ultima istanza, dallo scopo che si intende perseguire (Agamben, 2003). In altri termini, la necessità non è un carattere intrinseco della situazione di fatto, ma è il risultato di un giudizio soggettivo che mette in relazione la situazione di inadeguatezza del diritto vigente con il regime giuridico eccezionale che si propone di instaurare per raggiungere gli obiettivi desiderati (Marazzita, 2003, 193). Così, ad esempio, di fronte alla minaccia di un attentato terroristico, si potrebbe ritenere che si sia in presenza di una situazione di necessità, ed in un senso generale è senz'altro così; se però si invoca la necessità nel suo significato giuridico, quale presupposto per la dichiarazione di uno stato di emergenza, non basta affermare genericamente che «si deve intervenire», ma occorre dimostrare che vi è un pericolo che non potrebbe essere affrontato adeguatamente attraverso gli strumenti predisposti dal diritto ordinario.

Contrariamente a quanto affermato da Carl Schmitt – secondo cui «la costituzione può al più indicare chi deve agire in un caso siffatto», mentre «tanto il presupposto quanto il contenuto della competenza sono qui necessariamente illimitati» (Schmitt, 1922) – nello Stato costituzionale di diritto la decisione intorno all'emergenza è circondata da limiti che circoscrivono la discrezionalità del soggetto competente a dichiararla. Diversamente dalla visione schmittiana, infatti, la dichiarazione dello stato di emergenza si colloca all'interno dell'ordinamento costituzionale – in cui introduce un'eccezione parziale e temporanea, per così dire «dall'interno» – ed è pertanto soggetta alle limitazioni generali a cui sottostanno gli atti restrittivi dei diritti e dei principi costituzionali (Scheppelle, 2004; Dyzenhaus, 2006).

Con riferimento al giudizio di necessità, ciò implica che, perché una dichiarazione dello stato di emergenza sia legittima, occorre che essa sia giustificata dall'esigenza di perseguire un obiettivo di valore costituzionale, che sia adeguata al conseguimento di tale obiettivo e che non vada al di là di quanto necessario per raggiungerlo. Questo test di proporzionalità, che ricalca evidentemente quello applicato in generale alle misure limitative dei diritti fondamentali, nelle situazio-

ni di emergenza assume tratti singolari in ragione del particolare rilievo che il fattore-tempo riveste nelle rispettive operazioni di bilanciamento (Loevy, 2016).

Da un lato, infatti, il giudizio sullo stato di emergenza investe un ulteriore requisito, che è talvolta considerato un corollario della necessità (Marazzita, 2003, 194), mentre altre volte viene presentato come un requisito autonomo (come nell'art. 77 della Costituzione italiana), ovverosia l'urgenza. Perché sia «necessario» attivare dei poteri emergenziali, nel senso che si è definito in precedenza, non è infatti sufficiente che la situazione di fatto esiga una risposta straordinaria, ma questa deve essere anche urgente. Non deve cioè essere possibile attendere i tempi richiesti per apportare le modifiche desiderate all'ordinamento vigente seguendo le ordinarie procedure democratiche, in quanto in caso contrario non vi sarebbe la «necessità», in senso giuridico, di ricorrere a strumenti derogatori. Al pari della necessità, anche l'urgenza è quindi un concetto relativo: nulla è urgente in assoluto, ma occorre sempre individuare un parametro rispetto a cui valutare l'urgenza (ad esempio, nel caso della decretazione d'urgenza, le tempistiche necessarie per l'approvazione di un disegno di legge (Nicotra, 2021).

Per inciso, va precisato che il concetto di «urgenza» non deve essere confuso con quello di «imminenza». Quest'ultimo, infatti, è un attributo della situazione di fatto che può portare alla dichiarazione di emergenza; invece l'urgenza si riferisce alle misure che si intendono adottare per fronteggiare tale situazione. I due concetti sono spesso collegati, tanto che si potrebbe essere portati a confonderli: ad esempio, se si teme che un attentato possa essere realizzato da un momento all'altro, il pericolo è imminente e richiede l'adozione di misure urgenti. Altre volte però i due termini sono dissociati: se si prevede che un meteorite colpirà la Terra tra dieci anni, ma restano pochi mesi per distruggerlo prima che diventi impossibile farlo, il requisito dell'urgenza è soddisfatto, anche se il pericolo non è imminente (Corbett, 2022).

Dall'altro lato, un ulteriore requisito che connota lo stato d'emergenza è la temporaneità (Rolla, 2015). Già dalle prime riflessioni in argomento la dottrina ha posto l'accento sul rilievo discrezionale di tale elemento: così, ad esempio, nella sua opera sulla dittatura, Carl Schmitt distinse tra «dittatura sovrana» e «dittatura commissaria», osservando che mentre la prima mira all'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale in sostituzione di quello vigente, la seconda invece realizza una sospensione provvisoria della costituzione con il fine di difenderne l'esistenza (Schmitt, 1921). Analogamente, Costantino Mortati, ragionando sugli istituti che comportano una deroga dell'ordinamento costituzionale, ha proposto la distinzione tra «rottura» e «sospensione» della Costituzione, dove la prima realizza una modifica delle

disposizioni generali della Costituzione, destinata a rimanere stabile nel tempo; la seconda invece introduce una disciplina provvisoria volta a fronteggiare situazioni transitorie di emergenza, senza per questo incidere sulla validità delle norme costituzionali derivate, le quali riprendono il proprio vigore una volta cessato il periodo della sospensione (Mortati, 1962).

Il carattere della temporaneità trova riflesso nella disciplina costituzionale dell'emergenza. Nei documenti costituzionali contemporanei infatti gli istituti emergenziali, ove disciplinati, sono generalmente sottoposti a termini finali predeterminati o, in alternativa, sono soggetti a verifiche periodiche circa la permanenza delle condizioni straordinarie che ne avevano giustificato l'istituzione (come nell'art. 116 della Costituzione spagnola).

Di tutti i requisiti sopra enunciati, quello della temporaneità è forse quello che meglio contribuisce a definire l'istituto in questione. Esso infatti è intrinsecamente connesso alla finalità che la dichiarazione dello stato di emergenza intende perseguire e, pertanto, consente di distinguere quest'ultimo istituto da altre tipologie di stati di eccezione che si suole ricondurre sotto la categoria delle «crisi costituzionali» (Pinna, 1988, 58 ss.). A differenza di queste ultime ipotesi, lo scopo precipuo della disciplina dell'emergenza è eliminare la causa della situazione eccezionale, in modo da ristabilire le condizioni per l'applicazione della disciplina ordinaria. Essa ha cioè una finalità conservativa, nel senso che si propone di tornare nel più breve tempo possibile alla situazione preesistente (Marazzita, 2003, 143); e, a tale fine, introduce nell'ordinamento una parentesi, che sospende provvisoriamente l'applicazione della normativa generale, la quale tuttavia non viene abrogata, ma, al cessare dell'emergenza, torna a produrre i propri effetti (Rolla, 2015). Laddove invece la disciplina eccezionale non persegua l'obiettivo di ripristinare lo *status quo ante*, ma si proponga di modificare in pianta stabile l'ordinamento costituzionale al fine di adeguarlo ad elementi di fatto o di diritto sopravvenuti, si fuoriesce dall'ambito delle emergenze costituzionali per entrare nel contesto delle crisi costituzionali, ovvero di quelle situazioni che preludono ad una modifica strutturale dell'ordinamento costituzionale (Pinna, 1988, 77 ss.)¹⁹.

¹⁹ Si potrebbe obiettare che alcune delle emergenze più recenti, come quelle dichiarate per fare fronte alla minaccia terroristica, hanno durate talmente estese da fare dubitare che la provvisorietà sia ancora un connotato necessario dell'emergenza. Il punto però è che, per quanto possa protrarsi nel tempo una situazione di emergenza, questa resta pur sempre connotata da una finalità conservativa, nel senso che si propone di ritornare nel più breve tempo possibile ad una condizione di «normalità». Quel che contraddistingue un'emergenza da una crisi costituzionale non è, dunque, la durata, bensì la finalità sottesa alla relativa instaurazione.

4. CLIMA ED EMERGENZA: UN ACCOSTAMENTO NECESSARIO?

Così ricostruite, in sintesi, le principali caratteristiche giuridiche dell'emergenza, è ora possibile domandarsi se il cambiamento climatico possa essere inquadrato all'interno di tale categoria e, in particolare, se le dichiarazioni di «emergenza climatica» soddisfino i requisiti di necessità e temporalità definiti in precedenza.

Secondo l'Oxford Dictionary, per «climate emergency» si intende «a situation in which immediate action is needed to reduce or stop climate change and prevent serious and permanent damage to the environment». Così definita, l'emergenza climatica sembrerebbe soddisfare la condizione di «necessità», come sopra delineata, dal momento che si fonda sull'esigenza di provvedere urgentemente («immediate action is needed») per prevenire danni irreversibili (Corbett, 2022). Ad uno sguardo più attento, tuttavia, la questione si rivela più complessa.

Un primo problema riguarda l'individuazione del bene giuridico tutelato o, il che è lo stesso, dell'obiettivo rispetto al quale parametrare il giudizio di necessità. Nella definizione sopra riportata viene posto l'accento sull'esigenza di «fermare il cambiamento climatico» e di prevenire «un danno serio e permanente all'ambiente». Si tratta indubbiamente di finalità meritevoli, che godono di copertura costituzionale, esplicita o implicita, in molti degli ordinamenti costituzionali contemporanei. Quello che bisogna domandarsi tuttavia è a quali condizioni l'esigenza di limitare il cambiamento climatico ed i danni ad esso collegati possa giustificare una deroga rispetto alla separazione costituzionale dei poteri e alla tutela dei diritti fondamentali.

Evidentemente, non tutti gli scostamenti dalle condizioni climatiche normali, né tutti i danni ambientali sono suscettibili di giustificare una simile eccezione; diversamente si potrebbe ritenere che ogni aumento, anche minimo, delle temperature globali sia suscettibile di giustificare una dichiarazione di emergenza in quanto potenzialmente dannoso per l'ambiente (Sunstein, 2005). Quale livello deve dunque raggiungere il cambiamento climatico e quanto deve essere grave il danno ambientale perché si possa configurare una situazione di emergenza? La risposta a questo interrogativo non può essere data una volta per tutte, perché dipende dall'approccio – antropocentrico o ecocentrico – adottato da ciascun ordinamento rispetto alle questioni ambientali. Così, negli ordinamenti in cui l'ambiente è considerato un valore meritevole di tutela in quanto tale, lo standard di giudizio sarà diverso rispetto ai Paesi nei quali la tutela dell'ambiente è concepita come un obiettivo strumentale alla soddisfazione dei bisogni umani. In questi ultimi, infatti, una deroga ai principi dello

Stato di diritto potrà essere giustificata solo nella misura in cui si renda necessaria per salvaguardare l'obiettivo essenziale delle società democratiche di proteggere la persona umana dalle minacce alla sua sicurezza (sulla nozione di «sicurezza umana», quale evoluzione della «sicurezza nazionale», v. De Vergottini, 2019). Ne consegue che misure restrittive delle libertà, come quelle necessarie per contrastare efficacemente la crisi climatica, potrebbero considerarsi legittime solo se ed in quanto siano giustificate dall'esigenza di contenere l'aumento climatico entro una certa soglia (ad esempio, 1,5° o 2°), da determinarsi sulla base delle conoscenze scientifiche, superata la quale le condizioni climatiche non sarebbero più compatibili con il suddetto obiettivo.

Data questa finalità, un secondo quesito riguarda l'adeguatezza dello stato di emergenza a conseguire il risultato prefissato. Qui la questione si intreccia con quella, a cui si è sopra accennato, relativa alla sovranità. Il problema è che il cambiamento climatico è un fenomeno di dimensione globale, che fuoriesce dalla sfera di controllo delle istituzioni nazionali²⁰. Di conseguenza, per quanto uno Stato possa, in nome dell'emergenza, imporre restrizioni drastiche ai propri cittadini, tali misure non potrebbero in ogni caso essere sufficienti a raggiungere il risultato desiderato, in assenza di un eguale impegno da parte degli altri Paesi. Paradossalmente, quindi, la dichiarazione dello stato di emergenza risulterebbe adeguata solamente laddove fosse dichiarata da tutti gli Stati del mondo, o comunque da una quantità di Stati tale da potere incidere sulla traiettoria delle emissioni in misura sufficiente per centrare gli obiettivi climatici. Si presenta qui il dilemma del *Climate Leviathan* (Wainwright, Mann, 2017), in base al quale per un'azione efficace contro il cambiamento climatico sarebbe necessaria l'affermazione di un sovrano globale, che possa dichiarare un'emergenza planetaria e, con i poteri che ne scaturiscono, stabilire chi ha il diritto di inquinare e chi no. Senonché, un tale potere al momento non esiste e l'ipotesi di una «Costituzione della Terra» (Ferrajoli, 2022) sembra di là da venire. Applicando dunque alla situazione attuale l'apofrismo schmittiano secondo cui «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione», si sarebbe portati ad affermare che, di fronte al cambiamento climatico, non vi sia alcun sovrano, e quindi non vi possa essere uno stato di eccezione, perché nessuno è competente a dichiararlo²¹.

²⁰ Si potrebbe obiettare che questo è vero anche per altre emergenze, come le pandemie. La differenza tuttavia risiede nel fatto che, nelle emergenze sanitarie, le autorità nazionali, se non possono intervenire sulle cause della malattia, possono quantomeno limitarne la diffusione sul proprio territorio, imponendo quarantene, ecc. Questo invece non è possibile in relazione al cambiamento climatico, salvo quanto si dirà a proposito dell'adattamento.

²¹ Si potrebbe obiettare che ogni Stato debba fare la sua parte e che quindi il rispetto degli impegni assunti da parte di un singolo Paese possa giustificare una dichiarazione di emergenza, nella misura in cui

Probabilmente maggiore fortuna avrebbe il test di adeguatezza se rapportato non alla mitigazione del cambiamento climatico, bensì all'adattamento: quest'ultimo, infatti, essendo volto alla protezione dei cittadini dagli effetti dei cambiamenti climatici, si compie a livello locale e rientra quindi nella sfera di controllo delle autorità nazionali, che potrebbero in ipotesi dichiarare uno stato di emergenza per realizzare con urgenza quelle azioni necessarie per mettere i propri cittadini al riparo dai danni di matrice climatica. L'adattamento, tuttavia, non sembra essere ad oggi al centro delle dichiarazioni di emergenza climatica, sia perché può solo limitare, ma non eliminare, gli effetti del cambiamento climatico, per cui la priorità deve accordarsi alla mitigazione; sia probabilmente perché non si vuole porre troppo l'accento sull'adattamento, per timore che i governi siano spinti ad attuare politiche ispirate all'interesse nazionale, a discapito della cooperazione internazionale. Si pensi, in questo senso, ai conflitti che potrebbero sorgere per il controllo delle risorse idriche o, in prospettiva, alle questioni etiche e politiche sollevate dall'uso delle tecniche di «geoingegneria climatica» (Corbett, 2022; Biermann e al., 2022).

Quanto poi all'impossibilità di adoperare gli strumenti ordinari per fare fronte all'emergenza, che costituisce come detto il cuore del giudizio di necessità, dalla letteratura specializzata emerge che, al fine di contenere l'aumento delle temperature entro i valori-soglia sopra indicati, si potrebbero in futuro rendere necessarie azioni drastiche, quali limitazioni della libertà degli spostamenti, contingentamenti dei consumi di carni e di altri prodotti alimentari, nonché persino l'introduzione di vincoli stringenti alle scelte abitative (Dupré de Boulois, 2020). Si tratta chiaramente di misure fortemente limitative di libertà costituzionali, eppure suscettibili di essere implementate in via legislativa e, laddove proporzionate alle circostanze di fatto, potenzialmente giustificabili nell'ambito del normale quadro costituzionale dei valori, senza necessità di introdurre deroghe o sospensioni di sorta. Ciò è tanto più vero se si considera che, come evidenziato dal Tribunale costituzionale tedesco nel caso *Neubauer*, il margine di manovra riconosciuto ai legislatori nazionali nell'adozione di misure limitative dei diritti fondamentali è in prospettiva destinato a crescere all'intensificarsi degli effetti dei cambiamenti climatici, fermo restando il solo limite del contenuto essenziale

contribuisce allo sforzo globale contro il cambiamento climatico. Questo è in effetti il ragionamento seguito da alcuni giudici costituzionali, tra cui quello tedesco, che su queste basi hanno giudicato legittime le misure restrittive delle libertà giustificate dal perseguimento degli obiettivi climatici nazionali. Tuttavia, in quei casi si trattava di giustificare una limitazione dei diritti costituzionali nell'ambito di un ordinario processo bilanciamento tra valori costituzionali; laddove invece la questione riguardasse la legittimità della sospensione delle tutele costituzionali, motivata per ragioni di urgenza, il criterio di giudizio dovrebbe essere necessariamente più rigido, essendo in gioco i principi fondamentali dell'ordinamento.

dei diritti²². Ne consegue che, anche rimanendo nel solco dell'ordinario assetto dei poteri dello Stato di diritto, le autorità politiche dispongono di margini di flessibilità sufficientemente ampi per introdurre le misure necessarie per contrastare il cambiamento climatico, senza bisogno di invocare uno stato di emergenza. Se scelgono di non sfruttare appieno il margine di manovra che è loro concesso, il problema è politico e non giuridico-costituzionale.

D'altra parte, va altresì osservato che misure come quelle sopra citate non sono affatto «necessitate»; non sono cioè scelte obbligate, rese necessarie dalla situazione «emergenziale», ma rientrano in un ampio ventaglio di misure potenzialmente implementabili, la cui scelta non può che essere rimessa agli organi rappresentativi dei cittadini secondo le procedure democratiche. Beninteso, con ciò non si vuole dire che agire contro il cambiamento climatico non sia una scelta obbligata per gli Stati nazionali; al contrario, come dimostrano un crescente numero di pronunce adottate nell'ambito di contenziosi climatici in tutto il mondo, i governi nazionali sono giuridicamente obbligati ad agire per contrastare il cambiamento climatico. Il vincolo giuridico, tuttavia, riguarda unicamente l'obiettivo da perseguire, ma non gli strumenti attraverso cui gli Stati devono pervenire a tale traguardo. Si prenda ad esempio la decisione, che molti Stati europei (e non solo) hanno ormai cristallizzato nei propri atti legislativi, di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050. Si tratta di un obiettivo di lungo termine, a cui si può pervenire mediante una pluralità di strade alternative, molte delle quali non sono ancora immaginabili e verranno aperte dalle innovazioni tecnologiche dei prossimi decenni. Come potrebbe, in questa situazione di incertezza, un governo decidere unilateralmente, in nome dell'emergenza, per esempio di imporre la chiusura di tutti gli impianti industriali inquinanti o di vietare l'utilizzo di veicoli privati, o ancora di avviare la costruzione di nuovi impianti di energia nucleare? Non importa qui discutere dell'opportunità o della legittimità di simili misure; quel che preme segnalare, però, è che le politiche climatiche non hanno rilevanza solamente ambientale, ma producono inevitabilmente forti ripercussioni su interessi economici e sociali. Quale di questi interessi debba essere sacrificato, e in quale misura, per consentire il raggiungimento degli obiettivi climatici, è una questione politica fondamentale, che non può essere demandata ad un decisore posto al di sopra della legge né ad un governo tecnocratico (Hulme, 2019).

Se, per le ragioni sopra esposte, l'invocazione di una deroga alle regole dello Stato di diritto non appare giustificabile in base al criterio di necessità, lo stesso vale anche per il criterio dell'urgenza. Come precisato in precedenza, in-

²² Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss des Ersten Senats, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18–1BvR78/20–1BvR96/20–1BvR288/20, pubblicata il 29 aprile 2021, par. 198.

fatti, quest'ultimo non può ritenersi soddisfatto per il solo fatto che le misure di cui si tratta debbano essere approvate «prima che sia troppo tardi»²³. Perché possa configurarsi un'emergenza in senso costituzionale, cioè, non basta una generica urgenza, ma deve risultare impossibile attendere le tempistiche richieste per l'approvazione delle misure secondo le procedure ordinarie; ma questo non sembra essere il caso per le misure di contrasto del cambiamento climatico. Ciò – sia chiaro – non perché il cambiamento climatico non sia un pericolo attuale: come nell'esempio del meteorite, infatti, nonostante molti dei pericoli collegati al cambiamento climatico non siano imminenti, l'azione climatica ha una finestra temporale ridotta, che gli scienziati identificano nel «decennio critico» 2021-2030. Questo significa che, in questo periodo, devono essere implementati i provvedimenti per il raggiungimento degli obiettivi dell'Accordo di Parigi, perché dopo di allora sarebbe troppo tardi²⁴. Questa circostanza è senz'altro suscettibile di giustificare l'adozione di misure di anticipazione della tutela, in applicazione del principio di precauzione, pur a fronte di pericoli futuri di cui è ormai consolidato l'*an*, ma sono incerti il *quando* e il *quomodo* (Lindsay, 2010). Quando però si ragiona dell'instaurazione di uno stato di emergenza, la domanda da porsi è un'altra: il tempo residuo individuato dalle analisi scientifiche è sufficiente perché le istituzioni democratiche possano adottare le decisioni necessarie per fare fronte al cambiamento climatico seguendo le ordinarie procedure previste dai documenti costituzionali? La risposta, almeno per il momento, pare dover essere affermativa. Questo, beninteso, non significa che si debba o si possa aspettare l'ultimo momento utile per implementare le suddette misure; tuttavia non appare nemmeno verosimile sostenere che queste siano così urgenti da non potere attendere i tempi ordinari del procedimento legislativo o, se del caso, del procedimento di revisione costituzionale.

5. (SEGUE) UN ACCOSTAMENTO PERICOLOSO

Quest'ultimo aspetto introduce uno dei punti più sensibili della discussione intorno all'emergenza climatica: dalla lettura di alcuni studi giuridici o politologici pubblicati in materia, specialmente negli Stati Uniti, emerge come

²³ Così la dichiarazione del Parlamento europeo sopra richiamata.

²⁴ A ciò si aggiunga che il cambiamento climatico non è un fenomeno lineare, ma è segnato da alcuni «tipping points», ovvero punti di ritorno oltre i quali i cambiamenti in atto accelerano, aumentano di intensità e innescano reazioni a catena. Tra questi, quello su cui vi è un maggior grado di certezza scientifica è lo scioglimento del permafrost, il quale secondo l'IPCC determinerebbe il rilascio delle quantità di gas serra intrappolate nel terreno ghiacciato, con conseguente irreversibile aggravamento del cambiamento climatico.

la dichiarazione dello stato di emergenza sia stata spesso invocata per aggirare l'incapacità del Congresso americano, fino a tempi recenti, di approvare disegni di legge in materia climatica, anche a causa dell'ostruzionismo delle opposizioni (Nevitt, 2020; Corbett, 2022). Analoghe considerazioni potrebbero essere estese anche ad altri Paesi, dove parlamenti e governi si mostrano riluttanti ad affrontare il problema climatico con la necessaria determinazione, tanto che alcuni movimenti ambientalisti da alcuni anni invocano la scriminante dello «stato di necessità climatica» (Long, Hamilton, 2018) per giustificare la commissione di atti di «disobbedienza civile»²⁵.

Pare tuttavia evidente l'insidia che si nasconde dietro questo ordine di argomentazioni: la dedotta mancata adozione delle misure necessarie per contrastare efficacemente il cambiamento climatico non può rappresentare una ragione sufficiente per giustificare una deroga dello Stato di diritto come quella insita nella dichiarazione dello stato di emergenza, perché l'ostacolo che si frappone all'approvazione delle misure auspiccate, in questo caso, afferisce alla sfera della volontà politica e non – come dovrebbe – dell'impossibilità di fatto o di diritto. Dietro una motivazione apparentemente ineccepibile (bisogna fare al più presto tutto quanto necessario per contrastare il cambiamento climatico) si cela dunque un rischio esistenziale per lo Stato di diritto, ovvero che si adoperi la disciplina emergenziale per aggirare l'impossibilità di adottare scelte democratiche nei tempi desiderati e per imporre una decisione politica, per quanto condivisibile, ad una maggioranza riluttante (Stacey, 2022).

Alcuni potrebbero obiettare che, di fronte ad una minaccia esistenziale come il cambiamento climatico, sia giusto derogare, per una volta, alle regole democratiche, pur di preservare i diritti e le libertà civili, piuttosto che mettere a rischio questi ultimi pur di non derogare alle prime²⁶. Questo argomento tuttavia è fallace, perché si fonda su un assunto errato, ovvero che sia possibile derogare «per una volta» alle regole democratiche. In realtà, ove si consentisse di dichiarare uno stato di emergenza climatica per superare l'impasse democratico, nulla si opporrebbe a che una qualsiasi minoranza invochi in futuro una qualsivoglia situazione di emergenza, vera o presunta, per imporre la propria volontà al resto del Paese (Sunstein, 2005).

Più seria appare invece l'argomentazione tesa a giustificare la dichiarazione di emergenza in considerazione dell'esigenza di riequilibrare il discorso democratico che, altrimenti, risulterebbe eccessivamente sbilanciato in favore

²⁵ Si vedano ad esempio le rivendicazioni del movimento Extinction Rebellion (<https://rebellion.global/about-us/>).

²⁶ È il dilemma sollevato dalla domanda notoriamente attribuita al Presidente Lincoln: «[A]re all the laws but one to go unexecuted, and the Government itself go to pieces, lest that one be violated?».

degli interessi del tempo presente e, per contro, «miope» nei confronti dei bisogni futuri (Nevitt, 2021). Si tratta di un problema reale, che è dovuto al carattere naturalmente sbilanciato del problema climatico, il quale chiede alle istituzioni democratiche di imporre agli elettori sacrifici attuali a fronte della prospettiva di ricevere benefici futuri ed eventuali (Lazarus, 2009); prospettiva davanti alla quale l'elettorato, per quanto climaticamente consapevole, tende per natura a mostrarsi riluttante, ostacolando o rallentando l'approvazione di una legislazione climatica ambiziosa, o rinviandone l'attuazione in nome di altre emergenze ritenute più pressanti. Senonché tale questione, per quanto seria e grave, non sembra poter trovare rimedio nella dichiarazione di uno stato di emergenza climatica. Quest'ultima infatti si risolverebbe nell'introduzione di una disciplina provvisoria, che in quanto tale non sarebbe risolutiva ma avrebbe come unico effetto quello di rimandare il problema.

6. CONSTITUTIONAL ENDGAME?

Si giunge qui ad affrontare il punto centrale della riflessione sul rapporto tra stato di emergenza e clima, che attiene al carattere definitivo, e non provvisorio, delle misure necessarie per fronteggiare il problema climatico. Il punto è che, diversamente dalle circostanze che tradizionalmente giustificano l'attivazione dei poteri emergenziali, come guerre e calamità naturali, il cambiamento climatico non è un evento temporaneo, bensì un insieme di processi irreversibili e peggiorativi (Carducci, 2020). La Co₂ emessa in atmosfera vi resta per decenni, dove sommandosi alle emissioni rilasciate nei periodi precedenti, contribuisce a determinare l'aumento delle temperature, che a sua volta provoca fenomeni quali l'innalzamento del livello dei mari, la perdita della biodiversità, il moltiplicarsi di eventi atmosferici estremi, ecc. Questo comporta che anche un'interruzione repentina delle emissioni di Co₂ non consentirebbe di risolvere il problema nell'immediato, posto che continuerebbero a verificarsi gli aumenti di temperature causati dai gas serra già immessi in atmosfera nel passato.

Un ragionamento analogo può essere replicato per le cause dei cambiamenti climatici: a differenza di altri eventi catastrofici – anche determinati dall'uomo, come i disastri ambientali (Pizzorusso, 1993) – le responsabilità del cambiamento climatico non sono attribuibili ad uno o più fatti determinati, bensì ad un modello produttivo che, da secoli, sfrutta le risorse fossili per il soddisfacimento dei bisogni dell'uomo. Ne consegue che, se si vuole «mitigare» il cambiamento climatico (non essendo possibile, per le ragioni sopra es-

poste, eliminarlo del tutto), non è sufficiente un cambio di abitudini provvisorio, per quanto drastico, ma è necessaria una modifica strutturale del sistema socio-economico verso un modello ecologicamente compatibile. Lo stesso vale per l'adattamento agli effetti attuali dei cambiamenti climatici: dal momento che questi, per le ragioni anzidette, sono destinati a durare nel tempo, quali che siano le azioni in concreto implementate per evitare un ulteriore aggravamento del riscaldamento globale, l'adozione di misure di adattamento meramente provvisorie non sarebbe idonea a preparare la popolazione alle mutate condizioni climatiche.

Tutto questo ha profonde ricadute dal punto di vista costituzionale. Il costituzionalismo moderno infatti è stato definito un costituzionalismo «fossile» (Carducci, 2019), nella misura in cui, facendo affidamento sull'illimitatezza delle risorse naturali, ha promesso (e in parte realizzato) un progressivo innalzamento delle condizioni materiali delle generazioni presenti a discapito delle opportunità di quelle future e degli equilibri ecosistemici. La consapevolezza oggi acquisita in merito agli effetti delle azioni umane sull'ambiente e dei pericoli a cui l'attuale modello di sviluppo espone quegli stessi obiettivi su cui è fondato il patto costituzionale, impone agli ordinamenti costituzionali contemporanei di modificare la rotta del progresso verso un futuro più sostenibile.

Di fronte a questa sfida epocale, una sospensione temporanea delle garanzie costituzionali, come quella insita nella dichiarazione dello stato di emergenza, potrebbe consentire di reagire a specifiche «emergenze climatiche» (*climate-related emergencies*) temporalmente e territorialmente delimitate, come quelle legate a gravi fenomeni di siccità, desertificazione, erosione delle coste, ecc. Degli stati di emergenza di matrice climatica potrebbero essere dichiarati al fine, ad esempio, di sospendere provvisoriamente le garanzie di partecipazione o i vincoli paesaggistici che ostacolano la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili. Dovrebbe tuttavia trattarsi di deroghe temporanee e motivate, per esempio, dalla necessità di conseguire gli obiettivi periodici di riduzione delle emissioni, raggiunti i quali dovrebbero tornare operative le garanzie costituzionali ordinarie.

Viceversa, una dichiarazione di emergenza climatica generica (*climate emergency*), cioè riferita all'intero spettro dei problemi connessi al cambiamento climatico, oltre a non essere, come detto, giustificabile sotto il profilo della necessità, non sarebbe nemmeno in grado di affrontare efficacemente il problema che si propone di risolvere. Una deroga temporanea dello Stato di diritto, infatti, non consentirebbe di affrontare le cause profonde di questo fenomeno, che essendo strutturali richiedono risposte non emergenziali, ma de-

finitive e di lungo periodo, riguardanti ogni aspetto della vita economica e sociale (Stacey, 2022). Senza contare che, una volta dichiarata, difficilmente l'emergenza climatica potrebbe mai essere revocata, dal momento che il cambiamento climatico è un processo irreversibile, di fronte al quale non è prefigurabile un ritorno allo *status quo ante* (Hulme, 2019).

Quella che ci troviamo a fronteggiare, in definitiva, non è una «emergenza» costituzionale, bensì una «crisi» costituzionale, la cui soluzione richiede una modifica permanente della scala dei valori, fondata su un ripensamento del modello di sviluppo su cui è basato l'attuale patto costituzionale. Ciò di cui vi è bisogno, in altre parole, è inscrivere in costituzione un «parametro ecologico» che sottragga le scelte fondamentali in materia climatica e ambientale alle maggioranze contingenti per ergerle a criterio di legittimità delle scelte adottate dai legislatori nazionali. Non, dunque, una sospensione dell'ordinamento costituzionale, ma una sua modifica nel segno del «costituzionalismo climatico»; non una parentesi nel sistema costituzionale, chiusa la quale poter tornare al sistema previgente, ma una transizione verso un nuovo modello costituzionale che permetta di conciliare democrazia, tutela dei diritti fondamentali e rispetto dell'ambiente.

Basterà tutto questo per scongiurare quello che è stato definito, con espressione scacchistica, «Climate Endgame» (Kemp e al., 2022)? O forse emergerà dalle ceneri delle democrazie un nuovo Leviatano «climatico» (Wainwright, Mann, 2017) che, al pari di quello teorizzato da Thomas Hobbes, divori le istituzioni esistenti e instauri una nuova forma di assolutismo di stampo ecologico? Molto dipenderà da se e quando gli Stati democratici sapranno rivedere le proprie scale di valori per adeguarle alle sfide poste dal cambiamento climatico. In gioco è la sopravvivenza, se non dell'umanità stessa, quantomeno di quella forma di organizzazione sociale che è lo Stato costituzionale di diritto.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ACKERMAN, B. (2006). *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. Yale University Press, New Haven. Trad. it. (2010). *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era del terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano.
- AGAMBEN, G. (2003). *Stato di eccezione*. Bollati Beringhieri. Torino.
- BIERMANN, F. e al. (2022). *Solar geoengineering: The case for an international non-use agreement*. WIREs Climate Change. 13(3).

- CARDUCCI, M. (2019). «Estrattivismo» e «nemico» nell'era «fossile» del costituzionalismo. Diritto pubblico comparato ed europeo. No. spec.
- (2020). *Natura, cambiamento climatico, democrazia locale*. Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale. No. 3/2020.
- CORBETT, C. R. (2022). *The Climate Emergency and Solar Geoengineering*. Harvard Environmental Law Review. Vol. 46.
- CRUZ VILLALON, P. (1984). *Estados excepcionales y suspension de garantias*. Editorial Tecnos. Madrid.
- DE MINICO, G. (2016). *Costituzione. Emergenza e terrorismo*. Jovene Editore. Napoli.
- DE VERGOTTINI, G. (2019). *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e della emergenza normalizzata*. Rivista AIC. No. 4/2019.
- DUPRÉ DE BOULOIS, X. (2020). *La fin des droits de l'homme?*. Revue des Droits et Libertés Fondamentaux. Chron. no. 60.
- DYZENHAUS, D. (2001). *The Permanence of the Temporary: Can Emergency Powers be Normalized?*. Daniels, R. J.; Roach, K.; Macklem, P. (eds.). *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, University of Toronto Press, Toronto.
- (2006). *Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency inside or outside the legal Order?* in Cardozo Law Review. Vol. 27. No. 5.
- FARBER, D. A. (2020). *Exceptional Circumstances: Immigration, Imports, the Coronavirus, and Climate Change as Emergencies*. Hastings Law Journal. Vol. 71, no. 5.
- FERRAJOLI, L. (2022). *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*. Feltrinelli. Milano.
- GROSS, O. (2003). *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crisis Always Be Constitutional?* The Yale Law Journal. Vol. 112.
- HULME, M. (2019). *Climate Emergency Politics Is Dangerous*. Issues in Science and Technology. Vol. 36, no. 1.
- KEMP L. e al. (2022). *Climate Endgame: Exploring catastrophic climate change scenarios*. PNAS. Vol. 119, no. 34.
- KLOEPFER, M. (1994). *Is There the Threat of an Authoritarian Ecological State?*. European Environmental Law Review. Vol. 3, issue 4.
- LAZARUS, R. J. (2009). *Super Wicked Problems and Climate Change: Restraining the Present to Liberate the Future*. Cornell Law Review. Vol. 94, issue 5.
- LINDSAY, B. (2010). *Climate of Exception: What Might a 'Climate Emergency' Mean in Law?*. Federal Law Review. Vol. 38.
- LOEVY, K. (2016). *Emergencies in Public Law. The Legal Politics of Containment*. Cambridge University Press. Cambridge.
- LONG, L. N.; HAMILTON, T. (2018). *The Climate Necessity Defense: Proof and Judicial Error in Climate Protest Cases*. Stanford Environmental Law Journal. Vol. 38:57.
- MARAZZITA, G. (2003). *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*. Giuffrè. Milano.
- MORTATI, C. (1962). voce *Costituzione (Dottrine generali)*. Enciclopedia del diritto. Giuffrè. Milano.

- NEVITT, M. P. (2020). *On Environmental Law, Climate Change, & National Security Law*. Harvard Environmental Law Review. Vol. 44, no. 2.
- (2021). *Is Climate Change a National Emergency?* UC Davis Law Review, Vol. 55, no. 2.
- NICOTRA, I. A. (2021). *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*. Rivista AIC. No. 1/2021.
- PINNA, P. (1988). *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*. Giuffrè. Milano.
- PIZZORUSSO, A. (1993). *Emergenza (stato di)*. Enciclopedia delle scienze sociali. Vol. 3. Treccani. Roma.
- RANELLETTI, O. (1904). *La polizia di sicurezza*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano*. Vol. IV, parte I. S. E. L. Milano.
- ROLLA, G. (2015). *Poteri costituzionali dell'emergenza*. Rivista AIC. No. 2/2015.
- ROMANO, S. (1901). *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*. Oggi in *Scritti minori*. Vol. I. Giuffrè. Milano.
- (1909). *Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*. Rivista di diritto pubblico.
- SCHEPPELE, K. L. (2004). *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law. Vol. 6, no. 5.
- SCHMITT, C. (1921). *Die Diktatur*. Trad. it. (1975). *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*. Laterza. Bari.
- (1922). *Politische Theologie*. Trad. it. (2014). *Le categorie del politico*. Il Mulino. Bologna, 2014.
- SPRATT, D.; SUTTON, P. (2008). *Climate Code Red: the Case for Emergency Action*. Scribe Publications. Melbourne.
- STACEY, J. (2022). *The Public Law Paradoxes of Climate Emergency Declarations*. Transnational Environmental Law. Vol. 11, Issue 2.
- SUNSTEIN, C. R. (2005). *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*. Cambridge University Press. Cambridge. Trad. it. (2008). *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*. Il Mulino. Bologna.
- VEDASCHI, A. (2007). *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*. Giappichelli. Torino.
- WAINWRIGHT, J.; MANN, G. (2017). *Climate Leviathan: A Political Theory of Our Planetary Future*. Verso Books. Londra.

LA RIFORMA DELL'ART. 9 DELLA COSTITUZIONE E IL DIRITTO PENALE DELL'AMBIENTE

MARIA DI MAGGIO
Università degli Studi di Bari

SOMMARIO: 1. *Introduzione.*–2. *Il concetto di «ambiente».*–3. *L'ambiente come valore costituzionale in Italia.*–4. *La riforma costituzionale.*–5. *La tutela penale dell'ambiente in Italia. Il bene giuridico protetto.*–6. *La recente proposta della Commissione Europea sul rafforzamento della protezione dell'ambiente attraverso il Diritto Penale.*

1. INTRODUZIONE

«Accadde in un teatro che le quinte presero fuoco. Il buffone uscì per avvisare il pubblico. Credettero che fosse uno scherzo e applaudirono; egli ripeté l'avviso: la gente esultò ancora di più. Così mi figuro che il mondo perirà fra l'esultanza generale degli spiritosi che crederanno si tratti di uno scherzo» (Kierkegaard, 1843, 142)¹. Søren Kierkegaard, sotto lo pseudonimo di Victor Eremita, offre nel testo che lo consacra come padre dell'esistenzialismo, una iperbolica ed attuale rappresentazione della condizione umana.

Difatti, il senso di irresponsabilità dell'uomo di fronte a vere e proprie emergenze globali ha reso una concreta possibilità «non un'estinzione naturale come fu quella dei dinosauri, ma un insensato suicidio di massa» (Ferrajoli, 2022, 11).

Il progressivo disallineamento del rapporto uomo-ambiente e l'affievolirsi delle preoccupazioni nei confronti dei «viventi del domani» (Benedet-

¹ Il riferimento è alla prima sezione dell'opera *Aut-Aut*, *Diapsalmata*, che contiene aneddoti, riflessioni ed epigrammi dell'autore.

ti, 2021, 5) rappresenta una sconcertante novità con cui, mai fino ad ora, l'uomo ha dovuto misurarsi.

Ciononostante, alle gravi problematiche che riguardano la «crisi ecologica» è possibile porre dei rimedi, attraverso soluzioni ormai coralmente condivise dagli Stati².

Un imprescindibile viatico, secondo dottrina autorevole, è rappresentato dal cd. *costituzionalismo sovranazionale*, un concetto mutuato dalla filosofia kantiana³ che concepisce la «stipulazione di una costituzione civile quale fondamento di una federazione di popoli» (Ferrajoli, 2022, 17) e che dovrebbe rispondere all' «impotenza dei costituzionalismi nazionali» (Ferrajoli, 2022, 94). Siffatta ipotesi, però, assume connotati utopistici, se calata nella realtà odierna, in cui se da un lato vi è contezza della necessità di risposte univoche da parte degli Stati, d'altro canto si registra precarietà delle relazioni internazionali ed inerzia della politica e delle istituzioni⁴.

Assume, quindi, un ruolo di cruciale importanza l'adozione, da parte dei singoli Stati, di misure idonee a contrastare gli effetti del deterioramento dell'ambiente, in primo luogo riconoscendo costituzionalmente il valore della tutela dell'ambiente.

2. IL CONCETTO DI «AMBIENTE»

Al fine di approntare idonei strumenti di protezione dell'«ambiente», si rende necessaria l'identificazione dell'oggetto di tutela. Come definire l'ambiente? Da quali fonti ricavarne una chiara delimitazione concettuale?

La risposta a queste domande appare tutt'altro che scontata.

Secondo l'Enciclopedia Treccani, in ecologia, «l'ambiente è tutto ciò che circonda e con cui interagisce un organismo. Il concetto di ambiente è quindi

² Si pensi alla Convenzione ONU sulla diversità biologica, tenutasi a Rio nel 1992, a cui hanno aderito ben 192 Stati.

³ Si consideri anche la lucida analisi kantiana, raffrontata all'Etica ambientale contemporanea di HERNÁNDEZ MARCOS (2007), che considera la considerazione del rapporto dell'uomo con la natura una parte fondamentale del progetto morale di realizzazione terrena della persona. Dalla considerazione di questo rapporto, in primo luogo emerge una «relazione strumentale» tra essere umano e natura, quale «mezzo utile a sua libera disposizione». Tale relazione incontra due «limiti razionali»: «da un lato ha limitato la ripartizione e la disposizione giuridica dei beni della Terra alle condizioni universali e reciproche di una *giustizia partecipativa comune* tra tutti gli uomini, attuali e futuri, che potranno soddisfarsi soltanto mediante una legislazione «globale» del pianeta che includa, ovviamente, mezzi legali di protezione dell'ambiente. D'altra parte, insieme a questa limitazione giuridica, ha anche posto un freno alla mera strumentalizzazione dell'ambiente naturale facendo dell'*integrità morale di ogni persona* il limite etico, il dovere irrinunciabile a cui ogni individuo è soggetto nel suo rapporto d'uso con le cose» (HERNÁNDEZ MARCOS, 2007, 232 trad. dell'autrice).

⁴ «L'aspetto più allarmante e sconcertante delle sfide delle emergenze odierne, è infatti la mancanza di una risposta politica e istituzionale alla loro altezza, dovuta al fatto che esse non fanno parte dell'agenda politica dei governi nazionali e possono essere affrontate con successo soltanto a livello globale» (FERRAJOLI, 2022, 13).

relativo e comprende tutte le variabili o descrittori biotici [piante, animali, microrganismi, virus ecc.] e abiotici [clima, natura del suolo ecc.] in cui un organismo vive e con cui interagisce nel corso della sua esistenza. [...]

Il complesso dei vari ambienti nei quali si svolge la vita e sui quali si ripercuotono gli effetti della vita, costituisce la biosfera»⁵.

Si comprende, quindi, che il concetto di ambiente riguarda una pluralità di elementi e distinti fattori: il termine «ambiente» è polisenso (Giunta, 1997, 1098)⁶.

Anche dal punto di vista giuridico è possibile fornire svariate definizioni di ambiente, in quanto non esiste, al momento, una definizione generale che sia comunemente accettata (de Vicente Martínez, 2017, 23).

Invero, la nozione di ambiente può avere una connotazione più ampia o più restrittiva.

Per quanto concerne il primo profilo, si considera come tale «l'ambiente naturale e culturale necessario per lo sviluppo della vita» (de Vicente Martínez, 2017, 23 trad. dell'autrice)⁷.

Secondo questa concezione più ampia, infatti, la nozione di ambiente comprenderebbe anche il territorio, «inteso come assetto urbanistico, il paesaggio e i beni culturali» (Ruga Riva, 2016, 3)⁸.

Una differente posizione è quella che considera l'«ambiente» in maniera più restrittiva, «identificandolo con gli elementi naturali che appartengono alla comunità, con caratteristiche dinamiche, riconducendo tutta la problematica della protezione ambientale alla tutela dell'aria e dell'acqua e scartando dall'ambito ambientale le questioni relative al territorio e alla natura» (de Vicente Martínez, 2017, 23 trad. dell'autrice). In altri termini, riconducendo la «materia ambientale» alla disciplina incentrata sulle componenti della cd. biosfera (Ruga Riva, 2016, 14 e ss.).

Delineati, in via introduttiva, i perimetri della nozione di «ambiente», non resta che considerare quali sono state le elaborazioni giurisprudenziali che hanno, di volta in volta, considerato e definito l'«ambiente» e come, nel tempo, si sia evoluto tale concetto, nel percorso che ad oggi è sfociato nella esplicita costituzionalizzazione dell'ambiente.

⁵ <https://www.treccani.it/enciclopedia/ambiente>

⁶ La definizione proviene dalla dottrina tedesca (BLOY, 1988, 492).

⁷ GIUNTA (1997, 1098) definisce l'ambiente «nella sua accezione più ampia [...come] il complesso delle condizioni sociali, culturali e morali nel quale l'essere umano si trova, si forma e si sviluppa. In quest'ultima accezione, che non a caso si è venuta diffondendo più di recente, l'ambiente risulta comprensivo anche del paesaggio, oltre che dei beni artistici e culturali. L'ambiente diventa, cioè, la base di una visione globale del rapporto fra l'uomo e le risorse naturali, che condiziona molteplici settori della vita sociale: dalla gestione della tecnologia all'assetto economico».

⁸ Per ulteriori definizioni, sotto il profilo penalistico, *ex multis*, CATENACCI, 1996, p. 51 e ss., e DE SANTIS, 2012, p. 32 e ss.

3. L'AMBIENTE COME VALORE COSTITUZIONALE IN ITALIA

Per molto tempo si è dibattuto in dottrina e giurisprudenza circa la necessità di una norma di rango costituzionale che direttamente tutelasse l'ambiente *ex se*, operando una mediazione tra i diritti previsti dalla stessa Carta, quali quello del paesaggio (art. 9), della salute (art. 32) e quello della libertà dell'iniziativa economica privata (art. 41).

Questo lento e travagliato percorso, costellato da una serie di pronunce tese a definire e tutelare l'«ambiente», ha indotto il legislatore ad intervenire modificando l'art. 117 della Costituzione⁹, introducendo, tra le materie in cui lo Stato ha competenza esclusiva, alla lettera s) «la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali», seppur mitigata dalla competenza concorrente spettante alle Regioni («tutela della salute; [...] valorizzazione dei beni culturali e ambientali»), ma senza, purtroppo, che fosse contemplata una specifica previsione che potesse offrire a tale diritto immediata tutela.

Giova evidenziare che la giurisprudenza, sia di legittimità che costituzionale, si era più volte occupata di *subiecta materia*, spesso operando una parafrasi mediatrice per tutelare e contemperare i diritti richiamati.

Esempio di questa elaborazione giurisprudenziale sono le sentenze pionieristicamente pronunciate dalla Suprema Corte a Sezioni Unite civili (n. 5172/79¹⁰)

⁹ Con la l. Cost. 3/2001. RESCIGNO (2013, 2754) osserva, sul punto, che «la riforma del Titolo V non definisce espressamente un 'diritto all'ambiente' ma si limita a riferirsi adesso nell'ambito del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni (art. 117, secondo comma lett. s) e terzo comma).»

¹⁰ La sentenza riconosce il «diritto ad un ambiente salubre» attraverso la tutela del diritto alla salute: «La protezione della salute assiste "uomo non (solo) in quanto considerato in una sua astratta quanto improbabile separazione, ma in quanto partecipe delle varie comunità – familiare, abitativa, di lavoro, di studio ed altre – nelle quali si svolge la sua personalità. Accentuandosi il carattere di inerenza alla persona e di socialità del bene protetto, si rende manifesto che la protezione non si limita all'incolumità fisica dell'uomo, supposto immobile nell'isolamento della sua abitazione o solitario nei suoi occasionali spostamenti e così fatto specifico bersaglio di azioni aggressive, ma è diretta ad assicurare all'uno la sua effettiva partecipazione mediante presenza e frequentazione fisica, alle dette comunità senza che ciò costituisca pericolo per la sua salute. *La protezione si estende cioè alla vita associata dell'uomo nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola, e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute*: essa assume in tal modo un contenuto di socialità e di sicurezza, per cui il diritto alla salute, piuttosto (o oltre) che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come *diritto all'ambiente salubre*. Quanto al tipo di protezione, è evidente che si tratta di una tecnica giuridica di tipo garantistico, che è poi quella propria dei «diritti fondamentali» o «inviolabili della persona umana. Si tratta cioè, di tutela piena che si concreta nella attribuzione di poteri di libera fruizione di utilità e di libere svolgimento di attività, di esclusione degli ostacoli che all'una o all'altro si frappongono da parte di chicchessia. Ed è in questa difesa a tutta oltranza conto ogni iniziativa ostile, da chiunque provenga – altri singoli o gruppi e persino l'autorità pubblica – non già in una considerazione atomistica, asociale, separata dell'uomo che risiede il significato del richiamo al «diritto fondamentale dell'individuo».

e della Corte Costituzionale (n. 151/86¹¹, n. 94/85¹² e n.210/87¹³). Orbene esse, con un progressivo incedere, partendo da una concezione dinamica della tutela del paesaggio¹⁴, ed avuta considerazione dell'affermazione del diritto alla salubrità dell'ambiente, sono, infine, giunte a ritenere sussistente, l'indiretta ancorchè specifica salvaguardia di esso, quale presidio dei diritti fondamentali della

¹¹ Relativa al riparto di competenze tra Stato e Regioni: «per dare adeguata soluzione alle questioni pertinentemente poste in riferimento alla violazione degli artt. 117 e 118 Cost., è necessario considerare che la norma impugnata si discosta nettamente dalla disciplina delle bellezze naturali contenuta nella legislazione precostituzionale di settore (legge 29 giugno 1939, n. 1497). Infatti quella disciplina prevede una tutela diretta alla preservazione di cose e di località di particolare pregio estetico isolatamente considerate. La normativa impugnata, invece, proprio per l'estensione e la correlativa intensità dell'intervento protettivo – imposizione del vincolo paesistico (e quindi preclusione di sostanziali alterazioni della forma del territorio) in ordine a vaste porzioni e a numerosi elementi del territorio stesso individuati secondo tipologie paesistiche ubicazionali o morfologiche rispondenti a criteri largamente diffusi e consolidati nel lungo tempo – introduce una tutela del paesaggio improntata a integralità e globalità, vale a dire implicante una riconsiderazione assidua dell'intero territorio nazionale alla luce e in attuazione del valore estetico-culturale.

Una tutela così concepita è aderente al precetto dell'art. 9 Cost., il quale, secondo una scelta operata al più alto livello dell'ordinamento, assume il detto valore come primario (cfr. sentenze di questa Corte n. 94 del 1985 e n. 359 del 1985), cioè come insuscettivo di essere subordinato a qualsiasi altro.»

¹² Sempre sulla ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni: «Il paesaggio, unitamente al patrimonio storico ed artistico della Nazione, costituisce un valore cui la Costituzione ha conferito straordinario rilievo, collocando la norma che fa carico alla Repubblica di tutelarlo tra i principii fondamentali dell'ordinamento (art. 9, secondo comma, Cost.).

Senza che qui occorra svolgere una compiuta esegesi del citato disposto costituzionale, basta rilevare come, in forza di esso, il perseguimento del fine della tutela del paesaggio (e del patrimonio storico ed artistico nazionale) sia imposto alla Repubblica, vale a dire allo stato-ordinamento e perciò, nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali, a tutti i soggetti che vi operano. Ed è di piana evidenza che così debba essere, volta che, in via generale, la tutela del paesaggio non può venire realisticamente concepita in termini statici, di assoluta immodificabilità dei valori paesaggistici registrati in un momento dato, ma deve, invece, attuarsi dinamicamente e cioè tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del paese per quanto la soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente.

Si vuol dire con ciò che, fermo il riparto delle competenze disposto da norme costituzionali e sulla base di esso, la tutela del paesaggio presuppone, normalmente, la comparazione ed il bilanciamento di interessi diversi, in particolare degli interessi pubblici rappresentati da una pluralità di soggetti, la cui intesa è perciò necessario perseguire di volta in volta, se comune a tutti è il fine costituzionalmente imposto, appunto, della tutela del paesaggio.»

¹³ «La sussistenza di specifici e precisi obblighi comunitari che la Direttiva prevede anche in maniera espressa e particolare, con la relativa responsabilità che fa carico precipuamente sullo Stato, la natura degli interessi da curare e salvaguardare, il loro livello, afferente all'ambito nazionale, le sostanziali finalità che sono quelle della protezione di valori costituzionali primari (artt. 9 e 32 Cost.), come già questa Corte ha più volte affermato (sentt. nn. 151/1986; 153/1986), giustificano ampiamente lo spessore dei poteri attribuiti allo Stato che sono anche in funzione di indirizzo e coordinamento, come si rileva anche specificamente dalla previsione di intese tra lo Stato e i soggetti di autonomia, anche speciale, per l'intreccio degli interessi nazionali, regionali e provinciali.[...].»

¹⁴ «La tutela del paesaggio non può venire realisticamente concepita in termini statici, di assoluta immodificabilità dei valori paesaggistici registrati in un momento dato, ma deve, invece, attuarsi dinamicamente e cioè tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del paese per quanto la soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente» (Cfr. in motivazione Corte Cost. sentenza n. 94/1985).

persona e della collettività, garantito da una interpretazione storicamente evoluta, offerta agli artt. 9 e 32 Cost.

Dal compendio della giurisprudenza richiamata è dato rilevare cosa si debba intendere per «ambiente» e quali siano i presupposti indefettibili della sua tutela.

Infatti, la Corte¹⁵ riconosce «lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione».

Ritiene, altresì che debba propendersi per «una *concezione unitaria del bene ambientale* comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali», che comprenda «la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni. Ne deriva la repressione del danno ambientale cioè del pregiudizio arrecato, da qualsiasi attività volontaria o colposa, alla persona, agli animali, alle piante e alle risorse naturali (acqua, aria, suolo, mare), che costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente. Trattasi di valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione».

Importante contributo a conferire una più penetrante definizione di ambiente viene offerta sempre dalla Corte Costituzionale, la quale ha avuto modo di specificare¹⁶ che «l'ambiente è protetto come *elemento determinativo della qualità della vita*. 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».

Di talchè, esegeticamente, il Giudice delle Leggi offriva all'ambiente una sua originaria valenza nell'ordinamento, ancorchè indirettamente tutelato.

¹⁵ Cfr. in motivazione Corte Cost. sentenza n. 210/1987.

¹⁶ Cfr. in motivazione Corte Cost. Sentenza n. 641/1987.

4. LA RIFORMA COSTITUZIONALE IN GENERALE

Soltanto con la riforma degli artt. 9¹⁷ e 41¹⁸ della Costituzione l'ambiente viene indicato con dettagliata precisione, anche se da più parti si è sostenuta l'inutilità della modifica anzidetta, poiché l'ambiente trovava già una sua autonoma e specifica tutela nella evoluzione della richiamata giurisprudenza.

Giova, *a contrario*, rilevare che l'estensione (non solo terminologica), ad alto valore politico-sociale, delle modifiche di che trattasi non sono solo circoscritte all'ambiente, ma ricomprendono esplicitamente la biodiversità e gli ecosistemi, così ampliando direttamente ogni tutela, precisando, altresì, che essa è resa, «anche nell'interesse delle future generazioni».

Ca va sans dire, che ogni riferimento al principio del cd. «sviluppo sostenibile» viene così consacrato ed elevato, in proiezione futura, quale limite all'attività economica (di qualsiasi tipo e genere) che deve giocoforza essere «indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

Ha destato più d'una perplessità il mancato richiamo alla tutela del paesaggio nelle modifiche anzi dette e quindi l'aver operato un netto distinguo tra le due tutele, dell'ambiente e tutela del «paesaggio», riducendo quella dapprima offerta a quest'ultimo, perché non più legata a quella del primo.

L'aver ricondotto la tutela del paesaggio al solo aspetto visivo del territorio è stata vista come posizione indebolita in favore dell'attività economica, soprattutto oggi, che la produzione da fonti di energia rinnovabili è considerata risorsa irrinunciabile, in continua espansione. Il che potrebbe portare a far di necessità virtù e violare ogni tutela del paesaggio in favore di impianti fotovoltaici e pale eoliche.

Al contrario, si ritiene la tutela al paesaggio l'altra faccia della stessa medaglia «ambiente», entrambi beni non suscettibili, in ogni caso, di essere sacrificabili sull'altare del progresso ma che con esso debbano concorrere a garantire alle future generazioni una soddisfacente qualità della vita, così come in più di una occasione ribadito dalla Corte Costituzionale.

¹⁷ Articolo 9.

La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica [cfr. artt. 33, 34]. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.

Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali.

¹⁸ Articolo 41

L'iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali [cfr. art. 43].

Con la riforma, insomma, l'interprete ed il legislatore ordinario si trovano necessariamente di fronte a problematiche di natura esegetica, che per certi versi affondano le loro radici nella dogmatica, vale a dire nei principi teorici che regolano le diverse discipline, ed in particolar modo quelle che permeano il diritto penale.

5. LA TUTELA PENALE DELL'AMBIENTE IN ITALIA. IL BENE GIURIDICO PROTETTO

Nella «Teoria generale del reato», Bricola circoscrive il campo di applicazione del diritto penale a beni giuridici racchiusi in un *numerus clausus*, che per il rilievo costituzionale attribuito possano giustificare la scelta del legislatore di limitare (anche in via indiretta) la libertà personale di chi li aggredisca, elaborando la cd. «teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico» (Manes, 2005, 44).

Il dettato costituzionale assume, insomma, una funzione «demiurgica», rappresentando, nello stesso tempo, limite e fondamento del diritto penale, «artefice e padre»¹⁹ dell'universo del diritto penale.

Tuttavia, la teoria di Bricola non può essere sostenuta, specialmente tenendo conto dei cambiamenti cui la società è continuamente soggetta, l'emersione di nuove esigenze di tutela ed il conseguenziale bisogno del riconoscimento di ulteriori beni giuridici, inizialmente non previsti dalla Costituzione.

In altre parole, i beni giuridici non possono essere considerati quali entità iperuraniche sovraordinate, statiche ed immutabili, cristallizzatesi all'interno della Costituzione.

Difatti, la Costituzione italiana non contemplava, sino alla legge costituzionale dell'11 febbraio 2022 n.1, una esplicita tutela dell'ambiente, «solo nelle costituzioni adottate negli ultimi decenni, contemporaneamente all'emergere dei problemi posti dalle società di massa, dall'esplosione demografica e dalle conseguenze devastanti del modello occidentale di sviluppo, e delle tecnologie che lo hanno reso possibile con intensità ed accelerazione impensabili fino a pochi decenni fa, si trovano affermati (talvolta con ampiezza di dettagli e puntualità di formulazioni) principi e norme che pongono l'ambiente e la sua tutela fra i valori che caratterizzano l'ordinamento costituzionale e ne richiedono la garanzia» (Grassi, 1998, 501).

¹⁹ Riprendendo la filosofia di Platone.

Come si è visto, è spettato alla Corte Costituzionale adeguare il dettato costituzionale vigente alle concrete esigenze presentatesi sino a quel momento, contemperando, di volta in volta, i valori costituzionali e valutandone il corretto bilanciamento.

Il crescente interesse per le problematiche ambientali causato dall'esplosione della «questione ambientale» negli anni '70 ha comportato un progressivo aumento delle disposizioni a tutela dell'ambiente²⁰.

La materia, nel tempo, non è stata oggetto esclusivo di normazione penale, ma ha coinvolto diversi settori dell'ordinamento.

Tuttavia, l'inadeguatezza degli strumenti di diritto civile e del diritto amministrativo a «prevenire gli attacchi all'ambiente è una delle ragioni che giustificano l'intervento del diritto penale» (de Vicente Martínez, 2017, 36, trad. dell'autrice).

Alla problematica e alla consequenziale applicazione delle categorie penalistiche per fronteggiare la crisi climatica in *extrema ratio* è stato fatto espresso riferimento anche nella Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente, al terzo considerando, che sancisce: «l'esperienza dimostra che i sistemi sanzionatori vigenti non sono sufficienti per garantire la piena osservanza della normativa in materia di tutela dell'ambiente. Tale osservanza può e dovrebbe essere rafforzata mediante la disponibilità di sanzioni penali, che sono indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi di diritto civile»²¹.

Invero, si è visto come i tentativi definitori della nozione di «ambiente» presentino dei caratteri problematici da un punto di vista generale.

Se si considera la prospettiva del diritto penale, la questione riveste un ruolo di primaria importanza, in quanto l'individuazione corretta del bene giuridico tutelato non interessa solo il piano sistematico e didattico²², ma ha una valenza «immediatamente esegetica. Essa rifluisce infatti sul significato da attribuire al termine «ambiente», le volte che compare nell'ambito di una fattispecie incriminatrice» (Giunta, 1997, 1200).

La legislazione italiana, infatti, ha visto affastellarsi, in diversi momenti, differenti previsioni in materia di tutela dell'ambiente, in maniera frammenta-

²⁰ Una prima giustificazione dell'utilizzo dello strumento penale è costituito dalla « presa di coscienza da parte della società della necessità di qualificare certe azioni come «criminali» per esprimere il proprio rifiuto e la denuncia al progressivo ed irreversibile processo di deterioramento dell'ambiente» DE VICENTE MARTÍNEZ, 2017, 37, trad. dell'autrice.

²¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TEXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0099&from=EN>

²² Di diverso avviso RUGA RIVA (2016).

ria²³, tali interventi hanno reso difficoltoso individuare una univoca e condivisa definizione del bene giuridico «ambiente», dal momento che si registra una scarsità di fattispecie che si riferiscano in maniera diretta all'alterazione ambientale²⁴.

In ogni caso, è certo che la recente riforma costituzionale abbia rimosso almeno uno degli interrogativi storicamente posti dalla dottrina nel considerare l'ambiente come bene giuridico di rilevanza costituzionale²⁵.

Rimane, però, la questione fondamentale circa la nozione del bene giuridico²⁶ riconosciuto dalla Costituzione, che si snoda principalmente muovendo da un interrogativo: è possibile considerare l'ambiente come un bene giuridico «unitario»?

Secondo parte della dottrina non sarebbe possibile ricostruire l'«ambiente» come bene giuridico unico e globale, ma deve essere considerato alla stregua di «singoli elementi ambientali»²⁷.

Se prima della riforma potevano sorgere dei dubbi in merito dovuti all'incompletezza, laconicità e mancanza di univocità del dettato costituzionale, e al sistematico riferimento alla tutela di una sequela di beni considerati

²³ «Storicamente la materia ambientale si è caratterizzata per la pluralità delle fonti e per la frammentarietà delle discipline, tendenzialmente riferite a singoli settori» (RUGA RIVA, 2019, 8).

²⁴ «Frequente è invece l'impiego di incriminazioni, che vengono costruite intorno al requisito dell'inosservanza di precetti amministrativi, al cui rispetto è subordinato lo svolgimento dell'attività ritenuta pericolosa per l'ambiente» (GIUNTA, 1997, 1907 e 1908).

D'altronde «la tipizzazione della fattispecie incriminatrice intorno alla violazione dell'atto amministrativo autorizzativo richiama l'attenzione sul profilo offensivo di tali reati. [...] ci si chiede se le fattispecie in questione tutelino un qualche bene giuridico o se e se mirino piuttosto a garantire le funzioni di controllo e di governo dell'ambiente, che competono alla pubblica amministrazione», *ibidem*.

Sul punto anche MONTAÑÉS CASTILLO (2010).

²⁵ Sul punto si consideri GIUNTA, 1908, 1997.

²⁶ Cfr. DE LA CUESTA (2017): «La diversità delle proposte dottrinali sull'integrazione concettuale di ambiente, esigono, sul piano penale, un primo sforzo di delimitazione di questo bene giuridico».

²⁷ In tal senso RUGA RIVA (2019): «Il legislatore [...] non sembra avere scelto una volta per tutte una strategia di tutela dell'ambiente in sé ovvero della salute delle persone che vi abitano. L'oggetto di protezione va individuato volta per volta, alla luce dei singoli requisiti di fattispecie o delle caratteristiche o degli effetti delle sostanze da questi richiamati. È il legislatore penale, fattispecie per fattispecie, a porre l'accento sulla tutela vuoi della salubrità dell'ambiente, nelle sue distinte componenti, vuoi della salute dell'uomo»; PEDRAZZI (2003, 1084): «evitiamo di rinchiudere [i] valori ambientali in definizioni troppo stringenti, inevitabilmente riduttive. Sono valori poliedrici. Indubbiamente, per un certo aspetto, la tutela dell'ambiente rappresenta una forma avanzata di tutela della salute; ma è anche altro: è tutela della qualità della vita, nelle sue componenti estetico-emozionali; ed è anche tutela di risorse economiche, perché l'acqua, l'aria, il suolo sono risorse che vanno amministrate anche in vista di utilizzazione economiche future»; Catenacci (2019, 445): «sono proprio lo *status* della legislazione e la sua storia che ti pongono a favore della [tesi] «pluralistica». [...] si è via via formato un insieme normativo, al cui interno vanno in realtà distinti almeno *quattro* diversi settori della legislazione speciale, ognuno dedicato alla tutela di una *specifica qualità* o di una *specifica utilità sociale* dell'*habitat umano* ed ognuno dunque portatore di una propria, autonoma oggettività giuridica».

individualmente, di volta in volta interpretati dalla Corte Costituzionale, ad oggi, la Costituzione riconosce l'«ambiente» senza, tuttavia, definirlo.

La concezione liberale del bene giuridico, sembrerebbe contrastare con la nozione unitaria del bene giuridico «ambiente», in quanto essa considera, sul piano dell'offesa, come bene di categoria soltanto un'«entità preesistente a un sistema di norme ad esso tutelato» (Giunta, 1997, 1201).

Il bene giuridico ambiente sarebbe da escludere in quanto «le singole fattispecie incriminatrici in materia ambientale non prevedono differenti modalità di aggressione allo stesso bene [...] bensì offese a specifiche entità ambientali tra loro distinte».

Ciononostante, è possibile tratteggiare connessioni tra le differenti fattispecie, per valorizzare l'unitarietà del bene giuridico così come introdotto a seguito della riforma.

La concezione antropocentrica dell'«ambiente», opposta rispetto a quella ecocentrica, pare utile a sottolineare un importante elemento di continuità tra le diverse fattispecie che ricadono nel settore del diritto penale dell'ambiente, in quanto ha ad oggetto la cd. «funzionalizzazione» dei beni ambientali (Manna, 2004, 2162).

L'antropocentrismo ambientale, infatti, individua la protezione che le norme intendono apprestare nell'utilità che l'insieme delle componenti dell'habitat rappresentano per l'Uomo.

L'ecocentrismo, dal canto suo, concepisce solo e soltanto la tutela dell'ambiente in sé, non finalizzato ad alcuna utilità estranea²⁸.

Tra le due opzioni sembra preferibile quella antropocentrica, visto il personalismo che permea la Costituzione.

I beni ambientali, difatti, vengono considerati in questa prospettiva come un mezzo per lo sviluppo della persona umana (o, per meglio dire, della collettività) e non in quanto tali, come entità distinte tra loro, ma collegate dallo stesso fine: l'ambiente viene in considerazione come diritto dell'uomo e delle generazioni future.

La riforma costituzionale sembra sposare questo concetto per diverse ragioni:

a) l'introduzione esplicita, all'art. 9 Cost., del riferimento alla tutela dell'ambiente «anche nell'interesse delle future generazioni» non è casuale, spicca, ancora una volta, una concezione personalistica; peraltro la

²⁸ Sulla diversa portata della concezione antropocentrica e di quella ecocentrica: BERNASCONI (2008); SIRACUSA (2007), che elabora una figura intermedia: la «concezione ecocentrica moderata»; DE SANTIS (2012); BOSSELMANN (1987); JÖRG (1989).

coniunzione «anche» lascia sottintendere che la tutela dell'ambiente sia funzionale *in primis* all'interesse della generazione «presente», oltre che delle future.

Vi è, però, un ulteriore dato che viene in risalto: l'aggiunta del riferimento alle future generazioni non si presenta come un semplice orpello, una specificazione pleonastica, ma come un chiaro riferimento alla definizione di «sviluppo sostenibile», così come enucleata nel Rapporto Brundtland²⁹: «Lo sviluppo sostenibile è quello sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri», non appare condivisibile, quindi, la tesi secondo cui lo sviluppo sostenibile rappresenterebbe un «autonomo ed inedito bene collettivo attorno al quale costruire un nuovo settore dell'ordinamento giuridico» (Catenacci, 2019, 444);

b) la specificazione contenuta nell'art. 41 Cost., così come introdotta dalla riforma, limita la libertà di iniziativa economica alle ipotesi che non contrastino con il diritto alla salute e la tutela dell'ambiente. Questa ulteriore modifica conferma l'interpretazione dottrinale secondo cui «mentre l'attività economica trova nell'ambiente un elemento di eterolimitazione, la tutela dell'ambiente mantiene un fondamento giustificativo del tutto autonomo rispetto allo sviluppo dell'economia» (Giunta, 1997, 1104).

Sembra, quindi, ragionevole che specialmente alla luce della riforma costituzionale³⁰, debba propendersi per la nozione unitaria e globale del bene giuridico «ambiente», così come introdotto dalla riforma nella Costituzione, nella sua concezione antropocentrica e funzionalistica.

Da questa impostazione dovranno muovere tutte le prossime novità legislative a cui si appropderà a seguito delle più recenti iniziative comunitarie.

²⁹ Si tratta di un documento pubblicato nel 1987 dalla Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo. In quell'occasione venne elaborata la prima definizione di «sviluppo sostenibile».

³⁰ Alla stessa conclusione, decenni fa, addiveniva GIUNTA (1997, 1104 e 1105), osservando che «per cogliere tale unitarietà è sufficiente un'interpretazione delle scarse indicazioni costituzionali in materia ambientale, fondata sull'argomento *a fortiori*. Quale punto di partenza va osservato che il rilievo, espressamente assegnato dalla costituzione al patrimonio storico e artistico (art. 9, comma 2), perderebbe gran parte della sua significatività ove esso non presupponesse la tutela dell'assetto urbanistico e paesaggistico, come bene avente una rilevanza costituzionale implicita, oltre che una contiguità funzionale con quello del patrimonio storico e artistico.[...] A sua volta, sulla base delle medesime cadenze logiche e argomentative, la tutela dell'assetto urbanistico e paesaggistico presuppone la rilevanza costituzionale dell'ecosistema. È gioco forza chiedersi, infatti, che senso avrebbe la ricerca di un punto di equilibrio tra lo sviluppo urbanistico e il rispetto del paesaggio se tale ricerca non potesse contare sulla pari rilevanza dell'ecosistema naturale, nel cui contesto si inserisce lo sviluppo urbanistico».

6. LA RECENTE PROPOSTA DELLA COMMISSIONE EUROPEA SUL RAFFORZAMENTO DELLA PROTEZIONE DELL'AMBIENTE ATTRAVERSO IL DIRITTO PENALE

In merito a quest'ultimo punto, è il caso di considerare la proposta della Commissione Europea di nuova legislazione dell'Unione Europea, per la protezione dell'ambiente mediante il diritto penale e al tal fine contrastare la delinquenza ambientale.

Infatti, il 21 aprile 2022 si è concluso il periodo di consultazione pubblica sulla proposta di direttiva in adempimento di uno degli impegni dell'European Green Agreement (o Patto Verde europeo)³¹.

La proposta mira a rendere più efficace la tutela dell'ambiente, obbligando gli Stati membri ad adottare nuove misure a carattere penalistico. A tal fine, individua nuovi reati ambientali, fissa sanzioni minime e rafforza gli strumenti investigativi.

L'attuale provvedimento presentato dall'Esecutivo il 15 dicembre 2021 al Parlamento europeo e al Consiglio intende sostituire la precedente direttiva 2008/99/CE sulla protezione dai reati ambientali, cui si è fatto cenno³².

Osserva Siracusa che «il processo in corso di revisione della direttiva si è [...] reso necessario in ragione del fatto che l'adozione di tale atto fosse avvenuta prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, e cioè sotto la vigenza di un quadro normativo molto diverso da quello attuale che invece assegna all'UE competenze penali più chiare e più ampie» (Siracusa, 2021, 11).

L'obiettivo principale della Commissione è rafforzare la protezione ambientale e della salute pubblica inasprendo e ampliando la portata delle sanzioni.

Tale esigenza è resa ancora meno trascurabile per lo sconcertante dato offerto dal documento finale di valutazione della Commissione in relazione agli obiettivi contenuti nella direttiva del 2008³³.

Le problematiche delineate all'interno della «Valutazione iniziale di una valutazione d'impatto della Commissione europea»³⁴ sono riassunte per *cluster*:

1. l'ambito di applicazione della direttiva non è chiaro e i reati ambientali sono soggetti a varie interpretazioni negli Stati membri (SIRACUSA, 2021, 3).;

³¹ «Con l'apertura nel 2021 del cd. Green Deal europeo, la Commissione si è impegnata a promuovere l'azione dell'UE, dei suoi Stati membri e della comunità internazionale per intensificare gli sforzi contro la criminalità ambientale a rivedere entro il 2021 l'intera normativa UE in materia di rifiuti» in questo senso SIRACUSA (p. 11, 2021).

³² Per un approfondimento si consideri FUENTES LOUREIRO (2022) e SIRACUSA (2021).

³³ https://ec.europa.eu/info/news/evaluation-environmental-crime-directive-2020-nov-05_en

³⁴ Consultabile al seguente link: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/730308/EPRS_BRI\(2022\)730308_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/730308/EPRS_BRI(2022)730308_EN.pdf)

2. la definizione di alcuni termini giuridici chiave legati alla definizione dei reati ambientali è vaga;

3. le sanzioni non sono sufficientemente efficaci, proporzionate e dissuasive in tutti gli Stati membri, anche quando si applicano alle persone giuridiche;

4. L'insufficiente cooperazione transfrontaliera;

5. La mancanza di dati statistici sul dato empirico lungo la «catena dell'applicazione», con conseguenti difficoltà per i responsabili politici e le autorità di contrasto di monitorare, valutare e adattare di conseguenza le proprie politiche e misure correttive;

6. L'attuazione della direttiva è insufficiente in concreto e caratterizzata dalla mancanza di individuazione, indagine e perseguimento dei reati ambientali.

Vista la crescente incidenza della criminalità ambientale ed il suo aumento esponenziale è peraltro necessario approntare delle tutele a salvaguardia dell'ambiente.

Questa ragione ha spinto la Commissione Europea a valutare l'efficacia della normativa penale vigente nella tutela dell'ambiente.

Secondo la Commissione Europea, l'obiettivo è migliorare la risposta delle autorità nazionali ai reati ambientali, definire meglio il contenuto dei reati esistenti ed introdurre nuovi reati ambientali.

Poiché gli impatti devastanti dei cambiamenti climatici, della perdita di biodiversità e del degrado ambientale stanno allo stesso tempo principalmente costando alle generazioni future, le istituzioni europee mirano a sviluppare strumenti giuridici flessibili in grado di adattarsi a queste esigenze, che siano anche più accurati, più efficaci e forniscano maggiore certezza del diritto.

Gli emendamenti alla legge hanno aggiornato e ampliato l'elenco dei reati ambientali e fornendone una formulazione più chiara.

Le nuove categorie di reati nella proposta di direttiva sulla protezione dell'ambiente includono:

- immissione sul mercato di prodotti che, in violazione dei requisiti obbligatori, provocano danni rilevanti all'ambiente a causa di un uso più ampio degli stessi;

- gravi violazioni della legislazione dell'UE in materia di sostanze chimiche che causano gravi danni all'ambiente o alla salute umana;

- riciclaggio illegale delle navi;

- estrazione illegale di acqua;

- scarico alla fonte di sostanze inquinanti dalle navi (si propone che questa categoria di reati sia ripresa dalla direttiva 2005/35/CE, al fine di consolidare il quadro giuridico);
- commercio illegale di legname;
- gravi violazioni delle norme sull'introduzione e la diffusione di specie esotiche invasive di rilevanza unionale;
- grave elusione degli obblighi di effettuare una valutazione dell'impatto ambientale;
- produzione, immissione in commercio, importazione, esportazione, uso, emissione o rilascio illegali di gas fluorurati a effetto serra.

Inoltre, la proposta chiarisce diversi concetti giuridici che rimangono poco chiari nell'attuale direttiva.

In conclusione, sebbene l'ordinamento italiano risulti complessivamente indietro rispetto al ritmo legislativo dell'Unione Europea, c'è ancora molto spazio per aggiornare la legislazione ambientale, soprattutto alla luce della recente riforma costituzionale nel quadro dei beni giuridici protetti nel «sistema penale».

In ogni caso, una panoramica più completa dell'orientamento che l'Unione Europea sta dando al diritto penale ambientale dovrà attendere l'adozione della direttiva ed il suo successivo recepimento nell'ordinamento nazionale.

Tuttavia, a parte ogni previsione, il parlamento italiano ha avviato i lavori per modificare sistematicamente il codice penale ambientale, apportando chiarezza e quindi maggiore certezza del diritto, ma si auspica che sia mantenuta una più ferma visione del diritto penale quale *ultima ratio*.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BAUCELLS LLADÓS, J. (2008), *Infrazioni e sanzioni a tutela dell'ambiente nell'ordinamento giuridico spagnolo*, Riv. giur. ambiente, fasc. 1.
- (2019), *Tentativa inacabada de protecció penal del medio ambiente*, Revista Catalana de Dret Ambiental, vol. X, n. 1.
- BENEDETTI, C. (2021), *La letteratura ci salverà dall'estinzione*, Einaudi, Torino.
- BERNASCONI, C. (2008), *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Edizioni ETS, Pisa.
- BLOY, R. (1988), *Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 100.

- BOSELTMANN, K. (1987), *Die Natur im Umweltrecht. Plädoyer für ein ökologisches Umweltrecht*, in *Natur und Recht*.
- BRICOLA, F. (1974), voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV.
- CAMPLANI, F. (2021), *Tutela anticipata dell'ambiente e teoria del bene giuridico. Il ruolo fondamentale dei beni giuridici intermedi*, *Lexambiente. Rivista di diritto penale dell'ambiente*, fasc. 3.
- CATENACCI, M. (1996), *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «sanzionatoria»*, CEDAM, Padova.
- (2019), *I reati in materia di ambiente*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di Fiorella, A., Giappichelli, Torino, II edizione.
- DE LA CUESTA, J. L. (2017), *El derecho al ambiente: su protección por el Derecho Penal*, *eRIDP*, n. A-05.
- DE SANTIS, G. (2012), *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Giuffrè, Milano.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018) *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, Madrid.
- DI LANDRO, A. R. (2018), *La responsabilità per l'attività autorizzata dei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela*, Giappichelli, Torino.
- FERRAJOLI, L. (2022), *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Feltrinelli, Milano.
- FUENTES LOUREIRO, M. A. (2022) *El proceso de consolidación del Derecho penal ambiental de la Unión Europea*, *Revista de Estudios Europeos*, vol. 79.
- FUENTES YANÉS, E. N.; BAYAS VACA, V. H. (2017), *Tutela del medio ambiente ¿un eufemismo dogmático o un slogan?*, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 69.
- GIUNTA, F. (1997), *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4.
- GRASSI, S. (1998), *Ambiente e diritti del cittadino*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. II, Padova.
- HERNÁNDEZ MARCOS, M. (2007) *La protección del medio ambiente como derecho y virtud. La ética kantiana de la responsabilidad con la naturaleza*, *Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 37.
- JÖRG, L. (1989), *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *Politica del diritto*.
- KARAMAT, A. (2008), *La politica dell'Unione Europea in relazione alle sanzioni ambientali. Proposte per una direttiva sulla tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale*, *Riv. giur. ambientale*, fasc. 1.
- KIERKEGAARD, S. (1843), *Timore e tremore: Aut-aut (Diapsalmata)*, *Classici del pensiero Vol. 562*, trad. Fabro C., Rizzoli Editore, Milano, 2012.
- LAMÃO PESSANHA, A. C.; DE PAULA LOUVEM, L.; VERDAN RANGEL, T. L. (2020) *O direito ao meio ambiente artificial sustentável e ecologicamente equilibrado: entre disrupturas, hiatos e responsabilização pela degradação ambiental*, *Derecho y Cambio Social*, n. 59.

- LOMBARDI, P. (2002), *I profili giuridici della nozione di ambiente: aspetti problematici*, *Foro amm. TAR*, fasc. 2.
- LUPOI, M. A. (2017), *Emergenze ambientali e tutela giuridica*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna.
- MANACORDA, S. (2012), «Dovere di punire»? *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4.
- MANES, V. (2005), *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino.
- MANNA, A. (2004), *Struttura e funzione dell'illecito penale ambientale. le caratteristiche della normativa sovranazionale*, *Giur. merito*, fasc. 10.
- MANTOVANI, F. (1997), *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2.
- MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y (2010), *El medio ambiente como objeto de protección en el derecho sancionador y en el derecho penal: el problema de la concurrencia de medidas punitivas y sancionadoras*, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 77.
- ORTEGA LEÓN, D.; BATISTA OJEDA, M. E. (2021), *Hacia el desarrollo sostenible: La educación en derechos humanos en la formación de especialistas en Derecho Penal*, *Revista Educación y Derecho*, I numero extraordinario.
- PÉREZ SOLA, N. (2017), *El derecho-deber de protección del medio ambiente*, *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 100.
- PLATONE (2009), *Timeo. Traduzione italiana*, a cura di Piccolo, E., Senecio, Napoli.
- RAMACCI, L. (2003), *I reati ambientali ed il principio di offensività*. *Giur. merito*, fasc. 5.
- RESCIGNO, F. (2013), *Equilibrismi giurisprudenziali ed equilibrio ambientale*, in *Giurisprudenza costituzionale*.
- RUGA RIVA, C. (2016), *Diritto Penale dell'ambiente*, Giappichelli Editore, Torino.
- (2020), *L'inquinatore nuovo tipo di autore?*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2.
- (2019), *Tutela penale dell'ambiente*, in *Reati contro l'ambiente e il territorio*, a cura di Pelissero, M., Giappichelli, Torino, II edizione.
- SÁNCHEZ BRAVO, A. A. (2005), *Iniciativas de protección penal del medio ambiente en la Unión Europea*, *Hiléia – Revista de Dereito de Amazônia*, n.4.
- SIRACUSA, L. (2007), *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Giuffrè, Milano.
- (2008), *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo «tassello» Della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1.
- (2021), *Prospettive di riforma della tutela penale dell'ambiente nel diritto europeo e sovranazionale*, *Lexambiente. Rivista di diritto penale dell'ambiente*, fasc. 3.

LA RIFORMA COSTITUZIONALE DELL'ARTICOLO 9. ANCHE UN NUOVO PARADIGMA PER LO STATUS DI MIGRANTE AMBIENTALE?

ALICE STEVANATO¹
Università degli Studi di Torino

SOMMARIO: 1. *La giustizia climatica fra migrazioni forzate e diritto di restare. Rilievi introduttivi.*–2. *La prospettiva doveristica della tutela dell'ambiente come chiave di lettura degli articoli 9 e 10, co. 3 Cost., anche alla luce della legge costituzionale n. 1/2022.*–3. *Lo status del migrante climatico fra «vecchi» e «nuovi» strumenti di tutela giuridica. Cenni conclusivi.*

*«Patria est ubicumque est bene»
Cicerone (Tusculanae disputationes, V, 37, 108)*

1. LA GIUSTIZIA CLIMATICA FRA MIGRAZIONI FORZATE E DIRITTO DI RESTARE. RILIEVI INTRODUTTIVI

Il legame che esiste fra migrazione ed evoluzione dimostra come le migrazioni ambientali siano eventi tutt'altro che episodici, ma fisiologici e strutturali per il processo di adattamento ed evoluzione della specie umana sul pianeta.

Guardando al passato della storia dell'Umanità, la letteratura scientifica ha evidenziato come la migrazione sia *«un fattore evolutivo fondamentale, da*

¹ Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, corso «Diritti e Istituzioni» – Università degli Studi di Torino (alice.stevanato@unito.it)

sempre» (Calzolaio, Piovani, 2016, VII) perché ha consentito all’Uomo di adattarsi alle mutazioni del clima e ai grandi eventi ambientali e, quindi, di sopravvivere²; di contro, orientandoci verso il prossimo futuro, gli studi sugli effetti del cambiamento climatico³ hanno messo drammaticamente in luce come flussi sempre maggiori di persone saranno costretti ad abbandonare la propria terra perché divenuta inospitale e, quindi, non più idonea a garantire a coloro che vi abitano il diritto di vivere in un luogo salubre e, di conseguenza, lo stesso diritto alla vita⁴.

Diversamente dal passato, però, le cause del mutamento del clima e, più in generale, degli eventi di degenerazione delle condizioni ambientali attuali devono ricondursi prevalentemente ad attività antropiche⁵. Per tale ragione, la lucida e terribile consapevolezza che l’uomo sia per la prima volta nella sua storia «*il principale e decisivo fattore di trasformazione delle condizioni ambientali del pianeta*» (Greco, 2021, 281) porterebbe a qualificare il fenomeno migratorio non più come fattore evolutivo della specie umana, ma come un’emergenza umanitaria globale e un vero e proprio «*crimine di sistema*»⁶ (Ferrajoli, 2021, 45). A questo punto, venuto meno il legame fra migrazione forzata ed evoluzione, «*la protezione del clima diventa necessariamente un’operazione di giustizia*» (Mastrojeni, Pasini, 2017, 32), che, come si argomenterà in seguito (par. 2), impone di analizzare il tema appellandosi anche alle categorie del principio solidaristico nel sistema costituzionale.

Secondo l’OIM (Organizzazione mondiale per le migrazioni), il cambiamento climatico influenza le migrazioni in quattro modi differenti: con l’intensificazione dei disastri ambientali che determinano un aumento degli spostamenti sia interni che esterni; con le conseguenze relative al riscaldamento globale, alla variabilità del clima, alla salute pubblica e alla riduzione dei

² Per un approfondimento rispetto alla prospettiva storica delle migrazioni si veda integralmente V. CALZOLAIO, T. PIOVANI (2016).

³ La Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992 (UNFCCC) ha definito il cambiamento climatico come «qualsiasi cambiamento di clima attribuito direttamente o indirettamente ad attività umane, il quale altera la composizione dell’atmosfera mondiale e si aggiunge alla variabilità naturale del clima osservata in periodi di tempo comparabili». Sul rapporto fra le conseguenze del cambiamento climatico e i formanti normativi, giurisprudenziali e dottrinali del sistema costituzionale, si veda, più diffusamente, M. CARDUCCI (2021), 52-57.

⁴ Si veda O. BROWN (2008), report *Migration and Climate change*, elaborato per OIM (Organizzazione mondiale per le migrazioni), 14, ove si dà atto che «*Climate change will cause population movements by making certain parts of the world much less viable places to live; by causing food and water supplies to become more unreliable and increasing the frequency and severity of floods and storms*».

⁵ Per una ricostruzione scientifica dell’impatto antropico sul clima, si veda almeno E. PADOA-SCHIOPPA (2022), 61-70.

⁶ I crimini di sistema sono stati qualificati dall’Autore qui citato come la categoria che ricomprende quei fenomeni indeterminati e indeterminabili quanto all’evento e ai responsabili nonché alle vittime, generalmente popoli interi e, ancora peggio, l’intera umanità. Si veda, L. FERRAJOLI (2021), 45.

mezzi di sussistenza; con l'aumento del livello del mare; con l'*escalation* di tensioni e conflitti a causa della concorrenza per le risorse naturali. Rispetto alle prospettive future, uno studio pubblicato su *International Migration Review*⁷ ha evidenziato come entro la fine del secolo le migrazioni climatiche aumenteranno di circa il 200% (pur rispettando gli obiettivi stabiliti con l'Accordo di Parigi del 2015). Al contrario, qualora l'attuale cooperazione internazionale dovesse fallire, le stime si aggirano intorno al 500% di migranti climatici in più rispetto ad ora. Altri studi prevedono che entro il 2050 le mutate condizioni dell'ambiente metteranno a rischio il benessere e la stessa possibilità di sopravvivenza di almeno 200-250 milioni di persone (Padoa-Schioppa, 2021, 56).

Gli effetti dirompenti del cambiamento climatico sono maggiormente evidenti nei Paesi più poveri, perché, oltre al fatto che si trovano nella fascia tropicale o più arida del pianeta, questi sono altresì privi di efficaci misure di adattamento e di contrasto agli effetti del cambiamento climatico e non sono in grado di neutralizzare le conseguenze del riscaldamento climatico, che genera a sua volta una crisi dei servizi ecosistemici e, così, il collasso della coesione sociale (Mastrojeni, Pasini, 2017, 115); di contro, le economie più ricche riescono a compensare tali effetti comprando sul mercato internazionale i beni che la terra non produce più a causa del clima alterato. In una direzione solidaristica potrebbe essere interpretata l'istituzione del fondo (sia pure ancora del tutto embrionale) per i ristori delle perdite e i danni del cambiamento climatico (*loss and damage*) nei Paesi più vulnerabili, decisa nel corso della Conferenza delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (COP 27) del novembre 2022; nel prossimo futuro, occorrerà, verificare i termini, le condizioni e le concrete capacità compensative economiche e sociali di detto fondo.

Dalle brevi considerazioni sinora svolte, l'era geologica dell'Antropocene⁸ nella quale viviamo impone agli Stati di perseguire obiettivi di giustizia climatica, non solo perché da ciò ne discende «la realizzazione dell'idea stessa di uomo» (Jonas, 2000, 7, 115), ma anche perché le scelte climaticamente non sostenibili hanno ripercussioni maggiori nei Paesi più poveri⁹ (anche per le

⁷ Si veda *Climate Change, Drought, and Potential Environmental Migration Flows Under Different Policy Scenarios*, accessibile al sito <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/01979183221079850>.

⁸ Per una recente ricostruzione del concetto di antropocene e, soprattutto delle sue implicazioni giuridiche, si veda D. AMIRANTE (2022).

⁹ Come illustra anche il *Summary for Policymakers* del report IPCC 2018, *Global Warming of 1.5 °C*. (la traduzione italiana è stata curata dalla Società italiana per le Scienze del Clima), 11 e, in particolare, punto B.5.1 «Le popolazioni soggette ad un rischio sproporzionatamente maggiore di conseguenze avverse con un riscaldamento globale di 1,5°C e oltre includono popolazioni svantaggiate e vulnerabili, alcune popolazioni indigene, e comunità locali che dipendono da mezzi di sostentamento agricoli o cos-

ragioni accennate *supra*). All'interno di questa cornice, l'obiettivo del presente lavoro è quello di proporre, lungo i «binari» della direttrice doveristica (e quindi, come detto, anche solidaristica), una nuova, possibile, prospettiva di interpretazione del combinato disposto dell'articolo 9 (come novellato con la legge costituzionale n. 1/2022) e dell'articolo 10, co. 3 della Costituzione italiana. Allo stesso tempo, se il fenomeno migratorio è l'evidente epilogo di un processo di involuzione dell'Umanità, i Paesi responsabili della degenerazione del clima dovranno garantire a quanti sono costretti ad abbandonare il proprio Paese non solo idonei strumenti di tutela giuridica (par. 3), ma anche il c.d. diritto di restare (par. 2), principio già proclamato nel 1948 dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo¹⁰ e inteso come il diritto di ognuno di poter vivere nel proprio Paese, in condizioni compatibili con la vita e di non essere costretto suo malgrado a migrare per ragioni ambientali.

2. LA PROSPETTIVA DOVERISTICA DELLA TUTELA DELL'AMBIENTE COME CHIAVE DI LETTURA DEGLI ARTICOLI 9 E 10, CO. 3 COST., ANCHE ALLA LUCE DELLA LEGGE COSTITUZIONALE N. 1/2022

Rimanendo nel solco della teoria antropocentrica del diritto dell'ambiente, autorevole dottrina ha già da tempo sostenuto che il dovere di solidarietà sarebbe in grado di giustificare il fondamento del potere di protezione dell'ambiente, la cui tutela verrebbe ricondotta nell'ambito dell'articolo 2 della Costituzione¹¹. Ancora, rispetto alla legge costituzionale n. 1/2022, Fabrizio Fracchia accoglie favorevolmente il nuovo testo dell'articolo 9 Cost. «*La Repubblica [...] tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*», ritenendo che «*un'effettiva tutela possa prescindere dalla retorica dei diritti e dalla moltiplicazione degli stessi*» (Fracchia, 2022, 155), in quanto quest'ultima potrebbe tradursi in una vuota

tieri (confidenza alta). Le regioni a rischio sproporzionatamente maggiore comprendono gli ecosistemi dell'Artico, le regioni aride, i Paesi in via di sviluppo delle piccole isole e i paesi meno sviluppati (confidenza alta). Ci si aspetta che povertà e disagi aumenteranno per alcune popolazioni con l'aumento del riscaldamento globale; limitare il riscaldamento globale a 1,5°C, rispetto a 2°C, potrebbe ridurre sia il numero di persone esposte ai rischi legati al clima che quelle a rischio di povertà di diverse centinaia di milioni di unità entro il 2050».

¹⁰ L'articolo 13 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo stabilisce al suo primo comma che «*Ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato*».

¹¹ Fra i tanti, si vedano almeno F. FRACCHIA (2002), 231, G. GRASSO (2003), 587, P. LOMBARDI (2023), 86-90 e G. DEMURO (2022), VI-X.

affermazione di principi, priva di contenuto prescrittivo. Ora, pur condividendosi l'impostazione giuridica che inquadra la tutela dell'ambiente in una prospettiva doveristica, si ritiene che, in ogni caso, questa possa conciliarsi con un'impostazione ecocentrica dell'ambiente e con il riconoscimento dei relativi «diritti». In altri termini, ragionare in termini di «diritti» dell'ambiente non impedisce di approvare un approccio di solidarietà (e di responsabilità); i due profili (diritti dell'ambiente e dovere di protezione dell'ambiente) si presentano, cioè, come le due facce della stessa medaglia. Anzi, in più, valorizzando l'autonomia della tutela dell'ambiente, si potrebbe riempire di maggior contenuto l'oggetto stesso del dovere. In questo senso, alcuni Autori hanno iniziato a parlare di *ecostituzionalismo* (Ronchetti, 2021, 78), al fine di ricollocare l'Uomo dentro la Natura e non oltre, sopra o, ancor peggio, fuori. Laura Ronchetti, prendendo in prestito un'espressione utilizzata da altri (Barbati, Endrici, 2005), ci sollecita a ritrovare una «territorialità positiva» alla ricerca di una nuova, rinnovata, relazione con il pianeta (inteso come biosfera e geosfera), nella convinzione che il «*tipo [di] popolo-mondo che si vuole essere dipende dalla percezione di essere in simbiosi con il territorio e il suo ecosistema*» (Ronchetti, 2021, 73-74). Dall'interno di quell'ecosistema globale, quale è la Terra, si approda ad un'inedita concezione di Costituzione, ove la Natura non è intesa solo come principio (seppur supremo) e limite, ma come «*fondamento ultimo*» (Camerlengo, 2020, 12) e fonte di legittimazione del potere statale.

Il concetto di solidarietà e di responsabilità dell'Uomo nei confronti dell'ambiente viene ripreso, con altre espressioni, anche da Luigi Ferrajoli, secondo il quale l'unica strada da percorrere per scongiurare l'epilogo più drammatico è quella di promuovere una Costituzione della Terra che allarghi oltre gli Stati il paradigma del costituzionalismo rigido, sperimentato sinora, e che imponga vincoli ai poteri degli Stati e dei mercati globali, trasformando le promesse e gli impegni politici presi in obblighi giuridici vincolanti. Nella convinzione che le sfide e le emergenze attuali richiedano strategie di intervento globali, l'Autore ipotizza di istituire organi di garanzia a tutela dei beni fondamentali vitali (acqua potabile, aria, mari, foreste, ghiacciai e così via...) e dei diritti umani fondamentali.

Nella sua ampia riflessione sulle potenzialità della teoria del costituzionalismo globale, Ferrajoli si domanda inoltre come poter qualificare tutti quei fenomeni globali quali il riscaldamento climatico, le deforestazioni, la produzione e la diffusione di armi convenzionali, le violazioni dei diritti umani e, per l'appunto, le migrazioni forzate, se non enucleando una categoria giuridica nuova (i crimini di sistema già ricordati), estranea al diritto penale tradizionale in quanto priva dei presupposti giuridici che ne garantiscano i suoi principi.

Il modello del costituzionalismo globale, all'interno del quale si colloca anche il dibattito sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale, non è certo privo di insidie giuridiche. *In primis*, è difficile determinare quale soggetto possa farsi carico di un tale progetto egemonico; in ogni caso, anche qualora si riuscisse ad individuarlo, si aprirebbero ulteriori interrogativi in termini di legittimazione politica e istituzionale di un simile organo. Allo stesso tempo, nel momento storico nel quale si sta scrivendo, l'ambizioso progetto di una Costituzione della Terra si scontra con una realtà globale dilaniata da frammentazioni territoriali e ideologiche e impegnata, in prima linea, a fronteggiare una crisi alimentare ed energetica senza precedenti, a tacere del conflitto in corso nel cuore dell'Europa.

Queste brevi considerazioni mettono sicuramente in luce la prospettiva, per certi versi, utopica del costituzionalismo globale (negarlo condurrebbe il ragionamento a una deriva ideologica priva di utilità pratica) ma, allo stesso tempo, tracciano una «traiettoria» interpretativa che, lungo i «binari» della prospettiva doveristica, consenta di plasmare un costituzionalismo ambientale nel quale l'ambiente occupa uno spazio autonomo, quale bene giuridico finale, meritevole di tutela in quanto tale e non solo come presupposto o come fine ulteriore della lesione di altri diritti.

Con riferimento, più nello specifico, al tema del cambiamento climatico (che, come emerge dagli studi in materia, è la più importante causa delle migrazioni climatiche)¹² sembra che l'Italia, in linea con gli altri Paesi¹³, voglia far entrare il clima (e per quanto qui è di interesse, il tema della degenerazione del clima) «dalla finestra, invece che dalla porta», confermando una generale «*discrasia, osservabile in ogni parte del mondo fra la necessità di un intervento ecologico e la volontà politica di agire in tal senso*» (Jahn, 2021, 2).

Dalla lettura dei documenti ufficiali relativi all'*iter* del procedimento di revisione costituzionale e dei diversi disegni di legge che si sono avvicendati e che, alla fine, hanno portato alla formulazione del testo unificato¹⁴, poi approvato ed entrato in vigore l'8 febbraio 2022, è evidente l'assenza dell'utilizzo

¹² Sul punto, si veda J. JAHN (2021), 2, che illustra come il rapporto dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) del 9 agosto 2021 metta in luce come gli sforzi sinora fatti non sono sufficienti per garantire il contenimento dell'aumento della temperatura globale entro il 2050 al di sotto del 2° C, come stabilito dall'Accordo di Parigi.

¹³ Attualmente solo tredici testi costituzionali (per la maggior parte di paesi asiatici e africani) dispongono di una norma costituzionale che tuteli direttamente il clima. Cfr. P. L. PETRILLO (2022).

¹⁴ Per una puntuale analisi e ricostruzione dei lavori preparatori che hanno portato all'approvazione finale della legge costituzionale n. 1/2022 si rinvia a A. O. COZZI (2021), 3393 ss.

del termine «clima» o «cambiamento climatico»¹⁵. Preso atto di tale *vulnus* linguistico, secondo la recente dottrina, però, l'inciso «anche nell'interesse delle generazioni future» rafforza comunque l'imperativo rivolto ai pubblici poteri di rispettare le obbligazioni climatiche¹⁶ e di implementare politiche e strategie che garantiscano nel lungo periodo uno sviluppo sostenibile e una giustizia ambientale distributiva, tesa ad un utilizzo razionale e responsabile delle risorse naturali (Fracchia, 2022, 148).

Il passaggio giuridico interpretativo fra tutela dell'ambiente, riferimento alle future generazioni e obbligo di implementare politiche di contrasto al cambiamento climatico è stato ben evidenziato nella notissima sentenza del Tribunale federale tedesco del 24 marzo 2021.

Per opportune ragioni di sinteticità¹⁷ non si ripercorre la vicenda fattuale e i motivi giuridici sottostanti la poderosa decisione del *BVerfG*¹⁸, che rappresenta, peraltro, la prima pronuncia che condanna uno Stato per un'illegittima gestione del tempo nell'attività di contrasto alla degenerazione del clima (Carducci, 2021, 5). Il Tribunale costituzionale federale tedesco, nell'esaminare la legge-quadro sulla protezione del clima (*Klimaschutzgesetz*), ha affermato l'esistenza di un vero e proprio dovere oggettivo dei poteri pubblici di tutelare le generazioni future, che esige altresì che lo Stato tedesco agisca a livello mondiale e nell'ambito della cooperazione internazionale nell'implementazione di politiche di contrasto al cambiamento climatico¹⁹; i Giudici costituzionali

¹⁵ Il tema del cambiamento climatico è stato oggetto di due proposte di legge costituzionale presentate alla Camera dei deputati il 25 febbraio 2021 (P. D. L. C. 2914, Pizzopane e al.) e il 29 giugno 2021 (P. D. L. C. 3181, Cunial e al.) che, tuttavia, non sono state sottoposte a discussione. Si veda F. GALLARATI (2022), 1085-1087 e A. O. COZZI (2021), 3400.

¹⁶ Secondo Giorgio Grasso l'assenza della parola «clima» all'interno del nuovo articolo 9 Cost., consente comunque di rafforzare obbligo climatico, in una prospettiva dottrinale che tiene insieme gli obblighi internazionali, il principio di solidarietà e la tutela dell'ambiente, anche nell'interesse delle future generazioni. Si veda G. GRASSO (2022), 52-53.

¹⁷ Si vedano, per tutti, J. JAHN (2021), A. DE PETRIS (2021), R. BIFULCO (2021), W. FRENZ (2022), 5, S. FANETTI (2021).

¹⁸ La legge-quadro sulla protezione del clima (*Klimaschutzgesetz*) approvata dal governo di Grande Coalizione nel 2019, al fine di attuare il regolamento UE sulla tutela del clima e raggiungere gli obiettivi assunti con l'Accordo di Parigi del 2015, fissava degli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra entro il 2030, mentre, per il periodo successivo, demandava al governo federale il compito di individuare i livelli di emissioni annualmente decrescenti attraverso opportuni provvedimenti. Il Legislatore lasciava, quindi, aperta la questione sul modo in cui la Germania doveva raggiungere la transizione alla neutralità climatica entro il 2050. Secondo i ricorrenti la legge-quadro sul clima, individuando obiettivi di riduzione delle emissioni di CO₂ troppo poco ambiziosi, finiva per addossare oneri sproporzionati al periodo successivo al 2031, compromettendo irreparabilmente le libertà costituzionali sancite dall'articolo 2 del *Grundgesetz* e venendo meno agli obblighi di protezione che sussistono in capo allo Stato.

¹⁹ *BVerfG*, 24 marzo 2021, par. 143 «Lo Stato [...] deve contrastare il notevole potenziale rischio del cambiamento climatico con misure che, nella cooperazione internazionale, contribuiscono a fermare il riscaldamento della terra provocato dall'uomo e limitare il cambiamento climatico che ne deriva. Inoltre, sono necessarie misure protettive positive per alleviare le conseguenze del cambiamento climatico».

tedeschi non si sono limitati a prescrivere il dovere imposto allo Stato nella lotta al cambiamento climatico, ma lo hanno «interiorizzato» nei principi costituzionali, aprendo un varco verso una ancora più accentuata – e quanto mai necessaria – consapevolezza ambientale. In un passaggio della sentenza, il Tribunale costituzionale federale tedesco evidenzia altresì che l'articolo 20a della Legge fondamentale «*non beneficia di un primato assoluto in rapporto agli altri interessi, ma deve in caso di conflitto essere conciliato con altri diritti e principi protetti dalla Costituzione. Tuttavia, nel contesto di questo bilanciamento di interessi, l'importanza relativa del dovere di proteggere il clima continuerà ad aumentare più si modificherà il cambiamento climatico*»²⁰.

In questo senso, la posizione del Tribunale costituzionale federale è chiara: la legge sul clima, così come impostata nel 2019, avrebbe negato alle future generazioni la possibilità di esercitare le proprie libertà costituzionali. Giunti ad un apocalittico punto di non ritorno, infatti, le uniche scelte climaticamente possibili, se non si interviene responsabilmente, saranno del tutto sbilanciate verso la tutela dell'ambiente, compromettendo di conseguenza il diritto alla vita e quello ad un livello di sussistenza ecologico di chi verrà dopo di noi.

Rispetto al tema del presente contributo, la sentenza tedesca si spinge oltre, come a voler suggerire che lo squilibrio esistente in una prospettiva intergenerazionale (inteso come un infausto e oggettivo «presagio») si è già drammaticamente verificato, se si ragiona in termini intragenerazionali, partendo dal presupposto che alcuni Paesi sono colpiti più pesantemente rispetto ad altri dalle conseguenze del cambiamento climatico, con tutto ciò che ne deriva in termini di migrazioni climatiche e di violazione dei diritti fondamentali (*in primis*, del diritto alla vita) delle popolazioni che abitano quei luoghi. Rispetto ai ricorrenti originari del Nepal e Bangladesh e più in generale rispetto ai Paesi più poveri, al paragrafo 178 i Giudici costituzionali tedeschi chiariscono che, pur non potendo dichiarare, in quella sede, una lesione di diritti fondamentali di persone che vivono fuori dal territorio tedesco, non è impedito alla Germania di assumersi la responsabilità politica di mettere in atto misure positive per proteggere le persone di Paesi più povere e più duramente colpite dal cambiamento climatico. Anzi, la tensione argomentativa dell'intera pronuncia sembra voler concludere per la necessità per la Germania di implementare politiche globali di contrasto al cambiamento climatico, anche nell'ottica di garantire esigenze di giustizia climatica.

Tenere insieme gli articoli 2 e 9 con l'articolo 10, co. 3 della Costituzione consente di guardare al fenomeno migratorio da entrambi i punti di vista,

²⁰ Principio 2 a, BVerfG, 24 marzo 2021.

ovverosia come diritto di restare (articolo 13 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948) e come diritto ad ottenere idonei strumenti di tutela giuridica. Rispetto al primo profilo, in questo paragrafo si è provato a ricostruire, in una prospettiva di doverosità, gli obblighi dei Paesi maggiormente responsabili di emettere la CO₂ nei confronti dei Paesi che più subiscono le conseguenze pregiudizievoli della degenerazione del clima. Nel paragrafo che segue, invece, ci si domanderà, sia pure in termini dubitativi, se gli strumenti attualmente previsti dal diritto positivo a livello sovranazionale e nazionale siano in grado di rispondere adeguatamente alle necessità di tutela.

3. LO STATUS DEL MIGRANTE CLIMATICO FRA «VECCHI» E «NUOVI» STRUMENTI DI TUTELA GIURIDICA. CENNI CONCLUSIVI

La legge di revisione costituzionale n. 1 del 2022 impone anche una riflessione rispetto agli strumenti di tutela positivamente previsti per coloro che abbandonano le proprie terre a causa del cambiamento climatico. Spesso non è semplice «isolare» il fattore ambientale/climatico rispetto ad altri fattori di migrazione forzata, quali in primo luogo le guerre e le persecuzioni; ciò accade soprattutto nei casi di eventi climatici disastrosi a lenta insorgenza (come, ad esempio, la siccità e la progressiva limitatezza delle risorse). In molte situazioni, quindi, le ragioni di una migrazione forzata sono multifattoriali e, in alcune circostanze, è altresì complesso astrarre quale sia il fattore determinante o la causa scatenante. È stato evidenziato, per esempio, come la guerra in Siria sia stata determinata da un periodo prolungato di siccità, causato dal riscaldamento globale e secondo alcuni osservatori persino la tragedia della guerra in Ruanda del 1994 fonda le proprie radici non solo nelle rivalità etniche, ma anche in una crisi ambientale generata da un'impetuosa crescita demografica (Padoa-Schioppa, 2021, 101).

Come detto, quindi, il pericolo per la propria vita non deriva necessariamente da un conflitto armato ma può dipendere anche da condizioni socio-ambientali, comunque riferibili alle azioni dell'uomo, che mettono a rischio la sopravvivenza. A fronte della presenza di diverse categorie di migranti, è necessario evidenziare che non tutte sono adeguatamente tutelate dall'ordinamento giuridico. Infatti, ancora ad oggi manca una specifica protezione dei migranti climatici sul piano del diritto internazionale. Giunti a questo punto, sembra allora che solo una ricostruzione della protezione internazionale che tenga conto anche delle cause ambientali e climatiche possa essere realmente conforme alla recente riforma costituzionale del 2022, come peraltro pare sugge-

rire anche Claudio Panzera, il quale ha opportunamente osservato come «*la protezione dei diritti dei migranti/ rifugiati climatici in quanto tali può trovare, volendo, riconoscimento anche in altre disposizioni, in particolare nell'art. 2 e forse, indirettamente, nella nuova formulazione dell'art. 9*» (Panzera, 2022, 825).

Rispetto agli strumenti giuridici già esistenti, è stato sostenuto (Brambilla, 2017, 22-23 e Bonetti, 2021, 54) che nei casi connessi a condizioni ambientali non si possa riconoscere la tutela dello *status* di rifugiato, sia per la difficoltà di qualificare il degrado ambientale come un motivo di persecuzione, sia per quella di individuare concretamente, nelle autorità statali, un agente persecutore.

Con riferimento alla prima questione problematica, si deve dare atto che nemmeno la guerra è espressamente prevista come motivo per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, non essendo ricompresa nell'articolo 1 della Convenzione di Ginevra (che risale al 1951) e quindi qualificata come «motivo di persecuzione»; nell'applicazione amministrativa e giurisdizionale, però, il conflitto bellico è divenuto motivo per il riconoscimento della protezione internazionale, anche dello *status* di rifugiato (ed è fatto notorio, se si pensa alle persone migranti scappate dalla già menzionata guerra in Siria). Allo stesso tempo, interpretando estensivamente il concetto di persecuzione, vi si potrebbe aspramente far rientrare anche il degrado ambientale, proprio in considerazione del fatto che il clima sarà in futuro la principale causa di migrazione forzata.

Quanto al secondo requisito richiesto, in base a quanto stabilito dall'articolo 5, co. 1, lettera a) del d.lgs. 251/2007, lo Stato è ricompreso fra i possibili responsabili della persecuzione o del danno grave, ai fini della valutazione della domanda di protezione internazionale. È difficile, piuttosto, accertare la diretta responsabilità dell'Autorità statale come agente persecutore nei confronti del richiedente asilo proveniente da quel determinato Stato. Però, almeno la seconda delle due questioni problematiche appena accennate potrebbe forse risolversi mettendo alla prova un'inedita prospettiva di indagine, ovvero sia quella offerta dall'ampio e molto attuale dibattito di *climate change litigation*²¹. A tal proposito, pensando alla vicenda pakistana (Pozzo, 2021, 316), ovvero sia al caso *Leghari v. Federation of Pakistan*, conclusasi con una sentenza favorevole per l'attore²², può aver senso qualificare lo Stato responsabile in

²¹ Per una recente ricostruzione del meccanismo del contenzioso climatico e delle sue implicazioni sul possibile riconoscimento del c.d. diritto al clima si veda, almeno, A. PISANÒ (2022).

²² In quella sede, Leghari, cittadino pakistano aveva citato in giudizio il governo pakistano per non avere adempiuto agli obblighi previsti dalle due leggi sul clima del 2012 e 2014. Si veda *Asghar Leghari v. Federation of Pakistan* (W. P. No. 25501/2015), *Lahore High Court Green Bench*, https://elaw.org/PK_AsgarLeghari_v_Pakistan_2015.

via diretta e oggettiva delle condizioni ambientali e climatiche disastrose e non solo come soggetto agente di indefinite condotte omissive (Brambilla, 2017, 23).

In attesa di un puntuale intervento normativo sul piano internazionale, di una concreta apertura rispetto al contenuto dell'asilo politico costituzionale (Benvenuti, 2018, 19-27) o, ancora, dell'approvazione di una legge ordinaria *ad hoc* come prevista dalla riserva di legge dell'articolo 10, co. 3 Cost., la novella costituzionale dovrà essere applicata come criterio interpretativo per estendere ed espandere i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale, almeno della protezione sussidiaria come prevista dall'articolo 14, lettera c) del d.lgs. 251/2007, ovverosia in presenza di «*un conflitto armato generalizzato*». Potrebbe comunque non essere agevole sostenere che all'interno di tale categoria si possa far rientrare anche la situazione di grave dissesto ambientale, di inondazioni e così via; peraltro, come accade in alcune zone del Bangladesh e del Pakistan, le conseguenze drammatiche del cambiamento climatico non sono collegate a guerre o conflitti armati, ma sono determinate da disastri ambientali a rapida insorgenza (monsoni, esondazioni e così via...).

Proseguendo ora verso l'analisi delle forme di protezione complementari, è necessario, sia pure per brevi cenni, dare conto dell'evoluzione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, come previsto dall'art. 5, co. 6 d. lgs. 286/1998 (d'ora in poi T. U. Immigrazione); tale *excursus* è finalizzato a comprendere come riconoscere al migrante ambientale questo tipo di protezione non sia assolutamente privo di insidie.

La c.d. protezione umanitaria (a seguito del decreto legge 130/2020 denominata protezione speciale) è un diritto soggettivo diverso ed ultroneo rispetto agli istituti di protezione internazionale, annoverata fra i diritti umani fondamentali ai sensi dell'articolo 2 Cost., che trova origine in fonti nazionali, ovverosia nell'articolo 5, comma 6 del T. U. Immigrazione (modificato poi dal decreto-legge n. 113/2018), sia soprattutto nei principi di *non refoulement* previsti dalle direttive internazionali recepite principalmente dagli articoli 3, 9 e 15 del d.lgs. 251/2007 e ribaditi nel d.lgs. n. 25/2008.

Prima che entrasse in vigore il Testo Unico sull'Immigrazione la giurisprudenza di merito e di legittimità aveva più volte affermato l'immediata portata precettiva del diritto di asilo costituzionale e, successivamente, la circostanza secondo cui la protezione umanitaria avesse dato piena attuazione al diritto di asilo costituzionale, configurandosi, quindi, come una norma costituzionalmente obbligata (in applicazione dell'art. 10 Cost.) e, pertanto, non abrogabile *de plano* da una normativa di fonte ordinaria (come si è provato a fare con il decreto-legge 113/2018, il c.d. decreto «sicurezza»). Sul punto, con la sentenza n. 4455/2018, la Corte di Cassazione ha affermato che la protezio-

ne umanitaria *«costituisce una delle possibili forme di attuazione dell'asilo costituzionale»*. Successivamente, il decreto-legge 113/2018 aveva modificato la formulazione dell'articolo 5, co. 6 TUI prevedendo solo alcuni casi tipizzati di protezione speciale, fra cui, per quanto è qui di interesse, il permesso di soggiorno per calamità naturali (art. 20 bis TUI). Nella formulazione del 2018 e diversamente da quella successiva del 2020 (decreto-legge 130/2020), il permesso di soggiorno per calamità veniva rilasciato solo nel *«caso di contingente ed eccezionale calamità»*, aveva una durata di sei mesi, poteva essere rinnovato per soli ulteriori sei mesi, ma non poteva essere convertito in motivi di lavoro; la mancata convertibilità del permesso impediva allo straniero di avviare un positivo percorso di integrazione in dignità e in sicurezza. Il decreto-legge n. 130/2020 ha riscritto l'articolo 20 bis, mostrando una ferma apertura verso il riconoscimento della figura del migrante ambientale; la nuova formulazione dell'art. 20 bis TUI stabilisce che la situazione di calamità naturale non deve necessariamente qualificarsi come contingente ed eccezionale, ma è sufficiente che essa sia grave; il permesso di soggiorno può essere rinnovato non solo una volta, ma, soprattutto, eliminando il divieto alla conversione di tale permesso temporaneo, consente allo straniero di stabilizzarsi nel nostro Paese, qualora abbia trovato un'occupazione lavorativa.

Rispetto al rapporto fra protezione umanitaria (ora speciale) e migrazioni climatiche si deve da ultimo richiamare la più recente ordinanza n. 5022 del 24/02/2021, con la quale la Corte di Cassazione ha stabilito che *«quando il giudice di merito ravvisi, in una determinata area, una situazione idonea a integrare un disastro ambientale, o comunque un contesto di grave compromissione delle risorse naturali cui si accompagni l'esclusione di intere fasce di popolazione dal loro godimento, la valutazione della condizione di pericolosità diffusa esistente nel Paese di provenienza del richiedente, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, va condotta con specifico riferimento al peculiare rischio per il diritto alla vita e all'esistenza dignitosa derivante dal degrado ambientale, dal cambiamento climatico o dallo sviluppo insostenibile dell'area»*. Con questa importante decisione, la Suprema Corte inaugura un nuovo orientamento giurisprudenziale che evidenzia la necessità di riconoscere l'esistenza dei migranti ambientali, evidenziando come *«al di là delle etichette di rifugiato, migrante climatico, migrante ambientale e via dicendo, ciò che preme è dare una tutela giuridica a queste persone, per volgere l'attenzione ad una gestione organizzata della migrazione, in vista di un fenomeno, quale il climate change, che sembra ineluttabile»*. La Corte di Cassazione offre finalmente un'ampia e radicata attenzione al fenomeno dei migranti ambientali, ai quali assicura una forma di protezione umanitaria (ora

speciale), fondata non tanto (o comunque non più solo) sul diritto alla salute o sul diritto al rispetto della vita privata e familiare (in questo caso però lo straniero deve dimostrare di essere integrato sul territorio italiano), ma sul diritto alla vita e sul divieto di trattamenti inumani e degradanti. In questo senso, si inserisce il novellato l'articolo 9 della Costituzione, il quale impone di applicare con maggior rigore i principi appena richiamati: la tutela dell'ambiente, in quanto bene non strumentale ma finale costituzionalmente garantito, deve intendersi anche come diritto ad un ambiente che garantisca condizioni compatibili con la vita. Secondo quanto stabilito dall'ordinanza richiamata, il riconoscimento dell'istituto della protezione umanitaria è uno strumento utile per garantire una tutela per i c.d. migranti ambientali. Da un punto di vista probatorio, il riconoscimento di tale forma di protezione, in quanto intimamente collegato alla tutela del diritto alla vita, non richiede al richiedente asilo di dimostrare di aver raggiunto un determinato livello di integrazione sul territorio, perché quest'ultimo, essendo un diritto fondamentale, deve essere riconosciuto in ogni caso.

Nell'ordinanza appena richiamata i Giudici della Suprema Corte hanno dimostrato di aver interiorizzato il «principio di non respingimento» stabilito dal Comitato per i diritti umani dell'ONU nel notissimo caso *Teitiotia* contro Nuova Zelanda, il quale ha rappresentato una pronuncia fondamentale per il riconoscimento del fattore ambientale come causa di migrazione e, quindi, come presupposto di tutela giuridica²³. La decisione del Comitato ONU pubblicata il 7 gennaio 2020 è particolarmente interessante perché si applica il principio di *non refoulement*: si afferma, infatti, che gli effetti dei cambiamenti climatici possono incidere sul godimento del diritto alla vita e sul divieto di trattamenti disumani e degradanti. Per la prima volta, il Comitato ONU (nella sua funzione di organo chiamato ad assicurare la corretta applicazione da parte degli Stati contraenti del Patto sui diritti civili e politici) ha stabilito il divieto di respingimento per il migrante ambientale, nel caso in cui il rientro nel suo Paese

²³ La vicenda trae origine da un ricorso presentato da un cittadino di Kiribati contro la decisione del Tribunale neozelandese che non gli riconosceva il diritto di asilo. Il signor Teitiotia lamentava come il rimpatrio a Kiribati avesse compromesso il diritto alla vita sancito dall'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite (in seguito, «PIDCP»), alla luce delle conseguenze provocate dall'innalzamento del livello del mare, ossia la progressiva erosione della costa, la salinizzazione dei terreni, la carenza d'acqua dolce per le colture e l'allevamento. L'impatto di questi fenomeni si misura nella quotidianità della comunità dell'isola di Tarawa e si traduce nella scarsità di acqua potabile per soddisfare il fabbisogno di una popolazione sempre più ristretta in un territorio che va rimpicciolendosi. A ciò si aggiungono la crisi abitativa e i conflitti per i terreni che contribuiscono a generare un clima di violenza diffusa, di cui le vittime sono molte. Il signor Teitiotia e la famiglia decidono di migrare a fronte di una situazione diventata di fatto insostenibile. Si veda il contributo accessibile al sito <https://www.iusinitinere.it/quale-tutela-giuridica-per-i-climate-refugees-il-caso-teitiotia-41188>.

di origine possa comportare un rischio per la propria vita. Anche se in quella sede il Comitato ONU ha respinto il ricorso per mancanza dei presupposti per la compromissione del diritto alla vita, la decisione assume un'importanza fondamentale, venendo peraltro richiamata di recente dalla giurisprudenza nazionale anche italiana (vedi *supra*), poiché dalla stessa deriva un principio di non respingimento con un ambito di applicazione ben più esteso di quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra e che consiste nella necessità di assicurare a tutti il più importante dei diritti fondamentali, ovverosia il diritto alla vita. In definitiva, il principio di non respingimento si applica tutte le volte in cui il diritto alla vita è strettamente minacciato anche da catastrofi ambientali.

I recenti sviluppi legislativi e giurisprudenziali mettono in luce come stia maturando una progressiva sensibilità verso la tematica del migrante climatico e ambientale, ma il punto di approdo raggiunto sinora non è sufficiente. La vicenda della protezione umanitaria, dal 2018 in avanti, infatti, evidenzia come questa forma di tutela complementare sia eccessivamente condizionata da decisioni politiche poco lungimiranti e soprattutto poco stabili; di contro, l'emergenza ambientale globale attuale impone scelte ambiziose e a lungo termine, che sappiano rispondere con responsabilità alle migrazioni del futuro.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- CECCHETTI, M., RONCHETTI, L., BRUTI LIBERATI, E. (a cura di) (2021) *Tutela dell'ambiente. Diritti e politiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.
- AMIRANTE, D., *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, il Mulino, Bologna, 2022.
- BARBATI, C., ENDRICI, G., *La territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, il Mulino, Bologna, 2005.
- BENVENUTI, M., *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione giustizia*, 2, 2018, 14-27.
- BIFULCO, R., *Cambiamento climatico, generazioni future (e sovranità) in una storica sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Astrid-Rassegna*, 12, 2021, 421-437.
- BONETTI, P., *La protezione speciale dello straniero in caso di disastro ambientale che mette in pericolo una vita dignitosa*, in *Lexambiente*, 2, 2021, 48-82.
- BRAMBILLA, A., Castiglione M., *Migranti ambientali e divieto di respingimento*, in *Questione Giustizia*, 2020.
- *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordine giuridico europeo e nazionale?* in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2017, 1-27.

- CALZOLAIO, V., PIOVANI, T., *Libertà di migrare. Perché ci spostiamo da sempre ed è bene così*, Einaudi, Torino, 2016.
- CAMERLENGO, Q., *Natura e potere. Una rilettura dei processi di legittimazione politica*, Mimesis, Sesto San Giovanni, 2020.
- CARDUCCI, M., *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. 8, 2021, 51-74.
- *Libertà «climaticamente» condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, in *laCostituzione.info*, 3 maggio 2021.
- CECCHETTI, M., *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: fra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, 285-314.
- COZZI, A. O., *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE Online*, 4, 2021, 3391-3430.
- DE PETRIS, A., *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?*, in *CERIDAP. EU*, 21 ottobre 2021.
- DEMURO, G., *I diritti della natura*, in *Federalismi*, 1, 2022, IV-X.
- FANETTI, S., *Politiche climatiche e tutela nel tempo delle libertà fondamentali: la Legge tedesca sui Cambiamenti Climatici al vaglio del Tribunale Costituzionale Federale*, in *Il diritto dell'agricoltura*, 2, 2021, 187– 216.
- FERRAJOLI, L., *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Feltrinelli, Milano, 2022.
- FRACCHIA, F., *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione. Un approccio in negativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2022, 15-30.
- *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 215– 259.
- FRENZ, W., *The German Federal Constitutional Court's climate-decision and consequences for raw materials supply*, intervento al World Congress of Constitutional Law, University of Johannesburg, Panel n. 5, 6 dicembre 2022.
- GALLARATI, F., *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in *DPCE online*, 2, 2022, 1085-1110.
- GRASSO, G., *La révision de la Constitution italienne sur la protection de l'environnement: qu'est-ce qui pourra changer pour les questions climatiques?* in *Italian Paper of Federalism*, 3, 2022, 47-60.
- *L'espansione della categoria dei doveri costituzionali nella riforma costituzionale sull'ambiente*, in *Menabò di Eticaeconomia*, 2022.
- *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Politica del diritto*, 4, 2003, 581-608.
- JAHN, J., *Rafforzare la tutela dell'ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali? Commento alla sentenza sul clima del BVerfG*, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2022, 47-68.

- LOMBARDI, P., *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi*, 1, 2023, 86-103.
- MONTALDO, S., *La neutralità climatica e la libertà di futuro (BVERFG, 24 marzo 2021)*, in *Diritti Comparati*, 1° luglio 2021.
- PADOA-SCHIOPPA, E., *Antropocene. Una nuova epoca della Terra, una sfida per l'umanità*, Il Mulino, Bologna, 2021.
- PANZERA, C., *Attuazione, tradimento e riscoperta del diritto di asilo*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2022, 809-838.
- PASINI, A., MASTROJENI, G., *Effetto serra, effetto guerra: Il clima impazzito, le ondate migratorie, i conflitti*, Chiarelettere, Milano, 2017.
- PETRILLO, P. L., *Il costituzionalismo climatico*, Note introduttive, in DCPE online, fascicolo speciale, 2/2023, 233-250.
- PISANÒ, A., *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.
- POSTIGLIONE A., *Ambiente e doveri. Per una transizione ecologica, digitale ed etica*, Tuttoambiente, 2021.
- POZZO, B., *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2, 2021, 272-318.

LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO SUL GLOBAL: ANÁLISE DA SENTENÇA 4360-2018 DA CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA DA COLÔMBIA

THAYANA BOSI OLIVEIRA RIBEIRO

Universidade Federal do Maranhão e Universidade de Coimbra

SUMÁRIO: 1. *Introdução.*–2. *Características gerais da litigância climática.*–3. *Sentença 4360 de 2018 da Corte Suprema de Justiça da Colômbia.*–4. *Particularidades da litigância climática no Sul global.*–5. *Considerações finais.*

1. INTRODUÇÃO

Em meio a crise socioecológica enfrentada globalmente, consequência das injustiças ambientais e sociais causadas por ações humanas, vêm sendo desenvolvidas novas pesquisas e instrumentos em diversas áreas, inclusive no direito que é um importante sistema de mediação e transformação social, com o objetivo de adiar o fim do mundo.

Steffen, *et al* (2015) alertam que, dos limites planetários, o climático se for transgredido continuamente têm o potencial de conduzir, por si só, à um novo rearranjo do Sistema Terra. As Organizações das Nações Unidas – ONU, por sua vez, têm ressaltado a estreita ligação entre as atividades humanas e as mudanças climáticas, e a urgência em frear tal crise. Antônio Guterres (2021), secretário geral da ONU anuncia que estamos em um período crucial, e que se não forem adotadas medidas eficazes para conter as causas das mudanças climáticas, iremos alcançar em breve um «ponto de não retorno».

Nesse contexto, se observa que uma das respostas do direito, que ganha cada vez mais destaque, crescendo exponencialmente, ainda como objeto de estudos acadêmicos, é a litigância climática. Vem aumentando o número de casos judiciais que abordam as questões climáticas. Alguns autores (Garavito, 2021; Guruparan; Moynihan, 2021) vêm dando ênfase, especialmente, à jurisprudência que emerge do Sul global¹, que apresentam interpretações, ferramentas que vêm ecoando e influenciando outras cortes nacionais e internacionais.

A atuação da Corte Suprema da Colômbia, particularmente, tem chamando atenção, com decisões emblemáticas, como vetor de mudanças de paradigmas no direito e da realidade local. O presente artigo científico, assim, tem o objetivo de analisar, especificamente, a sentença 4360-2018 da Corte Suprema de Justiça da Colômbia, e refletir sobre suas principais características e inovações – as contribuições que emanam do Sul em matéria de litigância climática estratégica.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, que envolve o levantamento, leitura e discussão de obras bibliográficas e documentos, assim como a análise de caso. Pontua-se, por fim, que os resultados da pesquisa se encontram estruturados da seguinte forma: no primeiro tópico são indicadas, de forma não exaustiva, as principais características da litigância climática extraídas de casos em destaque em todo mundo; no segundo tópico é analisada a sentença 4360 de 2018 da Colômbia; e no último tópico são evidenciadas as particularidades da referida sentença, suas contribuições e inovações em matéria de litigância climática.

2. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA

Outrora as discussões sobre as mudanças climáticas se centravam, sobretudo, no conteúdo das legislações nacionais e internacionais, porém, vem aumentando, gradativamente, o número de casos judiciais que abordam as questões climáticas. O que envolve também o debate acerca do papel que os juízes podem ter, em meio a crise ambiental e civilizatória em curso e a urgência em transformar a realidade – Heleen De Coninck, pesquisadora do *Intergovernmental Panel on Climate Change* – IPCC, da ONU, assevera que se chegou ao momento do «é agora ou nunca» (Mcgrath, 2022) –, para a concretização da defesa do meio ambiente e garantia de vida digna para todos os seres vivos, humanos e não humanos. A litigância climática, nesse cenário, tem sido perce-

¹ O termo Norte e Sul global são utilizados no presente artigo com referência, não necessariamente às localizações geográficas, mas, às inserções dos países na economia e relações de poder mundial.

bida, cada vez mais, como uma relevante ferramenta capaz de influenciar nos resultados das políticas públicas (Setzer; Byrnes, 2019).

De um punhado de casos judiciais na década de 90, concentrados no Norte, se contabilizou, em 2019, mais de 1300 casos de litigância climática distribuídos por 28 países, e entre esses, 4 casos decorriam em jurisdições supranacionais. Elenca-se, com base na pesquisa realizada por Setzer e Byrnes em 2019, em ordem decrescente, do país com o maior ao com menor número de casos de litigância climática: Estados Unidos (1,023 casos), Austrália (94), o Reino Unido (53), Nova Zelândia (17), Canadá (16), Espanha (13), a Índia (10), a França (6), o Brasil (5), Alemanha (5), Irlanda (3), África do Sul (3), Filipinas (2), Holanda (2), Ucrânia (2), Paquistão (2), República Checa (1), Indonésia (1), Nigéria (1), Uganda (1), Áustria (1), Equador (1), Polônia (1), Suécia (1), Noruega (1), Bélgica (1), Suíça (1). Já entre as jurisdições supranacionais: a União Europeia (55 casos), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2), a Corte Interamericana (1), e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (1).

Setzer e Byrnes (2019) explicam que esse levantamento foi realizado a partir de dados do *Climate Change Laws*, *Sabin Center for Climate Change Law*, e o *Grantham Research Institute on Climate Change*, e que em suas pesquisas não contaram com grande coleta sobre casos de fora dos Estados Unidos, se limitando a estudar algumas amostras, decisões de outros países que eram encontradas na língua inglesa. Os autores (Setzer; Byrnes, 2019) também concluem que, apesar das ações climáticas estarem em número maior em países do Norte Global, os processos do Sul vêm crescendo tanto em número quanto em inovações e contribuições ao debate de maneira geral.

O presente artigo científico, por sua vez, pretende justamente trazer à tona, nos próximos tópicos, as estratégias e avanços na litigância climática que vem do Sul, que tem chamado atenção do mundo jurídico e acadêmico, suas principais características e contribuições para a temática. Alguns dos resultados alcançados com a investigação é a compreensão de que os litígios climáticos estratégicos do Norte e do Sul partilham de algumas características gerais, e que ambos têm como pano de fundo a preocupação em enfrentar a crise socioecológica (Feria-Tinta; Milnes, 2019).

Podem ter como cenário de fundo também o fato de alguns governos apresentarem posturas negacionistas quanto as mudanças climáticas e operarem a desregulamentação da proteção ambiental (Latour, 2020). O Judiciário então pode atuar de forma contra majoritária às falhas e omissões governamentais no combate as mudanças climáticas, em favor da natureza, do direito à vida digna,

pressionando para que sejam cumpridos os compromissos políticos e jurídicos assumidos nacional e internacionalmente (Sarlet; Fensterseifer, 2020).

Por outro lado, nota-se que a busca por efetividade da proteção ambiental está atrelada também às características próprias, as experiências jurídicas locais e ao momento político de cada país. Algumas posturas tomadas pelo judiciário, melhores descritas nos próximos tópicos, são mais prováveis em jurisdições onde os litigantes estão indo além dos recursos e argumentos processuais previstos, onde há legislação e posturas judiciais progressistas. Nesse sentido, as jurisdições do Sul que tem experiências consolidadas na consecução de direitos socioeconômicos, têm sido férteis fontes de jurisprudências inovadoras acerca da proteção ambiental, e especificamente em questões climáticas, baseadas em direitos humanos. (Setzer; Byrnes, 2019).

Segue-se, nessa parte do presente artigo científico, pontuando algumas das principais características gerais da litigância climática, extraídas de casos de destaque ao redor do mundo. Inicialmente se aclara que a litigância climática estratégica pode ser conceituada como uma abordagem inovadora que busca influenciar a governança climática nos setores públicos e privados. São processos que tendem a ser complexos e de grande visibilidade instigando o debate e mudanças políticas amplas (Setzer; Byrnes, 2019).

Reitera-se que a litigância climática tem sido considerada, como importante instrumento que auxilia a preencher a lacuna entre as promessas internacionais e nacionais e as ações governamentais (Guruparan; Moynihan, 2021). Pode servir, como um mecanismo importante para dimensionar e acelerar ações de enfrentamento a questão climática nesse momento crucial para evitar cenários futuros mais catastróficos (Garavito, 2021).

Percebe-se que a maioria dos litígios climáticos são apresentados por indivíduos, empresas e ONG's contra governos/órgãos públicos (no caso das ações nos Estados Unidos, 85% são contra os governos) e buscam aumentar a pretensão de mitigação das atividades causadoras da crise climática, a concretização das metas e compromissos já assumidos, e/ou que os riscos climáticos sejam levados em consideração, por exemplo, em processos de licenciamento ambiental, por fundos de investimentos (Guruparan; Moynihan, 2021).

Outra característica identificada é que os alertas realizados pelos cientistas e os posicionamentos emblemáticos de outros tribunais sobre a matéria vão sendo, gradativamente, mais citados pelos operadores do direito, mesmo quando o combate às mudanças climáticas não se encontra diretamente expresso na demanda principal no qual estão atuando (Setzer; Byrnes, 2019). Setzer e Byrnes (2019) esclarecem que um dos pontos que já foram encarados como grande desafio nos litígios climáticos era a determinação do nexo de causali-

dade entre a fonte da emissão de gases e os danos específicos causados ao clima, mas que tal barreira tem sido ultrapassada por estudos que esclarecem a relação entre determinadas atividades e a crise climática.

Essa é, aliás, uma das estratégias utilizadas nos novos litígios climáticos: requerer aos Tribunais que as metas estabelecidas nos relatórios do IPCC, no Acordo de Paris e em outras fontes autorizadas sirvam de referência para a avaliação da atuação dos governos; outra estratégia é invocar normas de direitos humanos para responsabiliza-los (Garavito, 2021).

Setezer e Byrnes (2019) destacam, aliás, que o ano de 2015 representa um marco no que tange ao desenvolvimento de litígios climáticos estratégicos devido a celebração do Acordo de Paris, durante a Conferência das Partes – COP 21, e a prolação de duas sentenças que obtiveram significativa repercussão: a decisão da Corte Superior de Lahore no caso Ashgar Leghari, e a decisão em primeira instância do caso Urgenda.

O Acordo de Paris é um tratado internacional no âmbito da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre as mudanças climáticas. Visa alcançar a descarbonização das economias mundiais e manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C acima dos níveis pré-industriais, com esforços para limitar a temperatura à 1,5°C.

Outra característica geral é que uma proporção crescente dos demandantes são jovens em prol dos direitos das gerações futuras. Enfatiza-se o caso Duarte Agostinho e outros versus Portugal e outros Estados do Conselho da Europa, de 2020. Os litigantes alegavam a violação do direito à vida, do direito à privacidade e também a discriminação com base na idade, pois os hoje jovens e crianças teriam que suportar as consequências das mudanças climáticas no nível muito maior que a presentes gerações, na medida em que as trajetórias atuais tomadas pelos Estados excedem a meta de 1,5°C do Acordo de Paris podendo expô-las a elevação da temperatura em até 4°C, e que devem, portanto, ser cumpridas as metas existentes. Frisa-se também a petição de Greta Thunberg e outras 15 crianças na Comissão da ONU dos Direitos da Criança alegando que a Argentina, Brasil, França, Alemanha e Turquia violaram os seus direitos pois falharam em desencorajar os maiores emissores de gases de efeito estufa (Guruparan; Moynihan, 2021).

Vale comentar ainda os já citados caso Urgenda e o caso Ashgar Leghari que são para Setezer e Byrnes (2019) um marco no desenvolvimento da litigância climática. O caso da Fundação Urgenda versus o Estado da Holanda foi o primeiro que resultou, em 2015, na adoção de metas de redução de gases de efeito estufa mais ambiciosas por parte do governo. Em outubro de 2018 o Tribunal Recursal de Haia se posicionou contra as argumentações apresenta-

das pelo governo holandês, e estipulou que a Holanda deveria reduzir suas emissões até 2020 em pelo menos 25% em relação aos níveis de 1990, levando em conta as avaliações científicas o IPCC e o Acordo de Paris. Em 2019 o caso chegou a Suprema Corte Holandesa que manteve as decisões de 2015 e 2018.

Nesse caso, então, ocorreu o reconhecimento expresso do dever legal do Estado de prevenir mudanças climáticas com a adoção de metas exatas de redução de emissão de carbono, com, ainda, o aumento das expectativas de mitigação. Houve também o reconhecimento de que a inação do Estado quanto às mudanças climáticas é uma violação dos direitos humanos, e que há responsabilidade pelos compromissos e metas nacionais e internacionais (Setzer; Byrnes, 2019).

Guruparan e Moynihan (2021) destacam que no caso Urgenda, as discussões eram inicialmente centradas na lei de responsabilidade civil holandesa, mas que os direitos humanos foram se tornando decisivos para o resultado da decisão, foram utilizados pelo Tribunal para determinar o dever de diligência do Estado. O que torna a referida decisão de Urgenda um exemplo de como os tribunais podem ir fazendo uso, progressivamente, de ferramentas processuais e de interpretações baseada em direitos fundamentais, em tratados internacionais como o Acordo de Paris, e em relatórios científicos, atuando para preencher a lacuna entre as obrigações legais e a atuação do Estado.

O caso Ashgar Leghari versus Federação do Paquistão, por sua vez, tem sido igualmente apontado como referência no estabelecimento da base dos direitos humanos nos litígios climáticos, sendo citado, inclusive, por outros juízes. Nesse caso o Tribunal considerou que o atraso do governo em promulgar as leis climáticas nacionais violava direitos fundamentais. Determinou também que o governo nomeasse um ponto focal sobre as mudanças climáticas em alguns departamentos, publicasse um plano de ação realizável de adaptação e estabelecesse uma Comissão para monitorar o seu progresso.

Outro importante precedente é a investigação da Comissão de Direitos Humanos das Filipinas denominada de *Carbon Majors Inquiry* que objetivava determinar os impactos das mudanças climáticas no gozo dos direitos humanos e a responsabilidade dos maiores produtores de combustíveis fósseis, das corporações, com foco nas vozes dos mais vulneráveis. A Comissão concluiu em dezembro de 2019 que 47 dos maiores produtores de combustíveis fósseis do mundo, como a Chevron, Repsol e Shell, desempenharam um papel nas mudanças climáticas e podem ser responsabilizados consequentemente por violações à direitos humanos.

Ainda quanto ao atrelamento das questões climáticas aos direitos humanos, se ressalta que na decisão da Suprema Corte da Holanda, no caso Urgenda

– em que se expressou que os riscos das mudanças climáticas se enquadram na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), especificamente no artigo 2 que trata do direito à vida, e no artigo 8 que trata do direito à vida privada e familiar –foi utilizada a abordagem denominada como «terreno comum». Abordagem essa originada no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), na qual o Estado demandado não precisa ter ratificado todos os instrumentos aplicáveis, mas é suficiente para a Corte observar que tenha adotado instrumentos relevantes que representem uma evolução contínua nas normas e princípios aplicados no direito internacional ou no direito interno da maioria dos Estados do Conselho da Europa, correspondendo à um terreno em comum (Guruparan; Moynihan, 2021).

A doutrina do «terreno em comum» têm sido, além do mais, frequentemente citado por litigantes e juízes nos litígios climáticos, e inclui dentre os elementos centrais que denotam a evolução contínua nas normas à observância ao Acordo de Paris e aos relatórios do IPCC – os relatórios de 2014 e 2018, por exemplo, foram adotados como padrão-ouro para avaliar as violações cometidas (Garavito, 2021).

O Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas defendem que os Estados não devem autorizar atividades ou adotar políticas que resultem em impactos ambientais, que por sua vez irão afetar direitos humanos. Michelle Bachelet (2018) declarou que as mudanças climáticas é um dos maiores desafios para concretização dos direitos humanos. Nesse sentido, pode-se dizer que os Estados têm o dever de proteger os direitos humanos dos efeitos nocivos das Alterações Climáticas, assim, assumem obrigações de fazer – adotar políticas eficazes para mitigar as causas das mudanças climáticas, diminuir a emissão de gases de efeito estufa, alcançar as metas estabelecidas, tal qual demonstrar uma progressividade até alcançar altos níveis de proteção do meio ambiente – e obrigações de não fazer – como, não permitir atividades sem considerar o risco climático em jogo (Guruparan; Moynihan, 2021).

Garavito (2021), a partir de levantamento das ações judiciais e de entrevistas com sujeitos-chave, conclui que o número de casos climáticos que são discutidos com base em direitos humanos aumentou desde 2015, e que a Europa, particularmente, têm sido uma região ativa nesse «virada». As discussões sobre as mudanças climáticas baseada em direitos fundamentais foram sendo desenvolvidas nos últimos anos no contencioso ambiental.

Vale pontuar que também prevalece em algumas jurisdições casos em que a questão climática está associada às alterações do uso da terra – dentre as principais causas de emissão de gases de efeito estufa estão justamente a alteração do uso da terra, a agricultura, os transportes, e a indústria – em defesa dos terri-

tórios dos povos indígenas e comunidades tradicionais, e que, dessa maneira, se preocupam com as falhas e omissões do Estado no cumprimento dos direitos dos grupos tradicionais e de direitos processuais, como a falta de efetivação da consulta prévia, livre e informada prevista na Convenção n. 169 da OIT.

Na França, no caso *Notre Affaire à Tous* e outros versus o governo francês, quatro ONG's notificaram formalmente o primeiro ministro e 12 membros do governo por seus esforços inadequados para combater efetivamente as mudanças climáticas. Em outro processo, nesse mesmo país, movido contra o Groupe Casino em 2021, os demandantes apresentaram seus argumentos com base na lei de diligência e no direito internacional dos povos indígenas para exigir que o Casino supermercados tomassem todas as medidas necessárias para excluir carne bovina vinculada ao desmatamento e as expulsões de povos indígenas de suas terras, atingindo assim o comércio com o Brasil, Colômbia e outros.

Já a Comissão Interamericana de Direitos Humanos está analisando a petição apresentada em setembro de 2019 por organizações de vários países da América Latina sobre o impacto das mudanças climáticas para os povos indígenas, com violações ao seu direito à saúde, propriedade e cultura. A Corte Interamericana também está analisando caso apresentado por um grupo de indígenas canadenses que alegam a falta de ação por parte do Canadá para evitar o derretimento das geleiras do Ártico, o que está afetando sua saúde, propriedade, modo de vida e subsistência (Guruparan; Moynihan, 2021).

Autores (Guruparan; Moynihan, 2021; Setzer; Byrnes, 2019) observam, também, que houve a alteração dos resultados dos litígios climáticos, de a maioria de «impedimentos», para a maioria a favor do combate às mudanças climáticas. Faz-se a ressalva, contudo, de que, como ponderam Guruparan e Moynihan (2021), em algumas ocasiões os tribunais estão preparados para identificar violações de direitos humanos, mas não estão preparados para prolatar remédios por entenderem que podem extrapolar a sua competência, adentrando nas competências do legislativo e do executivo. No presente artigo científico, porém, se entende, como é esboçado ao longo da pesquisa, que há sentenças judiciais que enfrentam o Antropoceno, e que deve haver sim a obrigação jurídica do Tribunal de alcançar a real prevenção dos danos, a melhora da qualidade do meio ambiente, com a estipulação, por exemplo, de prazos e metas, ou seja, o acompanhamento forte da execução das decisões, com a reestruturação das políticas públicas (Aragão, 2017; Garavito, 2015).

Em suma, se identifica como as principais características das litigâncias climáticas que são partilhadas pelas jurisdições ao redor do mundo são: a) a maioria é apresentada contra o governo; objetivam aumentar as metas, ou fazer com que sejam efetivadas as já estabelecidas e/ou garantir que os riscos climá-

ticos sejam levados em conta em, por exemplo, processos de licenciamento ambiental ou por fundos de investimentos; b) têm como pano de fundo a preocupação com a crise socioecológica, ou mesmo combater a desregulamentação da governança ambiental; c) os demandantes são, em sua maioria, ONG's ou jovens; d) as discussões sobre as mudanças climáticas têm sido vinculada à efetivação de direitos humanos – algumas com foco na proteção dos direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais; e) pesquisas científicas, em especial as recomendações do IPCC e do Acordo de Paris, têm sido considerados para a avaliação das atuação climáticas dos governos, e para entender o nexo de causalidade entre o dano e determinadas atividades; f) têm aumentado o número de decisões que são pró combate as mudanças climáticas.

Faz-se a ressalva, conforme análise de Garavito (2021), de que a crise climática é uma questão complexa, e a sua ligação aos direitos humanos pode ter seus pontos fracos como a não apresentação de uma visão holística correlacionando as consequências das mudanças climáticas à destruição da biodiversidade, ao surgimento de novos vírus zoonóticos, as injustiças entre espécies, além de outros.

3. SENTENÇA 4360 DE 2018 DA CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA DA COLÔMBIA

Os demandantes da ação que cominou na sentença 4360 da Corte Suprema de Justiça fazem parte de um grupo de 25 crianças, adolescentes e jovens adultos, entre os 7 e 25 anos de idade, que vivem na Colômbia em uma das cidades mais ameaçadas pelas mudanças climáticas. Os demandantes são representados pelo grupo Dejusticia, e a ação é movida contra a Presidência da República, os Ministérios de Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, de Agricultura e Desenvolvimento Rural, a Unidade Administrativa Especial de Parques Nacionais Naturais e as Governanças da Amazônia, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo e Vaupés, em função do aumento do desmatamento na Amazônia. Os demandantes requeriam, de maneira geral, a proteção de direitos supraleais, em especial, o de gozar de um ambiente sano, o direito à vida e à saúde.

Os litigantes explicaram que, com uma esperança de vida em média de 78 anos, irão desenvolver sua vida adulta entre os anos 2041 e 2070, e nesse período, segundo os cenários atuais, a temperatura pode aumentar na Colômbia entre 1,6°C e 2,14°C. Argumentaram, com base no Acordo de Paris, e na Lei nacional 1753 de 2015 que trata do Plano Nacional de Desen-

volvimento ano 2014-2018, que o governo colombiano havia se comprometido em reduzir a emissão de gases de efeito estufa e o desmatamento. Todavia, conforme documentos oficiais, se detectava que as taxas de desmatamento haviam, na verdade, aumentado.

A «*Estrategia Integral de Control a Deforestación y Gestión de los Bosques en Colombia*», por exemplo, relatou que a desflorestação aumentou 44% em relação ao ano de 2015. Dentre as causas desse aumentam se encontram a apropriação ilegal de terras, os cultivos ilícitos, a extração ilícita de minerais, cultivos agroindustriais, entre outros. Aclararam que os demandados não adotaram medidas pertinentes para fazer frente a essa crise, e que o desmatamento da Amazônia tem consequências nos ecossistemas, no ciclo das águas, na alteração do solo, dentre outros, e impedem as pessoas de gozar de um meio ambiente sano, prejudicam as gerações futuras e afetam direitos fundamentais.

Alguns dos pedidos dos demandantes eram: que a Presidência da República e os ministérios acusados apresentassem em um prazo de 6 meses um plano para reduzir a taxa de desmatamento da Amazônia colombiana a zero até o ano de 2020; que o executivo em conjunto com a geração futura, elaborasse um acordo intergeracional sobre as medidas que serão adotadas para reduzir o desflorestamento e a emissão de gases de efeito estufa, assim como as estratégias de mitigação das mudanças climáticas nas cidades mais vulneráveis do país; e que a *Fiscalía General de la Nación* investigasse as atividades ilícitas causadoras de desmatamento.

O caso chegou a Corte Suprema de Justiça Colombiana após apelação protocolada pelos demandantes contra decisão que considerou que o remédio constitucional invocado, a ação de tutela, não seria o mecanismo adequado ao objeto da petição, mas sim a ação popular, pois se tratava da violação de direitos coletivos e não individuais. Os juízes discutiram inicialmente que no caso havia estreita relação entre os direitos coletivos e individuais, que a transgressão do direito ao meio ambiente sano afeta outras prerrogativas de caráter fundamental dos demandados e de suas famílias, como o direito à vida, à saúde, o acesso a água, e outros. Que «*el deterioro creciente del medio ambiente es atentado grave para la vida actual y venidera y de todos los otros derechos fundamentales; además, agota paulatinamente la vida y todos los derechos conexos con ella*» (Colômbia, 2018, p.13-14). A Corte considerou procedente o remédio constitucional invocado, e esclareceu também a legitimidade dos demandantes para atuar na referida ação.

A seguir os juízes explicitaram que as questões ambientais ocupam um lugar preponderante na agenda internacional, incluindo de juízes e advogados. Que há ameaça crescente à existência do ser humano, e que as ações humanas

são as responsáveis por esse cenário, mas que vinha crescendo a consciência da obrigação de transformar tais posturas, com a edificação de uma «ética pública». Que o Estado Constitucional, especificamente, se caracteriza por perseguir o respeito ao outro. Todos são obrigados a considerar como suas condutas incidem na sociedade e natureza, que podem impactar, conseqüentemente, os direitos fundamentais – coletivos e individuais. Os juízes acrescentaram ainda que se inclui na ideia de «outro/próximo» as outras espécies animais e vegetais, e sujeitos ainda não nascidos.

Destacaram que «*los derechos ambientales de las futuras generaciones se cimentan en el (i) deber ético de la solidaridad de la especie y (ii) en el valor intrínseco de la naturaleza*» (Colômbia, 2018, p.19). Que a solidariedade para com a natureza é essencial, em função da continuidade da vida das presente e futuras gerações. Houve, ainda, a superação da perspectiva antropocêntrica, sendo a natureza considerada com valor em si mesma, como sujeito cognoscente e não objeto, e o ser humano definido como parte da natureza. Atribui-se, assim, novas cargas de compromisso ambiental numa atitude de cuidado em prol das gerações presentes e futuras, e se englobou o cuidado para com a natureza com valor em si mesma.

A Corte Suprema reconheceu que no âmbito internacional existe uma normatividade que constitui uma ordem público ecológica mundial e serve de critério orientador das legislações pátrias. Salientou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 que concedeu as pessoas a prerrogativa de disfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental e que para garantir esse objetivo os Estados devem primar pelo melhoramento do meio ambiente; a Convenção sobre a Proibição de Utilizar Técnicas de Modificação Ambiental com fins Militares; a Conferência de Estocolmo de 1972 que introduziu na agenda política global a dimensão ambiental; a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro em 1992; o Acordo de Paris de 2015 – em relação a esse último compreendem que «*nunca antes una herramienta de este tipo estableció medidas vinculantes para mitigar el cambio climático, exigiendo a los países compromisos concretos para reducir la contaminación y el alza de las temperaturas globales*» – além de outros (Colômbia, 2018, p.25).

No âmbito interno foi ressaltada a Constituição da Colômbia de 1991, também referenciada como Constituição Ecológica, que atualizou o ordenamento quanto a matéria ambiental. Também foi enfatizado o desempenho da própria Corte que vem desenhando uma linha jurisprudencial com conceitos e avanços na temática, sendo citadas especificamente as sentenças T-411

de 1992² e a C-431 de 2000 – que inclui a proteção ambiental como parte da estrutura do Estado Social de Direito, e outras.

Concluíram os juízes que a situação descrita pelos demandantes se encontrava plenamente comprovada. O desmatamento da Amazônia Colombiana aumentou no ano de 2016, em comparação ao de 2015, gerando prejuízos eminentes e graves às crianças, adolescentes e jovens, assim como para os habitantes do território nacional em geral, tanto para as gerações presentes quanto futuras, com a emissão descontrolada de gases de efeito estufa e um prognóstico de aumento da temperatura na Colômbia de 1,6°C para o ano de 2041, e de até 2,14°C para o ano de 2071, e que tal cenário agrega ameaça à flora e fauna, à natureza. Houve a intensificação da depredação da floresta pela ineficácia das medidas governamentais, o que afetava direitos fundamentais, os princípios jurídicos ambientais da precaução, da equidade intergeracional, e da solidariedade.

Que cabe ao Estado, face ao arcabouço jurídico e aos compromissos políticos, adotar medidas adequadas para: combater a expansão desmedida de cultivos ilícitos e da mineração ilegal, preencher o vazio deixado pelas Farc e paramilitares com a presença ativa do Estado para conservação da Amazônia, mitigar os incêndios, desmatamento, expansão da fronteira agrícola, a expansão dos cultivos agroindustriais, corrigir a ausência de cálculos científicos sobre a liberação de carbono pela queima e perda de biomassa, enfim, fazer frente às mudanças climáticas causadas pela destruição da Amazônia colombiana.

Ademais, a Corte Suprema de Justiça, seguindo a tese sustentada na sentença T-622 de 2016 que reconhece a natureza como sujeito de direitos³, declarou a Amazônia Colombiana como entidade sujeito de direitos, titular de proteção, conservação, manutenção e restauração à cargo do Estado e das entidades territoriais que a integram. Ordenou que a Presidência da República, os ministérios demandados, com a participação dos demandantes e das comunidades afetadas, apresentassem no prazo de 4 meses, um plano de ação de curto, médio e longo prazo de mitigação a taxa de desmatamento, levando em

² Citou-se alguns trechos dessa decisão, como os seguintes: «*El hombre no es el amo omnipotente del universo, con carta blanca para hacer impunemente lo que desee o lo que le convenga en un determinado momento [...] El mundo en que vivimos está hecho de un tejido inmensamente complejo y misterioso sobre el cual sabemos muy poco y al cual debemos tratar con humildad [...]*»

³ Alguns trechos dessa sentença também são citados, como: «*se ha venido desarrollando un nuevo enfoque jurídico denominado derechos bioculturales, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos [...]» La justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos[...]*»

conta, por exemplo, os alertas de desmatamento emitidos pelo IDEAM – *Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales*, e que apresentassem no prazo de 5 meses um «*pacto intergeneracional por la vida del amazonas colombiano – PIVAC*» com o objetivo de reduzir a zero o desmatamento, com estratégias de execução nacional, regional e local do tipo preventivo, obrigatório, corretivo e pedagógico.

Ordenou que os municípios da Amazônia Colombiana realizassem, no prazo de 5 meses, a atualização e implementação dos *Planes de Ordenamiento Territorial*, contendo um plano de ação para redução do desmatamento à zero. Ordenou também que os organismos demandados, em 48 horas, incrementassem as ações para mitigar o desmatamento enquanto são desenvolvidas as modificações.

4. PARTICULARIDADES DA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO SUL GLOBAL

Nota-se que na Sentença 4360 de 2018 da Corte Suprema de Justiça da Colômbia estão presentes algumas características gerais, estratégias da litigância climática utilizadas atualmente ao redor do mundo, que são: a ação proposta é contra as falhas, inércia e omissão do governo da Colômbia, ministérios e municípios no combate ao desmatamento na mitigação da emissão de gases de efeito estufa; os demandantes são crianças, adolescentes e jovens representados por uma organização; a discussão tem como base a violação de direitos fundamentais, como o direito a gozar de um meio ambiente sano; e tem como base também os compromissos e metas assumidas no âmbito do Acordo de Paris, assim como utiliza dados científicos para avaliar a atuação das entidades governamentais no combate das mudanças climáticas.

Reitera-se, tal qual identifica Garavito (2021), que há questões-chave e normas emergentes que, apesar da diversidade de jurisdição, litigantes e juízes envolvidos, são componentes centrais em processos judiciais sobre as mudanças climáticas. Contudo, são destacadas no presente artigo científico algumas inovações que advém da sentença 4360 da Corte Suprema, contextualizando-as no momento político e jurídico constitucional da Colômbia, e da América Latina.

Guruparan e Moynihan (2021) esclarecem que no Sul global, como na Colômbia, na Índia, Paquistão, Filipinas e África do Sul, os juízes vêm recorrendo na litigância climática à uma gama maior de remédios. São instrumentos que já foram utilizados em casos sobre direitos socioeconômicos, por exemplo, remédios e experiências acumuladas ao longo de anos. Litígios envolvendo po-

vos indígenas e comunidades tradicionais também proporcionam um arcabouço relevante onde se relaciona a proteção ambiental à proteção do uso tradicional da terra, aos direitos desses grupos tradicionais. Os autores (Guruparan; Moynihan, 2021) entendem, com isso, que tais países são, na verdade, férteis nas decisões atuais e nas futuras sobre o enfrentamento das mudanças climáticas.

Nesse contexto se torna importante destacar que vêm crescendo no Sul global, especialmente, o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos. O Equador, a título ilustrativo, foi o primeiro país a incluir na sua Constituição de 2008 os direitos da natureza, com a incorporação de filosofias dos povos indígenas andinos, como a do *Buen Vivir* e *Vivir Bien*, edificando o denominado «giro biocêntrico do direito». Em julho de 2022 a Assembleia Constituinte do Chile apresentou o texto final da nova constituição do país, resultado das mobilizações sociais dos últimos anos, que caso aprovado irá substituir a Constituição de 1980 formulada durante a ditadura de Pinochet, ainda vigente, e se tornará, entre as inovações propostas, o segundo país a reconhecer na sua Constituição que a natureza tem direitos, que as pessoas são interdependentes da natureza.

A Bolívia apresenta também, a partir de 2010, através da elaboração de leis infraconstitucionais, o reconhecimento da proteção da natureza de forma autônoma – enfatiza-se a Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra de 2010, a Lei n.º 71 de 2010 denominada Lei de Direitos da Mãe Terra, e a Lei n.º 300 de 2012. Na Nova Zelândia o Parlamento de Aotearoa promulgou em 2017 a Lei Te Awa Tupua reconhecendo o rio Whanganui e todos os seus afluentes como uma só entidade, pessoa jurídica com direitos, poderes, deveres e responsabilidades. O Panamá, mais recentemente, em março de 2022, promulgou lei infraconstitucional que dispõe os direitos da natureza de existir, persistir e se regenerar. Em alguns países, como no caso da Colômbia e da Índia, o reconhecimento dos direitos da natureza ocorreu por meio de decisões judiciais. Na Colômbia a primeira sentença a reconhecer os direitos da natureza foi a sentença T-622 de 2016 da Corte Constitucional Colombiana sobre o rio Atrato – citada na sentença 4360 de 2018 –, e na Índia foi a decisão da Corte de Uttarakhand em 2017 sobre os rios Ganges e Yumana.

Aclara-se que o Sul Global, principalmente os países da América Latina e Caribe, têm desempenhando importante papel na impulsão da proteção autônoma da natureza, que vêm sendo aderida por cada vez mais Estados e em sistemas de justiça internacionais⁴ (Sánchez, 2021). A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, reconheceu na Opinião Consultiva n.º 23

⁴ SÁNCHEZ (2021) aponta que as primeiras iniciativas de reconhecimento da proteção autônoma da natureza provém do Norte, mais especificamente dos Estados Unidos a partir de 2006.

de 2017 a existência dos direitos da natureza adotados por alguns países, com a proteção autônoma de componentes do meio ambiente, como bosques e rios, com interesses jurídicos próprios, e advertiu que há, na verdade, uma tendência crescente no reconhecimento da personalidade jurídica da natureza, com sua inclusão em ordenamentos ou por meio sentenças judiciais. Ainda como exemplo dessa tendência que se expande se indica que em 2020, na Espanha, o município de Los Alcázares, Murcia, aprovou iniciativa legislativa para conceder direitos ao Mar Menor.

Vale acrescentar as observações realizadas por Brunet (2021) de que os direitos da natureza não são reconhecidos em toda parte sob as mesmas condições. Cada Estado tem suas particularidades e experiências acumuladas – em alguns casos há, inclusive, lutas decoloniais. O autor (Brunet, 2021), nesse contexto, salienta que nos casos do reconhecimento dos direitos dos rios, por exemplo, não há propriamente a construção de um direito supranacional, pois não há a proliferação de fórmulas e fundamentos aplicados à múltiplos casos.

Ressalta-se aqui, no presente artigo científico, no entanto, o caráter inovador e transformador da tendência de reconhecimento da personalidade jurídica da natureza e seu potencial para frear cenários mais catastróficos em meio a crise socioecológica enfrentada. Enfatiza-se também o caráter em comum nos processos de reconhecimento dos direitos da natureza, de superação de posturas antropocêntricas, da resignificação de direitos, de seus titulares e de dicotomias como entre sujeito/objeto, com o entendimento sobre a interdependência e coevolução entre humanos e não humanos, o compartilhamento de um futuro em comum com a promoção de vida digna para todas as espécies (Lagrou, 2019; Latour, 2020).

Frisa-se que o reconhecimento dos direitos da natureza é um dos remédios e experiências já acumuladas nos sistemas de justiça e políticos da Colômbia, e que foi acionado pelos juízes na sentença 4360 de 2018 da Corte. Os demandantes apresentaram argumentos baseados em direitos das pessoas, com foco nas crianças, adolescentes e jovens. A Corte, a seu turno, realizou um diálogo entre autores e jurisprudências, legislações internas e externas, em torno de direitos humanos e declarou a Amazônia como sujeito de direitos, mesmo que esse reconhecimento não tenha figurado entre os pedidos dos demandantes. Identificou-se também que a Corte não fez referências às cosmologias dos povos indígenas e comunidades tradicionais nessa sentença (Gudynas, 2018).

Além desse remédio acionado, o reconhecimento da personalidade jurídica de componentes da natureza, a Corte Suprema também fez uso, na sentença 4360 de 2018, de ferramentas já empregadas, na verdade desenvolvidas durante anos, nos processos que tratam de direitos econômicos, sociais e cul-

turais. São características e técnicas próprias da Corte Colombiano que é identificada como uma referência no direito comparado no Sul global com jurisprudenciais constitucionais e novos enfoques institucionais para garantia do cumprimento de direitos humanos (Garavito; Franco, 2015).

Em resumo, a Corte Suprema de Justiça a tem operado em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, processos estruturais, dialógicos, com a teoria do *Estado de Cosas Inconstitucional*, e o acompanhamento forte da execução das decisões. Considera-se como marco desse giro na Corte a sentença T-025 de 2004, que foi a primeira na qual editou uma decisão estrutural (Garavito; Franco, 2015).

Casos estruturais, como explicam Garavito e Franco (2015), envolvem situações que afetam um grande número de pessoas por falhas persistentes de vários órgãos públicos na formulação e implementação de políticas públicas, e que demandam, portanto, ordens judiciais que instruem os referidos órgãos a atuarem de forma conjunta para proteger toda a população afetada. Há a identificação de um estado em desconformidade à constituição e normas de direitos humanos que só pode ser sanado com a reconstrução das organizações, das políticas públicas direcionadas a todos, e não apenas aos demandantes. Os processos estruturais envolvem assim a solução de litígios complexos, e da decisão principal seguem outras decisões direcionadas à concretização do estado ideal de coisas (Didier Júnior, Zaneti Júnior, Oliveira, 2020; 2017).

Garavito e Franco (2015) esclarecem, ademais, que nos processos estruturais a Corte Suprema não determina detalhadamente o conteúdo da política pública que deve ser desenhada para sanar a situação inconstitucional vivenciada pela população, deixa o processo de definição do conteúdo da política pública a cargo do governo, mas acompanha e avalia as medidas tomadas promovendo a participação da sociedade civil, de movimentos sociais e entidades não governamentais nacionais e internacionais.

Trata-se, dessa forma, de um processo dialógico e alguns dos mecanismos utilizados pela Corte foram as audiências públicas, sessões técnicas com convidados para discutir questões específicas, também foi criada a *Sala Especial de Seguimiento* que ficou responsável por avaliar os progressos e tomar decisões procedimentais. Entidades governamentais prestam informações e grupos não governamentais, nacionais e internacionais que, assim, participavam na formulação e fiscalização das políticas públicas, apresentando diagnósticos sobre as falhas, metodologias elegidas e resultados alcançados com sugestões de soluções (Garavito; Franco, 2015).

Há a reestruturação das políticas públicas, e o acompanhamento forte da execução das decisões, com a participação ampla da sociedade civil. Forma-se

um híbrido de ferramentas jurídicas em conjunto com ferramentas políticas e públicas e econômicas voltadas à resolução de violações persistentes de direitos constitucionais fundamentais. Já quanto às críticas que questionam sobre a legitimidade e competência dos Tribunais para tratar das políticas públicas, entende-se, no mesmo sentido que Garavito e Franco (2015), que as sentenças estruturais dialógicas não infringem o princípio da separação dos poderes, na verdade, estimulam a participação e controle horizontal das políticas públicas, aprofundam a democracia deliberativa comprometida com a promoção de padrões de bem-estar. Os tribunais vêm pressionar e romper as falhas, inércia e omissões do governo, e não substituí-lo.

Assim, na sentença 4360 de 2018 a Corte Suprema, frente a urgência em mitigar a crise climática – em função do direito do meio ambiente sano, à vida e saúde das crianças, adolescentes e jovens demandantes, e da população como um todo; da justiça intergeracional, da solidariedade também para com a natureza – adotou também ferramentas próprias de processos estruturais e acompanhamento forte da execução da sentença já utilizadas antes em processos envolvendo os direitos econômicos, sociais e culturais. Determinou que órgão governamentais, com a devida participação das comunidades, reestrutura-se os planos de combate ao desmatamento, por exemplo.

Vale pontuar que a matriz teórica dos processos estruturais é associada, na verdade, às posturas mais ativas de juízes, entre os anos de 1950 e 1970, dos Estados Unidos, sem que houvesse na época grandes preocupações com a categorização desse tipo de decisões (Didier Júnior, Zaneti Júnior, Oliveira, 2020; 2017)⁵. Vale contextualizar, Nesse Cenário, Que A Experiência Com Processos estruturais, principalmente a partir da prática da Corte Suprema de Justiça Colombiana, tem encontrado ressonância em jurisdições de outros países, como no Peru, na Argentina e Costa Rica.

No Brasil, especificamente, se percebe um progresso nas decisões do Supremo Tribunal Federal – STF com a aplicação da *Teoria do Estado de Cosas Inconstitucional* na ADPF n.º 347 de 2015 que tratava do sistema carcerário pátrio, – a referida decisão, contudo, não obteve a transformação desejada, pois não foram adotadas medidas de acompanhamento forte da execução. Mais recentemente, sem declarar o *Estado de Cosas Inconstitucional* o STF adotou me-

⁵ DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR E OLIVEIRA (2017) indicam que o primeiro litígio estrutural ocorreu em 1954, o caso *Brown versus Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte Norte Americana entendeu inconstitucional a admissão de estudantes em escolas pública baseada em critérios raciais, e determinou a matrícula de estudantes negros em escola até então dedicadas a educação apenas de estudantes brancos. A Corte iniciou, desse modo, uma reforma estrutural no sistema educacional do país, e em seguida houveram outros casos de reformas estruturais envolvendo a polícia, prisões, hospitais além de outros.

didias estruturais na ADPF 635 de 2020 que discute graves lesões a preceitos fundamentais praticados pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação da política de segurança pública; na ADPF 742 de 2020 que trata do enfrentamento da pandemia da Covid 19 quanto à comunidades quilombolas; e na ADPF 709 de 2020 sobre a proteção de povos indígenas em face da pandemia, fazendo uso, inclusive de uma «Sala de situação» em semelhança à «*Sala Especial de Seguimiento*» utilizada pela Corte Suprema de Justiça da Colômbia.

Importante contextualizar, por último, a percepção que alguns doutrinadores sobre a formação na América Latina, nesse panorama, do *Ius Constitutionale Commune* no qual há o diálogo entre os sistemas jurídicos nacionais e o sistema interamericano de direitos humanos. A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, na citada Opinião Consultiva n.º23 de 2017, fazendo um significativo levantamento sobre o estado da arte do direito à proteção ambiental faz referências expressas à constituições, legislações, e decisões não só de países americanos, como de outros continentes, e também à outros sistemas regionais de direitos humanos e à outros tratados internacionais (Olsen; Broocke, 2021).

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os litígios climáticos do Norte e do Sul partilham algumas características, classificadas no presente artigo científico como gerais, e possuem um pano de fundo em comum que é a preocupação em frear a crise socioecológica em curso, e mesmo de apresentar posturas contra majoritárias às condutas negacionistas e de desregulamentação da governança ambiental praticadas por alguns governos.

Por outro lado, nota-se que a litigância climática está ligada também a características próprias, experiências jurídicas locais e ao momento político de cada país. Especialmente os países do Sul global, que têm posturas judiciais progressistas, que estão indo além dos argumentos e recursos processuais previstos, e tem experiência na garantia de direitos econômicos, sociais e culturais, são fontes de jurisprudências inovadoras, atuais e futuras, quanto a proteção ambiental e às questões climáticas.

A sentença 4360 de 2018 da Corte Suprema de Justiça da Colômbia, especificamente, apresenta algumas características gerais – os demandantes são crianças e jovens; a ação é contra o governo; pretende romper com as falhas, inércia e omissões do Estado par alcançar as metas estabelecidas de mitigação das mudanças climáticas; utiliza como padrão de avaliação o Acordo e Paris e a discussão se baseia em direitos fundamentais. Mas são acionados também

remédios, ferramentas, desenvolvidas ao longo de anos em suas atividades jurisprudenciais: reconhece a Amazônia como sujeito de direito, e promove um processo estrutural, dialógico, com o acompanhamento forte da execução da decisão. São remédios que vêm encontrando cada vez mais ressonância no Sul global, e que podem ter resultados positivos no combate a crise climática.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, A. (2017). O estado de direito ecológico no antropoceno e os limites do planeta. In: Dinnebier, F. F.; Leite, J. R. M. (orgs.). *Estado de Direito Ecológico: conceito conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. Instituto o Direito por um planeta verde. São Paulo.
- ARCTIC ATHABASKAN COUNCIL (2021), 'Petition To The Inter-American Commission On Human Rights Seeking Relief From Violations Of The Rights Of Arctic Athabaskan Peoples Resulting From Rapid Arctic Warming And Melting Caused By Emissions Of Black Carbon By Canada', <http://climatecasechart.com/climate-changelitigation/non-us-case/petition-inter-american-commission-human-rights-seeking-relief-violations-rightsarctic-athabaskan-peoples-resulting-rapid-arctic-warming-melting-caused-emissions>. Acesso em: 28/07/2023.
- BACHELET, M. (2018). «mudança climática é das maiores afrontas aos direitos humanos». ONU News. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/12/1651791> Acesso em: 28/07/2023.
- BRUNET, P. (2021). La ecología de los jueces: la personalidad jurídica de los entes naturales (India y Colombia). *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. v. 12, n.3.
- CLIMATE CASE CHART (2018). Leghari v. Federation of Pakistan. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan/> Acesso em: 28/07/2023.
- (2021). Notre Affaire à Tous and Others v. France. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-and-others-v-france/> Acesso em: 29/07/2023.
- (2019). Hearing on Climate Change Before the Inter-American Commission on Human Rights. Disponível em: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/hearing-on-climate-change-beforethe-inter-american-commission-on-human-rights>. Acesso em: 29/07/2023.
- COLÔMBIA. CSJC, Corte Suprema de Justicia de Colombia. *STC 4360-2018: Radicación n. 11001-22-03-000-2018-00319-01*. Disponível em: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf> Acesso em: 10/08/2022.
- DIDIER JÚNIOR, F.; ZANETI JÚNIOR, H.; OLIVEIRA, R. A. (2017). Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*. v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr.

- DIDIER JÚNIOR, F.; ZANETI JÚNIOR, H.; OLIVEIRA, R. A. (2020). Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 303. São Paulo.
- FERIA-TINTA, M.; MILNES, S. C. (2019). International Environmental Law for the 21 century: The Constitutionalization of the Right to a Healthy Environment in the Inter-american Court of Human Rights Advisory Opinion 23. *ACDI*. vol. 12. Bogotá.
- GARAVITO, C. R. (2021). Litigating the climate emergency: the global rise of human rights-based litigation for climate action. In: Garavito, C. R. *Litigating the climate emergency: how human rights, courts, and legal mobilization can bolster climate action*. Cambridge University Press. London.
- GARAVITO, C. R.; FRANCO, D. R. (2015). *Juicio a la exclusion: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en Sur Global*. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires.
- GUDYNAS, E. (2018). Avances y ensayos sobre el reconocimiento jurídico de una naturaleza con derechos. *La Ley. Derecho Ambiental*. Año XXV. n.1. Buenos Aires.
- GURUPARAN, K.; MOYNIHAN, H. (2021). *Climate change and human rights-based strategic litigation*. The Royal Institute of international Affairs Chatham House. London.
- GUTERRES, A. (2021). *Chefe da ONU alerta para «ponto sem retorno para o planeta»*. Youtube. Canal ONU News. Publicado em 04/06/2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=z3esza7q2_Y Acesso em: 29/03/2022.
- LAGROU, E. (2020). *Nisun: a vingança do povo morcego e o que ele pode nos ensinar sobre o novo coronavírus*. Blog da Biblioteca Virtual do Pensamento Social. Disponível em: <https://blogbvps.wordpress.com/2020/04/13/nisun-a-vinganca-do-povo-morcego-e-o-que-ele-pode-nos-ensinar-sobre-o-novo-corona-virus-por-els-lagrou>. Acesso em: 15/07/2020.
- LATOUR, B. (2020). *Onde aterrar? Como se orientar politicamente no Antropoceno*. Bazar do tempo. Rio de Janeiro.
- MCGRATH, M. (2022). *Mudança climática: ‘é agora ou nunca’ para evitar catástrofe, diz novo relatório*. BBC News. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese-geral-60990088> Acesso em: 06/04/2022. Brasil.
- OLSEN, A. C. L.; BROOCKE, B. M. S. V. D. (2021). Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19: contribuições do ICCAL. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 11, n. 3. p. 549-580. Brasília.
- SÁNCHEZ, Á. (2021). Los Nuevos sujetos de derecho: análisis comparado de casos internacionales. In: González, V.; Pèriz, E. (Coords.). *Derechos de la Naturaleza y Derechos Bioculturales: escenarios de posibilidad ante la degradación e la naturaleza*. D. C: Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial Siembra. Bogotá.
- SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER T. Litigância climática, proteção do ambiente e a ADPF 708. *Revista Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-25/direitos-fundamentais-litigancia-climatica-protecao-ambiente-adpf-708df?imprimir=1>. Acesso em: 20/09/2021.

- SETZER, J.; BYRNES, R. (2019). *Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot*. Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and the Centre for Climate Change Economics and Policy. Londres.
- STEFFEN, W.; *et al.* (2015). Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet. *Science*. 347 (6223), 1259855. DOI: 10.1126/science.1259855
- URGENDA. Landmark decision by Dutch Supreme Court. Disponível em: <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/>. Acesso em: 28/07/2023.

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/>

